

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS



# REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, 1991  
AÑO 15 NÚMERO 15

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
BIBLIOTECA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

- Lic. Fausto Rico Álvarez, *Rector*
- Lic. Miguel Angel Hernández Romo, *Primer Vocal*
- Lic. Francisco de Icaza Dufour, *Segundo Vocal*
- Lic. Mario Becerra Pocaroba, *Vocal Suplente*

Secretarios:

- Lic. Pedro Barrera Ardura, *Secretario General*
- Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Secretario Académico*

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
CONSEJO EDITORIAL

- Lic. Francisco de Icaza Dufour, *Director*
- Dr. Jorge Adame Goddard
- Lic. Jaime del Arenal Fenochio
- Lic. Fauzi Hamdan Amad
- Lic. Carlos Müggenburg
- Lic. Gisela Oscós Said
- Lic. Ramón Sánchez Medal

El Consejo no se responsabiliza del contenido de los artículos ni de las opiniones expresadas en ellos.

Edición al cuidado de Manuel López Medina

ISSN 0185-1438  
 © Derechos reservados conforme a la ley, Escuela Libre de Derecho. Dr. Vértiz No. 12, México 06720, D.F.

Certificado de licitud de título No. 092. Certificado de licitud de contenido No. 051. Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Secretaría de Gobernación, Reserva de derechos al uso exclusivo del título. No. de inscripción 526-76. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

Prohibida la reproducción de los artículos sin permiso de sus autores.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
BIBLIOTECA

INDICE

DOCTRINA GENERAL

JORGE ADAME GODDARD  
El Derecho romano como jurisprudencia... 9

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
Derechos fundamentales y propiedad: Un modelo histórico . 25

JAVIER ARRIGUNAGA  
Algunas consideraciones en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales. . . . . 51

BERNARDINO BRAVO LIRA  
El Estado constitucional en Hispanoamérica 1920-1990: Entre el deterioro y la transformación . . . . . 73

JUVENTINO V. CASTRO  
El amparo de la libertad frente al *habeas corpus* . . . . . 87

PIERANGELO CATALANO  
Identidad jurídica en América Latina: Derecho romano y sistema latinoamericano . . . . . 101

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL  
Derechos de los pueblos indios: Desde la Nueva España hasta la modernidad . . . . . 117

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO  
Derecho de juristas: Un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana . . . . . 139

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ	167
¿Es oportuna una teoría sobre el <i>dominio público</i> en México?	
RAFAEL ESTRADA SÁMANO	223
Las relaciones Iglesia-Estado: Aspectos jurídico-filosóficos	
EUSEBIO GONZÁLEZ	245
La moderna rehabilitación de ciertas formas de imposición indirecta: Especial referencia a los problemas que suele plantear la introducción del IVA	
LORETTA ORTIZ AHLF	275
Responsabilidad individual por los crímenes de guerra y lesa humanidad	
HORACIO RANGEL ORTIZ	287
El régimen internacional de las "indicaciones geográficas": Denominaciones de origen e indicaciones de procedencia	
ARTURO F. ZALDÍVAR LELO DE LARREA	319
El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional	
SECCIÓN MONOGRAFICA	
PROTECCIÓN JURÍDICA A LA VIDA	
MAURICIO BEUCHOT	349
Sobre el derecho a la vida, el aborto y el proceso inicial de la vida humana: Reflexiones filosóficas	
JEAN FRANÇOIS DURIEUX	357
Creación de un Derecho del refugiado: Las experiencias recientes de México y Belice	
SALVADOR MIER Y TERÁN	393
Noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida	
GISELA OSCÓS SAID	449
Donación de órganos: la búsqueda incierta de la inmortalidad	

ALBERTO PACHECO	489
El Derecho a la vida y el aborto	
JOSÉ-AUGUSTO PALMA	499
La no devolución de los refugiados: Principio protector de la vida humana	
PABLO A. RODRÍGUEZ DEL POZO-ÁLVAREZ	515
La determinación de la muerte: Problemas morales y jurídicos	

MISCELÁNEA

RAFAEL ESTRADA SÁMANO	563
Don Rafael Preciado Hernández: Nota necrológica	
EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE	569
El contrato: Su motivo o fin y la frustración de dicho motivo o fin	
LUIS PAZOS	583
Crítica a la Ley de Instituciones de Crédito	
MANUEL LÓPEZ MEDINA	593
Algunas noticias del curso 1990/1991 de la Escuela Libre de Derecho	
MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROMO	607
Discurso pronunciado en la ceremonia de iniciación de cursos del 2 de septiembre de 1991	
RAFAEL AVANTE JUÁREZ	615
Discurso pronunciado en la apertura del curso 1991/1992	
ALEJANDRO OGARRIO	619
Palabras pronunciadas en la inauguración de cursos del posgrado el 9 de septiembre de 1991	

JOSÉ GÓMEZ GORDOA

El derecho mercantil moderno: Lección magistral, inauguración del curso de posgrado . . . . . 623

JOSÉ DÁVALOS MORALES

Palabras pronunciadas en la inauguración de cursos del posgrado el 9 de septiembre de 1991 . . . . . 635

EL DERECHO ROMANO COMO JURISPRUDENCIA

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: *Introducción. I. El concepto del Derecho en los países de derecho codificado. II. La noción romana de jurisprudencia. III. La jurisprudencia como juicio del caso. IV. La jurisprudencia como creación de los juristas. V. El valor formativo del estudio del Derecho Romano.*

INTRODUCCIÓN

Entre las preguntas que suelen hacerse acerca del estudio del Derecho Romano está la de cómo sigue siendo vigente el Derecho Romano en las diversas disciplinas jurídicas actuales, como el Derecho civil, familiar comercial, etcétera. Partiendo de esta perspectiva de descubrir la vigencia actual del Derecho Romano, me ha parecido importante destacar la concepción que tuvieron los juristas clásicos acerca de lo que es el Derecho, concepción que a mi entender queda resumida en la palabra jurisprudencia, y confrontarla con la concepción que se tiene del mismo en los países de tradición romanista, como lo son todos los países latinoamericanos. Esta confrontación hará ver el valor, no práctico, sino formativo que actualmente tienen los estudios iusromanistas y las ricas consecuencias que pueden sacarse de ello para la enseñanza del Derecho y la formación de nuevos juristas.

Comenzaré haciendo una descripción de cómo suele entenderse el Derecho actualmente en los países de Derecho codificado, para luego describir la noción romana de jurisprudencia, y concluir haciendo ver los frutos formativos que se pueden obtener del estudio del Derecho Romano. Advierto que este trabajo no pretende ser un estudio acabado sobre el tema, sino más bien un ensayo de reflexión sobre esta materia tan compleja e interesante, que podrá eventualmente llevar a estudios específicos más elaborados.

## I. EL CONCEPTO DEL DERECHO EN LOS PAÍSES DE DERECHO CODIFICADO

En estos países, el orden jurídico se concibe como un sistema o conjunto organizado y cerrado de normas.<sup>1</sup>

Las normas jurídicas están definidas casi exclusivamente en las leyes aprobadas y expedidas por el órgano legislativo previsto en la Constitución. En circunstancias muy precisas, se aceptan como parte del sistema, algunas normas provenientes de otras fuentes, de la costumbre o de las decisiones judiciales, pero son sólo una parte mínima del conjunto y, en todo caso, valen como normas, no por sí mismas, sino sólo si y en tanto que haya una ley que disponga que las costumbres o las decisiones judiciales deben seguirse en ciertos casos. El juez se concibe como el aplicador de la ley; a él le compete la tarea de decidir cuál es la norma aplicable al caso concreto, y sacar las consecuencias previstas en la norma; ésta se entiende como una regla vinculante que el juez debe seguir sin discusión.<sup>2</sup>

En estos sistemas, se llega naturalmente a la conclusión que el estudio del Derecho consiste primordialmente en el estudio de las leyes. Por eso suele decirse que el jurista es el que sabe de leyes, el que conoce desde la llamada "ley suprema", esto es la Constitución de la República, hasta la última circular de la Secretaría de Hacienda publicada en el *Diario Oficial*, pasando por supuesto por los códigos, leyes locales, reglamentos, decretos, reglas, acuerdos y demás disposiciones emanadas del poder público para regular la conducta de los ciudadanos.

Si el estudio del Derecho consiste en el conocimiento de las leyes, es natural que los abogados o juristas "legalistas" tiendan a exaltar el valor de la ley, como uno de los principales bienes sociales, si no es que

<sup>1</sup> Sobre el concepto y proceso de la codificación, puede verse WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. por Francisco Fernández Jardón, Madrid, 1957, pp. 292 y ss.

<sup>2</sup> El legalismo del sistema jurídico mexicano está presente en la misma Constitución general que dispone en su artículo 14 que los procesos deben llevarse a cabo cumpliendo "las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas" (segundo párrafo) y que la sentencia en los juicios de orden civil "deberá ser conforme a la letra o interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho" (último párrafo). El precepto constitucional da preferencia a las leyes como normas de juicio, si bien deja que intervengan otros elementos: las formalidades esenciales del procedimiento, la interpretación jurídica, y los principios generales del Derecho. En cuanto a la interpretación jurídica de la ley, el artículo 72-f tiene una disposición complementaria que, si

el primero. La paz, dicen, es obra de la ley; ella salvaguarda el respeto que todos los ciudadanos se deben entre sí, y el que cada uno debe al grupo y el que el grupo debe a cada uno. La ley es el criterio superior, al que voluntariamente deben rendirse las conciencias. De la ley deriva el orden de las conductas y cuando, por apartarse de lo que ella prescribe, se producen conflictos entre las personas, la misma ley provee la solución que apacigua los ánimos y hace deponer las armas. Confiar en la ley aprobada por el órgano legislativo autorizado es, en esta mentalidad, el principio de la sabiduría jurídica.

El conjunto de normas previstas en la ley se entiende como un sistema cerrado, en el que todas las normas derivan, a manera de conclusiones obtenidas por vía deductiva, de los primeros principios, axiomas jurídicos o normas fundamentales, que están recogidos sumariamente en la Constitución o ley fundamental de un Estado. En este sistema de normas, cada una de ellas tiene un lugar determinado. Las más generales y de más amplia observancia son las que se deducen inmediatamente de los primeros principios, y las más particulares y de vigencia más reducida son las últimas concreciones de aquéllos.<sup>3</sup> Conocer las leyes significa no sólo informarse de su contenido, sino sobre todo saber ubicarlas en el lugar que les corresponde y relacionarlas unas con otras, distinguiendo entre normas de mayor, menor o igual jerarquía.

La tarea se complica enormemente porque las leyes nacen, cambian y mueren con una velocidad vertiginosa. Cada día hábil —afortunadamente los periódicos oficiales no se publican los sábados ni los domingos— se producen cambios en varias leyes, y no es exagerado afirmar que al año se introducen, entre adiciones, supresiones, reformas, derogaciones e innovaciones, más de mil cambios en las leyes. Esta inestabilidad de las leyes que, entendiendo el Derecho como conocimiento de las leyes, supone también una inestabilidad en el contenido del Derecho, ha llevado a algunos a concluir que el Derecho no puede reclamar la categoría de ciencia. Basta —dicen— un cambio en la legislación, dictado por un órgano público que obra a partir de

bien no se observa, si demuestra cuál era el pensamiento del legislador; dice esta fracción que en la interpretación de "leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación", lo que significa que la interpretación de la ley tendría que ser aprobada por las dos cámaras y publicada en el *Diario Oficial*. (1)

<sup>3</sup> Este método de pensamiento deductivo fue introducido en la ciencia jurídica, como el método predominante, por el racionalismo jurídico, y dio lugar a ese modo específico de razonar jurídicamente llamado "jurisprudencia de conceptos". Ver WIEACKER, *op. cit.*, p. 261.

las presiones de grupos de interés, para que se vuelvan obsoletos multitud de libros jurídicos.

Pero lo importante, replican los juristas, es el conocimiento del sistema. Tener una visión de conjunto de sus líneas principales. De aquí que se insista en que la formación jurídica consiste primordialmente en el conocimiento de los principios y conceptos generales y de las normas de aplicación primera, es decir de la Constitución política y los códigos más importantes. A partir del estudio de estas leyes se va construyendo una doctrina jurídica, cuyas piezas principales son principios y conceptos abstractos, tales como el de norma, hecho y acto jurídico, contrato, declaración de voluntad, proceso, y muchos otros. Luego, con los conceptos relativos a un determinado sector de interés, se logran construir teorías generales, como la teoría general de las obligaciones, o la teoría general del proceso. Incluso hay la pretensión de construir toda una Teoría General del Derecho que comprenda organizadamente todos los conceptos jurídicos generales, aplicables tanto a las ramas del Derecho Privado como a las del Derecho Público.

En esta perspectiva, la enseñanza y estudio del Derecho toma perfiles muy definidos, que me parece todos podremos reconocer. La definición de conceptos se convierte en una tarea primordial. El estudio de cualquier figura jurídica se comienza por su definición; se analizan las diferentes definiciones dadas por los autores, se critican en el sentido de si son completas o incompletas, y se escoge de entre ellas la que parezca "correcta". Hecha la definición de una figura jurídica, se procede a hacer distinciones que la separen nítidamente de otras figuras afines, y luego se pasa a hacer las clasificaciones de sus diversas especies y tipos. Suelen hacerse varias clasificaciones, correspondientes cada una de ellas a un determinado punto de vista. Una vez que se ha delimitado así la materia, se procede al estudio de su régimen jurídico o conjunto de reglas. Hasta este momento se pasa a poner a la consideración de los estudiantes, generalmente en forma de listas, las obligaciones y derechos de las partes en situaciones concretas.

Este análisis dialéctico de la materia contenida en las leyes sólo se logra hacer respecto de las leyes importantes, la Constitución, los códigos, las leyes laborales y alguna que otra ley administrativa. Para hacerlo bien, y lograr organizar un buen sistema conceptual, se requiere tiempo y, sobre todo, tradiciones científicas, es decir la existen-

cia de un grupo o estamento de juristas que lo vaya elaborando, modificando, ajustando y puliendo paulatinamente, de generación en generación. No hay que olvidar que la dogmática civilística, hoy todavía la más elaborada, no es sólo el fruto de la obra científica de los juristas del siglo pasado en el que se promulgaron los primeros códigos modernos, sino también resultado de la tradición romanística multisecular que, en su fase moderna, arrancó del descubrimiento del *Corpus Iuris* por Irnerio en el siglo XI.

En estos sistemas jurídicos, el conocimiento y estudio del Derecho puede desviarse, como frecuentemente ocurre, en dos direcciones divergentes, que resultan empobrecedoras del saber jurídico.

Ante la dificultad de conocer en detalle el contenido de las leyes, el estudio del Derecho tiende a convertirse en el estudio de una doctrina jurídica, preocupada por la pureza conceptual, la claridad de las definiciones, clasificaciones, subdivisiones y distinciones. El derecho se convierte así en una "teoría", en un saber especulativo cercano a los linderos de la Lógica y la Filosofía que, en el mejor de los casos, sirve para entender el contenido de las leyes, pero que por principio está alejado de la casuística y la problemática cotidiana. El distinguido maestro de la Escuela Libre de Derecho, Gustavo R. Velasco (qpd), comentaba con ingenio esta deformación de los estudios jurídicos, diciendo que los libros jurídicos eran obras con definiciones muy claras y estudiadas, llenos de divisiones, subdivisiones, clasificaciones y distinciones, que solían incluir, además del índice general, índices de materias y de fuentes, pero que nunca decían nada importante para el caso concreto que uno estaba estudiando.

Pero ante la imposibilidad de elaborar científicamente el estudio de todas las leyes, y la grave dificultad —tanto por la multitud de cambios legislativos como por la decadencia de los estudios jurídicos— de mantener actualizados los sistemas doctrinales derivados de las leyes fundamentales, se llega fácilmente a la conclusión, ya muy difundida, de que lo que realmente necesita conocer el jurista es el contenido de las leyes, tal cual es, y olvidarse de aquella teoría o doctrina jurídica que, cuando más, tiene un valor meramente pedagógico. Los conceptos, definiciones, reglas, etcétera, no son propiamente Derecho, sino instrumentos o esquemas para enseñarlo. Se llega así a la conclusión pragmática de que Derecho es exclusivamente lo que dice la ley.

En la primera desviación, se desnaturaliza el saber jurídico, privándolo de su carácter de ciencia práctica o prudencial, y haciéndolo un saber meramente especulativo. En la segunda, se niega la racionalidad y el carácter científico del Derecho, reduciéndolo a la mera expresión de la voluntad, en muchos casos irracional, del legislador. Ante ambas incomprensiones de la realidad del Derecho, la noción romana del Derecho como Jurisprudencia o prudencia de lo justo, proyecta una luz nueva que permite comprender mejor la naturaleza y los fines del Derecho y la formación de juristas.

## II. LA NOCIÓN ROMANA DE JURISPRUDENCIA

Es conocida la definición que da Ulpiano de la jurisprudencia<sup>4</sup> como *iusti atque iniusti scientia*, o ciencia de lo justo y lo injusto, que coincide esencialmente con la que da Celso<sup>5</sup> (D 1,1,1) del *ius* como el *ars boni et aequi* o ciencia de lo bueno y de lo justo. En ambas definiciones se concibe la jurisprudencia o el Derecho como una ciencia (la palabra *ars* equivale a *scientia*), es decir como una doctrina o conjunto organizado de conocimientos, que puede ser enseñado y que sirve para un propósito específico, el de discernir o juzgar acerca de lo justo y lo injusto.

Con esto, se pone de relieve que saber Derecho es, por una parte, conocer la doctrina o, de acuerdo con la terminología romana, conocer el *ius*, pero además, y esto es lo más característico, es saber juzgar. Por esto, los juristas romanos<sup>6</sup> no dudan afirmar que el Derecho consiste en juicios, y suelen llamarse a sí mismos prudentes o, más específicamente, jurisprudentes.

Esta preponderancia del carácter práctico o prudencial del saber jurídico, al mismo tiempo que postula una determinada metodología de trabajo distinta de la de los saberes teóricos (lo importante no es hacer definiciones, sino resolver casos), reivindica con todas sus consecuencias su carácter científico, ya que el juicio es obra de la razón y no de la voluntad.

<sup>4</sup> Libro primo regularum, D 1,1,10,2.

<sup>5</sup> Citado por ULPIANO, libro primo institutionum, D 1,1 pr.

<sup>6</sup> PAULO, libro secundo quaestionum, D 5,2,17,1: *ius ex sententia iudicis fieri* (el derecho se hace por la sentencia del juez); ULPIANO, libro trigesimo cuarto ad edictum, D 25,3,3 pr.: *iudicem ius facere* (el juez hace el derecho); ULPIANO, libro vicesimo cuarto ad Sabinum, D 30,50,1: *cum ius facit haec pronuntiatio* (como este pronunciamiento —del juez— hace derecho).

La manera como los juristas romanos entendieron la jurisprudencia o saber jurídico, como analizaron, resolvieron y argumentaron los casos, como fueron creando precedentes, reglas y conceptos, es hoy un ejemplo clásico del quehacer jurídico, que —como todo lo clásico— constituye un parangón o modelo, en el cual se pueden encontrar motivos e ideas para perfeccionar nuestra concepción actual del Derecho que, como se ha visto, tiende a desnaturalizarse por la preeminencia que se da a la ley como fuente exclusiva del Derecho. En dos aspectos en particular, ofrece una nueva orientación la concepción romana de jurisprudencia: en cuanto ésta se concibe como juicio del caso concreto, y en cuanto se concibe como obra de los juristas,

## III. LA JURISPRUDENCIA COMO JUICIO DEL CASO

Todo el quehacer de los juristas romanos iba orientado a la solución, mediante un juicio, de casos específicos. La manera como llegan a ella es muy ilustrativa para conocer los modos propios del pensar jurídico y, consecuentemente, para orientar la formación de los nuevos juristas.

Según Kaser,<sup>7</sup> el impulso inicial, y decisivo, del pensar jurídico, es la intuición o sentido jurídico que, ante un caso determinado, adivina, sin necesidad de razonamiento, su solución. En las fuentes romanas este modo de proceder queda testimoniado en los numerosos textos en los que aparecen las soluciones al caso, que a veces no constan más que de una o dos palabras (*actione tenetur, condicere posse, non potest*, etcétera) sin ninguna argumentación o motivación que las funde, y sólo avaladas por la autoridad del jurista que las da.

Es un hecho, que atestigua la psicología, que el ser humano tiene esa especie de sentido innato acerca de la justicia, que en situaciones concretas le hace reaccionar considerando algo como justo o injusto. Ante un problema jurídico simple, pero fundamental, como el de alguien que roba alimento para subsistir, cualquier persona que comprenda sus términos, independientemente de su edad, educación, sexo o raza, siente que tiene algo que decir, que tiene una opinión acerca de la justicia del caso. Este sentido innato o capacidad intuitiva de la justicia, puede, como todas las capacidades humanas, irse desa-

<sup>7</sup> En su magnífica obra, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. por J. Miquel, Valladolid, 1964.



rollando. En los juristas clásicos se advierte qué grado de certeza y seguridad puede alcanzarse.

Su desarrollo se basa en dos fundamentos: uno es la percepción de la justicia como valor realizable en situaciones concretas o, en otras palabras, la percepción de la justicia posible; y el otro es la experiencia, el constante enfrentamiento a casos, reales o imaginarios, que estimula la búsqueda de soluciones y permite, mediante el sistema de prueba y ensayo, ir las puliendo y ajustando a la medida de cada caso.

Además colaboraron a esta evolución otros factores externos, peculiares de la psicología de los juristas romanos. El acusado sentido realista del pueblo romano, que le permitió, tanto en política como en Derecho, encontrar los medios idóneos, aptos, para conseguir los objetivos que se proponía. El tradicionalismo peculiar de los juristas, que les hacía guardar la costumbre de los antepasados (*mos maiorum*) como un conjunto de principios e instituciones estable, que sostenía y orientaba la evolución del Derecho. Y, finalmente, la elevada posición social de los juristas, que hacía que esa actividad de buscar soluciones a casos, fuera una actividad reservada a quienes cultivaban la jurisprudencia, y que permitía que sus respuestas tuvieran influencia en la vida social.

La intuición de lo justo no excluye la búsqueda de argumentos o razones que justifiquen las soluciones, ya que la intuición, por sí misma, es un modo extraordinario de conocer, que tiene que completarse y confirmarse, por las vías ordinarias del razonamiento. En la época arcaica, opina Kaser, la intuición, con la correspondiente fe en el jurista que decide autoritariamente, domina el quehacer jurídico de los romanos. Pero, desde principios de la República, y por influjo de la dialéctica griega,<sup>8</sup> los juristas proceden a buscar argumentos para sus soluciones. No desbordan el plano de la casuística, porque lo que tratan es descubrir o hallar argumentos (al modo de la Tópica<sup>9</sup>) a partir de problemas concretos. En este quehacer, proceden de varias maneras.

Hay ocasiones en que el jurista aduce la propia justicia material de la solución, y se apoya "en argumentos que recoge de las propias

<sup>8</sup> Sobre el influjo de este método en la jurisprudencia romana, puede verse SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946 (reimpr. 1953).

<sup>9</sup> Sobre el influjo de la Tópica en el pensamiento jurídico, puede verse VIEWEGH, Th., *Tópica y Jurisprudencia*.

circunstancias del caso en cuestión, destacando cada uno de los elementos del supuesto de hecho y evidenciando cómo determinaron su decisión".<sup>10</sup> Así, en el caso que propone Ulpiano<sup>11</sup> de un vendedor y un comprador que pensaban vender y comprar un artículo de oro puro, que en realidad tenía una parte de bronce; a la cuestión de si la venta vale, no obstante el error en la sustancia de la mercancía, el jurista dice que sí porque la cosa tiene algo de oro.

Otras veces, el jurista argumenta aduciendo casos parecidos o contrarios, es decir procede por asociaciones. Así se sirve de los razonamientos conocidos como argumento por analogía, o argumento por contrario. Del primer tipo de argumento, Ulpiano ofrece un ejemplo<sup>12</sup> al tratar acerca del error en la materia de la compraventa: si hay error en cuanto al objeto mismo, por ejemplo cuando el comprador piensa comprar el fundo Corneliano y el vendedor quiere vender el fundo Semproniano, dice el jurista que no hay compraventa, y añade, lo mismo ocurre (*idem est*) cuando el comprador quiere el esclavo Pánfilo, que está ausente, y el vendedor piensa en el esclavo Estico; la primera solución se extiende por analogía al segundo caso, no obstante que hay una pequeña diferencia en el supuesto de hecho, porque el comprador piensa en un esclavo ausente. Ulpiano prosigue su discurso planteando un nuevo caso, el de si hay compraventa cuando ambas partes consienten en el mismo objeto, pero yerran en cuanto a la substancia, por ejemplo cuando se vende bronce, creyendo que es oro, o vinagre por vino o plomo por plata; Ulpiano nuevamente se sirve de la analogía para extender a los casos de venta de bronce por oro, o de plomo por plata, la solución de que la venta es nula, prevista para el caso del disentimiento en cuanto al fundo Corneliano o Semproniano; pero niega que se pueda extender la solución a la venta de vino por vinagre, porque la sustancia de ambas cosas es la misma. Inmediatamente después de este texto de Ulpiano, el Digesto ofrece un ejemplo de argumento *ex contrario* usado por Paulo,<sup>13</sup> quien, reflexionando sobre el mismo problema de venta con error en la substancia del objeto, dice que se juzga de otro modo si se vendió una cosa de oro que resultó ser de oro de menor calidad que la que se pensaba, pues entonces (*a contrario*) la venta vale.

<sup>10</sup> KASER, *op. cit.*, p. 24.

<sup>11</sup> *Libro vicesimo octavo ad Sabinum*, D 18.1.14.

<sup>12</sup> *Libro vicesimo octavo ad Sabinum*, D 18.1.9 pr.

<sup>13</sup> *Libro quinto ad Sabinum*, D h.t. 10.

Otras veces, el jurista se apoya, no en un caso, sino en un juicio abstracto. El juicio expresa una opinión aceptada, que se ha extraído a partir del examen de casos. Así, el juicio que expresa Pomponio<sup>14</sup> de que no es válida la compra de cosa propia. Esta opinión puede servir para resolver muchos casos, pero no está en la concepción de los juristas romanos que se trata de una opinión obligatoria o vinculante para el que juzga, de suerte que tenga que seguirla cada vez que se presenta una compra de cosa propia, sino que se trata de una opinión que tiene que someterse a prueba constantemente, a la luz de nuevos casos; por eso el mismo jurista, inmediatamente después de enunciarla, advierte que hay soluciones diferentes según que el comprador conozca o ignore que la cosa es suya, y que la opinión no se aplica cuando el comprador es usufructuario, y se aplica con matices cuando el comprador es copropietario. Por esta flexibilidad de las opiniones, no llama la atención que otro jurista exprese un parecer distinto, como hace Paulo, en el caso que nos ocupa, al decir<sup>15</sup> que la compra de cosa propia vale, cuando el comprador adquiere con ella la posesión.

Un tipo especial de estos juicios generales en que se apoyan los juristas son las reglas (*regulae*). Son juicios de mayor generalidad que los arriba mencionados, y que fueron llamados así por los propios juristas. Un ejemplo célebre es la regla Catoniana, que dice que el legado que fue hecho por un testador incapaz, no se convalida porque el testador llegara a ser capaz antes de morir. Estas reglas, no obstante su difusión y aceptación, tampoco son normas vinculantes como lo pueden ser los artículos del código civil para un juez de hoy. Son también opiniones, siempre discutibles, cuyo alcance debe elucidarse en relación con casos concretos. Esta perspectiva queda notablemente ilustrada por el hecho de que todos los textos que nos conserva el Digesto a propósito de esta regla (D 34,7) se refieren a casos en que ella no se aplica.

Estas opiniones, juicios generales o reglas, son resultado del examen casuístico, pero no son, como algunos han pretendido, su mejor resultado, de modo que saber Derecho fuera simplemente conocer esas opiniones, y que el progreso científico consistiría en su organización sistemática. Al respecto es muy ilustrativa la conocida frase de

<sup>14</sup> Libro non ad Sabinum, D h.t. 16.

<sup>15</sup> Libro trigésimo tertio ad edictum, D h.t. 34,4.

Paulo<sup>16</sup> que dice que el Derecho no se obtiene de las reglas, sino que las reglas proceden del Derecho. En otras palabras, las reglas son resultado del juicio sobre casos concretos, pero sólo un resultado secundario, lo verdaderamente importante es la solución de cada caso.

El hacer definiciones o delimitaciones conceptuales fue algo, en general, ajeno a los juristas romanos clásicos. Es muy conocida la advertencia de Javoleno<sup>17</sup> de que toda definición en Derecho civil es peligrosa porque suele abarcar más o menos de lo que se quiere definir. Esto no niega que los juristas delimitaran sus conceptos, y distinguieran con claridad la compraventa del arrendamiento, o el mutuo del comodato; esto es algo que hicieron, y que toda elaboración científica tiene que hacer, pero lo hicieron siempre en relación con el examen de casos. Por ejemplo, distinguieron la compraventa del arrendamiento de obra, no comparando las características que tienen en abstracto uno y otro contrato, sino a propósito del caso de compraventa de cosas futuras: si el vendedor pone la materia prima, se trata de una compraventa, pero si la pone el comprador, entonces es un arrendamiento de obra.

También elaboraron, al lado de las reglas, ciertos "conceptos guías" que ayudan a descubrir la solución del caso. Son como reflectores que iluminan un problema bajo determinada óptica con la que puede encontrarse su solución. Entre estos conceptos cabe mencionar la buena fe (*bona fides*), la restitución (*restitutio*) o el interés del actor (*id quod interest*). Sería en vano buscar en los textos de los juristas clásicos una delimitación o determinación de estos conceptos. Lo que los juristas hacen, es analizarlos, otra vez y siempre, en relación con casos concretos.

Este modo de proceder casuístico, no excluye que exista una cierta organización u orden entre los conceptos, opiniones y juicios que emiten los juristas en relación a los problemas puestos a su consideración. Ellos agrupan todos estos elementos intelectuales en torno a los que podríamos llamar relaciones o situaciones típicas, tales como la compraventa, la patria potestad, la propiedad, el matrimonio, el testamento, los legados, las estipulaciones, y muchas otras más.<sup>18</sup> Alrededor de cada

<sup>16</sup> Libro sexto decimo ad Plautium, D 50,17,1.

<sup>17</sup> Libro undécimo epistularum, D 50,17,202.

<sup>18</sup> El interés por la sistemática se desarrolla sobre todo en relación a la enseñanza del Derecho, y especialmente a partir de las *Institutiones* de GAYO, que sirvieron de modelo a las de Justiniano. Las *Institutiones* de JUSTINIANO, con su cuatripartición

una de estas manifestaciones de vida jurídica van aglutinando los conceptos, decisiones, opiniones, juicios, reglas obtenidos a partir del examen de casos, y con los cuales se podrán ir resolviendo nuevos casos. Su procedencia casuística permite asignar a cada uno de estos elementos un radio específico de acción, con lo que se evitan las confusiones y traslapes injustificados. Todo el conjunto viene a ser así un material intelectual preciso, pero al mismo tiempo flexible, ya que en principio está siempre abierto a la prueba de nuevos casos.

Por todo esto, se ha caracterizado correctamente el Derecho Romano como un "sistema jurídico abierto", como un conjunto ordenado de soluciones, que se distingue netamente de los sistemas cerrados de Derecho codificado.

Una confirmación especialmente clara de que el ordenamiento jurídico romano, se concibe como un medio para la solución del caso, es la declaración expresa que hace Juliano de que en muchas ocasiones las decisiones de los casos van en contra de las exigencias lógicas. Textualmente dice: "puede probarse con innumerables ejemplos, que, por la utilidad común, se admiten en derecho civil muchas cosas que pueden ser discutidas como contrarias a la razón".<sup>19</sup> Y da este ejemplo: cuando entre varios hombres hurtan una viga que uno solo no podía cargar, se da la acción de hurto contra cada uno de ellos, por el doble del valor de la viga entera; pero si se quisiera ser estricto en el razonamiento, dice Juliano con ironía, se diría que ninguno de ellos quedaba obligado a pagar la pena porque ninguno sustrajo la viga.

Otro ejemplo de esta libertad que, en aras de la justicia, se toma el jurista, lo da Pomponio<sup>20</sup> a propósito de la venta de un hombre libre que, en principio, es nula porque la libertad personal es un bien inestimable; sin embargo, Pomponio no duda en afirmar que la venta de un hombre libre como esclavo vale, si el comprador ignora que está comprando un hombre libre. El motivo de esta no aplicación de un principio que podía considerarse fundamental y evidente, es que si la venta fuera nula, el comprador sólo podría reclamar del vendedor, como pago de

del Derecho en personas, cosas, sucesiones y obligaciones ha tenido una considerable influencia en la sistemática del derecho privado de Occidente.

<sup>19</sup> Libro octagensimo sexto digestorum, D 9, 2, 51, 2: *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero.*

<sup>20</sup> Libro non ad Sabinum, D 18, 1, 4.

lo no debido, la cantidad que le hubiese pagado como precio; en cambio, si la venta vale, el comprador, por la acción contractual de buena fe, podrá reclamar además los daños y perjuicios.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA COMO CREACIÓN DE LOS JURISTAS

Siendo la jurisprudencia la actividad de juzgar casos, no puede extrañar que se conciba que todos los elementos intelectuales con los que se hace, tales como las opiniones, reglas, soluciones o precedentes, nociones, distinciones, etcétera, así como los métodos (análisis, ponderación, comparación, etcétera), sean ante todo una obra de la razón, y no, como la ley, una obra del poder social constituido.

Los juristas clásicos fueron muy conscientes de que ellos eran realmente los creadores del *ius*, es decir de la doctrina conforme a la cual se juzgaban los casos. Ellos saben que sus opiniones valen, no porque una ley las declare obligatorias, sino en la medida que resulten adecuadas para encontrar soluciones justas a casos concretos, y en la medida que sean respaldadas por la propia autoridad o prestigio del jurista.

La ley, en sus diferentes formas (leyes comiciales, plebiscitos, senadoconsultos), la conciben no como una fuente directa del *ius*, sino como un dato objetivo, externo al *ius*, con el que tienen que contar para resolver los casos. Solamente cuando la ley es interpretada por los juristas, cuando su contenido queda asimilado e integrado con los demás elementos del *ius*, puede decirse que llega a ser fuente del Derecho. Pero lo que le da este carácter, no es el haber sido ley, no es el haber sido expedida por el órgano legislador establecido, sino el haber sido interpretada por los juristas.<sup>21</sup>

Un ejemplo ilustrador de esta actitud de los juristas frente a las leyes es el del plebiscito conocido como *Ley Aquilia*, que establecía una pena por el daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*). Los juristas hicieron una interpretación de la palabra *iniuria*, por la que comprendieron como "injusto", no sólo el daño causado dolosamente o con intención, sino además el daño causado por negligencia o descuido. Gracias a ello, la ley *Aquilia* tuvo una aplicación mucho más extensa y rica que la que hubieran imaginado los legisladores que la aprobaron, y dio lugar al nacimiento de esa importante doctrina

<sup>21</sup> Ver D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 5ª ed. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1983, pp. 66 y ss.

de la culpa, que ha tenido una influencia formidable en la ciencia jurídica moderna.

Otro ejemplo de la libertad de los juristas frente a la ley, lo da el senadoconsulto Macedoniano que, como es sabido, prohibió prestar dinero a los hijos de familia. Los juristas consideraron que esta prohibición, de acuerdo con el *ius* que ellos profesaban, no debía entenderse en el sentido de anular todo préstamo hecho a un hijo de familia, puesto que al recibir el dinero el hijo de familia, por el hecho mismo de haberlo recibido, quedaba obligado a devolverlo; decidieron entonces que el efecto de la ley era solamente dar al hijo de familia una excepción para defenderse de la reclamación del acreedor, pero que si el hijo espontáneamente pagaba, no podía posteriormente reclamar diciendo que pagó lo no debido, porque, siendo válido el préstamo, sí estaba obligado a pagar. Esta solución es una buena muestra del equilibrio de los juristas: por una parte salvaguardan la ley, haciendo que tenga el efecto querido, pero también preservan su doctrina, manteniendo la integridad de sus principios.

Es sabido que la libertad que tuvieron los juristas clásicos, fue paulatinamente limitada, y finalmente desplazada, por las tendencias burocráticas del Imperio. El primer golpe lo dio Augusto al conceder a algunos juristas el *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, es decir, el derecho de dar respuestas a casos con la autoridad del príncipe. Las respuestas del jurista que tenía este privilegio, ya no valían por su propia justeza ni por la autoridad del jurista que las daba, sino que valían porque el príncipe —el representante del poder— las aprobaba. Un punto culminante de esta evolución fue la propia promulgación del Digesto por Justiniano, en la que el emperador advierte que la doctrina de los juristas contenida en los textos ahí recogidos, vale porque ha sido promulgada como ley por el emperador,<sup>22</sup> y se prohíbe que los juristas hagan interpretaciones de ella.<sup>23</sup> Pero esta evolución hace re-

<sup>22</sup> *Const. Tanta* 10: "... de modo que todo lo que allí aparece escrito se entienda como Nuestro y como redactado por Nuestra propia voluntad..."

<sup>23</sup> *Const. Tanta* 21: "... que ninguno de los jurisperitos actuales, ni los futuros, se atreva a añadir comentarios a estas leyes, a no ser que sólo quisiera traducirlas al Griego... No le concedemos, en cambio, lanzar interpretaciones de las leyes, o mejor, perversiones de las mismas, no vaya a ser que de su verbosidad provenga algún desdoro de confusión para Nuestras leyes... Y si tal cosa osaren hacer, háganse reos de falsedad y sus libros sean totalmente destruidos". Lo que hubiera de ambiguo en las leyes promulgadas por Justiniano, debería ser resuelto por autoridad del Emperador, "el único a quien se permite hacer las leyes e interpretarlas".

saltar con más brillo la libertad creadora que tuvo la jurisprudencia clásica y que debe reclamar, como algo esencial, la ciencia jurídica de todos los tiempos.

## V. EL VALOR FORMATIVO DEL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

Me parece que esta breve exposición ha dejado claro que la concepción romana de jurisprudencia, que podría simplificarse diciendo que es la doctrina elaborada por los juristas para resolver los casos desde el punto de vista de la justicia, o más brevemente, como dice Ulpiano, la *iusti atque iniusti scientia*, o ciencia de lo justo y lo injusto, ofrece un notable contraste con la noción del Derecho corriente en los actuales sistemas de Derecho codificado. Aquella postula un sistema jurídico abierto; ésta un sistema cerrado; la jurisprudencia romana se concibe como un orden prudencial de juicios, el Derecho actual como un orden público de leyes; la primera se entiende como una obra de la razón, el segundo como una obra de la voluntad política.

El mero planteamiento de este contraste, me parece que es ya una aportación muy grande que hace la romanística contemporánea a la ciencia jurídica. La confrontación de ambas concepciones hace ver la necesidad que tiene el Derecho actual de reivindicar dos libertades: la libertad frente al sistema conceptual, y la libertad frente al poder, con el fin, siempre, de hacer posible la justicia en situaciones concretas.

La enseñanza del Derecho Romano en los primeros cursos de la licenciatura muestra así su valor eminentemente formativo, que es independiente de que el Derecho Romano sea o no un Derecho vigente en determinado país. Su objetivo general es familiarizar a los estudiantes con los hábitos mentales de la jurisprudencia clásica, es decir: que se acostumbren a valorar las nociones jurídicas, no como normas impuestas, sino como opiniones autorizadas pero discutibles; que desarrollen la facultad de argumentar a partir de problemas concretos, y el sentido o intuición jurídica que les permita alcanzar soluciones a problemas nuevos; que sepan distinguir las figuras jurídicas, y escoger la adecuada para solucionar un problema determinado; que se acostumbren a respetar la ley, no como si fuera la *ultima ratio*, sino como un mandato

Dejada a un lado la ampulosidad, es el mismo principio que establece la constitución mexicana, en su artículo 72-f, diciendo que las leyes tienen que ser interpretadas sólo por el órgano legislativo. *Cfr. n.*

autorizado, que tiene que ser entendido, interpretado y aplicado a la luz del Derecho. En suma, se trata de contribuir a la formación de juristas que se conciben a sí mismos, no como concededores de la ley, sino como personas que saben juzgar acerca de lo justo posible, esto es como jurisprudentes.

Es claro que para que la enseñanza del Derecho Romano conduzca a esos objetivos, se deben cumplir ciertas condiciones: que se contemple, al menos, en dos cursos semestrales; que se haga apoyada en los manuales modernos que se centran en el estudio del Derecho clásico; que se lleve a los estudiantes a la discusión de casos, y que se les ponga en contacto con las fuentes, principalmente con el Digesto. Pero la discusión y desarrollo de estas y otras condiciones ya es otro tema, que excede los límites de este ensayo.

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROPIEDAD: UN MODELO HISTÓRICO

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG

SUMARIO: I. *Introducción y objetivos.* II. *Locke: Del derecho natural de propiedad al derecho a la apropiación ilimitada.* III. *Los fisiócratas: la propiedad como elemento del orden natural.* IV. *La juridificación del derecho natural de propiedad. Caracteres y consecuencias.*

### I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

En cualquier disciplina científica, siempre existen hitos y paradigmas ante los cuales no cabe la indiferencia. Quizás en las ciencias humanas y sociales esta circunstancia se presenta de un modo más acusado. Ante los dedicados al estudio de los derechos fundamentales se presenta un campo de conocimiento en el que la tranquilidad y el sosiego necesarios para desarrollar una investigación científica se ven condicionados o dificultados, que no impedidos, por la naturaleza misma de la materia y por la multitud de esos paradigmas o puntos de referencia a los que nos hemos referido. La historia de los derechos fundamentales es la historia de la libertad, la historia de la emancipación del hombre en la lucha por su dignidad. Por ello creo que no es sencillo investigar y escribir sobre derechos fundamentales, ya que, muchas veces, el autor de un artículo o estudio sobre los mismos puede imaginarse a sí mismo como auténtico protagonista de la historia y de los acontecimientos que investiga. Es posible que al tratar estas materias la imparcialidad no se presente como primera reacción, debido a la gran carga emotiva de los contenidos que se manejan. De todas maneras, siempre ha de exigírsele al científico un cierto nivel de objetividad, de modo que no se desfigure la materia en la que centra su atención.

No es algo novedoso afirmar el carácter histórico de los derechos fundamentales. Cuando lo hacemos queremos significar dos cosas. En primer lugar, tal circunstancia implica su formación histórica. Los derechos fundamentales son un concepto histórico porque se han formado

a lo largo de la historia. Han sido corrientes filosóficas y de pensamiento, evoluciones en los sistemas políticos y jurídicos, revoluciones y disensos frente a determinadas situaciones creadas, los factores que han ido contribuyendo a la formación del concepto. Por otra parte, el paso del tiempo conlleva, respecto a los derechos fundamentales, una transformación en la concepción de los mismos. Ello implica que no siempre han desempeñado el mismo papel y han tenido el mismo significado. Ello es lógico si se tienen en cuenta las distintas circunstancias en las que se desenvuelve la evolución de los mismos. Los ilustrados racionalistas concebían determinados postulados normativos como instancias de legitimación crítica frente al poder establecido y los utilizaban como arietes con los cuales se había de proceder a la destrucción de los basamentos del Antiguo Régimen. Tras las revoluciones del XVIII, con la consiguiente plasmación de las exigencias revolucionarias en las declaraciones y textos jurídicos, los derechos fundamentales serán entendidos entonces por la burguesía como el fruto de una conquista acabada, como instrumentos a través de los cuales podrá consolidar su posición de clase, creando un ámbito personal intangible libre de toda intervención exterior. La función crítica e innovadora de los momentos prerrevolucionarios se torna en instrumento de inmovilismo cuando la burguesía ya ha alcanzado la posición por la que pugnó. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, las reivindicaciones obreras se producirán en el marco de otra concepción de los derechos fundamentales y, más tarde, el modelo del Estado social del bienestar presentará al Estado, que fue para los liberales el gran peligro, siempre amenazante, de los derechos individuales, como un valioso instrumento de promoción y garantía de los derechos fundamentales. E incluso, en la actualidad, cuando desde posiciones neoliberales se defienden ciertas concepciones del Estado, de la economía, de la sociedad civil, parece propugnarse un retorno a las más antiguas concepciones de los derechos fundamentales, desaprovechando las conquistas y ventajas del modelo del Estado social, y todo lo que ello implica en relación, sobre todo, con los derechos económicos, sociales y culturales.

De otro lado, hay que afirmar, como explicación de principio, que los derechos fundamentales se constituyen como un conjunto de normas jurídicas que se configuran como resultado de integrar en los esquemas de un ordenamiento jurídico determinadas concepciones filosóficas-políticas. En este ámbito es importante resaltar el sentido esencial que adquiere la reflexión filosófica. No se trata de una reflexión "pura",

aséptico producto de laboratorio, sino fruto de, y situada en, la historia, con todo lo que ello conlleva de condicionamiento. Los derechos fundamentales son, quizás en mayor medida que cualquier otra parte del ordenamiento jurídico "filosofía jurídica", debido al contenido de la materia que le es propia y al conjunto de necesidades que intentan satisfacer. No se puede comprender la actual configuración de los derechos fundamentales si no se efectúa un estudio de las corrientes de pensamiento en las cuales se crean las ideas a las que responden, si no se observan las posiciones políticas y los intereses a los que obedecen los individuos que elaboran las distintas teorías, si no se analizan, en definitiva, las circunstancias históricas en las cuales se desarrollan. Este artículo se sitúa en esta línea, mostrando cuál es el conjunto de ideas y construcciones conceptuales que se vierten en una estructura jurídica, desempeñando cierta función, y adquiriendo cierto significado en un determinado momento histórico.

La historia de los derechos fundamentales es una historia jalonada por numerosos acontecimientos que, al mismo tiempo que la construyen, la condicionan. Entre estos hechos históricos, hay algunos que destacan por su especial importancia, pero hay uno que marca el antes y el después en el acontecer de los derechos fundamentales. Nos referimos al periodo revolucionario de finales del siglo XVIII y, más en concreto, a la Revolución francesa de 1789. A partir de la gran crisis, expresada por vía revolucionaria, podemos comenzar a hablar de la historia de los derechos fundamentales. Desde entonces, lo que antes eran construcciones o composiciones filosóficas, se transforman en realidades jurídicas.<sup>1</sup> Por eso nos vamos a centrar ahora en la Declaración de 1789 o, más específicamente, en alguna parte del conjunto de ideas de las que ella es fruto.

Por lo tanto, lo que aquí se pretende es efectuar un análisis histórico de los derechos fundamentales. El profesor Peces-Barba ha dividido la investigación histórica sobre los derechos fundamentales en tres grandes niveles.<sup>2</sup> Situando como punto de partida la etapa histórica que

<sup>1</sup> Siempre teniendo en cuenta los precedentes ingleses y de las colonias de América del Norte, y los textos de tolerancia, como el *Edicto de Nantes* de 1598.

<sup>2</sup> PECES-BARBA, G., "Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 237 y 238. Anteriormente aparecido en el *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, 1986-1987, pp. 219 y ss.

él denomina Tránsito a la modernidad,<sup>3</sup> la primera parte o nivel sería el dedicado a la evolución de los factores económicos, políticos, sociales, culturales, que condicionan el nacimiento, desarrollo y transformación de los derechos fundamentales. En segundo lugar, ha de procederse al estudio de las ideas, al análisis de las corrientes de pensamiento que conceptualizan, dan sentido y fundamentan esos derechos. Nos situamos aquí en el marco de la filosofía de los derechos fundamentales. Y por último, el tercer gran ámbito de estudio sería aquel en el que se llega a la plena culminación de los derechos fundamentales como tales: su inclusión en un sistema jurídico determinado.

En este sentido, este trabajo puede ser incluido en los dos últimos ámbitos enunciados. Se estudian unas ideas y el reflejo de estas ideas en un marco jurídico. Vamos a analizar el significado de las construcciones de Locke y de los fisiócratas franceses o, más concretamente, un aspecto puntal de las mismas: el papel que desempeña la propiedad, el derecho natural de propiedad (que se presenta como un elemento clave a la hora de singularizar dichas aportaciones), en el seno de las mismas, con las consecuencias que de dicho extremo se derivan en lo relativo a la configuración del orden político-jurídico que en dichas construcciones se pretende. También observaremos el reflejo jurídico de dichas concepciones analizando el sentido de su juridificación.

Como ha afirmado Peces-Barba, "no se puede entender la Declaración de 1789 sin reconstruir ese itinerario formado por diversas aportaciones doctrinales, no siempre coherentes e incluso a veces contradictorias, pero que forman un depósito que cristalizará con ella".<sup>4</sup> El centro de nuestra reflexión es el derecho natural de propiedad, tal y como es concebido es la especulación previa a 1789. Pero, ¿mediante qué vías ejerce su influencia en la elaboración de la Declaración? Podemos afirmar que el pensamiento de Locke y la obra de los fisiócratas, posteriormente, constituyen tales vías,<sup>5</sup> a pesar de que entre ambas aportaciones transcurre algo más de un siglo.<sup>6</sup> Ambos modelos de pen-

<sup>3</sup> Sobre las características de dicho periodo, *vid.* PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.

<sup>4</sup> PECES-BARBA, "Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, p. 59.

<sup>5</sup> PECES-BARBA, "Los Derechos del Hombre en 1789...", *cit.*

<sup>6</sup> En efecto, LOCKE publica, anónimamente, el *Ensayo sobre el gobierno civil*, en 1690 (la segunda edición es de 1694), a la vuelta de su exilio holandés. En ese mismo año aparece su *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Por otra parte, QUESNAY

samiento son reflejo de las inquietudes y aspiraciones de la clase burguesa, cuya influencia como clase política y económicamente dominante, va a ir adquiriendo cada vez más solidez.

## II. LOCKE: DEL DERECHO NATURAL DE PROPIEDAD AL DERECHO A LA APROPIACIÓN ILIMITADA

Al estudiar a Locke hemos de tener en cuenta que este médico y filósofo británico no pretende ofrecer directamente un ensayo de fundamentación de los derechos fundamentales, sino que las partes de su obra que constituyen materiales oportunos para construir dicha fundamentación han de ser extraídos del más genérico marco en el que se produce la explicación lockiana sobre los fundamentos de la sociedad civil y sobre los límites de la obligación de obediencia de los ciudadanos en su ámbito.

Locke, como la mayoría de los autores del iusnaturalismo racionalista contractualista, parte de una situación anterior al Estado o sociedad civil. Es algo que forma parte de un esquema común en el que, en primer lugar, se estudian las características de esta situación (estado de naturaleza), que luego provocarán la celebración de un contrato o pacto, culminando con el análisis de las consecuencias político-jurídicas que se implican del paso del estado de naturaleza a la sociedad civil. Pero en Locke, a diferencia de lo que ocurre en Hobbes, el estado de naturaleza, si bien es prepolítico, no por ello es presocial.<sup>7</sup> Para Locke, el hombre es un ser racional y social. Es racional ya que puede vivir sometido a la ley natural, que se identifica con la razón y que, al mismo tiempo, es identificable mediante ella. Es social ya que puede convivir con los demás en el estado de naturaleza sin necesidad de estar sometido a un poder soberano.<sup>8</sup> Las características iniciales del estado de naturaleza en Locke permiten su configuración social, entendiendo como tal una situación en la que caben relaciones pacíficas y de colaboración entre los participantes en las mismas. En las primeras líneas del capí-

publica su *Droit Naturel* en 1765, mientras que *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle* de DUPONT DE NEMOURS data de 1768.

<sup>7</sup> Vid. GETTELL, Raymond G., *Historia de las ideas políticas* (2 tomos), trad. y prólogo de Teodoro González García, ed. Labor, Barcelona, 1930, tomo I, p. 365.

<sup>8</sup> Vid. MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo*, trad. y nota introductoria de J. R. CAPELLA, Fontanella, Barcelona, 1970, p. 205.

tulo segundo del *Ensayo sobre el gobierno civil*<sup>9</sup> así nos lo indica: el estado de naturaleza es un estado de completa libertad y es también un estado de igualdad.<sup>10</sup> Acudiendo a las argumentaciones de Hooker, Locke situará el origen de los deberes de los hombres entre sí en el amor mutuo que éstos se profesan.<sup>11</sup> De otro lado, el estado de naturaleza en Locke es prepolítico ya que no contiene ningún tipo de articulación política del cuerpo social. La organización política jurídica en Locke sólo surge con el comienzo de la sociedad civil.

La base de la pacífica sociabilidad humana se debe a que el individuo adecúa su actuación a la ley natural. La ley natural, que coincide en Locke con la razón, es la regla que gobierna el estado de naturaleza y, de algún modo, lo va a seguir siendo en la sociedad civil, ya que la ley civil o positiva, que ordena gracias al consentimiento de los individuos, ha de ser fiel a los dictados de la ley natural. Según dicha ley natural, los hombres, en el estado de naturaleza, son titulares de diversas facultades, pudiendo disponer de un conjunto de bienes en su propio provecho. Estos bienes (utilizamos aquí la expresión en su acepción genérica) implican el respeto de la vida, la libertad y las propiedades de los individuos. Además, el individuo tiene en sus manos la posibilidad de ejecutar la ley natural, en cumplimiento de la misma, castigando las ofensas cometidas contra el orden natural.

No nos vamos a detener aquí en el estudio más detallado de las razones que obligan a Locke a preferir el Estado civil frente al estado de naturaleza (siempre y cuando aquel cumpla determinadas condiciones), ni vamos a estudiar tampoco la estructuración del poder en la sociedad civil y las obligaciones de este poder en su actuación, obligaciones cuyo desconocimiento fundamenta y legitima, en el sistema de Locke, el derecho de resistencia. Ello excedería de nuestros propósitos. Vamos a centrarnos en el tratamiento que Locke otorga a la propiedad que, como hemos visto, es uno de los derechos naturales de los individuos. Aunque, de la conformación de dicho derecho, han de derivarse consecuencias que se extienden al resto de la construcción de Locke.

<sup>9</sup> Son varias las traducciones disponibles de dicha obra. Aquí vamos a utilizar la de Amando LÁZARO ROS, con Introducción de Luis RODRÍGUEZ ARANDA, Aguilar, Madrid, 1969 (cuarta reimpresión, 1980). Últimamente ha aparecido otra traducción del *Ensayo*, a cargo de Carlos MELLIZO, autor también del Prólogo y notas al texto, en Alianza, Madrid, 1990.

<sup>10</sup> LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, cit., p. 5.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

En el ya citado capítulo segundo, cuando Locke nos habla de las características del estado de naturaleza, incluye la capacidad, que tienen los individuos que se encuentran en el mismo, de disponer de sus propiedades, siempre dentro de los límites marcados por la ley natural. Es una de las notas sustanciales de la situación de "completa libertad" en la que los hombres se encuentran en dicho estado. El derecho de propiedad es de importancia capital en el conjunto teórico diseñado por Locke. Lo concibe como un derecho natural y, al mismo tiempo, afirma que "la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes".<sup>12</sup> Pero el análisis profundo de la propiedad en dicho *Ensayo* se encuentra en el capítulo V del mismo, titulado precisamente "De la propiedad".<sup>13</sup> En dicho capítulo Locke va a partir de una primera concepción en la que el derecho de propiedad es un derecho natural limitado por la propia ley natural, concluyendo con una visión posterior y definitiva del mismo en la que se le sigue considerando como un derecho natural, pero que carece de las anteriores limitaciones.

El origen último de la explicación ofrecida por Locke adquiere ciertas raíces religiosas, ya que la primera propiedad de los bienes, genéri-

<sup>12</sup> LOCKE, *Ensayo*, cit., p. 94. En otro momento afirmará que "... la finalidad del gobierno no es otra que la de salvaguardar la propiedad", p. 71.

<sup>13</sup> Hay que tener en cuenta, para una correcta comprensión del pensamiento de LOCKE en este punto, que el término "propiedad" no siempre aparece utilizado con la misma extensión y finalidad. Carlos MELLIZO, en el prólogo a la traducción del *Ensayo*, citada, escribe que el término «propiedad» "no siempre tiene el significado estricto de bienes materiales, sino que a veces se refiere a algo más general y, dicho sea de paso, menos vinculado a las nociones que proporcionan excusa teórica al capitalismo burgués" (p. 19). De modo que podemos aludir a dos distintas significaciones del mismo. Así, debemos diferenciar la "propiedad" en sentido amplio o genérico, de la "propiedad" en sentido estricto. LOCKE utiliza el término en el primer sentido cuando se refiere al conjunto de derechos naturales propios del hombre, considerados como verdaderos bienes del individuo: "Tiene, pues, por naturaleza, al igual que cualquier otro hombre, o de cualquier número de hombres que haya en el mundo, no sólo el poder de defender su propiedad, es decir, su vida, su libertad y sus bienes, ..." (p. 64); "Tienen razones suficientes para (...) entrar voluntariamente en sociedad con otros hombres que se encuentran ya unidos, o que tienen el propósito de unirse para la mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras, a todo lo cual incluyo dentro del nombre genérico de bienes o propiedades" (p. 93). Con el uso de "propiedad" en el sentido estricto alude al común empleo del mismo entendido como propiedad de objetos y tierras. Esta utilización es la predominante en el capítulo V del *Ensayo*. Evidentemente cuando LOCKE habla de la propiedad en el primer sentido hemos de entender incluida en dicho empleo la propiedad en su segunda acepción (las cursivas son nuestras).



camente considerados, es otorgada por Dios a los hombres. Así, en un principio, nadie detenta un dominio particular sobre ningún bien.<sup>14</sup> Todo es de todos. ¿Dónde situar, pues, el punto de arranque de la propiedad? ¿Cómo se produce el paso de un estado de ausencia de propiedad, a otro de existencia y defensa de la misma?

El individuo sólo tiene, en un principio, propiedad plena sobre su persona. Por ello la propia vida y la libertad individual son derechos que exigen respeto de acuerdo con la ley natural. De otro lado, el trabajo del individuo es una expresión directa de la propia personalidad. Cuando el individuo opera sobre cualquier cosa, trabaja sobre esa cosa, cambia el estado de ese algo, que no vuelve a ser el mismo que antes de la intervención humana. En dicho objeto se refleja la labor del individuo; ese objeto queda sellado por el esfuerzo del hombre. De esta manera, la situación del objeto no es la misma que la de antes, ya que ha salido del estado común en el que se encontraba. Va a ser este trabajo, esta actividad humana, la que defina y determine la propiedad sobre los objetos.

Se puede considerar, por tanto, que la propiedad se manifiesta como un reflejo, como una prolongación del individuo que actúa sobre la cosa objeto de apropiación. Si el trabajo es un reflejo de la personalidad del individuo y las notas características de esa personalidad son su vida y su libertad, que ostentan el rango de derechos naturales, el objeto sobre el cual se ejerce ese trabajo se constituye en confirmación de la propia personalidad, de expresión de la misma, al mismo nivel que los otros derechos naturales. Así, parece concluirse de las palabras de Locke: "De todo lo anterior resulta evidente que, a pesar de habérsenos dado en común todas las cosas de la Naturaleza, el hombre (como dueño de sí mismo y propietario de su persona, de sus actos o del trabajo de la misma) llevaba dentro de sí la gran base de la propiedad; en efecto, su trabajo, que entraba como parte en todo aquello de que se servía para su sustento y comodidad, especialmente cuando la invención y las artes lo facilitaron, le correspondía perfectamente en propiedad y no pertenecía en común a los demás".<sup>15</sup>

En este momento de la argumentación, la propiedad no se presenta como un derecho ilimitado, ya que si tiene como finalidad el propio provecho y sustento, la capacidad de uso provechoso de esa propiedad

es el límite a la misma. Se pueden acumular propiedades, siempre que el uso y aprovechamiento de las mismas quede asegurado: "La misma ley natural (...) pone al mismo tiempo un límite a ese derecho: «Dios nos ha dado todas las cosas en abundancia». ¿Confirma la revelación lo que nos dice la voz de la razón? Pero ¿dentro de qué límites nos las ha dado Dios? «Para gozar de ellas». El hombre puede apropiarse las cosas por su trabajo en la medida exacta en que es posible utilizarlas con provecho antes de que se echen a perder. Todo aquello que excede a ese límite no le corresponde al hombre, y constituye la parte de los demás".<sup>16</sup>

Cuando Locke escribe el Ensayo, están todavía lejanas las revoluciones industriales y la principal fuente de riqueza es la propiedad y explotación de la tierra. Es normal, por tanto, que el núcleo de su argumentación se base en la propiedad de ésta, siguiendo las líneas generales señaladas anteriormente. Aquí también va a ser el trabajo el modo de adquisición de la propiedad. Cuando el hombre labora la tierra improductiva o la convierte en útil, le agrega algo que es suyo: su trabajo.<sup>17</sup> Además, la propiedad de la tierra viene limitada (junto a la capacidad de aprovechamiento de sus frutos) por la imposibilidad de disposición de la misma por parte de los demás individuos.

El trabajo también será la causa determinante del aumento de valor de los objetos. Respecto a esto, Locke distingue dos tipos de valor: por una parte, el intrínseco o natural, determinado por la utilidad de las cosas para la vida humana, antes de cualquier intervención del individuo sobre esos objetos; por otra parte, el valor de las cosas tras el trabajo del individuo: "... es el trabajo, sin duda alguna, lo que establece en todas las cosas, diferencia de valor".<sup>18</sup> La aportación individual a la configuración final del producto aumenta el valor de éste en relación con su estado primitivo: "Es, pues, el trabajo el que da a la tierra la máxima parte del valor, y sin aquel apenas si valdría nada; es al trabajo al que debemos la parte útil de todos sus frutos útiles".<sup>19</sup>

Así pues, según lo observado hasta ahora, podemos resumir el estado del derecho de propiedad como sigue: es un derecho natural limitado que tiene su origen en la apropiación de las cosas mediante el trabajo del hombre, circunstancia ésta que determina precisamente su

<sup>16</sup> LOCKE, *Ensayo...*, cit., p. 26.

<sup>17</sup> LOCKE, *Ensayo...*, cit., p. 26.

<sup>18</sup> LOCKE, *Ensayo...*, cit., p. 32.

<sup>19</sup> LOCKE, *Ensayo...*, cit., p. 34.

<sup>14</sup> LOCKE, *Ensayo...*, cit., p. 23.

<sup>15</sup> LOCKE, *Ensayo...*, cit., p. 35.

aumento de valor. Tiene como límites la capacidad individual de aprovechamiento y la posibilidad de apropiación igual por parte del resto de los individuos.

Pero Locke va a introducir un elemento que va a cambiar la situación señalada. Hemos visto que los hombres pueden acumular propiedades siempre que aseguren su correcto uso. El justo ejercicio del derecho de propiedad implica la no desaparición de los objetos apropiados por causa de su desaprovechamiento. Para salvar esta situación, el individuo puede regalar objetos perecederos o cambiar éstos por otros que no lo sean. Por lo tanto, vemos que la capacidad de apropiación y de acumulación no es ilimitada, en este momento, de manera que tampoco lo es el derecho de propiedad.

Sin embargo, la introducción del dinero elimina estas limitaciones: "De la misma manera que de los distintos grados de actividad dependían las cantidades de productos adquiridos, el descubrimiento del dinero dio a los hombres la capacidad de seguir adquiriendo y aumentando sus adquisiciones".<sup>20</sup> El dinero cumple tres condiciones (escasez, durabilidad y valor) que aseguran su apropiación: "Si no existe nada que sea a la vez duradera, escaso y tan valioso como para ser atesorado, los hombres no mostrarían tendencia a ensanchar las tierras que ya poseen, por muy ricas que fuesen las que se ponían a su alcance".<sup>21</sup> La apropiación del dinero, cuyo valor es establecido por consenso, representa a la del objeto sustituido y puede ser ilimitada, ya que el dinero no perece. Como el valor del dinero es igual al valor de la cosa, se posibilita así que la acumulación del dinero sustituya a la acumulación de objetos, cumpliéndose el mismo cometido y ejerciéndose de la misma manera el derecho de propiedad. Así pues, con la aparición del dinero, desaparecen los originarios límites al derecho de propiedad. La acumulación de dinero implica acumulación de propiedad y también, por tanto, ejercicio ilimitado del derecho de propiedad.

De modo que se pueden diferenciar dos concepciones diversas del derecho de propiedad en Locke. En ambas el derecho de propiedad es un derecho natural. Según la primera, el derecho de propiedad se encuentra limitado por los dictados de la ley natural, de la razón. Recordemos la obligación de uso provechoso y de igual disfrute por parte de los otros. Toda propiedad que exceda de esos límites será injustifi-

cada de acuerdo con la ley natural y su existencia habrá de ser condenada. En la segunda concepción, el derecho de propiedad, sigue siendo un derecho natural, pero ya no es limitado. He aquí la culminación del esfuerzo de Locke. Consigue mantener al derecho de propiedad dentro del status propio de los derechos naturales, aunque ahora elimina las cortapisas que a su desarrollo imponían los dictados de la ley natural. El empleo del dinero, y la representación de los bienes y tierras mediante éste logra salvar los impedimentos derivados de la imposibilidad de conservación y de aprovechamiento de las propiedades. Pero es que además, como señala Macpherson,<sup>22</sup> Locke sigue manteniendo al derecho de propiedad, aun con esta transformación, en el seno del estado de naturaleza. En el esquema conceptual lockiano no se ha producido todavía el paso a la sociedad civil. El consenso mediante el cual se establece la medida de valor del dinero no es el mismo que posibilita la instauración de la sociedad civil. Es un consenso que se produce en el marco del estado de naturaleza y que no añade nada en relación con la continuidad o desaparición del mismo.

De ello se deriva algo muy importante en orden al aseguramiento del derecho de propiedad ilimitado. Si Locke ha conseguido demostrar que dentro del estado de naturaleza existe tal derecho con esas características, y si la finalidad de la sociedad política y civil es la salvaguarda, defensa y protección de los derechos propios del hombre en el estado de naturaleza, se puede concluir que la estructura jurídico-política de la sociedad civil ha de configurarse de forma que cumpla con su finalidad respecto a los derechos naturales, entre los cuales se encuentra el derecho de propiedad en su última formulación, que incluye la posibilidad, conforme a la ley natural,<sup>23</sup> de acaparamiento ilimitado.

<sup>22</sup> MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo*, cit., pp. 180-182.

<sup>23</sup> Se puede pensar que, si en un principio, lo acorde con la ley natural era el derecho de propiedad sometido a determinadas limitaciones, el mismo derecho, en su nueva formulación, va a hallarse en contradicción con el orden natural. Así, toda variación en el *status* de un derecho natural, que no esté en relación con el tránsito a la sociedad civil (me refiero a la renuncia, efectuada por el individuo, al poder, que tiene en el estado de naturaleza, de castigar los delitos contra la ley, debido a la inseguridad que tal capacidad comporta en relación con el disfrute de los demás derechos), sería contraria a la ley natural. Pero el derecho de propiedad ilimitado no puede ser contrario a la ley natural ya que el dato que lo origina, la introducción del dinero y la atribución a éste de un determinado valor, procede del consenso entre los individuos, está encaminado a su utilidad y beneficio y, según LOCKE, no atenta contra los derechos naturales de los demás.

<sup>20</sup> LOCKE, *Ensayo...*, cit., p. 38.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

Así, vemos cómo se dota de una fundamentación moral a la apropiación burguesa<sup>24</sup> con todo lo que ello significa en lo referente a la afirmación y predominio de su ideología. Crossman afirma que la teoría de Locke "es clara expresión, tanto de la moralidad burguesa, como del estado burgués, en los cuales la acumulación de la riqueza individual es considerada como una de las principales actividades de los hombres de pro".<sup>25</sup> La legitimidad de la propiedad privada va a ser, entonces, de tipo iusnaturalista: no procede de la regulación estatal, sino de la propia consideración de la propiedad como derecho natural.<sup>26</sup> La sociedad civil, el Estado, va a tener que asegurar y respetar esa propiedad privada.

### III. LOS FISIÓCRATAS: LA PROPIEDAD COMO ELEMENTO DEL ORDEN NATURAL

El primer texto en el que nos vamos a basar a la hora de analizar la importancia que tiene la noción de propiedad en los fisiócratas franceses del siglo XVIII, es el *Derecho Natural*<sup>27</sup> que François de Quesnay escribe en 1765. Es un escrito breve pero en él se encuentran los elementos característicos propios del iusnaturalismo racionalista del siglo en el que es redactado.

La clásica distinción entre Derecho natural y Derecho positivo se reproduce en Quesnay mediante la diferenciación entre Derecho natural y Derecho legítimo.<sup>28</sup> El Derecho natural tiene un carácter evidente, en virtud del cual adquiere obligatoriedad, y puede ser conocido a través de la razón. Por su parte, el Derecho legítimo es el Derecho enmarcado en una ley positiva; no es posible llegar a él a través de la razón, habiendo de atender a lo que indique la ley; y su fuerza obligatoria deriva de la pena subsiguiente a la transgresión de la ley.

<sup>24</sup> MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo*, cit., p. 191.

<sup>25</sup> CROSSMAN, R. M. S., *Biografía del Estado Moderno*, trad. de J. A. FERNÁNDEZ DE CASTRO, FCE, Madrid, 1987, p. 86.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> La traducción utilizada de dicha obra se encuentra recogida en *Escritos Fisiocráticos*, estudio preliminar y traducción de José E. CANDELA CASTILLO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Se trata de una recopilación de textos en la que también se incluyen el "Tableau économique", de QUESNAY y "Del origen y progresos de una ciencia nueva", de DUPONT DE NEMOURS.

<sup>28</sup> QUESNAY, "Derecho Natural", cit., p. 5.

A partir de esta primera distinción, Quesnay va a restar validez a aquellas concepciones iusnaturalistas que se basan en la idea de un derecho natural "de todos a todo".<sup>29</sup> Un derecho natural de este tipo sería un derecho sin contenido, inefectivo. En realidad, el derecho natural de los individuos encuentra su limitación en la capacidad que tienen éstos de apropiación por medio de su trabajo: "En el estado de pura naturaleza, las cosas adecuadas al disfrute de los hombres se reducen a las que la naturaleza produce espontáneamente. El hombre no puede hacer uso de su derecho natural indeterminado sobre éstas cosas más que procurándose parte de ellas por el trabajo, es decir, por medio de búsquedas".<sup>30</sup> De este modo, podemos considerar que en Quesnay la efectiva realización del derecho natural propio de cada individuo se produce a raíz de su trabajo y actividad sobre los bienes que se encuentran indeterminados en el estado de naturaleza. A través de tal actividad el individuo se apropia de esos bienes.

La organización política en la que se unen los individuos va a estar destinada a la garantía de los derechos naturales. Según Quesnay, la inseguridad a la que están sometidas las propiedades hace que los hombres se unan para lograr la mutua salvaguarda de sus posesiones. Pero el aumento de las propiedades hace que estos pactos o uniones se tornen ineficaces, de modo que es necesaria la instauración de una autoridad común y la promulgación de unas leyes cuya finalidad va a ser la seguridad de la propiedad.<sup>31</sup> Quesnay va a mostrar explícitamente la relación que hay entre la cantidad y garantía de las propiedades y las formas o modalidades de gobierno: "... la forma de las sociedades depende de que sean más o menos cuantiosos, por una parte, los bienes que cada uno posee o puede poseer y por otra, aquellos cuya conservación y propiedad quiera asegurar".<sup>32</sup> El derecho de propiedad es un derecho natural del que disfruta el hombre en cualquier situación en la que quiera que se halle. La protección de este derecho no siempre ne-

<sup>29</sup> QUESNAY, "Derecho Natural", cit., p. 6. Tal derecho "es similar al derecho que tiene la golondrina a todos los mosquitos que revolotean por el aire..." (*Ibidem*).

<sup>30</sup> QUESNAY, "Derecho Natural", cit., p. 7.

<sup>31</sup> "Si las riquezas de propiedad fuesen más numerosas o estuviesen más repartidas o más expuestas al pillaje, la constitución de esas naciones no bastaría para asegurar la propiedad de tales cosas. Serían necesarias leyes escritas o de convención y una autoridad soberana que velara por su cumplimiento, pues dichas riquezas, fáciles de robar y abandonadas a la fidelidad pública, suscitarían deseos en los compatriotas poco virtuosos que les llevarían a violar el derecho ajeno", QUESNAY, "Derecho Natural", cit., p. 14.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

cesita una organización política. Va a ser el aumento de las propiedades, y el consiguiente aumento de la inseguridad de las mismas, lo que va a motivar la necesidad de una defensa institucionalizada. Sólo dentro de dicha organización, de dicha sociedad, va a poder lograrse el desarrollo y ejercicio pacífico de dicho derecho: "... cuando los hombres se ponen bajo dependencia o más bien, bajo protección de leyes positivas y de una autoridad tutelar, amplían sobremanera la facultad de ser propietarios, y por consiguiente, en lugar de restringir el uso de su derecho natural, lo ensanchan considerablemente".<sup>33</sup>

La justificación de la autoridad va a venir definida, pues, por la defensa de la libertad y de las propiedades de los individuos: "... allí donde las leyes y la autoridad tutelar no aseguran la propiedad y la libertad, no hay gobierno ni sociedad provechosos, sino más bien, dominación o anarquía bajo apariencias de gobierno".<sup>34</sup> El ejercicio de esa autoridad ha de tener como finalidad, además, la multiplicación de las propiedades. El derecho natural, que incluye el derecho de propiedad, "se amplía en razón del grado de observación de las mejores leyes posibles que constituyen el orden más ventajoso para los hombres reunidos en sociedad".<sup>35</sup> Estas leyes, positivas, consisten "en la declaración de las leyes naturales constitutivas del orden evidentemente más ventajoso posible para los hombres reunidos en sociedad".<sup>36</sup> Serán las leyes positivas las que aseguren que "se multipliquen abundantemente las riquezas necesarias para la subsistencia de los hombres y el sostenimiento de la autoridad tutelar, cuya protección garantiza a los hombres reunidos en sociedad la propiedad de sus riquezas y la seguridad de sus personas".<sup>37</sup>

Pierre-Samuel Dupont de Nemours escribe en 1768 su obra *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*.<sup>38</sup> Como todos los au-

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> QUESNAY, "Derecho Natural", *cit.*, p. 15.

<sup>35</sup> QUESNAY, "Derecho Natural", *cit.*, p. 19.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> "Del origen y progresos de una nueva ciencia", en *Escritos Fisiocráticos*, *cit.*, pp. 61 y ss. Dicha obra constituye una síntesis y explicación de otra escrita por Pierre-Paul MERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, que es un año anterior a la de DUPONT DE NEMOURS. La obra de MERCIER DE LA RIVIÈRE se basa, a su vez, en anteriores escritos de QUESNAY. Así lo expresa el propio DUPONT DE NEMOURS: "Por lo que a mí corresponde, me sentiría muy complacido si fuera capaz de presentar aquí una idea clara y concisa, que con un mínimo de dignidad compendiese el conjunto articulado de verdades descubierto por el doc-

tores iusnaturalistas, parte de la existencia de un orden natural, que es anterior a cualquier tipo de convención entre los hombres. En él existen determinados derechos y deberes.<sup>39</sup> Los derechos del individuo en ese estado natural son "la libertad de proveer a su subsistencia y a su bienestar y la propiedad sobre su persona y sobre las cosas adquiridas mediante el trabajo que su persona realiza", mientras que entre los deberes han de incluirse "el trabajo para subvenir a las necesidades y el respeto a la libertad, la propiedad personal y la propiedad inmobiliaria de los demás".<sup>40</sup> La finalidad del orden social, subordinado al orden natural y basado en las convenciones entre los individuos, ha de ser el reconocimiento y garantía de esos derechos y deberes.

Vemos que la noción de propiedad está desde el primer momento presente al comienzo de la construcción de Dupont de Nemours. La propiedad es consustancial al orden natural y por lo tanto va a detentar una determinada prioridad respecto a otros bienes o valores en el orden social. En este punto parece clara la influencia del pensamiento de Mercier de la Rivière. Según él, dentro del derecho de propiedad han de incluirse los principios inmutables del orden esencial de las sociedades. El derecho de propiedad, dentro del cual se distinguen tres especies (propiedad personal, mobiliaria e inmobiliaria),<sup>41</sup> constituye, en su diversidad, una unidad que ha de ser respetada según el orden natural. Cualquier ataque a la propiedad, en cualquiera de sus modalidades, supone un ataque a los fundamentos de la sociedad, ya que,

tor Quesnay y explicado con tanta claridad y eminencia en esa excelsa obra" (se refiere a la de MERCIER DE LA RIVIÈRE, "Del origen...", *cit.*, p. 67).

<sup>39</sup> Ambos van a ser "de una justicia absoluta, porque son de necesidad física y por consiguiente absoluta para su existencia" DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", *cit.*, p. 67.

<sup>40</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", *cit.*, pp. 67 y 68.

<sup>41</sup> Según MERCIER DE LA RIVIÈRE, "la propiedad personal es el primer principio de todos los demás derechos: sin ella, no puede haber ni propiedad mobiliaria, ni propiedad inmobiliaria, ni sociedad.

La propiedad mobiliaria no es, por así decir, sino una manera de gozar de la propiedad personal; más aún, es la misma propiedad personal considerada en las relaciones que ésta tiene necesariamente con las cosas adecuadas a nuestros disfrutes. Por ello estamos obligados a respetar y a proteger la propiedad mobiliaria para no destruir la propiedad personal, la propiedad inmobiliaria y la sociedad.

La propiedad inmobiliaria se basa en la necesidad que de ella tienen las otras dos especies de propiedad, que sin ella se harían nulas: desde el momento en que hubiera más hombres que subsistencias, la necesidad les llevaría a estrangularse los unos a otros y ya no habría más propiedad mobiliaria, ni propiedad personal, ni sociedad", *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (citado en DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", *cit.*, p. 102).

aunque existen otro tipo de instituciones que siempre son necesarias en una sociedad, esas "sólo forman parte de ese orden como consecuencias necesarias y no como primeros principios; hay que remontarse al «derecho de propiedad» para encontrar la necesidad de tales instituciones".<sup>42</sup>

Por lo tanto, la felicidad de los hombres y su prosperidad va a depender del estado de sus propiedades. Dicho estado va a ser expresado a través del «productò neto», o conjunto de riquezas disponibles "de cuya magnitud depende la prosperidad de la sociedad"<sup>43</sup> de tal manera que provocar una reducción del mismo "supondría declararle la guerra a nuestros semejantes; sería tanto como violar los derechos y faltar a los deberes instituidos por el Creador; equivaldría a oponerse a sus decretos mientras nuestra debilidad lo permitiera; supondría cometer un crimen de lesa majestad divina y humana".<sup>44</sup> El aumento de riquezas y propiedades sólo se puede lograr en una situación de "libertad de utilización de todas las propiedades. . .".<sup>45</sup> Se propugnan así mecanismos de libre competencia en donde "todos se las ingenian"<sup>46</sup> en beneficio de su propiedad.

El disfrute de las propiedades va a depender de la efectividad de esa libertad que sólo se consigue en un clima de seguridad propicio: "No hay propiedad sin libertad"; no hay libertad sin seguridad".<sup>47</sup> Esta seguridad se alcanza bajo una única autoridad tutelar "armada de una fuerza superior a todos los obstáculos que pueda encontrar".<sup>48</sup> He aquí la necesidad y justificación de una organización social, a la que Dupont de Nemours confía la tarea de garantizar la libertad y la seguridad de las propiedades: "... es necesario que los hombres reunidos en sociedad se garanticen mutuamente tales propiedades y las protejan recíprocamente con todas sus fuerzas físicas. Son propiamente dichas garantías y protección mutuas quienes constituyen la *sociedad*".<sup>49</sup>

La autoridad tutelar, ha de enfrentarse a unos determinados gastos propios del ejercicio de su misión. Son unos gastos necesarios para el

<sup>42</sup> MERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, cit., p. 47 (citado en DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 102).

<sup>43</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 94.

<sup>44</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 72.

<sup>45</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 71.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 72.

<sup>48</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 73.

<sup>49</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 72.

mantenimiento de las propiedades y de la libertad de los asociados, de manera que van a ser éstos los que van a tener que abonar dichos gastos. La cantidad de riquezas con las que cada uno contribuye al mantenimiento de los gastos, lo cual implica seguridad y garantía de la libertad y de la propiedad, es denominada por Dupont de Nemours, «Impuesto». <sup>50</sup> La importancia que tiene la figura del Impuesto en la obra de este autor francés es grande, como él mismo reconoce. El impuesto es el instrumento del que dispone el poder para conservar la propiedad, "es el gran lazo, el nudo federativo, el *vinculum sacrum* de la sociedad". <sup>51</sup> Teniendo el impuesto este cometido, no puede ser establecido por el soberano siguiendo su libre arbitrio: "No corresponde a los hombres establecer el impuesto según su capricho; existe un fundamento y una forma del impuesto *esencialmente* establecidos por el orden natural". <sup>52</sup> En Dupont de Nemours, el impuesto, en tanto que instrumento para garantizar la virtualidad del contenido del orden natural ("la finalidad del impuesto es la conservación del derecho de propiedad y de libertad del hombre en toda su extensión natural y primitiva" <sup>53</sup>) se constituye en elemento de ese mismo orden, regido por las normas de éste.

#### IV. LA JURIDIFICACIÓN DEL DERECHO NATURAL DE PROPIEDAD: CARACTERES Y CONSECUENCIAS

La Declaración de 26 de agosto de 1789 puede ser considerada como el gran texto de las revoluciones de finales del siglo XVIII. <sup>54</sup> Es el

<sup>50</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 77.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 78.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Sobre el sentido de la Declaración y los avatares que siguió su elaboración existe una amplia bibliografía. Aquí, a modo de orientación podemos citar, además del ya señalado trabajo de PECES-BARBA, los siguientes: BATTAGLIA, Felice, *Libertà ed uguaglianza nelle dichiarazioni francesi dei diritti dal 1789 al 1795. Testi, lavori preparatorii, progetti parlamentari*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1946; DEL VECCHIO, "La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa", en *Persona, Estado y Derecho*, prólogo de M. FRAGA IRIBARNE, IEP, Madrid, 1957; DIAZ, Elias, "Libertad-igualdad en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789", en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1978; *Orígenes de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* (edic. preparada por J. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI), Editora Nacional, Madrid, 1984; JAUME, Lucien, *Les déclarations des droits de l'homme* (Du

producto de varios siglos de disensos y enfrentamientos, de construcciones filosóficas y de situaciones políticas concretas. Si acudimos a la ya clásica distinción generacional de los derechos fundamentales, podemos afirmar que la Declaración es un buen exponente de los derechos de la primera generación. En efecto, vemos que en ella podemos identificar derechos individuales, derechos de participación y garantías procesales. Esta trilogía es expresión de la primera concepción histórica concreta de los derechos fundamentales.

¿Cómo se reflejan las ideas de Locke y de los fisiócratas, relativas al derecho de propiedad, en el texto de la Declaración? En la respuesta a esta pregunta hemos de acudir a los artículos 2º, 13º, 14º y 17º. Su texto es del siguiente tenor: Artículo 2: "La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"; artículo 13: "Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración es indispensable una contribución común: debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón a su posibilidades"; artículo 14: "Todos los ciudadanos tienen el derecho de verificar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración"; artículo 17: "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa".<sup>55</sup>

Vemos que el artículo 2º recoge de modo bastante claro el pensamiento de Locke. Ya en el estado de naturaleza el hombre disfruta de ciertos derechos que son, por lo tanto, «naturales e imprescriptibles».

*débat 1789-1793 au Préambule de 1946*), textes préfacés et annotés par Lucien JAUME, Flammarion, Paris, 1989; MORANGE, Jean, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, PUF, Paris, 1988; PUY, "Los derechos en la Declaración de 1789", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, VI, Madrid, 1989; RIALS, Stéphane, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Paris, 1988; V.V.A.A., *L'An I des droits de l'homme* (textes réunis par Antoine DE BAECQUE, présentés par Antoine DE BAECQUE, Wolfgang SHMALE et Michel VOVILLE), Presses du CNRS, Paris, 1988; BOBBIO, "La Rivoluzione Francese e i Diritti dell'uomo", en *L'étà dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 (anteriormente publicado bajo el título "La dichiarazione dei diritti dell'uomo", en *Nuova Antologia*, n. 2169, enero-marzo, 1989).

<sup>55</sup> El texto de la Declaración puede hallarse en *Derecho positivo de los derechos humanos*, edic. preparada por G. PECES-BARBA, en colaboración con Liborio HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Santiago ISÍGUEZ DE ONZOÑO GARCÍA y Ángel LLAMAS CASCÓN, Debate, Madrid, 1987, pp. 112-115.

Locke cita expresamente la libertad y la propiedad. Aunque Locke no habla textualmente del derecho a la seguridad, creo que no debe existir ningún problema en admitir que el derecho a procurar "la salvaguardia de sus vidas",<sup>56</sup> del que son titulares los hombres en el estado de naturaleza, puede identificarse con el derecho a la seguridad de dicho artículo. Además, la «resistencia a la opresión» está relacionada con el derecho de resistencia lockiano que, aunque se desencadena a raíz de determinadas situaciones creadas en la sociedad civil, obedece a los imperativos de la ley natural en orden a su restablecimiento. Es por lo tanto, un derecho natural de los individuos, una conducta ordenada por la razón natural.

De otro lado, la inclusión de la propiedad y de la seguridad como derechos naturales en dicho artículo 2º, muestra relación con el pensamiento fisiocrático. La seguridad va a ser una exigencia del derecho natural por excelencia en las construcciones fisiocráticas, que es la propiedad. Recordemos las ya citadas palabras de Dupont de Nemours: "No hay propiedad sin libertad; no hay libertad sin seguridad".<sup>57</sup> La propiedad es una situación característica del estado de naturaleza y el Estado va a tener como finalidad la seguridad y permanencia de tal situación: "El poder y su Derecho se convierten así en garantes de la propiedad y en represores de aquellos que intentan violar las reglas que la protegen. Las clásicas funciones de garantía y de represión del Derecho Liberal aparecen claramente en este planteamiento, así como el ideal de la seguridad como defensa de la propiedad y del goce pacífico de los bienes por los propietarios".<sup>58</sup>

El artículo 17º de la Declaración establece que la propiedad es un derecho «sagrado e inviolable». Estos atributos derivan de su consideración como derecho natural.<sup>59</sup> La influencia en este artículo de las dos

<sup>56</sup> LOCKE, *Ensayo...*, cit., p. 93.

<sup>57</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", cit., p. 72.

<sup>58</sup> PECES-BARBA, "Los Derechos del Hombre en 1789...", cit., p. 91.

<sup>59</sup> Esta consideración no es uniforme en el siglo XVIII. ROUSSEAU considerará que la propiedad no es un derecho natural: "El primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: *Esto me pertenece*, y halló gentes bastante sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¿Qué de crímenes, de guerras, de asesinatos, de miserias y de horrores no hubiese ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o llenando la zanja, hubiese gritado a sus semejantes: «Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos pertenecen a todos y que la tierra no es de nadie»", *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Parte II, estudio preliminar de Daniel MORENO, Porrúa, México, 1987, p. 129 (no se cita al traductor).

líneas de pensamiento anteriormente estudiadas es evidente. En Locke y en los fisiócratas, la propiedad es un derecho natural.<sup>60</sup> En Locke

<sup>60</sup> No es de esta misma opinión el profesor PECES-BARBA, cuando afirma que en LOCKE, "No es la propiedad un derecho natural, sino civil, y serán los fisiócratas los que aporten la justificación vinculándole como el derecho principal y casi único del estado de Naturaleza, aunque sí en Locke existe el derecho natural a defender la propiedad... es decir, «su vida, su libertad, sus bienes»", "Los derechos del Hombre en 1789...", *cit.*, p. 80. Creo que cabe otra interpretación al respecto (por ejemplo, vid. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 23 y 24). Si LOCKE dice que el hombre tiene el poder de defender sus propiedades (téngase en cuenta que utilizamos aquí la expresión en sentido estricto) es porque dichas propiedades constituyen un derecho natural del individuo en el estado de naturaleza, y también en la sociedad civil. Si la propiedad no fuera en LOCKE un derecho natural, y sí civil, no tendría sentido reconocer al individuo esa capacidad de defensa, de la misma manera que tampoco tendría sentido toda la argumentación desarrollada por LOCKE en el capítulo V de su *Ensayo*.

Además, si se lee atentamente el capítulo XI del *Ensayo sobre el gobierno civil* ("Del alcance de poder legislativo", pp. 100-109), observamos que, al enumerar las restricciones que se le presentan al poder legislativo supremo en el ejercicio de sus funciones, la propiedad individual desempeña un papel importante. El poder legislativo "no es ni puede ser un poder absolutamente arbitrario sobre las vidas y los bienes de las personas" (p. 101) y, del mismo modo, "el poder supremo no puede arrebatar ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste" (p. 106). Si el individuo tiene la capacidad, en el estado de naturaleza, de defender esos bienes, y por lo tanto tiene la capacidad, como LOCKE reconoce explícitamente, de defender sus propiedades, de ello hemos de concluir que esas propiedades (seguimos utilizando la expresión en sentido estricto) son bienes de los que el hombre es titular en el estado de naturaleza, son derechos naturales. Se tiene el derecho natural de defender la propiedad, precisamente porque la propiedad es un derecho natural, de la misma manera que se tiene el derecho natural de defender la vida y la libertad, ya que ambas son derechos naturales.

La sociedad civil se ha instituido, según LOCKE, para terminar con el inseguro disfrute de los derechos (o "bienes" en terminología de LOCKE) de los que disfruta el individuo en el estado de naturaleza. El derecho de resistencia se justifica por el incumplimiento del cometido de la sociedad civil y del poder constituido dentro de ésta. Así, podemos afirmar que los derechos que no es capaz de garantizar la sociedad civil y cuya violación origina directamente la legitimidad del ejercicio del derecho de resistencia, son derechos naturales.

(En conversaciones con el profesor PECES-BARBA, posteriores a la redacción originaria de este escrito, me ha hecho notar que una de las razones que apoyarían su postura estaría basada en el hecho de que allí donde la influencia de LOCKE no va acompañada de la de los fisiócratas, como es el caso de alguno de los textos y declaraciones de América del Norte, nos encontramos ejemplos en los que la propiedad no aparece como un derecho natural: así, la *Declaración de independencia de los Estados Unidos*, de 4 de julio de 1776. No obstante, tal circunstancia no se da en otros textos igualmente importantes, como la *Declaración de derechos* del buen pueblo de Virginia, de 12 de junio del mismo año, en cuyo artículo I podemos leer: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no

quizás no sea el derecho natural más importante, aunque algunas interpretaciones, como la de Macpherson, van en línea de atribuir a la propiedad un papel esencial en la asignación de diferentes cargas de racionalidad a los individuos.<sup>61</sup> En el punto 72 de las Normas Fundamentales de Carolina, redactadas por Locke, a petición de los lores propietarios de aquel territorio, en 1669, parece convalidarse de alguna manera esta interpretación: "Ningún hombre será elegido miembro del Parlamento si tiene menos de 500 acres de propiedad, dentro del distrito por el cual es elegido, y ninguna persona tendrá voto para elegir a dichos miembros si tiene menos de 50 acres de propiedad dentro del referido distrito".<sup>62</sup>

En todo caso, las consecuencias del papel que Locke atribuye al derecho de propiedad son de relevancia en lo referente a la estructuración burguesa de la sociedad. Laski afirmará: "Su énfasis sobre «el derecho natural a la vida, a la libertad y a la propiedad», es la insistencia secular de que el esfuerzo de un hombre no debe quedar sin recompensa. Su visión atómica de la sociedad como un conjunto de individuos que viven unidos por conveniencia mutua conduce fácilmente a un Estado cuyas funciones limitan los poderes que ellos le confieren. Para él no existen dificultades en considerar ese Estado como hecho para proteger los intereses que tendrá un hombre que por su esfuerzo acumula propiedad (...). Tiene el sentido cabal de que la indolencia es un pecado, e insiste, consecuentemente, en la obligación de trabajar, reconociendo que la buena suerte de un hombre de éxito enriquece a la comunidad. Si la propiedad es resultado del trabajo, es claro que merece la seguridad, pues es «el fin principal y grande de la unión de los hombres dentro de la sociedad»".<sup>63</sup>

En el pensamiento fisiocrático la noción de propiedad es un elemento integrante del orden natural, que va a condicionar la ordenación social. La vida económica está regida por el orden natural. La base de la estructura económica va a venir determinada por la propiedad de la

pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad".)

<sup>61</sup> Vid. MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo*, *cit.*, pp. 190-204.

<sup>62</sup> Puede consultarse el texto en *Derecho positivo de los derechos humanos*, *cit.*, pp. 75-79.

<sup>63</sup> LASKI, *El Liberalismo Europeo*, trad. de V. MIGUÉLEZ, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 101.

tierra, que será el índice a partir del cual se repartirá el poder en la sociedad. La organización social va a tener como principal finalidad la conservación y desarrollo de las propiedades de los individuos. De este desarrollo dependerá, en última instancia, la felicidad y la prosperidad de los individuos. Recordemos que Dupont de Nemours establecía una conexión entre el producto neto que existe en una sociedad y el bienestar, físico y moral, de los miembros de la misma: "... Cuanto más se extienda y perfeccione el cultivo, tanto mayor será la cantidad anual de productos consumibles, tanto más disfrutes podrán obtener los hombres y por consiguiente más felicidad alcanzarán. Cuanto más felices sean los hombres, tanto más crecerá la población. Y de este modo vemos cómo la prosperidad de la humanidad entera depende de que se obtenga el mayor *producto neto* posible y de que los propietarios de tierras gocen del mejor estado posible".<sup>64</sup>

Los artículos 13º y 14º de la Declaración establecen la regulación de las cargas públicas y de las aportaciones materiales de los individuos. Siendo la propiedad un derecho natural sobre el cual el único que puede decidir es el individuo titular del mismo, la intervención en ella por parte del Estado, está rodeada de todo tipo de garantías. Tal es la finalidad del artículo 14º Según Locke, el gobierno debía conseguir que "los hombres puedan poseer con seguridad sus propiedades".<sup>65</sup> Por ello, el consentimiento de los titulares era un elemento imprescindible para posibilitar y legitimar el ejercicio del poder del Estado sobre las propiedades de los individuos: "Es cierto que los gobiernos no pueden sostenerse sin grandes dispendios y es justo que quienes se benefician de su protección contribuyan a su mantenimiento, cada cual en proporción a sus recursos. Pero eso debe hacerse con su propio consentimiento, es decir, con el consentimiento de la mayoría, otorgado directamente por sus miembros, o indirectamente por los representantes que esa mayoría ha elegido. Quien reivindicase para sí el derecho a señalar impuestos a la población, y los cobrase por su propia autoridad y sin el consentimiento de esta última, violaría la ley fundamental de la propiedad y subvertiría la finalidad del gobierno. En efecto, ¿qué propiedad tengo yo en los bienes que otra persona tiene derecho a arrebatarme cuando le plazca?"<sup>66</sup>

<sup>64</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", *cit.*, p. 71.

<sup>65</sup> LOCKE, *Ensayo...*, *cit.*, p. 71.

<sup>66</sup> LOCKE, *Ensayo...*, *cit.*, p. 108.

Por otra parte, hemos visto que en el pensamiento fisiocrático, la finalidad del impuesto, que había de ser regulado siguiendo las directrices del Derecho natural (ya que estaba destinado a garantizar el correcto desarrollo de un derecho natural), era el mantenimiento del derecho de propiedad y de la libertad, tal y como éstos son concebidos en el orden natural. De ahí que "toda forma de imposición que restrinja la propiedad y la libertad del hombre, mermando en consecuencia las riquezas y la población, será pues manifiestamente opuesta a la finalidad del impuesto".<sup>67</sup>

Llegados a este punto, cabe preguntarse cuáles son las consecuencias de la recepción de las doctrinas señaladas en la Declaración y en todo el movimiento del que ella es emblema.

Peces-Barba ha señalado que la Declaración de 1789 inaugura una nueva legitimidad, que va a ser la propia del Estado liberal burgués.<sup>68</sup> El conjunto de materias recogidas en el articulado de la Declaración es expresión de la suma de elementos que necesita la burguesía liberal de finales del siglo XVIII para llevar a buen término su proyecto político. Ahí hay que buscar el sentido de la solemnidad y respetabilidad con la que se ensalza la propiedad privada en la Declaración. Ningún otro derecho recibe los adjetivos que acompañan a la propiedad: «sagrada e inviolable». El profesor Elías Díaz ha afirmado que "la propiedad aparece siempre como fundamento del orden social burgués".<sup>69</sup> El modelo de hombre en el que Locke y, más tarde, los fisiócratas piensan cuando construyen sus teorías es el individuo propietario, y en torno a él se va a articular el todo social, con las consecuencias conservadoras que de ello se implican.

Dentro de esta articulación, cabría distinguir, siguiendo a Elías Díaz, dos tipos de derechos: los derechos *para* la burguesía, y los derechos *de* la burguesía.<sup>70</sup> Los derechos *para* la burguesía son aquellos de los que, potencialmente, puede ser titular cualquier individuo, pero que, efectivamente, sólo son «de facto» ejercidos por la burguesía. No hay en la configuración del derecho nada que impida que pueda ser titular del mismo un individuo no perteneciente a la burguesía. Los derechos

<sup>67</sup> DUPONT DE NEMOURS, "Del origen...", *cit.*, p. 78.

<sup>68</sup> PECES-BARBA, "Los derechos del Hombre en 1789...", *cit.*, p. 124.

<sup>69</sup> DÍAZ, Elías, "Libertad-igualdad en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789", en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Ed. Cívitas, Madrid, 1978, p. 87.

<sup>70</sup> DÍAZ, Elías, "Socialismo democrático y derechos humanos", en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, *cit.*, p. 141.



políticos son un ejemplo de este tipo. Los derechos de la burguesía son aquellos "que sólo tienen sentido en una sociedad dominada por la burguesía".<sup>71</sup> La propiedad privada, tal y como la entienden los liberales de finales del siglo XVIII, está incluida en este grupo. Esta distinción tiene importancia porque en el desarrollo del esquema liberal posterior a la Revolución Francesa, la titularidad de los derechos de la burguesía determina todo el desarrollo jurídico político del grupo social. Este es el sentido del sufragio censitario, por ejemplo.<sup>72</sup>

Por último, hay que señalar que la inclusión del derecho natural de propiedad en la Declaración inicia la existencia del derecho de propiedad como tal derecho fundamental. Desde la posición que aquí se mantiene sólo se puede hablar estrictamente de derechos fundamentales cuando unos determinados valores, principios o necesidades se incluyen en un ordenamiento jurídico.<sup>73</sup> Los derechos fundamentales serían la expresión jurídico normativa de esos principios. Sólo desde el momento de su inclusión en un sistema jurídico adquieren fuerza normativo-jurídica, con todo lo que ello significa en relación al apoyo del poder coactivo del Estado. Con la realización del proceso de positivación,<sup>74</sup> ya podemos hablar de un derecho fundamental. Desde que la propiedad se incluye en las declaraciones liberales, la propiedad ya es un derecho fundamental, aunque lo sea con determinadas características.

<sup>71</sup> *Ibidem.*

<sup>72</sup> Vid. Díez del Corral, Luis, *El liberalismo doctrinario* (4ª edición), C.E.C., Madrid, 1984, pp. 135-154.

<sup>73</sup> Por lo tanto se acepta la teoría dualista de los derechos fundamentales formulada por PECES-BARBA, en *Derechos Fundamentales* (4ª edición), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, pp. 28-75. Sin embargo, el profesor PECES-BARBA ha añadido en uno de sus últimos trabajos un tercer requisito que condicionaría la completa comprensión del concepto de derechos fundamentales. Nos referimos a la posibilidad de eficacia de sus postulados normativos en el marco de las condiciones económicas, sociales y culturales de una determinada sociedad. Vid. "Socialismo y derecho al trabajo", *Sistema* núm. 97, julio, 1990, pp. 3-10.

<sup>74</sup> Vamos a seguir aquí la división de la existencia de los derechos fundamentales en los tres procesos señalados por PECES-BARBA: positivación, generalización, internacionalización (Vid. del citado autor, "Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales", *cit.*; "Derechos Fundamentales" (versión castellana de la voz «Diritti e doveri fondamentali» destinada al *Novissimo Digesto Italiano*, en la parte referente a los derechos), *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 1987; *El fundamento de los derechos humanos*, Textos Institucionales, núm. 9, Universidad de Cantabria, 1985). A ellos habría que añadir un cuarto, el de especificación, tal y como señala BOBBIO en "Derechos del hombre y filosofía de la historia", *Anuario de derechos humanos*, núm. 5, 1988-89.

Por ello nos podemos preguntar: Tal y como aparece configurada la propiedad en dichas declaraciones, entre ellas, la de 1789, ¿es un derecho fundamental pleno, en el sentido de que es disfrutable por todos, o no pasa de ser un derecho de la burguesía, en el sentido antes empleado? Cuando la burguesía accede al poder tras el periodo revolucionario se siente cómoda y no concibe la necesidad de hacer evolucionar la situación conquistada. Para que la propiedad sea concebida como un derecho respecto al cual a todos les han de ser reconocidas las posibilidades de acceso ha de tener lugar un proceso histórico posterior en la evolución de los derechos fundamentales, el de generalización. Existe una falta evidente de correspondencia entre el tenor literal de las declaraciones y la práctica efectiva de las mismas.<sup>75</sup> La virtualidad de dicho proceso consistirá, esencialmente, en la superación de las limitaciones intrínsecas de la angosta concepción liberal de los derechos humanos.<sup>76</sup> A partir de este proceso, aparecerán los derechos económicos, sociales y culturales, que van a entenderse como efectivos, con independencia del nivel de propiedades y de posesiones de los titulares de los mismos.

Con ello, podemos considerar concluida una etapa en la azarosa evolución de los derechos fundamentales y, más concretamente del de propiedad, en el que en este trabajo nos hemos centrado. Los procesos de internacionalización y especificación son momentos posteriores en el desarrollo de los derechos fundamentales, pero su análisis rebasa las pretensiones de este trabajo.

<sup>75</sup> Vid. PECES-BARBA, "Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales", *cit.*, pp. 249-259.

<sup>76</sup> Sobre las características de esta concepción, incluyendo versiones actuales de la misma, Vid. PRIETO, *Estudios sobre derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 23-33.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LETRAS DE CAMBIO INTERNACIONALES Y PAGARÉS INTERNACIONALES

Javier ARRIGUNAGA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ámbito de aplicación de la Convención*. III. *Idoneidad de los regímenes legales actuales y de la Convención para satisfacer las necesidades del mercado*: 3.1 *Regímenes legales actuales*. 3.2 *La Convención*. IV. *Armonización*: 4.1 *Endosos [falsos o viciados]*. 4.1.1 *El sistema de derecho sajón*: a) *Derechos del tenedor*; b) *Legitimación pasiva*; c) *Pérdidas*. 4.1.2 *El sistema de derecho civil*: a) *Derechos del tenedor*; b) *Legitimación pasiva*; c) *Pérdidas*. 4.1.3. *La Convención*: a) *Derechos del tenedor*; b) *Legitimación pasiva*; c) *Pérdidas*. 4.1.4 *Análisis de la posición intermedia adoptada por la Convención*. 4.2 *Garantes*. 4.2.1 *Sistema de derecho sajón*. 4.2.2 *Sistema de derecho civil*. 4.2.3 *La Convención*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 9 de diciembre de 1988, mediante resolución 43/165, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y abrió a la firma o adhesión la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (en adelante la "Convención")<sup>1</sup>, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La Convención forma parte de la gran serie de esfuerzos que a través de la historia se han llevado a cabo para unificar el derecho cambiario internacional. Concretamente, sus orígenes se remontan a 1950, año en que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), creó una subcomisión encargada de estudiar la posibilidad de unificar el derecho aplicable a los títulos de crédito. Posteriormente, en 1968, en su primera sesión, la CNUDMI consideró

<sup>1</sup> *Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer periodo A/RES/43/165 (1989)*.

como uno de sus objetivos principales la armonización y unificación del Derecho aplicable a los pagos internacionales y en particular a los títulos de crédito, tomando como base los trabajos realizados por UNIDROIT.

Actualmente se está consultando la posibilidad de que nuestro país forme parte de la Convención. Esto parece propicio y acorde con la actual política de apertura comercial, máxime si se considera que la Convención ya ha sido firmada por los Estados Unidos de América y Canadá, países con los que México está negociando un tratado de libre comercio.

La Convención no tiene mayor impacto respecto de los pagos internacionales, ya que el título de crédito que constituye el instrumento de pago por excelencia, el cheque, fue excluido deliberadamente.<sup>2</sup> Dichos pagos constituyen el elemento medular de otro trabajo de CNUDMI, la ley modelo para transferencias electrónicas de fondos internacionales. El verdadero impacto de la Convención se da en relación con otra función de los mencionados títulos, la de servir precisamente como instrumentos de crédito.

Es importante destacar que el principal objetivo que se persigue con el establecimiento de la Convención es resolver dos grandes problemas que entorpecen la libre circulación de las letras de cambio y los pagarés internacionales.

En primer lugar, las leyes de la gran mayoría de los países no se han adaptado a las cambiantes prácticas financieras y no otorgan el carácter de títulos de crédito a los instrumentos pagaderos en unidades de cuenta, con vencimientos sucesivos o con tasas de interés flotantes, o bien, consideran nulas dichas estipulaciones. En virtud de que casi todas las transacciones crediticias internacionales presentan al menos una de estas modalidades, la gran mayoría de los documentos que resultan de tales transacciones no son considerados títulos de crédito y, en consecuencia, carecen de los beneficios de la libre transferibilidad inherentes a dichos títulos.

En segundo término, existe una gran inseguridad jurídica respecto de los títulos de crédito internacionales, en virtud de que éstos se rigen por las leyes de los diversos países en los que circulan.

Con objeto de resolver dichos problemas, la Convención flexibiliza los requisitos formales de los títulos de crédito para amoldarse a las

<sup>2</sup> Artículo 1, párrafo 3.

necesidades actuales del mercado. Por otra parte, a fin de contar con normas que puedan aplicarse a nivel mundial, la Convención procura armonizar los principios de los dos sistemas jurídicos a los que pertenece la mayoría de los países del mundo, el de las naciones de tradición civilista, basado en la Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés que constituye el anexo 1 de la Convención de Ginebra de 1930, mejor conocida con el nombre de Ley Uniforme de Ginebra, y el sistema de derecho anglosajón basado en la Ley sobre Letras de Cambio de Inglaterra y el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América (CCU).<sup>3</sup>

El estudio de estos problemas y de la solución propuesta por la Convención constituyen el propósito de este artículo. En este sentido, tras una breve explicación del ámbito de aplicación de la Convención, se procederá a examinar la validez de establecer las modalidades antes citadas en un título de crédito de conformidad con la legislación cambiaria de los países de tradición civilista y sajones, para después analizar los requisitos formales establecidos en la Convención y las ventajas de contar con un régimen más flexible. Posteriormente se estudiarán dos de los aspectos en que la Ley Uniforme de Ginebra y el CCU presentan diferencias fundamentales: el efecto de los endosos falsos o viciados y el papel de los avales, comparando los enfoques del derecho civil y sajón en dichas áreas y estudiando la solución propuesta en la Convención.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

Como su nombre lo indica, la Convención sólo se aplica a los pagarés y letras de cambio que tengan el carácter de internacionales. No obstante, el hecho de que un Estado sea parte de la Convención no significa que todos los pagarés y letras de cambio internacionales ex-

<sup>3</sup> Como es sabido, México no se adhirió a la Convención de Ginebra de 1930, sin embargo, nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 se inspiró en los principios fundamentales de la Ley Uniforme de Ginebra. Cuando en este artículo se comente la legislación cambiaria de los países de tradición civilista se hará referencia a las disposiciones de la citada Ley Uniforme, haciendo las anotaciones pertinentes respecto de nuestra legislación. Por lo que toca al derecho anglosajón se considerarán exclusivamente las disposiciones del modelo de Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América de 1987, el cual, con algunas modalidades, ha sido adoptado en todos los estados de la Unión Americana, con excepción de Louisiana.

pedidos en el territorio del mismo deban regirse forzosamente por ésta, ya que la Convención se aplica únicamente a aquellos títulos en los que así se señale expresamente.<sup>4</sup>

Para asegurarse de la verdadera naturaleza internacional de los títulos, la Convención prevé que al menos dos lugares especificados en los mismos (el lugar en que se libra la letra o se suscribe el pagaré, el lugar de pago, o la dirección del beneficiario, girado, o tomador), deben encontrarse en países distintos.<sup>5, 6</sup>

Estas disposiciones permiten que cualquier persona a la que se le transfiera el título pueda estar segura de que éste es regulado por la Convención mediante el simple análisis de sus requisitos literales.

Tomando en cuenta que cuando el título circule en un país que no sea parte de la Convención la ley de dicho país determinará cuáles son las normas aplicables, la Convención prevé que el lugar en que se gire una letra de cambio o el lugar de pago deben encontrarse en el territorio de un Estado Contratante. Dicha disposición también se aplica respecto del lugar de pago de un pagaré.<sup>7</sup> De esta manera se garantiza que la obligación de pago se regirá por los términos de la Convención.

Para reforzar las disposiciones anteriores, la aplicación de la Convención no se anula si las declaraciones respecto de los lugares antes referidos son falsas o inexactas.<sup>8</sup>

### III. IDONEIDAD DE LOS REGÍMENES LEGALES ACTUALES Y DE LA CONVENCIÓN PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DEL MERCADO

Una de las características peculiares de los diversos sistemas cambiarios es su rigidez respecto de los requisitos que debe contener un título de crédito y de las cláusulas que libremente pueden estipularse. En términos generales, la razón que soporta la inflexibilidad de tales disposiciones es la necesidad de delinear claramente las características de los títulos de crédito para distinguirlos de los documentos mera-

<sup>4</sup> Artículo 1, párrafos 1 y 2.

<sup>5</sup> Artículo 2, párrafos 1 y 2.

<sup>6</sup> Cabe aclarar que la Convención designa a las personas que intervienen en una letra de cambio como librador y librado. En este artículo se optó por utilizar, para fines de claridad, los elementos personales que utiliza nuestra legislación, a saber, girador y girado.

<sup>7</sup> Artículo 2, párrafos 1 y 2.

<sup>8</sup> Artículo 2, párrafo 3.

mente probatorios de obligaciones contractuales. No obstante, como ya se señaló, dichos regímenes son en su gran mayoría obsoletos y no reconocen ciertas sanas prácticas actuales, lo cual ha impedido la creación de un mercado secundario eficiente de títulos de crédito internacionales.

El profesor J. A. Spagnole señala con toda certeza cuáles son los requisitos que deben satisfacerse para desarrollar el mencionado mercado.

Primero, como en cualquier otro mercado secundario financiero, los títulos deben poderse transferir libremente, es decir han de ser negociables. Segundo, los títulos no deben estar sujetos a cambios en el régimen legal aplicable si son transferidos de un país a otro y, en consecuencia, no pueden sujetarse a la ley del foro en que circulen. . . Tercero, los títulos deben ser comercialmente aceptables, en otras palabras, deben contener los términos que requiera el mercado, incluyendo cláusulas que permitan la cobertura de riesgos cambiarios y de tasas de interés.<sup>9</sup>

A continuación se analizará la forma en que los regímenes actuales y la Convención contribuyen a la satisfacción del primer y tercer requisitos, considerando en particular la validez de expedir títulos con tasas variables de interés, denominados en unidades de cuenta, o con vencimientos sucesivos. El estudio del segundo requisito constituye el objeto del numeral 4.

#### 3.1 Regímenes legales actuales

Uno de los requisitos formales que establece el derecho cambiario anglosajón es que el título debe contener una orden o promesa incondicional de pagar una suma cierta en dinero. Concretamente, el CCU señala que una suma pagadera en vencimientos sucesivos se considera una suma cierta,<sup>10</sup> pero no permite que dicha suma se determine con base en tasas de interés flotantes.<sup>11</sup> Por otra parte, el propio código

<sup>9</sup> J. A. SPAGNOLE. "Comentarios en relación con la propuesta Convención de CNUDMI sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales".

<sup>10</sup> Sección 3-106, párrafo 1o.).

<sup>11</sup> Sección 3-106. Cabe señalar que al adoptar el Código Comercial Uniforme numerosos estados de la Unión Americana han reformado este artículo para permitir tasas variables de interés. Asimismo, dichas tasas están previstas en las actuales propuestas de reforma al modelo del referido Código.

indica claramente que el concepto dinero únicamente incluye los "medios de cambio autorizados o adoptados como moneda por el gobierno nacional o por gobiernos extranjeros"<sup>12</sup> con lo cual impide que un título de crédito pueda estar denominado en derechos especiales de giro (DEGS), ECUS u otras unidades de cuenta.

Suerte similar presentan los documentos con estas estipulaciones bajo la Ley Uniforme de Ginebra. En primer lugar dicha Ley prevé que los títulos deben contener la orden o promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero, con lo que se excluye la posibilidad de que estén denominados en unidades de cuenta.<sup>13</sup> No se consideran válidas las tasas de interés flotantes, pues la citada Ley prevé que la tasa de interés debe estar especificada en la letra o pagaré y, de no ser así, dicha estipulación se considerará como no escrita.<sup>14</sup> Finalmente, por lo que toca a los vencimientos de un título de crédito, expresamente se señala que son nulas las letras de cambio o pagarés con vencimientos sucesivos.<sup>15, 16</sup>

En virtud de lo anterior, la gran mayoría de los instrumentos internacionales hoy en circulación que parecen títulos de crédito, fundamentalmente pagarés, son en realidad documentos meramente probatorios de obligaciones contractuales. En consecuencia, tales documentos carecen de los beneficios de la libre transferibilidad, pues los derechos de crédito en ellos señalados sólo pueden transmitirse por cesión y no cambiariamente, quedando el cesionario sujeto a todas las excepciones que el deudor habría podido oponer al cedente.

Resulta lógico pensar que es difícil que se desarrolle un mercado secundario para este tipo de documentos. En efecto, un acreditante encontrará muchos obstáculos para transferir un instrumento que no es un verdadero título de crédito ya que cualquier potencial adquirente

<sup>12</sup> Sección 1-201, párrafo 24.

<sup>13</sup> Artículo 1.

<sup>14</sup> Artículos 5 y 77.

<sup>15</sup> Artículos 33 y 77.

<sup>16</sup> Conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los títulos deben contener la orden o promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero (artículos 76 y 170), y los títulos con vencimientos sucesivos se entienden pagaderos a la vista (artículos 79 y 174). Por lo que toca a las tasas de interés, éstas no pueden estipularse en las letras de cambio y si en los pagarés, sin que en el caso de estos últimos se señale que la tasa de interés debe especificarse en el documento. En tal virtud se consideran válidas las tasas de interés flotantes, si bien algunos autores dudan de la validez de estas cláusulas, por estimar que afectan la literalidad e incorporación propias de los títulos de crédito.

sólo estaría dispuesto a recibirlo con un considerable descuento para compensar los riesgos de tener que exigir el pago conforme a los términos de una simple obligación contractual y de mantener un activo ilíquido. Esta situación también afecta a los acreditados, pues el acreditante original les cobrará tasas más altas o les prestará en términos menos favorables que si hubiera un mercado secundario.

### 3.2 La Convención

Como ya se mencionó, la Convención es más flexible que los regímenes legales actuales respecto de los requisitos formales que debe contener un título de crédito con objeto de permitir que éstos incorporen las prácticas crediticias internacionales más usuales hoy en día.

Se indicó que un requisito indispensable para que los títulos sean regidos por la Convención es que contengan, según corresponda, en el encabezado las palabras "Letra de Cambio o Pagaré Internacional (Convención de la CNUDMI)" y que las mismas palabras se repitan en el texto del documento.<sup>17</sup>

Adicionalmente, se prevé que el título debe contener una orden o promesa incondicional, según sea el caso, de pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden, ser pagadera a requerimiento (a la vista) o en fecha determinada, tener fecha, y llevar la firma del librador o suscriptor.<sup>18</sup>

No obstante, los únicos requisitos esenciales son el encabezado y la leyenda impuesta por el artículo 1º, así como la firma del suscriptor o girador o, tratándose de letras de cambio, la firma del aceptante, ya que el título que contenga estos requisitos puede completarse y surtir efectos como letra de cambio o pagaré. En este sentido, conviene indicar que la Convención señala que si la persona que complete el título no cuenta con poder suficiente para hacerlo o lo completa de manera distinta a la estipulada en el poder conferido, el firmante que haya suscrito el título antes de ser completado podrá oponer la falta de poder suficiente como excepción a aquel tomador que hubiere recibido el título con conocimiento de este hecho. Asimismo, en virtud de la literalidad, los signatarios posteriores a que se complete el título se obligan en términos del texto ya completado.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Véase antes nota 4.

<sup>18</sup> Artículo 3, párrafos 1 y 2.

<sup>19</sup> Artículo 12.

En relación con la estipulación de intereses, la Convención prevé en su artículo 7 que el importe pagadero por un título se considerará como una suma determinada, aun cuando se establezca el pago con intereses.

Asimismo, permite al acreedor cubrirse del riesgo de fluctuaciones en las tasas de interés, pues dispone que el interés podrá ser fijo o variable.<sup>20</sup> A fin de dar mayor certeza jurídica, la Convención dispone que cuando se estipulen tasas variables: a) la tasa de interés sólo podrá variar en relación con las tasas de referencia señaladas en el título y en los términos expresamente indicados en el mismo; b) las tasas de referencia deben ser tasas del conocimiento público, y c) la tasa de referencia no podrá estar sujeta, directa o indirectamente, a la determinación de alguna de las partes en el instrumento.

Si se estipula una tasa de interés variable que no cumpla con los requisitos antes mencionados o, si por algún motivo no puede determinarse dicha tasa durante un periodo, la tasa de interés aplicable en el lapso de que se trate será la que debería pagarse legalmente en el Estado en que sea pagadero el título.<sup>21</sup>

La Convención también otorga a los acreedores la facilidad de cubrirse de riesgos cambiarios mediante la denominación de los títulos en DEGS, ECUS u otras unidades de cuenta, pues señala que el término dinero incluye las unidades de cuenta establecidas por instituciones intergubernamentales o mediante acuerdos entre Estados. Lo anterior, siempre y cuando las disposiciones de la Convención no contravengan las normas de la institución gubernamental o el acuerdo de que se trate.<sup>22</sup> Asimismo, prevé que el título puede denominarse en una moneda e indicar que es pagadero en otra, así como señalar el tipo de cambio aplicable o la forma para determinarlo.<sup>23</sup>

Por último, la Convención facilita la utilización de títulos de crédito para documentar compraventas en abono u otras operaciones con pagos escalonados, pues considera válidos los títulos con vencimientos sucesivos y las estipulaciones en el sentido que, de no efectuarse alguno de los pagos, se dará por vencido el plazo para realizar todos los pagos pendientes.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Artículo 8, párrafo 6.

<sup>21</sup> Artículos 8, párrafos 16 y 70, párrafo 2.

<sup>22</sup> Artículo 5, párrafo 1.

<sup>23</sup> Artículo 7 d) y e).

<sup>24</sup> Artículos 7 b) y c) y 9 párrafos 3 c) y d).

#### IV. ARMONIZACIÓN

Se comentaba anteriormente que a fin de que se desarrolle un mercado secundario de títulos de crédito internacionales es indispensable que el título se rija durante toda su vida por las mismas disposiciones, sin importar el país en el que circule.

La eficacia de la Convención sobre este particular dependerá, en gran medida, del número de Estados que formen parte de ella.<sup>25</sup> Con esta idea en mente, al elaborarse la Convención se procuró que los artículos de la misma se alejaran lo menos posible de los principios y reglas de los dos grandes sistemas jurídicos. Así, cuando el "common law" y el derecho continental coinciden en una norma, la Convención normalmente la adopta. Si difieren, la Convención toma una posición intermedia, escoge la regla que considera más apropiada para transacciones internacionales, o permite que al elaborarse el documento las partes opten por la que les parezca más conveniente. A continuación se estudiarán dos casos en los que la Convención propone soluciones distintas.

##### 4.1 Endosos falsos o viciados

Si bien existen múltiples áreas en las que los sistemas de derecho sajón y civil presentan marcados contrastes, el tratamiento del efecto de los endosos falsos o viciados constituye sin duda la diferencia más importante.

Tanto el sistema de derecho sajón como el civil, coinciden en que una firma falsa no puede obligar a la persona cuya firma se falsificó, o aquella en cuya representación se firmó sin contar con facultades legales para obrar en nombre de ella. Asimismo, prevén que quien firme de esta manera quedará obligado en lo personal en el título como si hubiera actuado en nombre propio.<sup>26</sup>

Tres puntos fundamentales deben analizarse al estudiar este tema. En primer término la situación del tenedor que recibe un título a través

<sup>25</sup> Actualmente, la Convención ha sido firmada por Canadá, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética, sin que ninguno de estos países la haya ratificado, y se cuenta con la adhesión de Guinea.

<sup>26</sup> Ley Uniforme de Ginebra, artículos 7 y 8 y U. C. C. Sección 3-404. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito adopta el mismo principio en sus artículos 8, I y II y 10.

de un endoso falso o viciado, es decir si en virtud de la transmisión del título adquiere un derecho autónomo, libre de las excepciones que se podrían haber opuesto a un anterior tenedor del documento. En segundo lugar, se examinará la legitimación pasiva, que constituye la facultad del deudor de liberarse de su obligación pagando a quien aparezca como titular del documento. De esta manera, se determinará finalmente quién sufre las pérdidas una vez que todas las partes hayan ejercitado las correspondientes acciones cambiarias, la persona que perdió el documento o la que lo recibió del falso endosante.

#### 4.1.1 El sistema de derecho sajón

Bajo este sistema, un endoso falso o viciado es completamente inoperante para transmitir un título y, en consecuencia, el deudor cambiario no está obligado con el tenedor que así lo haya obtenido ni con ningún tenedor subsecuente.

Existe en dicho sistema una regla básica para saber quién sufre las pérdidas: "conoce a tu endosante", por consiguiente, como se demostrará más adelante, la persona que recibe el título de quien carece de facultades para endosarlo correrá con las pérdidas.

##### a) Derechos del tenedor

Es conveniente comenzar considerando la situación de la persona que recibe un documento a través de un endoso falso o viciado. En primer lugar, importa destacar que conforme al CCU el tenedor de un título puede recibir una protección especial si reúne ciertos requisitos, tales como recibir el título a cambio de una contraprestación de buena fe y sin conocimiento de que el título esté vencido o de que el deudor o algún responsable del pago tienen un derecho válido para recuperar el título u oponerse a su pago.<sup>27</sup> Dicho tenedor con privilegios especiales recibe el nombre de "tenedor en debido curso". Sin duda el mayor beneficio con que cuenta este tenedor es que, a diferencia del tenedor simple, se encuentra libre de reclamación alguna respecto a la titularidad del título, así como de cualquier excepción que el deudor pudiera haber opuesto a algún tenedor anterior.

<sup>27</sup> Sección 3-302.

El propio código prevé que un endoso falso o viciado no funciona para transmitir el título y, por ende, no otorga a la persona que así lo reciba el carácter de tenedor. Es obvio que quien no es considerado tenedor no puede calificar como "tenedor en debido curso", por lo cual, la persona que obtenga un título mediante un endoso falso o viciado, no se encontrará libre de las reclamaciones que hiciera el legítimo titular y estará sujeta a las excepciones de falsificación de firma o falta de representación.<sup>28</sup>

##### b) Legitimación pasiva

Dado que la persona que obtiene un título mediante un endoso falso o viciado no tiene el carácter de legítimo tenedor, es evidente que el suscriptor de un pagaré y el girador o aceptante de una letra no tiene la obligación de pagarle. Por consiguiente, en caso de que lo hicieran, no quedarán liberados de su obligación de pago frente al legítimo tenedor.<sup>29</sup>

##### c) Pérdidas

Se comentó previamente que en el "common law" la persona que recibe el título a través de un endoso falso o viciado será quien sufra las pérdidas. Desde luego que dicha persona podrá reclamar el pago de la persona que falsificó el endoso o lo endosó sin las debidas facultades de representación; pero en la práctica esta acción no tiene valor alguno.

El resultado se puede dar de múltiples maneras: a) si la mencionada persona presenta el título al cobro con los obligados al pago, éstos pueden rehusarse legalmente a pagarlo; b) si dicha persona obtiene el pago de alguno de los citados obligados, este último tendrá que pagarlo al legítimo tenedor, pero tendrá una acción en contra de la citada persona, quien al cobrar el título garantizó que tenía derecho a efectuar tal cobro,<sup>30</sup> y c) por último, si la aludida persona transfirió el título, responde del pago a los futuros adquirientes, pues al

<sup>28</sup> Sección 1-201 (20), 3-404 y 3-306.

<sup>29</sup> CCU Sección 3-306.

<sup>30</sup> CCU Sección 3-417 1 a).

transferir el título otorgó la garantía de que todas las firmas eran genuinas o autorizadas.<sup>31</sup>

#### 4.1.2 *El sistema de derecho civil*

Este sistema parte de un enfoque radicalmente distinto al del derecho sajón. Se puede decir que es más consecuente con los principios de incorporación y autonomía. Por consiguiente, el tenedor de un título "debe cuidarlo", y las personas que reciban un título mediante un endoso falso están protegidas, siempre y cuando hayan obrado de buena fe.

##### a) Derechos del tenedor

Conforme al artículo 16 de la Ley Uniforme de Ginebra, el tenedor de un título de crédito se considerará portador legítimo del mismo cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco.

El propio artículo indica que cuando una persona sea desposeída de un título de crédito por cualquier causa, el tenedor que justifique su derecho en la forma antes indicada no estará obligado a desprenderse de ella, salvo que la hubiere adquirido de mala fe o al hacerlo hubiere incurrido en culpa grave.

El mencionado tenedor estará libre de cualquier excepción que se hubiere podido oponer al tomador o a los tenedores anteriores, salvo que al adquirir la letra haya procedido, a sabiendas, en perjuicio del deudor.<sup>32, 33</sup>

##### b) Legitimación pasiva

En consonancia con las disposiciones antes señaladas, la Ley Uniforme de Ginebra prevé que para quedar válidamente liberado de su obligación, el deudor en un título de crédito está obligado a verificar la regularidad de los endosos, pero no la autenticidad de las firmas.

<sup>31</sup> CCI Sección 3-417 1 a).

<sup>32</sup> Artículo 17.

<sup>33</sup> Estos principios son recogidos por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Artículos 8, 38 y 43.

Existen algunas excepciones a esta regla: el pago debe hacerse al vencimiento, ya que el deudor que pague antes lo hace por su cuenta y riesgo. Tampoco quedará liberado el deudor si al pagar hubiera por su parte dolo o culpa grave.

##### c) Pérdidas

Resulta evidente de las disposiciones comentadas que la persona que pierda el título sufrirá la pérdida de los derechos inherentes a éste, ya que dicha persona no podrá recuperar el título de un tenedor legítimo, ni podrá exigirle responsabilidad alguna al deudor en el mismo.

#### 4.1.3 *La Convención*

La Convención mantiene los principios en que el sistema sajón y civil coinciden. Así, un endoso falso<sup>34</sup> o efectuado a nombre de otra persona sin facultades legales para hacerlo,<sup>35</sup> no son válidos para obligar a la persona en cuyo nombre se firma, o cuya firma se falsificó.<sup>36</sup>

##### a) Derechos del tenedor

Siguiendo el esquema del derecho anglosajón, la Convención reconoce dos tipos de tenedores, el tenedor que podría denominarse simple, y un tenedor al que la Convención otorga mayores privilegios llamado "tenedor protegido".

Para calificar como "tenedor protegido" debe tenerse primero el carácter de tenedor. La Convención confiere tal carácter a la persona que esté en posesión de un título que se le haya endosado, o cuyo último endoso sea en blanco y en el que figure una serie ininterrumpida de endosos, aunque uno sea falso o haya sido firmado por un mandatario sin poder.<sup>37</sup> En tal sentido, puede afirmarse que la Convención adoptó el principio del sistema civilista. Un endoso falso o viciado es válido para transmitir un título de crédito.

<sup>34</sup> Artículo 25.

<sup>35</sup> Artículo 26.

<sup>36</sup> Artículos 33 y 34.

<sup>37</sup> Artículo 15, párrafo 1 b).



Este tenedor simple recibe cierta protección pero sus derechos están sujetos a un buen número de defensas y excepciones.<sup>38</sup>

Por su parte, para calificar como tenedor protegido, deben reunirse ciertos requisitos, tales como haber recibido el título sin conocimiento de reclamaciones o posibles excepciones válidas sobre el mismo, que el título no haya sido desatendido por falta de aceptación o pago, y que no se haya obtenido mediante fraude o hurto, ni se hubiere participado en un acto fraudulento en relación con el mismo.<sup>39</sup>

Los derechos de un tenedor protegido no podrán ser objeto de reclamación de titularidad por parte de persona alguna, con la excepción de una reclamación válida derivada del negocio subyacente entre el tenedor y la persona que efectúe la reclamación.<sup>40</sup>

Adicionalmente, a dicho tenedor protegido sólo pueden oponerse las excepciones de incapacidad del suscriptor, las que se funden en el hecho de no ser el demandado quien firmó el documento, las de falta de representación, de poder bastante o facultades legales de quien suscribió el título a nombre del demandado, las derivadas de no haberse presentado el título a aceptación o pago, o de que éste no sea debidamente protestado, las de prescripción y las derivadas del negocio subyacente entre el tenedor y el demandado, y las de prescripción.<sup>41</sup>

#### b) Legitimación pasiva

Conforme al artículo 72, el deudor quedará liberado de sus obligaciones en virtud del título si paga a un "tenedor protegido" después o al vencimiento del título. También quedará liberado si paga a un tenedor simple sin conocimiento de que dicho tenedor haya adquirido el título mediante hurto o fraude, o haya falsificado la firma del tomador o de un endosatario o participado en el hurto o falsificación.<sup>42</sup> Como puede observarse, también en esta área la Convención adopta el principio del sistema de derecho civil.

<sup>38</sup> Artículo 28.

<sup>39</sup> Artículos 5 g) y 29.

<sup>40</sup> Artículo 30, párrafo 2.

<sup>41</sup> Artículo 30, párrafo 1.

<sup>42</sup> Artículo 72, párrafo 3.

#### c) Pérdidas

En este campo la Convención adopta el principio del derecho anglosajón e impone las pérdidas a la persona que haya recibido el título de crédito a través de un endoso falso o viciado. Así, si bien esta persona puede tener el carácter de "tenedor protegido" y estar libre de casi cualquier excepción cuando exija el pago, no está libre de reclamaciones posteriores.

Lo anterior, en virtud de que el artículo 25 dispone: "1) Cuando el endoso sea falso, la persona cuyo endoso se haya falsificado, o cualquiera de los firmantes que haya firmado el título antes de la falsificación, tendrá derecho a recibir indemnización por los daños que haya sufrido como consecuencia de la falsificación: a) del falsificador, b) de la persona a quien el falsificador haya transferido directamente el título; ..."

El artículo 26 reproduce estas disposiciones para los casos en que el título haya sido endosado en representación de otra persona sin contar con las facultades legales para hacerlo.

#### 4.1.4 Análisis de la posición intermedia adoptada por la Convención

De acuerdo con la exposición anterior, se podría deducir a primera vista que la Convención ha tomado verdaderamente una posición intermedia entre el derecho civil y el sajón.

Por lo que toca al efecto de los endosos falsos o viciados ha adoptado el principio del derecho civil y considera que tales endosos son válidos para transmitir el documento. Asimismo, al igual que en el sistema civilista, un tenedor que recibe un título a través de una serie ininterrumpida de endosos está libre prácticamente de cualquier reclamación o excepción. Finalmente, también en consonancia con las disposiciones del derecho continental, indica que el deudor que paga al tenedor que obtuvo el título mediante un endoso falso o viciado queda, con algunas excepciones, válidamente liberado de su obligación de efectuar el pago.

Por otra parte, en relación con las reglas para determinar a la persona que corre con las pérdidas la Convención adopta el principio del "common law", depositando dichas pérdidas en la persona que recibió el título a través de un endoso falso o viciado. En otras palabras, la Convención ha honrado la máxima del sistema sajón "conoce

a tu endosante" sobre la máxima civilista que exhorta a "cuidar el título".

No obstante, la exposición anterior puede ser calificada de inexacta. Es preciso examinar con más detalle el impacto que las reglas para determinar quién sufre las pérdidas tienen sobre la eficacia de un endoso falso para transferir el título, considerando el alcance con el cual las normas de la Convención modifican las prácticas de los países que forman parte de los aludidos sistemas legales.

Se comentó que la persona que adquiere un título con un endoso falso o viciado está protegida y que el deudor que pague a tal tenedor queda efectivamente liberado de su obligación.

En relación con la liberación del deudor, la Convención auténticamente aplica la regla civilista sin reservas. Los obligados en un título pueden conservar las prácticas de los países civilistas cuando paguen un instrumento que se rija por la Convención.

Por otra parte, debe resaltarse que la adopción de esta regla no modifica dramáticamente la situación de los obligados acostumbrados a sujetarse a las normas del derecho sajón, ya que bajo su derecho, ellos no corren con las pérdidas cuando pagan el título de crédito a la persona que obtuvo el título mediante un endoso falso. La Convención únicamente les otorga la facilidad, en caso de realizar tal pago, de no tener que ejercer una acción para recuperar el monto del pago, ya que la Convención establece esa carga en la persona que perdió el documento.

Sin embargo, por lo que hace a los derechos del tenedor que obtuvo el título por un endoso falso o viciado, no es muy claro que la Convención haya honrado realmente el principio de la tradición civilista. Para decirlo de otra manera: ¿qué ventajas tiene un tenedor de estar libre de excepciones y reclamaciones si finalmente responderá del pago a la persona que perdió el documento? ¿Qué ganancia obtiene de recibir un pago que después estará obligado a entregar?

En la práctica, parece que tal "tenedor protegido" recibe una protección ficticia y su situación es de hecho la misma que la de un tenedor en el derecho sajón. Si el principio del derecho sajón sufre alguna modificación, ésta concierne exclusivamente a los subsecuentes tenedores, quienes pueden exigir el pago de cualquier obligado sin tener que acudir exclusivamente con su endosante.

Como se desprende de la discusión anterior, en los países civilistas un endosario tendrá que ser más cuidadoso cuando reciba un instru-

mento regulado por la Convención, que cuando se le entregue un título de crédito doméstico. Es probable que los bancos tuvieran que contar con mecanismos especiales para manejar estos documentos.

En pocas palabras, la solución propuesta por la Convención quizá no tenga mayor impacto respecto de las prácticas crediticias en los países sajones, pero no puede decirse lo mismo en relación con los países de derecho civil.

El profesor Falsenfeld sugiere que si bien en situaciones normales la Convención y el CCU llegan a los mismos resultados, esto no significa que la Convención no haya adoptado una posición intermedia entre los sistemas civil y sajón. Señala que tal posición existe pero que sólo se observa en los casos de quiebra o suspensión de pago. Así, señala que

Conforme al CCU los principales obligados son el suscriptor de un pagaré y el girador o aceptante de una letra de cambio. De una u otra manera, de presentarse un endoso falso, están obligados a pagarle al tomador. Después de haber pagado, tales sujetos podrán exigirle el pago a quien recibió el título mediante un endoso falso o viciado. En general, se puede asumir que el suscriptor, girador o aceptante son solventes, finalmente el tomador dio por buena su obligación en primera instancia. Además es probable que el aceptante sea un banco.<sup>43</sup>

Bajo la Convención, señala dicho autor, el tenedor que haya perdido un título no tiene acción alguna en contra de los obligados principales, sólo contra la persona que obtuvo el título con un endoso falso, por lo cual, el tenedor correrá con las pérdidas si dicha persona cae en estado de insolvencia.

#### 4.2 Garantes

Otra interesante diferencia entre los sistemas de derecho civil y sajón es el papel que desempeñan los garantes. En ambos sistemas una persona puede garantizar el pago de otra persona en cuyo favor presta

<sup>43</sup> FALSENFELD, Carl, *Forged Endorsements Under the United Nations Negotiable Instruments Convention: A Compromise Between Common and Civil Law*, 45 *Bus. Law*, 405 (1989).

tal garantía; sin embargo en cada sistema el garante tiene una responsabilidad distinta.

#### 4.2.1 Sistema de derecho sajón

En términos muy generales podríamos decir que el garante del derecho sajón tiene el carácter de un fiador.<sup>44</sup> Dicha persona debe obligarse en el título y puede prestar su garantía por el suscriptor, por el aceptante o por cualquier endosante. A diferencia de la fianza del sistema civil, cuando preste su garantía por el suscriptor o aceptante no gozará del beneficio de orden y excusión y podrá exigírsele el pago sin necesidad de recurrir primero con el suscriptor o aceptante. Cuando la garantía se preste por el endosante, el garante contará con el beneficio de orden y excusión salvo pacto en contrario.<sup>45</sup>

El garante, como sucede con el fiador del sistema civilista, tiene una obligación accesoria a la de la persona por quien presta la garantía. Por ende, si la obligación principal es nula también lo será su obligación y, además, puede oponer al tenedor del título todas las excepciones personales que tuviera contra éste el obligado principal.

#### 4.2.2 Sistema de derecho civil

En el derecho civil, se regula especialmente la figura de un garante cambiario al que, como es sabido, se le denomina aval.

La persona que otorgue su aval, es decir que garantice el pago, deberá hacerlo constar en el título de crédito o en una hoja adherida al mismo, expresándolo mediante las palabras "por aval", o con cualquier otra fórmula equivalente, y estampar su firma.<sup>46</sup> Asimismo, debe indicar la persona por quien se presta, y a falta de tal indicación se entenderá que se presta por el girador o suscriptor.<sup>47</sup>

Las disposiciones más importantes son las relativas a la responsabilidad del avalista. Éste responderá de igual manera que aquel a quien garantiza, aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma.<sup>48, 49</sup>

<sup>44</sup> CCU Sección 3-415, comentario 1.

<sup>45</sup> CCU Sección 3-415 y 3-416.

<sup>46</sup> Ley Uniforme de Ginebra artículo 32.

<sup>47</sup> Ley Uniforme de Ginebra artículos 32 y 77.

<sup>48</sup> Ley Uniforme de Ginebra artículo 32.

<sup>49</sup> La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reproduce las disposiciones de la Ley Uniforme de Ginebra en sus artículos 109 a 116.

En otras palabras, la obligación del avalista es una obligación autónoma e independiente de la del avalado y, en consecuencia, no podrá oponer las excepciones personales que el avalado podría oponer al actor. Asimismo, el avalista no cuenta con el beneficio de orden y excusión, por lo que puede exigírsele el pago sin necesidad de recurrir al avalado previamente.

#### 4.2.3 La Convención

De nuevo en la Convención se mantienen las disposiciones en las que el sistema sajón y el civil coinciden, el garante no cuenta con el beneficio de orden y excusión, y la garantía deberá anotarse en el título o en un suplemento añadido a éste, pudiendo el garante indicar la persona por la que presta su garantía.

Por lo que toca a la responsabilidad de los garantes la CNUDMI consideró imposible fusionar los principios de los sistemas sajón y civil. Así, con objeto de contar con un marco jurídico aplicable en ambos sistemas, se estimó conveniente conservar los dos tipos de garantía. Dichas garantías difieren exclusivamente en las excepciones que un garante puede oponer a un "tenedor protegido".

Cualquiera que sea la forma en que se obligue el garante, éste podrá oponer las excepciones personales propias que conforme a la Convención podría oponer cualquier obligado a un tenedor simple o a un "tenedor protegido", según sea el caso.

Respecto de las excepciones que podría oponer la persona por quien otorga su garantía, la Convención hace una distinción según el tipo de garantía por la cual se opte:

a) Si el garante expresa su garantía mediante las palabras "garantizada", "pago garantizado", "cobro garantizado" u otra expresión equivalente, puede oponer a un tenedor protegido las mismas excepciones que la persona por quien otorga su garantía podría oponer a dicho tenedor protegido.

b) Si el garante expresa su garantía mediante las palabras "avalada" o "bueno por aval", sólo podrá oponer las excepciones siguientes: a) la fundada en el hecho de que el "tenedor protegido" obtuvo la firma del avalado mediante un acto fraudulento; b) la falta de presentación del título para aceptación o pago; c) la falta de protesto, y d) las de prescripción.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> Artículos 46 y 47.

Finalmente, debe mencionarse que si la garantía se otorga mediante la simple firma, se considera que se otorga la garantía que podría llamarse del derecho sajón. Sin embargo, tratándose de bancos u otras instituciones financieras, quienes se presume son expertos en la materia, la Convención estimó que quedarán obligados en los términos del aval.

V. CONCLUSIONES

Como se ha mencionado insistentemente en este artículo, el mayor reto que enfrenta la Convención es sentar las bases legales para el establecimiento de un mercado secundario de títulos de crédito internacionales. En este sentido, se comentó que una de las condiciones necesarias era contar con instrumentos que pudieran negociarse libremente y que fueran comercialmente aceptables.

No cabe duda que por el momento la Convención cubre las modalidades más importantes que se utilizan en las transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, la Convención encara los mismos problemas que las legislaciones cambiarias nacionales, a saber: definir claramente el concepto de un título de crédito y sus requisitos formales sin ser exageradamente restrictivo.

La inclusión de prácticas novedosas no resulta una tarea difícil cuando se hace *a posteriori*, pero aún no se conoce la fórmula para proveer un concepto *a priori* que pueda incorporar prácticas futuras, sin caer en una regulación excesivamente laxa y que, por ende, no sea efectiva para que el tenedor de un documento pueda determinar claramente que se trata de un título de crédito.

La otra condición, se dijo, es contar con un régimen legal que regule al título en cualquier país en el que circule. A este respecto, la CNUDMI ha realizado un estupendo trabajo al elaborar una serie de reglas que toman las ventajas de los diversos sistemas legales, pero sin desviarse demasiado de ninguno de ellos, lo que haría que la aplicación de la Convención fuera impracticable en algunos países.

Tomando en cuenta los fallidos intentos que en el pasado se han llevado a cabo para unificar el derecho cambiario doméstico de los sistemas sajón y civil, la CNUDMI inteligentemente elaboró una Convención aplicable únicamente a los títulos de crédito internacionales.

La Convención ofrece sin duda una buena oportunidad para el desarrollo de un mercado secundario eficiente de los mencionados títulos. Sin embargo, su impacto dependerá del número de Estados que formen parte de ella y de la aceptación que tenga entre los comerciantes. El día de hoy, a más de dos años de haber sido aprobada, el futuro de la Convención continúa siendo incierto.

EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN HISPANOAMÉRICA  
1920-1990: ENTRE EL DETERIORO  
Y LA TRANSFORMACIÓN

Bernardino BRAVO LIRA

SUMARIO: *Introducción. I. De la inestabilidad al deterioro del Estado constitucional. II. Renacer monocrático. III. Crisis del Estado constitucional. IV. Transformación institucional. V. Renacer del reformismo ilustrado. VI. Monocracia y militarismo. VII. Brasil: plebiscito sobre vuelta a la monarquía. VIII. Monocracia y monarquía en Iberoamérica.*

INTRODUCCIÓN

Se aproxima el fin del siglo XX y con él, el quinto centenario del descubrimiento de América. Son tiempos de festejos, pero también de balance.

En el caso del Estado constitucional, esto último parece punto menos que imposible. Los árboles no dejan ver el bosque. Los países hispanoamericanos son demasiados numerosos —una veintena— y demasiado pródigos en constituciones. Cada uno tiene su propia historia, bastante movida, por cierto. La vertiginosa sucesión de los gobiernos se combina con una vorágine de constituciones. Desde las primeras en 1811, hasta hoy, suman en total más de 200.<sup>1</sup> Su suerte ha sido muy dispar. Mientras algunas alcanzaron por cierto tiempo una vigencia más

En las notas subsiguientes utilizanse las siguientes abreviaturas: RD: *Revista de Derecho*, Concepción, 1927, publicación en curso; RDP: *Revista de Derecho Público*, Santiago, 1966, publicación en curso; RCHD: *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, 1974, publicación en curso; RCHHD: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, 1959, publicación en curso; REHJ: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 1976, publicación en curso.

<sup>1</sup> CERECEDA, Raúl, *Las instituciones políticas de América Latina*, Bogotá, 1961. DE LA TORRE VILLAR, Ernesto y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, 1976. BRAVO LIRA, Bernardino, "Etapas del Estado Constitucional en los países de habla castellana y portuguesa, 1811-1980", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5, 1980. El mismo, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, 1986.

o menos efectiva, la mayoría apenas fue otra cosa que papel mojado. Son, puede decirse, constituciones que reinan, pero no gobiernan.

Pero el Estado constitucional no es una construcción teórica, como la que puede contenerse en una constitución. Antes bien, es una realización histórica. Como tal, puede experimentar avances o retrocesos. Lo cual se refleja, antes que nada, en las instituciones y, a veces, también en las constituciones. A partir de las instituciones es posible intentar un balance del Estado constitucional en Hispanoamérica durante el siglo XX.

### I. DE LA INESTABILIDAD AL DETERIORO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Lo primero que llama la atención es que los años 1920 son críticos para el Estado constitucional. Así sucede en Europa y en Hispanoamérica. No nos referimos, por cierto, ni a la tan conocida inestabilidad de los gobiernos iberoamericanos ni al rápido sucederse de las constituciones. Todo esto no cambia. Gobernantes civiles y castrenses, constitucionales y extraconstitucionales se alternan con la misma monotonía que antes. Tampoco decrece el número de constituciones. Si entre 1811 y 1860 se promulgaron 78; y entre 1860 y 1920, 63 más; entre 1920 y 1990, se han dictado 67.<sup>2</sup>

La crisis no se reduce a esto, que en cierta forma cabe calificar como normal en Hispanoamérica. Sus manifestaciones van mucho más lejos. Como en Europa, su primera y más visible manifestación es un renacer de la monocracia, acompañado de un retroceso del parlamento. A partir de los años 1920, parece quebrarse un resorte fundamental del Estado constitucional. Desde entonces, el parlamento es relegado a un segundo término por el gobernante unipersonal.

En Hispanoamérica el fenómeno tiene raíces y manifestaciones propias. Más aún, los países más jóvenes de América toman la delantera a los más viejos de Europa. Entre ellos, el renacer monocrático es más acusado y más aguda la decadencia de los parlamentos —que por otra parte, salvo excepciones, llevaban una vida intermitente.

<sup>2</sup> BRAVO LIRA, "Etapas...", *cit.*, nota 1, con cuadros de las constituciones por etapas. El mismo, *La crisis del Estado constitucional en Hispanoamérica 1917-1986*, Santiago, 1986.

### II. RENACER MONOCRÁTICO

Así como en el siglo XIX Hispanoamérica fue más lejos que Europa en la demolición de la monarquía, de suerte que por falta de una verdadera burguesía, el predominio oligárquico fue más completo a este lado del Atlántico, así también en el siglo XX, cuando se produce el reflujó de la oligarquía va Hispanoamérica más lejos en el renacer monocrático. Basta mirar las llamadas democracias o dictaduras iberoamericanas para advertir cómo, desde los años 1920, rivalizan entre sí por desprenderse de las formas oligárquicas y llevan, cada una a su manera, las aguas al molino de la monocracia.<sup>3</sup>

De una u otra forma, se arriba al mismo resultado. El centro de gravitación del Estado se desplaza desde el parlamento hacia el gobernante unipersonal. Con ello parece cerrarse el ciclo histórico del Estado constitucional en Hispanoamérica. En cierto modo, se vuelve al punto de partida.

Termina la época de auge de la oligarquía frente a la monarquía y, en general, frente al gobernante unipersonal, que halló su más cabal expresión en el siglo XX, en el gobierno de partido bajo formas parlamentarias. En cambio, despunta otra época diferente, en la que renace la monocracia y decae la oligarquía y, con ella, el parlamento y los partidos parlamentarios.

El vuelco no puede ser más diametral. Mientras en sus comienzos el constitucionalismo pretendía anular al gobernante unipersonal, ahora, por el contrario, tiende a anular al parlamento en favor del gobernante unipersonal. En otras palabras, si en su apogeo el constitucionalismo aspiró a reducir al gobernante unipersonal a un papel simbólico, como

<sup>3</sup> GROS ESPIELL, Héctor, "El predominio del poder ejecutivo en América Latina", en Universidad Nacional Autónoma de México, *El predominio del poder Ejecutivo en Latinoamérica*, México, 1977. VARIOS AUTORES, *El poder ejecutivo en las constituciones hispanoamericanas*, Santiago, 1943. IMBERT, Jacques, "La transposition du régime présidentiel hors les Etats Unis. Le cas de l'Amérique Latine", en *Revue Française de Sciences Politiques* 3, París, 1963. El mismo, *Amérique Latine. Structures sociales et institutions politiques*, París, 1963, trad. castellana, Barcelona, 1966. VALADÉS, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, 1974. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los regímenes presidencialistas de América Latina: Teoría y Práctica", en *Revista de Legislación y Documentación en Derecho y Ciencias Sociales* 8, Santiago, 1986. BRAVO LIRA, Bernardino, "El renacer monocrático en Iberoamérica durante el siglo XX: Raíz y razón del presidencialismo", en RD 184, Concepción, 1988.

sucede en los regímenes parlamentarios, ahora, en cambio, es el parlamento el que se ve reducido a un papel más bien simbólico.

En este sentido, el renacer monocrático tiene en Hispanoamérica todas las características de un retorno. El jefe de Estado vuelve a ser jefe de gobierno. El poder vuelve a concentrarse en el gobernante unipersonal, en desmedro del parlamento. Es decir, se reconstruye bajo una nueva forma la figura del gobernante al estilo de la monarquía ilustrada, personificado por los reyes, virreyes y presidentes de la segunda mitad del siglo XVIII. Tal parece ser la significación histórica de este renacer de la monocracia en Hispanoamérica.

### III. CRISIS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Bajo esta luz, los años 1920 aparecen como un verdadero hito en la historia institucional hispanoamericana. Desde entonces, se rompe con la tónica dominante del siglo XIX, de restringir los poderes del gobernante, y se avanza, de un modo casi irresistible, debido a la magnitud de los problemas que enfrentan estos países, en dirección inversa. Las formas varían —legales o extralegales, institucionalizadas o informales— pero la meta es siempre la misma: la acumulación de poderes y medios de acción inmensos en el gobernante. Como es natural, por tratarse de épocas distintas, estos poderes y medios de acción exceden con mucho a los que tenían los antiguos monarcas absolutos y, bajo ellos, los virreyes y presidentes.

Semejante transformación no ha dejado de reflejarse en las propias constituciones. Estos textos parecen haber cambiado de signo. Si hasta los años 1920 sirvieron, en general, para restringir los poderes del gobierno en favor del parlamento, desde entonces, se utilizan, por el contrario, para ampliar los poderes de los gobernantes. Aun así se quedan cortos, ante el avance avasallador de la monocracia. Como anota Gros Espiell, "la realidad política ha ido más allá de los textos constitucionales, en cuanto al predominio del ejecutivo".<sup>4</sup>

Según todos los indicios, estamos, pues, ante una verdadera crisis del Estado constitucional en Hispanoamérica. Su suerte está en juego. Puede morir o recobrase. De modo muy esquemático, ateniéndose a lo que ha sucedido entre 1920 y 1990, puede decirse que hasta ahora el constitucionalismo ha oscilado entre dos situaciones extremas: la re-

<sup>4</sup> GROS ESPIELL, nota 3.

novación bajo formas monocráticas, como en México,<sup>5</sup> o el desvanecerse cual una cáscara vacía, como en Argentina.<sup>6</sup>

### IV. TRANSFORMACIÓN INSTITUCIONAL

En todo caso, esta crisis no tiene nada de trágico para Hispanoamérica. A fin de cuentas, el constitucionalismo nunca logró arraigar en

<sup>5</sup> Sobre México hay una rica bibliografía. ITURRIAGA, José, "Los presidentes y las elecciones en México", en *Revista de la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales*, año IV, 11 y 12, México, 1970. SERRA ROJAS, Andrés, "La función constitucional del Presidente de la República", en *El pensamiento jurídico de México en el Derecho Administrativo*, México, 1962. GAXIOLA F., Jorge, "La Presidencia de la República", en *Revista de la Facultad de Derecho de México* 49, México, 1963. PORTES GIL, Emilio, *Autobiografía de la Revolución Mexicana*, México, 1964. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Supremacía del ejecutivo en el Derecho Constitucional Mexicano", en *Cuadernos de Derecho Comparado* 6, México, 1967. MORENO SÁNCHEZ, Manuel, *Crisis política de México*, México, 1970. El mismo, *Derecho Constitucional mexicano*, México, 1972. GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *Notas para un estudio sobre el Estado mexicano en México: cuatro ensayos de sociología política*, México, 1972. UNIVERSIDAD DE WARWICK, *El sistema político mexicano: Análisis de los gabinetes de 1920 hasta la fecha*, México, 1973. CARPIZO, Jorge, "El sistema presidencial y el predominio del Poder Ejecutivo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México* 107-108, México, 1977. El mismo, *El presidencialismo mexicano*, México, 1978, con bibliografía. VALADÉS, Diego, "El Poder Legislativo mexicano", en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época 4, Madrid, 1978, pp. 33 y ss. TORRE VILLAR, Ernesto de la y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, 1976, 7-188, 144-157, 171-184, 225-542. CAMACHO, Manuel, "Los nudos históricos del sistema político mexicano", en *La crisis en el sistema político mexicano 1928-1977*, México, 1977. Últimamente, BRAVO LIRA, Bernardino, "México y la renovación de las instituciones políticas en Hispanoamérica 1920-1990", en *REHJ* 13, 1989.

<sup>6</sup> Sobre Argentina hay también abundante bibliografía, aunque de muy desigual valor. MELO, Carlos, "Los partidos políticos argentinos", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* 3, Córdoba, 1943, ahora 4ª ed. aumentada, Córdoba, 1970. ALEXANDER, R. F., *The Perón's Era*, Nueva York, 1951. LUX-WURIN, Pierre, *Le péronisme*, Paris, 1965. BUSTOS FIERRO, Raúl, *Desde Perón hasta Onganía*, Buenos Aires, 1969. POTASH, Robert, *Army and Politics in Argentina*, 2 vols., Stanford, 1969 y 1980, trad. castellana, Buenos Aires, 1971 y 1981. CANTÓN, Darío, *La política y los militares argentinos 1900-1971*, Buenos Aires, 1971. El mismo, *Elecciones y partidos políticos en Argentina: Historia, interpretación y balance 1910-1966*, Buenos Aires, 1973. ROUQUIÉ, Alain, *Pouvoir militaire et Société politique en République argentine*, 2 vols., Paris, 1978, 79, trad. castellana, Buenos Aires, 1981-82. SANTOS MARTÍNEZ, Pedro, *La nueva Argentina 1946-1955*, 2 vols., Buenos Aires, 1979-80, con bibliografía. PELLET LASTRA, Arturo, *El Estado y la realidad histórica*, Buenos Aires, 1979. ACUÑA, Marcelo Luis, *De Frondizi a Alfonsín: La tradición política del radicalismo*, 2 vols., Buenos Aires, 1984. BRAVO LIRA, Bernardino, "La ley extraparlamentaria en Argentina 1930-1983", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Guillermo Floris Margadant*, México, 1988. ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel, *Elecciones y consolidación democrática en Argentina 1983-87*, San José, 1988.

los países de derecho castellano y portugués. Hubo demasiadas constituciones y demasiado pocos gobiernos constitucionales. Con todo, no faltaron realizaciones muy logradas del Estado constitucional, superiores a muchas europeas, como en Brasil (1824-89) o en Chile (1830-1924), pero fueron siempre la excepción y desde 1920 pertenecen todas al pasado, salvo la de México, desde los años 1930. En otras palabras, ni Hispanoamérica ni España o Portugal tiene mucho que perder con la desaparición del Estado constitucional. Éste no deja tras de sí ningún vacío de consideración.

Por otra parte, junto con el deterioro del Estado constitucional apuntan nuevas formas institucionales que bien pueden servir para reemplazarlo. Ya hemos dicho que la crisis parece resolverse en un retorno. Es decir, el vacío que deja el Estado constitucional no parece difícil de llenar, si es que no ha comenzado ya a serlo. Así lo deja ver un somero cuadro de la crisis, tal como se ha desarrollado entre los años 1920 y 1990. El cuadro tiene luces y sombras. Es decir, cosas que se han vuelto anacrónicas, cuya presencia se oscurece y desdibuja. Tal es, sin ir más lejos, el caso del parlamento.<sup>7</sup>

Por otro lado, hay cosas que han cambiado de sentido o cobrado nueva vitalidad. Así sucede con los partidos y las elecciones.<sup>8</sup> Por último, hay también cosas que han revivido y están claramente en auge, desde los años 1920, como el militarismo<sup>9</sup> y la mono-

<sup>7</sup> Ver nota 3. BRAVO LIRA, Bernardino, "Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco", en RDP 31-32, Santiago, 1982. El mismo, "Metamorfosis de la legalidad en Argentina, desde el siglo XVIII hasta el siglo XX", en RCHD 13, 1986. El mismo, nota 6.

<sup>8</sup> MONTAÑO, Jorge, *Partidos y política en América Latina*, México, 1975. MEIRA, Silvio Bastos de, "Evolução política do Brasil 1930-1964", en *Revista de Ciência Política* 19, 2, 3 y 4, Rio de Janeiro, 1976. MELO, nota 6. CANTÓN, Darío, *La política y los militares argentinos 1900-1971*, Buenos Aires, 1971. El mismo, nota 6. SANTOS MARTÍNEZ, nota 6. PELLET LASTRA, nota 6. Sobre la abstención en Colombia, Dirección General de Estadística (DANE), *Boletín Mensual de Estadística* 250-251, Bogotá, 1972. Sobre el cambio de sentido de las elecciones no sólo en Hispanoamérica, KOLM, S. C., *Les élections ne sont pas démocratie*, París, 1981. RIVIÈRE, Claude, *Les liturgies politiques*, París, 1988. Para Hispanoamérica ver BRAVO LIRA, "Hispanoamérica al filo de los años 1990: renovación de las instituciones políticas", en RCHD 16, 1989.

<sup>9</sup> Estos gobiernos militares han despertado mucho interés, sobre todo en los Estados Unidos. Pero no se ha hecho todavía un estudio institucional de ellos. Muy penetrante KAHLE, Günter, "Diktatur und Militärherrschaft in Lateinamerika", en *Zeitschrift für Lateinamerika-Wien*, 19, Viena, 1981. O'DONELL, Guillermo, *Modernización y autoritarismo*, Buenos Aires, 1972. SOTELO, Ignacio y otros, *Die bewaffnete Technokraten. Militär und Politik in Lateinamerika*, Hanover, 1975. LOWENTHAL,

cracia.<sup>10</sup> Bajo la presión de estos y otros factores, el Estado constitucional ha terminado por transformarse en Hispanoamérica. Ya no es concebible como a principios de siglo, un gobierno cuyos principales cometidos sean mantener el orden público y realizar determinadas obras públicas. Ahora el gobierno debe asumir un papel más dinámico para participar activamente en la tarea de llevar adelante al país.

## V. RENACER DEL REFORMISMO ILUSTRADO

Las formas que reviste su acción son múltiples. A veces regula la actividad particular, a veces ofrece incentivos, a veces la suple. Además, la propia gestión directa del Estado se amplía y diversifica.<sup>11</sup>

Todo esto recuerda, evidentemente, al absolutismo ilustrado. Las analogías son muy profundas. En uno y otro nos encontramos con un mismo propósito central: poner al país a la altura de otros que se miran como más adelantados. La acción cada vez más amplia del gobierno está destinada a salvar esta distancia.

Los medios son también similares. La acción del gobierno se amplía en dos sentidos. Por una parte, se endereza, como se decía en el siglo XVIII, a remover obstáculos; y por la otra, a promover mejoras. Entonces se hablaba de obstáculos a la felicidad. Hoy, más prosaicamente, de obstáculos al desarrollo.

En cuanto a los rubros que se fomentan, son prácticamente los mismos: la educación, la riqueza y las obras públicas, a las que hoy se denomina de infraestructura. Sólo parece añadirse en nuestro tiempo la tecnología y la investigación científica.

En fin, el fundamento de esta vasta acción gubernativa es, en último término, el mismo. Es propio del absolutismo ilustrado no contentarse con la gracia de Dios como fundamento del poder. Sin excluirlo,

Abraham F., (ed), *Armies and Politics in Latin America*, Nueva York, 1976. CHILD, John, *Inequal Alliance. The Inter-America Military System 1938-1978*, Boulder (Colorado), 1980. FERNÁNDEZ BAEZA, Mario, *Nationale Sicherheit in Lateinamerika*, Heidelberg, 1981. COLLIER, David (comp.), *El nuevo autoritarismo en América Latina* (Princeton), México, 1985. FRANCO, Rolando, "Estado burocrático autoritario y democracia en América Latina", en *Pensamiento iberoamericano* 1, Madrid, 1982. NOHLEN, Dieter, "Militärregime und Redemokratisierung in Lateinamerika", en *Aus Politik und Zeitgeschichte* 9, Bonn, 1986. BRAVO LIRA, Bernardino, *Gobiernos civiles y gobiernos militares en Hispanoamérica 1810-1989. Estudio histórico-institucional*. El mismo, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica*, Valparaíso, 1989.

<sup>10</sup> Ver nota 3.

<sup>11</sup> BRAVO LIRA, notas 3 y 8.



busca además un fundamento terreno y lo encuentra en su acción benéfica en favor del pueblo, mensurable no de acuerdo a un imperativo moral, sino por cánones de rendimiento. Es decir, por la misma eficacia, por los logros del gobierno que ahora avalan su gestión.<sup>12</sup> Esta necesidad de exhibir logros como justificación del poder ocupa un lugar preeminente en los Estados totalitarios.<sup>13</sup> Pero, sin llegar a tales extremos, juega también un gran papel en otros países, como los iberoamericanos o como España y Portugal.

## VI. MONOCRACIA Y MILITARISMO

Pero en el siglo XX la eficacia de la acción gubernativa no es la meta de un gobierno indiscutido, como lo fueron en la época de la Ilustración las monarquías española y portuguesa. Ahora lo que falta es, precisamente un gobierno así, que haga suya esta meta. En su defecto, levantan esta bandera casi todos los sucesivos gobernantes, pero falta continuidad. Aun en los raros casos en que uno de ellos se mantiene en el poder hasta al término de su periodo, este tiempo es muy exiguo como para dejar una obra duradera. Sin contar con que es más raro

<sup>12</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, "El Absolutismo Ilustrado en España e Indias bajo Carlos III (1759-1788). De la visión judicial a la visión administrativa del gobierno", en RCHHD 14, 1988.

<sup>13</sup> HAYES CARLTON, J. H., "The novelty of Totalitarianism in the History of Western Civilization", en *Proceedings of the American Philosophical Society* 82, 1940. VOEGELIN, Eric, *Die Politische Religionen*, Estocolmo, 1929. El mismo, "Religionersatz. Die gnostischen Massenbewegungen unser Zeit", en *Wort und Wahrheit* 15, 1960, trad. castellana, Madrid, 1966. El mismo, *Politischen Messianismus. Die romantische Phase*, Colonia-Opladen, 1963, trad. castellana, Madrid, 1969. El mismo, *Wissenschaft, Politik und Gnosis?*, Munich, 1966. ARENDT, Hanna, *The Origins of Totalitarianism* (1951), Nueva York, 1958. TALMON, Jacob L., *The Origins of totalitarian Democracy*, Boston, 1952, trad. castellana, México, 1956. El mismo, *The myth of the Nation and the vision of revolution. The origins of Ideological Polarisation in the 20th. Century*, Londres, 1981. GARCÍA PELAYO, Manuel, "La transfiguración del poder", en *Revista de Ciencias Sociales*, Puerto Rico, 1957, ahora en su *Los mitos políticos*, Madrid, 1981, pp. 38 ss. NOLTE, Ernst, notas 2 y 5. BRUNO Y JENKER, Siegfried (ed.), *Wege der Totalitarismus forschung*, Darmstadt, 1968. reúne trabajos de varios autores. SCHIAPRO, Leonard, *Totalitarism*, Londres, 1972. BESANÇON, Alain, *Les origines intellectuelles du léninisme*, Paris, 1977, trad. castellana, Madrid, 1980. POLIN, Claude, *L'esprit totalitaire*, Paris, 1977. FUNKE, Mandred (editor), *Totalitarismus*, Dusseldorf, 1978. FERNANDOIS HUERTA, Joaquín, *La noción del totalitarismo*, Santiago, 1979. El mismo, "Nueva aproximación a la teoría del totalitarismo", en *Cuadernos de Historia Universal* 1, Santiago, 1986. RHODES, James M., *The Hitler Movement. A modern Millenarian Revolution*, Stanford, 1980. MASINI, Carlos Ignacio, *El renacer de las ideologías*, Mendoza, 1984.

aún que el sucesor continúe la política de su predecesor. Al respecto nada más elocuente que lo ocurrido en Chile entre 1933 y 1973. La sucesión perfectamente regular de siete presidentes va acompañada de la más completa falta de continuidad entre ellos.<sup>14</sup>

Por encima de la multiplicidad de gobernantes, se perfilan dos alternativas principales para realizar institucionalmente el gobierno eficaz en el siglo XX. Una es civil y la otra castrense. Ambas se condicionan mutuamente: la primera es una monocracia presidencial, a falta de la cual entran en juego las Fuerzas Armadas, como institución.

En otras palabras, desde los años 20, en casi ningún país de Iberoamérica o de la Península Ibérica, pueden los políticos civiles hacer y deshacer a su amaño, como en la época parlamentaria. No pueden permitirse el lujo de un gobierno inoperante. Pueden fracasar, pero dentro de ciertos límites. Saben que las Fuerzas Armadas vigilan. Que no tolerarán por largo tiempo que sus errores e incapacidades pongan en peligro la estabilidad interna y externa del país. Saben, incluso, que en muchos países están preparadas para asumir el poder. En una palabra, el gobierno civil tiene que volver a ser eficaz. De lo contrario, no podrá sobrevivir.

Esta situación innegable y a veces, tensa, confiere singular relieve a la restauración del gobierno de partido en España en 1976.<sup>15</sup> Allí, entre el gobierno civil y las Fuerzas Armadas se interpone la monarquía. No importa qué poderes tenga el rey. Si son más o menos amplios. Sea como sea, es el único que puede garantizar que los intereses vitales del país estén a salvo de las contingencias de la vida partidista. Así es también el único capacitado para dar seguridades a las Fuerzas Armadas cuando éstas comienzan a intranquilizarse debido al giro que

<sup>14</sup> BERTELSEN, Raúl, "La crisis del constitucionalismo chileno", en *Cruz del Sur* 1, Valparaíso, 1975.

<sup>15</sup> Hay una bibliografía abundante pero todavía muy fragmentaria y a menudo apasionada sobre la transición española. En la imposibilidad de señalar obras representativas, aquí sólo se indican algunos estudios de valor muy desigual. ONETO, José, *Arias, entre dos crisis 1973-1975*, Madrid, 1975. LÓPEZ RODÓ, Laureano, *La larga marcha hacia la monarquía*, Barcelona, 1977. HUNEEUS, Carlos, "El reencuentro de España con la democracia", en BOTANA, Natalio y otros, *Los caminos a la democracia*, Santiago, 1978. COVERDALE, John F., *The Political transformation of Spain after Franco*, Nueva York, 1979. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio español y la Constitución*, Barcelona, 1982. ARAGÓN, Manuel, "La articulación jurídica de la transición", en *Revista de Occidente* 54, Madrid, 1985. BERMEJO, Nancy, "Redemocratization and Transitions Elections. A comparison of Spain and Portugal", en *Comparative Politics*, 1987. FERRANDO BADÍA, Juan, *Del régimen autoritario de Franco a la democracia. La transición política*, San José, 1988.

imprimen al gobierno los gobernantes civiles, inquietante para la estabilidad interior o exterior. El rey actúa así como pararrayos y protege a los gobernantes civiles de un pronunciamiento armado. Más aún, lo evita, en la medida en que los altos mandos tienen una instancia a quien acudir, por encima de los gobernantes civiles, cuya gestión suscita sus aprehensiones. Algo así parece haber sucedido en 1981, con el intento de golpe de Estado del coronel Tejero y del general Armada.<sup>16</sup> Tejero tuvo a los diputados por el suelo y el gobierno civil estuvo a punto de desaparecer. Entonces, lo decisivo fue la actitud del rey, que constitucionalmente no tiene casi poderes. Como dice Schwartz: "En esa noche del 23 de febrero de 1981 (de la intentona de Tejero y Armada) y en el momento en que el Rey consintió en reinar con un gobierno socialista, se consolidó la monarquía en España y el pacto tácito entre la derecha y la izquierda que permite la pervivencia de la democracia".<sup>17</sup> El mismo autor subraya "la sorprendente importancia que puede tener la experiencia de la monarquía constitucional en España para la salida de la dictadura en repúblicas como Chile".<sup>18</sup>

## VII. BRASIL: PLEBISCITO SOBRE VUELTA A LA MONARQUÍA

Pero, en realidad, parece haber sido Brasil el primero en sacar esta consecuencia. Actualmente, tal vez, el país más difícil de gobernar en el mundo, por cierto, no a causa del carácter y mentalidad de su población, sino a causa de la magnitud de su territorio, de los contrastes entre sus habitantes, de los recursos disponibles y de su crecimiento. Dicho en una palabra, debido a la magnitud de sus posibilidades o potencialidades. No es un país hecho, sino en plena expansión.<sup>19</sup> Por eso, necesita imperiosamente estabilidad, continuidad y eficacia en el gobierno.

<sup>16</sup> Todavía la bibliografía es muy insuficiente. ONAINDIA, Mario, *La Noche de Tejero*, Barcelona, 1981. ONETO, José, *La verdad sobre el caso Tejero*, Barcelona, 1982. ARMAS, Alfonso, *Al servicio de la corona*, Barcelona, 1983. INIESTA, Carlos, *Memorias y recuerdos*, Barcelona, 1984. Sobre su significación para Hispanoamérica, interesante alcance de SCHWARTZ, Pedro, "Democracia y monarquía en España. Los límites de un sistema político mayoritario", exposición en *Symposio Internacional sobre democracia contemporánea*, Santiago, 1986 (a multicopista).

<sup>17</sup> SCHWARTZ, nota 16.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> JAGUARIBE, Hélio, *Sociedad y política en la actualidad brasileña*, Buenos Aires, 1985.

En esta situación, no deja de ser significativo el hecho de que en 1988 junto con aprobarse una nueva constitución se decidiera efectuar un plebiscito en 1993 sobre la vuelta a la monarquía.<sup>20</sup> Tal vez, sólo bajo la protección de este pararrayos pueda tener en Brasil larga vida un gobierno civil.

Este nuevo papel de la monarquía, como garante del orden instituido, no tiene en rigor, nada de nuevo, particularmente en Hispanoamérica. Bien mirado, no es sino otra versión del que siempre jugó la monarquía en España, Portugal e Hispanoamérica, hasta el advenimiento del constitucionalismo y que adquirió singular relieve bajo el mismo, a medida que la estabilidad de los gobiernos se tornó más problemática.

Al menos eso es lo que ocurre durante la primera etapa del Estado constitucional en los dos únicos países donde éste logró asentarse: Brasil y Chile. Tanto el emperador en Brasil como el presidente en Chile tuvieron como primerísimo deber el mantenimiento del orden instituido. Antes que gobernantes, fueron garantes del régimen instituido. Al emperador se le reconoció un poder al que, según la terminología de Constant, se denominó moderador<sup>21</sup> y al presidente de Chile se le invistió de poderes extraordinarios, como el de suspender el imperio de la propia constitución y los de manejar las elecciones y designar a su sucesor, como lo hizo desde 1831 hasta 1886.<sup>22</sup>

Este papel supraconstitucional de garante del régimen instituido es el que juega el rey de España, aunque sin poderes de gobierno, y el que, en general, puede jugar la monarquía al interponerse entre los gobiernos civiles y las Fuerzas Armadas.

Pero Brasil tiene otro problema más urgente. No basta con tener gobiernos civiles. Es menester que ellos sean medianamente eficientes para enfrentar los problemas del país. Lo que requiere estabilidad y continuidad, dos cosas que la monarquía puede asegurar por encima de la sucesión de los gobiernos.

<sup>20</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), art. 2 transitorio. BRAVO LIRA, Bernardino, "La constitución brasileña de 1988. Antecedentes histórico-institucionales", en RCHD 15, 1988.

<sup>21</sup> Por todos, PEMENTA BUENO, José Antonio, *Direito Publico Brasileiro do Imperio*, Rio de Janeiro, 1857. Cfr. CONSTANT BENJAMÍN, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, 18, trad. castellana, Madrid, 1968.

<sup>22</sup> BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones*, nota 1.

## VIII. MONOCRACIA Y MONARQUÍA EN IBEROAMÉRICA

Se dice que a donde va Brasil va el resto de Hispanoamérica. Sin embargo, esto no es cierto. Para que lo fuera sería menester que Brasil ofreciera soluciones eficaces y convincentes. Lo cual, desde el fin del imperio, hace un siglo, no ha ocurrido en el plano político sino por excepción.

Por eso el Brasil ha jugado hasta ahora un papel tan secundario en los esfuerzos por superar la crisis del Estado constitucional. Al respecto, Brasil está a la cabeza de Iberoamérica, no por la eficacia de sus soluciones, sino por la magnitud de sus problemas. Todos son, en mayor o menor medida, países en crecimiento. Todos precisan con urgencia un gobierno eficaz, que para serlo debe tener estabilidad y continuidad. Si Brasil consiguiera eso con una monarquía, su experiencia tendría, sin duda, mucha más resonancia que la española.

La razón es muy simple. La tarea que debe realizar un gobierno en Hispanoamérica a fines del siglo XX, es incomparablemente más vasta y compleja que la del gobierno en España. Por eso, aquí el problema más urgente no es, como allí, asegurar la supervivencia de gobiernos civiles más o menos eficientes. Eso es, sin duda difícil, pero, de ninguna manera suficiente. Lo decisivo, como hemos visto, es la eficacia de la gestión gubernativa que, a su vez, supone estabilidad y continuidad de los sucesivos gobiernos.

En este sentido, la significación actual de la monarquía en Hispanoamérica es doble: como sostén de un gobierno civil frente a las Fuerzas Armadas y como sostén de la estabilidad y continuidad de la gestión gubernativa, sin la cual ella no podrá tener la eficacia que estos países requieren.

Ver en la monarquía una salida para la crisis en que se debate el Estado constitucional desde los años 1920, en los países de habla castellana y portuguesa, no tiene nada de sorprendente.

Significa, tan sólo, sacar las consecuencias de esa crisis, que presenta diversos síntomas, pero que, en definitiva, se traduce en una aguda desproporción entre la magnitud de los problemas y la impotencia de los gobiernos para enfrentarlos.

Tal es la razón de que se arrinconen por anacrónicos los elementos claves del Estado constitucional. Es lo que ocurre con la mentalidad parlamentaria, el parlamento y la ley parlamentaria. En cambio, surgen partidos y gobiernos extraparlamentarios. Por encima de todo, re-

nace la monocracia, sostenida por la ampliación de las instituciones y la acción del gobierno. Los presidentes y jefes de gobierno actuales tienen más poderes y medios de acción que los monarcas del absolutismo ilustrado.

De esta suerte, parece cerrarse el ciclo histórico del Estado constitucional. Hay una especie de retorno al punto de partida. Otra vez se quiere eficacia, un gobierno eficiente y realizador. Naturalmente, no es una vuelta al pasado. Eso es imposible en la historia, cuyo curso no cabe remontar hacia atrás. Es la llegada a una situación similar a la vivida en la segunda mitad del siglo XVIII. Como entonces, los pueblos de habla castellana y portuguesa no están satisfechos de sí mismos. Sobre todo, cuando se comparan con otros más ricos y poderosos. Como entonces, tienen impaciencia por ir adelante. Quieren quemar etapas. Y para esto, es indispensable, aunque no suficiente, un gobierno eficaz.

## EL AMPARO DE LA LIBERTAD FRENTE AL "HABEAS CORPUS"

Juventino V. CASTRO

Comencemos por intentar definir. En la doctrina mexicana se denomina "amparo de la libertad", a aquel conjunto de disposiciones legales que pretenden, a nivel reclamo por medio del ejercicio de la acción de amparo, defender, preservar, recuperar o evitar cualquier molestia en el goce de la libertad personal que reconoce y garantiza nuestra Constitución.

El "habeas corpus", por su parte, es una institución de origen anglosajón, adoptado también por varios países latinoamericanos, y que en los Estados Unidos de Norteamérica está calificado como uno de los tantos *writs*, o sea preceptos mandatorios expedidos bajo la autoridad y a nombre de la soberanía, para compeler a una persona a realizar un acto determinado.<sup>1</sup> Se considera al "habeas corpus", como el "gran writ", y tiene usos muy variados en las ramas penales y civiles. Consiste en un procedimiento para obtener una determinación judicial —auto, mandato, proveimiento—, sobre la legalidad de la custodia de una persona. Técnicamente es usado en materia penal para ordenar se traiga a la presencia de la corte al peticionario —y de ahí el término "habeas corpus", o sea: traigan físicamente a una persona ante la autoridad judicial—, para que bajo esas condiciones se resuelva sobre la legalidad o la ilegalidad de la custodia de una persona confinada o retenida. El "habeas corpus" federal se utiliza para comprobar la constitucionalidad de una determinación de acuerdo con el *due process of law*, es decir el debido proceso legal que debería haberse seguido para poder llegar válidamente a esa resolución, de manera que se entienda

<sup>1</sup> Véase el *Law Dictionary*, de Steven H. Gifis, segunda edición, de 1984, editado por Barron's Educational series, Inc., en Woodbury, Nueva York.

que el sujeto a la medida de pérdida de la libertad en todo momento tuvo derecho de defensa adecuado.

Para nuestros exámenes es conveniente referir el "habeas corpus" que nos interesa, como el *habeas corpus ad subjiciendum*,<sup>2</sup> el cual examina la legalidad de una aprehensión o detención, y de ninguna manera si una persona es culpable o inocente, cuestión que se examina en un proceso penal ordinario. Existen también otros "writs of habeas corpus", que no interesan a estas reflexiones, como podrían ser los que se interponen para defenderse contra el cumplimiento de órdenes de deportación —por razones migratorias o de extradición—, e inclusive contra particulares y no contra autoridades, como podrían ser controversias entre cónyuges o divorciados, sobre la custodia o indebida retención de los hijos menores de edad. Todas cuestiones muy interesantes pero totalmente ajenas a este estudio.

Resumiendo el procedimiento —tanto el anglosajón como sus derivaciones en otras legislaciones—, dictado por la autoridad judicial competente el mandato de que se traiga a su presencia el detenido o retenido cuya legal custodia se controvierte, en diligencia generalmente instantánea o al menos muy rápida, se inquieren las razones de esa retención, así como los documentos que fundamentan ésta. Inmediatamente o en acto muy próximo a esa diligencia, la autoridad judicial resuelve que la detención es constitucional y perfectamente legal, y se da por concluido el procedimiento, quedando las cosas en el estado en que se encontraron; o bien que no hubo o hay ajuste de la detención con las disposiciones constitucionales, por lo cual manda y ejecuta la total liberación del detenido para que goce de su libertad, que ampliamente le reconocen las disposiciones constitucionales.

Esquemáticos en la forma anterior los procedimientos a comparar, frente al título de este pequeño ensayo que pretende captar algún interés de mi posible lector, procedo ahora a poner de manifiesto el porqué de este estudio comparativo.

El juicio o proceso de amparo es nuestro orgullo. Cuando los mexicanos arribamos a la independencia política, empezó también nuestra búsqueda por instituciones no sólo económicas o culturales en general, sino también por las de carácter jurídico, puesto que iniciábamos una manera de ser y actuar conforme a nuestro esquema mestizo indoeuropeo.

<sup>2</sup> Véase el *Black's Law Dictionary*, p. 638. Quinta Edición, West Publishing Co., 1979.

Fue así como aceptamos el reconocimiento a nivel Constitución escrita de los derechos fundamentales de los nuevos ciudadanos, por los cuales habíamos luchado en nuestro movimiento insurgente, como se hizo en la Revolución Francesa, en las Cartas de las colonias anglosajonas, y en la propia tardía Constitución de Cádiz, pero observando y reconociendo que el simple enunciado de derechos y libertades, de requisitos, condicionamientos o mandatos de legislar en uno u otro sentido, no significaba cumplimiento, operatividad e instrumentación inmediatas. De ahí los esfuerzos por buscar fórmulas y procedimientos. En pocas palabras: crear procesos que permitieran cuestionar a las autoridades por sus incumplimientos, sujetar a litigio todo lo planteado a estos respectos, concluir rápidamente con cualquier conducta abusiva del poder público —perteneciente en forma originaria al pueblo que se rebeló y combatió por el cambio—, y ver que se ejecutara eficazmente la protección que se hubiere acordado.

Por eso nace el amparo un cuarto de siglo después de declarada la independencia. Freno al uso inconstitucional del poder; verdadera fórmula armónica de respetar profundamente al poder público, pero montesquianamente también paralizar y anular el abuso de él.

No sólo logramos un modelo entendemos que satisfactorio, sino que poco a poco empezó a reconocerse en otros países, y finalmente en los organismos internacionales de mayor nivel. Es indiscutible nuestra aportación a la ciencia jurídica mundial de este proceso jurídico-político.

No es fácil, por tanto, aceptar que en cuestiones tan delicadas como es la libertad física individual, también planteada y planeada en nuestro texto constitucional, nuestro juicio excelente y bien delineado simple y sencillamente no funcione. No puede funcionar tal y como está previsto. Ejemplifiquemos:

I. El artículo 16 constitucional dispone las tres únicas formas de perder la libertad, pero dentro de un sistema de respeto garantizado por esa disposición:

A) Que un juez dicte una orden de aprehensión. Esta solamente se expedirá si: 1. Precede a la orden denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado; 2. Que este hecho lo castigue la ley con pena corporal; 3. Que la denuncia, acusación o querrela estén apoyadas por declaraciones bajo protesta, de persona digna de fe; y, 4. Que a falta de esa declaración se apoyen en otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado.

B) Los casos de flagrante delito. En éstos, cualquier persona puede aprehender al delincuente (?) y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata.

C) En casos de urgencia, y en los cuales no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, pero tratándose de delitos que se persiguen de oficio. También hay procedimiento que seguir para esta tercera hipótesis: la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, podrá decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial (?).

Es bien conocido que, en términos del artículo 19, ninguna detención podrá exceder del término de tres días (derecho de *retención* que la Constitución sí reconoce a la autoridad judicial, para que ésta estudie y resuelva la situación jurídica que en lo futuro guardará un detenido puesto a su disposición), sin que se justifique con un auto de formal prisión que deberá llenar requisitos muy específicos que ahí se mencionan. También es sabido que la jurisprudencia firme y obligatoria de la Suprema Corte precisa que en esta etapa se distinguen claramente dos situaciones jurídicas: la del detenido y la del sujeto a proceso, en su caso. Y además, que ambas situaciones jurídicas no pueden coincidir. Si se tiene ya la calidad de procesado, se deja de ser simple detenido; y por tanto la primera sustituye y vuelve nula a la segunda mencionada, de tal manera que cualquier planteamiento de inconstitucionalidad de la aprehensión o detención, o de la orden para que esto ocurra, deja de tener substancia jurídica *per se*, para fijar ahora toda la atención en el segundo, o sea el auto que sujeta a una persona a proceso penal.

Preciso ahora acontecimientos que son muy frecuentes y que deben ser enmarcados dentro de los dos artículos —16 y 19— mencionados, tan cuidadosamente descritos y dibujados por ellos. Una persona se encuentra desarrollando sus actividades cotidianas en forma normal. Miembros de la policía preventiva o judicial, o el propio Ministerio Público, aprehenden a esa persona y la llevan a sus separos. Es bien claro que los hechos no se ajustan a ninguna de las tres hipótesis del artículo 16, es decir: no hay orden de aprehensión de juez; no hay flagrancia; no hay urgencia específica. Por tanto la aprehensión es inconstitucional.

Un tercero —familiar o amigo—, promueve una acción de amparo en contra de esa aprehensión inconstitucional, en términos del artículo 17 de la Ley de Amparo, para que cese el procedimiento invasor. Se

sabe bien cuál es el procedimiento a seguir de acuerdo con nuestra Ley: se busca al aprehendido para que informe si acepta la demanda interpuesta a su nombre; en términos del artículo 123 de la Ley se decreta la suspensión de oficio; si ratifica el quejoso la demanda interpuesta a su nombre, se abre el juicio, se emplaza a las partes; se solicita de las responsables rindan sus informes previo y justificado; y se cita a la audiencia constitucional (a más tardar dentro del término de 30 días subsiguientes, de acuerdo con el artículo 147 de la Ley).

Pero resulta que el aprehendido es interrogado ante el órgano investigador, y puesto en unas cuantas horas a disposición del juez en turno, el cual como ya recordamos tiene 72 horas para resolver sobre la situación jurídica del detenido, lo cual se ratifica por los artículos 19 y fracción XVIII del artículo 107 constitucionales. Encuentra el juez que hay elementos suficientes para proceder en contra del detenido, lo cual razona en el auto de formal prisión consiguiente. Hay pues cambio de situación jurídica del inculcado; ya no importa en qué condiciones fue detenido; si éste está inconforme, ya no debe plantear la inconstitucionalidad de la pérdida de la libertad, sino alegar la ilicitud del auto de formal prisión, si es ese el caso.

La conclusión sería que las detenciones inconstitucionales previstas en el artículo 16, son "purgables" o "sustituibles" en los términos del 19. El primer artículo resulta así inútil, y el amparo no resuelve nada que le resulte favorable. ¡Lamentable falla de nuestro juicio de amparo!

En países con "habeas corpus", aprehendida inconstitucionalmente una persona, el mismo interesado o un tercero a su nombre, solicita un mandato para ser enviado de inmediato —físicamente—, al juez que dicte el "habeas corpus". Éste preguntará las condiciones en que se llevó a cabo la aprehensión, y al apreciar que no se está en ninguno de los casos previstos en la Constitución, ordenaría que se le ponga en absoluta libertad. No habría procedimiento posterior para substanciar el proceso, y si es esto lo que desea el Ministerio Público para cumplir con la función que le encomienda el artículo 21 constitucional, tendrá que tramitar una orden de aprehensión en forma, y ajustada al 16 de la propia Constitución.

II. El artículo 21 constitucional dispone, en su parte final, que las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, únicamente consistirán en multa o arresto hasta por 36 horas, y serán aplicadas por la autoridad administrativa. Esto constituye una garantía constitucional.

Una persona es detenida, acusada de haber cometido una infracción a un reglamento gubernativo o de policía. La autoridad administrativa le decreta un arresto por varios días; o bien: ordenado un arresto por 36 horas, concluido este plazo se le retiene indefinidamente. La persona que se encuentra en este caso, o un tercero que toma conocimiento de la inconstitucionalidad, interponen acción de amparo para reclamar la violación manifiesta de lo dispuesto por la Constitución. El procedimiento a seguir ya lo describí en el punto anterior. Dar entrada a la demanda, emplazar, pedir informes, y citar a la audiencia constitucional. Pero rescatar al secuestrado de hecho, eso no se obtendrá sino después de al menos un mes del auto de admisión de la demanda.

Obvias las consideraciones ya formuladas con anterioridad. La inutilidad del amparo, la eficacia de un "habeas corpus".

III. Ya cité la fracción XVIII del artículo 107. Su primer párrafo dice que los alcaides y carceleros deberán poner en libertad a los detenidos si al término de las 72 horas que señala el 19 no se obtiene constancia del juez a cuya disposición está dicho detenido, del auto de formal prisión que le haya decretado como justificación de los procedimientos constitucionales a que tiene derecho.

Transcurre dicho término, y las tres horas de espera que también se prevén en ese artículo, y el detenido no es puesto en libertad por el alcaide o carcelero.

Nuevamente repetimos lo ya examinado en los dos primeros ejemplos. También habrá que dar por reproducidos los comentarios. Todas las disposiciones constitucionales apuntadas no tienen eficacia real. Es palmaria la laguna existente para hacer respetar la previsión constitucional.

Pero en todo esto es manifiesto que no hemos abordado las disposiciones de la Ley respecto a la suspensión donde —se dice—, está la clave del sistema que da validez al amparo de la libertad. Es pues una referencia al artículo 136 de la Ley de Amparo.

El párrafo primero de dicho artículo contiene en realidad una consideración jurídica que podrá tener toda la consistencia teórica que se desee, pero como forma de rescatar la libertad del injusto e inconstitucionalmente tratado es nula, ya que se expresa que si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito, por lo que se refiere a dicha libertad personal, pero que queda a disposición de la autoridad que deba juzgarlo cuando el acto emane de un procedimiento

del orden penal, por lo que hace a la continuación de éste. Es por tanto el fundamento —ratificado plenamente en esta disposición—, de por qué, al continuar el procedimiento penal, puede operar el cambio de situación jurídica de un indiciado para que se convierta en procesado, y permitir así que se "purgue" el pecado de inconstitucionalidad de una detención. Además de ser una "ficción jurídica" curiosa (una persona puesta a disposición de dos jueces al mismo tiempo, y por la misma causa o hecho), el detenido no obtiene ninguna ventaja real para recuperar su libertad invadida.

La conocida tesis jurisprudencial a que he hecho mención primeramente, aparece publicada en la página 319, bajo el numeral 157, de la Segunda Parte, Primera Sala, del Apéndice 1917-1985 del Semanario Judicial de la Federación, es del siguiente tenor:

*Libertad personal, restricción de la (cambio de situación jurídica)*

La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos: la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena; cada uno de los cuales tiene características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado, se llama situación jurídica; de modo que cuando esta situación cambia, cesan los efectos de la situación jurídica anterior, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, y por lo mismo, desaparecen los efectos del acto reclamado, y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior.

La transcrita tesis jurisprudencial tiene dos resaltes que en lo personal me llaman la atención.

El primero, el que se afirma que —entre otros— hay dos motivos distintos de restringir la libertad, y que se excluyen en un orden sucesivo: la aprehensión y la detención. Ha tratado de cohonestarlos afirmando que la aprehensión sólo ocurre por orden o bajo mandato de un juez, y la detención es simplemente un hecho —justo o injusto—, como podría ser la flagrancia o la toma corpórea legal o ilegal. Ello sin embargo, no nos conduciría a nada en cuanto a la tesis de cambio de situación jurídica que se contiene en la anterior transcripción.

El segundo es que el cambio de situación jurídica, en lo que se refiere a restricción de la libertad, lleva a la improcedencia y por ello al sobreseimiento en el juicio, que consiste precisamente en no exami-

nar el fondo de la controversia. Queda así en evidencia mi afirmación de que es tesis firme jurisprudencial el que las aprehensiones o detenciones inconstitucionales —según nuestro actual sistema—, pueden purgarse, por cambio de situación jurídica. ¡Borrón y cuenta nueva!

Continuando con mi examen del artículo 136 de la Ley, aparece que el segundo párrafo de él insiste en que se continúe el procedimiento ordinario contra una persona detenida, independientemente de actuar en el juicio o controversia constitucional, dentro de la cual "el juez de Distrito dictará las medidas que estime necesarias para el aseguramiento del quejoso, a efecto de que pueda ser devuelto a la autoridad responsable si no se le concediere el amparo". Uno se pregunta si lo pusieran en el papel del juez de Distrito: ¿Cómo podré tomar medidas de aseguramiento de una persona que alega fue detenida inconstitucionalmente, de tal manera que si le niego el amparo pueda enviársela al juez de su causa? Y la respuesta es automática: ¡Pues haciéndole continuar detenido, ya que de otra manera no voy a poder cumplir con la devolución! De donde resulta que el aseguramiento que la Ley le ordena al juez del amparo es "detener para así poder asegurar la posterior detención".

El párrafo tercero del artículo 136 nos hace abrigar alguna esperanza en cuanto a que el amparo de la libertad —sin necesidad de recurrir a procedimientos de "habeas corpus"—, puede lograr la libertad de una persona aprehendida o detenida inconstitucionalmente. Expresa ese párrafo que cuando ella —la detención—, provenga de una orden de autoridades administrativas, el sujeto "podrá ser puesto en libertad provisional"; pero rápidamente agrega que esta permisión está condicionada a las medidas de aseguramiento y para los efectos que expresa el párrafo anterior que ya comenté. Ningún procedimiento conductor es señalado; ninguna opción; ninguna alternativa. Por ello los jueces de Distrito nunca —que yo sepa, y desearía saberlo—, expiden mandatos de libertades provisionales de tipo administrativo en detenciones de esas características.

El cuarto párrafo del artículo 136 se refiere a otras cuestiones ajenas a lo que aquí examinamos, o sea la "libertad bajo caución conforme a las leyes federales o locales aplicables al caso". Dado que el amparista está bajo la jurisdicción del juez del amparo, en lo que se refiere a su libertad personal, no es el juez de la causa el que puede resolver —como es lo lógico— sobre la libertad caucional, si es que ésta procede de acuerdo con las leyes aplicables al caso. El quinto párrafo

abunda sobre la misma hipótesis, en cuanto a supuestos o reales incumplimientos del liberado bajo caución.

Todavía sobre el mismo tema de medidas adecuadas a tomar, pero respecto de la seguridad personal que se debe adoptar sobre el quejoso privado de la libertad, es el tema del párrafo sexto. Nada pueden enriquecer las hipótesis de la libertad del quejoso los párrafos séptimo y octavo.

Esto es el total comentable respecto al amparo de la libertad en nuestro sistema de amparo. Más aportaría en último extremo el artículo 111 de la Ley, que ordena cumplimentar en vías de hecho una ejecutoria que conceda el amparo para obtener la libertad, cuando en el párrafo segundo dispone: "pero si se tratare de la libertad personal, en la que debiera restituirse al quejoso por virtud de la ejecutoria, y la autoridad responsable se negare a hacerlo u omitiere dictar la resolución que corresponda dentro de un término prudente, que no podrá exceder de tres días, el juez de Distrito, la autoridad que haya conocido del juicio o el Tribunal Colegiado de Circuito, según el caso, mandarán ponerlo en libertad, sin perjuicio de que la autoridad responsable dicte después la resolución que proceda. Los encargados de las prisiones darán debido cumplimiento a las órdenes que les giren conforme a esta disposición, los jueces federales o la autoridad que haya conocido del juicio". (Véase igualmente el artículo 137 de la Ley).

Esta previsión, este procedimiento ordenado por el artículo 111, huele más a "habeas corpus" que todo el artículo 136. Se asemeja porque es un procedimiento que yo no omito en describir como "express"; se requiere la cercanía, la proximidad de la persona que va a ser liberada; se superan formalismos y tramitaciones: primero se ejecuta el acto libertador, y después se ordena revestirlo de forma escrita; y, finalmente, se siente la importancia de liberar, por encima de cualquier otro condicionamiento.

Se diferencia porque el "habeas corpus" se plantea cuando no hay resolución que ejecutar, sino que inicia procedimiento para localizar, mandar traer, conocer explicaciones, valorarlas, y al final ejecutar lo resuelto. Y en cambio el procedimiento del 111 supone ya existe una resolución protectora, pero que las autoridades ejecutoras son rebeldes o negligentes en cumplimentar. Uno es procedimiento de cognición; el segundo es procedimiento de ejecución. Pero ambos resuelven emergencias para poder liberar a los indebidamente detenidos o retenidos.



Expuesta así mi tesis de que nos hace falta un "habeas corpus", tan sólo resta plantearnos la manera de estructurarlo legalmente para el caso de que haya convencido la tesis expuesta.

Creo que es bien claro que tenemos dos alternativas: o expedimos ordenamientos legales adecuados, creando una Ley de Habeas Corpus (o cualquier otra denominación pertinente); o bien nos ingeniamos para incrustar en la Ley de Amparo disposiciones complementarias para el amparo de la libertad.

Parecería que la primera alternativa es la deseable. El carácter de *sumarísimo* de dicho procedimiento, sin admitir como en el proceso de amparo la posibilidad de dividirlo primero en un procedimiento suspensivo, y después en otro decisorio que al mismo tiempo sea ejecutivo, evita como ocurre actualmente el que los jueces de Distrito violen el párrafo final del artículo 123 de la Ley, y otorguen efectos a la suspensión de oficio en el sentido de que en las siguientes 24 horas (como dispone el tercer párrafo de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional para una hipótesis totalmente distinta) o se consigna a un detenido o se le pone en completa libertad, lo cual significa desnaturalizar al amparo pues resuelve el fondo del asunto en la providencia suspensiva. Así se daría mayor consistencia y congruencia a un procedimiento compacto y consecuente, puesto que se conoce para resolver y no para dictar una providencia cautelar.

No es ésa sin embargo nuestra tradición. El amparo ha asimilado al proceso la impugnación de leyes que se aprecian inconstitucionales, que en otros países conforman el recurso de inconstitucionalidad; lo mismo hizo con el recurso extraordinario de casación, al cual incorporó como amparo directo, con frecuencia mencionado como amparo-casación; adopta el llamado amparo-soberanía, previsto en las fracciones II y III del artículo 107 constitucional, y que de hecho constituyen una distinta acción de amparo, en beneficio ya de la Federación o bien de los Estados federados, pero que la jurisprudencia ha confundido con la acción de amparo contra agravios personales y directos; ha creado de hecho el contencioso-administrativo, salvo las resoluciones de tribunales administrativos que tramitan y sentencian como si existiera la jurisdicción administrativa; conoce de hecho de juicios laborales por conflictos del Estado con sus empleados de confianza, a pesar de la evidente divergencia de procedimientos; y otras cuestiones similares. Para estar a nuestra tradición, deberíamos abrir en la Ley de Amparo un capítulo especial para prever el amparo de la libertad, pero

éste sí evidentemente sumario y protector, bajo las mejores experiencias que pudiéramos aprovechar del "habeas corpus" tradicional, o bien los modernos que existen y han introducido modalidades muy interesantes.

Para ejemplificar en alguna forma —y no dejar a la imaginación ni mucho menos a la incertidumbre exactamente a que me refiero respecto a las posibilidades de legislar a este respecto—, mencionaré dos modelos que pudieran estimarse suficientemente ejemplificativos a este respecto.

La Legislación Federal Norteamericana<sup>3</sup> en la sección 754, contenida en el Título XIII, Capítulo XIII de los Revised Statutes of the United States, textualmente dice:

"La petición del habeas corpus se hará a la Corte, magistrado o juez autorizado para expedir el writ, por escrito, firmada por la persona en cuyo beneficio se hace, manifestando los hechos concernientes a la detención de la persona arrestada, expresando la autoridad bajo cuya custodia esté, y los motivos de la detención, si los supiere. Los hechos referidos en la queja serán afirmados por el juramento de la persona que hace la petición."

En el siguiente artículo se establece que el writ será dirigido a la persona bajo cuya custodia la parte está detenida. Se explica más adelante que esta última persona hará el debido *return* que equivale a una especie de informe en el cual manifestará a la Corte, magistrado o juez que lo hubiere expedido la verdadera causa de la detención del preso, añadiéndose que también llevará el cuerpo del preso ante el juez que expidió el writ.

Se designa un día para la audiencia de la causa, no excediendo del término de cinco días, a no ser cuando la parte quejosa pida más tiempo.

La sección 761 expresa que la Corte, magistrado o juez procederán sumariamente a determinar los hechos del caso oyendo las pruebas y los alegatos, y dando su fallo dispondrán del preso como la ley y la justicia lo requieran.

<sup>3</sup> *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus*, ensayo tan conocido de Ignacio L. VALLARTA, según la 2ª ed. de 1975, editada por la Librería de Porrúa Hnos., México.

Si bien hay otras disposiciones legales dignas de comentario, considero que las que he comentado nos dan una idea clara del "writ of habeas corpus norteamericano".

En lo que se refiere a la República de Guatemala (que selecciono como pudiera haberlo hecho con otras muchas legislaciones de nuestra América) hago mención del Decreto número 8 de la Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, expedida en octubre de 1966. La denominación de este decreto es "Amparo, habeas corpus y de constitucionalidad".

Respecto al "habeas corpus" el Capítulo IX se denomina "Del recurso de Exhibición Personal", y en su artículo 75 se lee:

"Quien se encuentre ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo en el goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella, o sufre vejámenes aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los tribunales de justicia, ya sea con el fin de que se le restituya su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto."

El recurso de exhibición personal o de "habeas corpus" (esa doble denominación se usa indistintamente en Guatemala) puede interponerse por escrito, por telégrafo o verbalmente; por el agraviado o por cualquier otra persona, sin necesidad de acreditar representación alguna, y sin sujeción a requisitos de ninguna clase. Pero también puede ser iniciado o promovido de oficio.

Transcribo los dos párrafos finales del artículo 78, que me parecen sumamente indicativos:

"El tribunal, en cuyo conocimiento se pusieron los hechos a que se contrae el presente artículo, instruirá el proceso correspondiente, si hubiere mérito, constituyéndose sin demora en el lugar en que estuviere el agraviado; y si el ofendido residiere fuera del perímetro o municipio en que el tribunal conozca de la queja, se nombrará un juez ejecutor que procederá conforme al artículo 81 de esta ley."

"En caso de no proceder como se ordena en el párrafo anterior, los integrantes del tribunal que conozca de los hechos relacionados, serán castigados como cómplices del delito de plagio."

Recibida al solicitud, el Tribunal señalará hora para que sea presentado el ofendido por la autoridad, funcionario, empleado o persona presuntamente responsable quienes deberán presentar el proceso o antecedentes que hubieren y rendir informe detallado sobre hechos que motivaron el recurso.

Finalmente el artículo 85 rápidamente establece la conclusión en los siguientes términos simplistas:

"Si del estudio del informe y antecedentes resultare que es ilegal la detención o prisión, se decretará la libertad de la persona afectada y ésta quedará libre en el mismo acto y lugar."

Considero más que suficientes las citas que he hecho para poner de manifiesto el contenido real de la forma de estructurar un "habeas corpus" en nuestro país. Para que en nuestra patria esto ocurra, haciendo honor a lo que he llamado la genialidad del mexicano —sobre todo al crear el juicio de amparo—, lo único que se está requiriendo es voluntad manifiesta de llenar nuestras lagunas legales, y superar el esfuerzo hecho respecto a los derechos humanos.

Como lo traté de fundamentar en mi obra *Hacia el amparo evolucionado*, el principal problema para llegar a esta voluntad social es la resistencia al cambio.<sup>4</sup>

Eso es lo que nos ha impedido llegar a las alturas que se merece un país heredero de dos de las más exquisitas formas de la cultura universal de su tiempo.

<sup>4</sup> El último esfuerzo en este sentido es mi monografía *La suspensión del acto reclamado en amparo*, México, Porrúa, 1991.

## IDENTIDAD JURIDICA DE AMÉRICA LATINA: DERECHO ROMANO Y SISTEMA LATINOAMERICANO

Pierangelo CATALANO

SUMARIO: I. Áreas culturales, ordenamientos jurídicos, sistemas jurídicos. II. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. III. Derecho romano y "derecho latinoamericano". IV. Penetración del derecho angloamericano en América Latina. V. Algunos elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano. VI. Perspectivas de integraciones jurídicas continentales. VII. Nota bibliográfica.

### I. ÁREAS CULTURALES, ORDENAMIENTOS JURÍDICOS, SISTEMAS JURÍDICOS

Para comprender realidades históricas más amplias de aquellas que están debajo de las actuales soberanías (más o menos efectivas) de los estados y también para comprender concepciones del derecho como netamente distinto de los hechos que lo aplican o violan, parece útil el uso (en acepciones conceptualmente precisas) del término "sistema".

Es necesario partir de algunos resultados de trabajos interdisciplinarios en las ciencias sociales:

a) La antropología ha unido entre ellas la historiografía, la lingüística (y la literatura), la sociología y las ciencias jurídicas. Tenemos un ejemplo dentro de la "escuela evolucionista": el brasileño Darcy Ribeiro distingue en cada una de las formaciones "socioculturales" un "sistema adaptativo", un "sistema asociativo" (en el cual se incluyen también las instituciones políticas, religiosas, educativas, etcétera) y un "sistema ideológico"; estos tres sistemas forman la "cultura" de la sociedad. Sin embargo deben recordarse los diversos puntos de vista críticos respecto al evolucionismo: por ejemplo el de Claude Levi-Strauss.

b) La historia, en cuanto ciencia social, se apoya siempre más en disciplinas "vecinas", sobre todo en la geografía y en la economía. Gracias a esto han sido individualizadas grandes regiones continenta-

les socio-culturales. Hanns-Albert Steger habla de "continentes socio-culturales" recordando la lista propuesta por el sociólogo noruego Johan Galtung: Japón, China, Asia del Sur-Este, Norte América, América Latina, Europa Occidental, Europa Oriental, Países árabes, África Negra, Sur-África.

c) La utilización del concepto (o mejor: de los conceptos) de "sistema" se impone cada vez más. Bastan algunos ejemplos. Entre los representantes de la sociología histórica (sostenedores por tanto del "approche classique") citaré a Stanley Hoffmann. Recientemente se ha querido formalizar en términos de visión "sistémica" el estudio de la historia de las civilizaciones de Toynbee.

En tal cuadro es más fácil explicar cómo se desarrollan entre los juristas, especialmente entre los historiadores del derecho y los comparatistas, dos tendencias, ambas directa o indirectamente conexas a la individualización, más allá de los derechos ("ordres", ordenamientos) estatales nacionales, de "sistemas" jurídicos que los engloban y superan (sistemas fundados sobre realidades étnicas, ideológicas, económicas, además de, obviamente, sobre una comunión de caracteres jurídico-formales y doctrinales).

En primer lugar se tiende a profundizar el estudio de las relaciones entre "áreas jurídicas" y "áreas culturales", entre "Rechtskreise" y "Kulturkreise" (para utilizar algunos de los conceptos más comúnmente usados): me limito a mencionar la amplia ponencia del polaco Juliusz Bardach al Coloquio organizado en octubre de 1973 por la Universidad de Varsovia en colaboración con la Academia Nazionale dei Lincei.

En segundo lugar se tiende, en los contextos culturales y lingüísticos en los cuales el término "sistema" conserva una posibilidad de utilidades netamente distintas de aquéllas de los términos derivados de la raíz de *ordo*, a dar renovada descripción y explicación de los fenómenos jurídicos a través de varios usos, precisamente, del término "sistema" (además ya ampliamente usado, sin embargo con significados distintos, particularmente en el siglo XIX por la Escuela Histórica alemana, por Rudolph von Jhering y otros). Tales usos pueden tener varios objetivos: a) aclarar las relaciones entre el sistema "ideal" del *ius Romanum* y los diversos ordenamientos jurídicos "efectivos" a través de los cuales el derecho romano se extiende en Europa, durante las Edades medieval y moderna (v. la ponencia de Guido Astuti al citado Coloquio de Varsovia); b) evidenciar las diferencias entre los

"ordres juridiques" en su pluralidad y el "sistema" jurídico cuando éste es particularmente complejo, como en el caso de Marruecos, donde coexisten (según lo subrayado en estudios aparecidos en la revista de la Facultad Jurídica de Rabat) al menos tres "ordres juridiques": "usages et coutumes", "prescriptions musulmanes", "droit français"; c) subrayar la estrecha conexión entre formas jurídicas y realidades étnicas y económicas continentales o subcontinentales (así el español José María Castán Vázquez habla claramente de un "sistema jurídico iberoamericano"). Son sólo ejemplos.

Es evidente que he tenido en cuenta los usos más recientes del término "sistema" característicos de los historiadores del derecho y de los comparatistas. Prescindo de los usos hechos por los estudiosos de la filosofía del derecho e informática jurídica en distinguir el "sistema jurídico momentáneo" (o "sincrónico") del "sistema jurídico diacrónico" (cuyo criterio de identidad depende esencialmente de la identidad de las relativas formaciones sociales). Considero además que también los filósofos del derecho, al definir el "sistema jurídico diacrónico" y al individualizar los criterios de identidad (afrontando por tanto los problemas de la continuidad) pueden tomar en cuenta las líneas para una investigación colectiva de ciencias sociales diseñadas por un famoso estudioso de las civilizaciones del Mediterráneo: "matematización", "reducción del espacio", "larga duración".

El significado del término "derecho romano", por ejemplo, viene así definido en el momento mismo en el cual se reafirma la identidad del sistema jurídico que tiene su *principium* en la fundación de la ciudad de Roma (ciudad que ha "sobrevivido" al Estado, para usar una expresión de los "escritos teológicos juveniles" de Hegel, 1796).

## II. LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

Al inicio de este siglo, James Bryce, profesor de derecho romano (civil law) en Oxford, observaba que dos sistemas jurídicos cubrían en aquel momento casi todo el mundo: el derecho romano (considerando el derecho ruso "a sort of modified Roman Law") y el derecho inglés; con dos excepciones de considerable "masses of population": el Oriente musulmano y China. Hoy puede decirse que la situación ha cambiado sólo por las consecuencias directas e indirectas de la Revolución Rusa. En efecto, el trabajo realizado por los historiadores del derecho y por los comparatistas lleva a individualizar cuatro sistemas

jurídicos de relevancia mundial: el sistema romanista (del cual el latinoamericano constituye un subsistema), el sistema anglosajón (del cual el norteamericano constituye un subsistema), el sistema socialista y el sistema musulmán.

No olvidemos que existen derechos que, por diferentes razones, no pueden ser agrupados con los cuatro sistemas mundiales (definidos geográfica e históricamente): basta citar el derecho canónico y el derecho hindú.

Los historiadores del derecho y los comparatistas han elaborado conceptos como "difusión", "penetración", "resistencia", para comprender y describir los fenómenos de relaciones entre los diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos.

De los cuatro sistemas arriba citados, dos por lo menos (el socialista y el musulmán) tienen una tendencia a la expansión potencialmente universal.

Por el contrario, el sistema anglosajón parece estrechamente ligado a realidades etnolingüísticas particulares; ha escrito el comparatista norteamericano John Henry Wigmore: "Aussi, pour l'avenir également, en passant en revue les diverses régions, nous pourrions nous attendre à ce que partout ou seront des Anglais et parout ou ce seront des Américains du Nord qui constitueront la masse populaire ou la classe politique dominante, on trouvera plus ou moins de la Common Law anglaise. Dans ces endroits, mais nulle part ailleurs". No podemos dejar de tener en cuenta los fenómenos de penetración del sistema anglosajón no sólo en países de derecho romano sino también en países de derecho musulmán; y sobre todo recuérdese la recepción del derecho inglés en la India.

El sistema romanista ha estado hasta el siglo VI d. C., y todavía más allá de esta fecha, en Occidente, hasta el siglo XVIII, estrechamente ligado al uso de la lengua latina; tal relación se ha atenuado con las codificaciones modernas: en particular el *Code Napoléon* (1804) y el *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900). Los códigos modernos, elaborados dentro de las áreas culturales latina y germánica, constituyeron el medio por el cual el sistema "romanista" se extendió a áreas culturales bien diferentes de su área originaria, aun independientemente de la colonización, por "revoluciones internas", se podría decir; es el caso, por ejemplo, de Japón. De forma parecida se produce la difusión del derecho romano en el Imperio Otomano y en la República de Turquía.

El encuentro del sistema romanista con el sistema musulmán se verifica particularmente en los países árabes de África septentrional y además en Libano, Siria y (con alternadas situaciones respecto a una penetración del sistema anglosajón) Palestina, Jordania e Iraq. Tal encuentro renueva relaciones más antiguas, que van desde las contribuciones del derecho romano del Imperio de Oriente al derecho musulmán naciente, hasta las influencias del derecho musulmán sobre las instituciones de la Europa Medieval. En cuanto a este último aspecto, daré un ejemplo interesante, por la amplitud espacio-temporal del fenómeno (aunque sí bastante discutido y discutible) según el gran arabista Ribera Tarragó, el "Justicia de Aragón" sería de origen musulmán; es notorio que el "Justicia" constituye un antecedente de aquel instituto principal de la tradición jurídica latinoamericana que es el "juicio de amparo".

Las conexiones estrechísimas, por lo que se refiere a los conceptos y a las técnicas jurídicas, entre el sistema romanista (identificado hoy con el conjunto de los derechos "romano-germánicos" de los países capitalistas) y el sistema socialista, han sido frecuentemente discutidas, desde diferentes puntos de vista historiográficos e ideológicos. Sería mejor poner el problema de las diversas relaciones que el derecho romano justiniano tiene con los ordenamientos de los países capitalistas por un lado y con el sistema socialista por el otro.

Este trabajo histórico-comparativo implica un análisis de los elementos formales de los sistemas jurídicos a través de la individualización de tres niveles: "conceptos", "principios" y "normas" (o "reglamentación"); a cada uno de los niveles corresponde un grado decreciente de estabilidad en el tiempo y en el espacio. Este trabajo histórico-comparativo implica además una individualización de las relaciones entre los arriba mencionados niveles formales y los hechos (o "casos") en los diversos sistemas. Es necesario recordar la precisa distinción operada por uno de los iniciadores de la contemporánea comparación jurídica, Henry Maine, en un estudio sobre "derecho romano y educación jurídica" (publicado en *Cambridge Essays* de 1856): "Tenemos que recordar al lector que el Derecho romano no es, como el Derecho inglés, un sistema de casos. Es un sistema del que se puede decir, en vista de la práctica y si no se exige demasiada exactitud, que se compone de principios formales y de reglas escritas".

En tal perspectiva histórico-comparativa, los conceptos de "sistema jurídico romanista" y de "sistema jurídico latino-americano" asumen

una función unificante análoga a aquella habida del concepto de *ius Romanum* sobre todo a partir del siglo III d. C.

### III. DERECHO ROMANO Y DERECHO LATINOAMERICANO

Dentro de cada sistema jurídico (por ejemplo el sistema romanista) se pueden individualizar subdistinciones también sobre la base de elementos étnicos (por ejemplo "derechos de los pueblos latinos" y "derechos de los pueblos germánicos"). Como es sabido, es bastante discutida la posibilidad de individualizar dentro del sistema romanista, un "grupo (o "familia jurídica") iberoamericano" que comprende también España y Portugal, o más bien, en consideración de las particulares condiciones geográficas, económicas, sociales y políticas de América Latina, un "grupo latinoamericano". En mi opinión la segunda alternativa es preferible porque permite comprender mejor el problema de la penetración (no sólo económica sino también jurídico-política) de los Estados Unidos de América, así como la resistencia de la cultura latinoamericana, particularmente en lo jurídico.

A fines del siglo pasado, Clovis Bevilacqua (siguiendo al comparatista francés Ernest Glasson) distinguía tres grupos de legislaciones: aquellas en las cuales las influencias romanas y canónicas son "casi nulas" (Inglaterra, Países Escandinavos, Estados Unidos de América y Rusia), aquellas que han asimilado el derecho romano "de un modo más o menos radical" (España, Portugal, Italia, Rumania), aquellas en las cuales el elemento germánico y el elemento romano han terminado por fundirse "por cantidades casi iguales" (Francia, Alemania, Bélgica y Suiza). Según Bevilacqua "esses grupos contribuem, mais ou menos nitidamente, tres fachas que se extendem uma ao Norte, outra ao centro, e outra ao Sul da Europa" y agrega: "Necesário se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latinoamericanos, dos quaes não cogitou o sabio jurista francez mais que não se podem logicamente incluir em qualquer das tres categorias enunciadas, porque provindo ellas de fontes europeas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento comun, por suas condições proprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente francezes. E por desprender-se de paises novos, essencialmente democráticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de

quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraia-se mai a larga".

La definición de un "grupo latinoamericano" (es decir de las legislaciones de los "pueblos latinoamericanos", según las palabras de Bevilacqua), caracteriza desde el siglo pasado los estudios jurídicos comparativos en Brasil; y aquí el punto de vista para la definición de los "grupos" de legislaciones es la mayor o la menor presencia del "elemento romano". El mismo punto de vista comparativo encontramos en el *Curso de direito romano* de Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, editado en Río de Janeiro en 1931; los dos primeros volúmenes de la obra examinan la "organización" del derecho romano y por tanto su "expansión" (y las "causas de su desenvolvimiento"); el tercer volumen trata de la "influencia universal" del derecho romano, con particular referencia a las codificaciones modernas, trazando las características del "derecho iberoamericano" en esta perspectiva ("desde as *leges regiae* até a formação do Direito Ibero-americano").

Para la formación del sistema en la actualidad, fundamental es la obra del máximo romanista brasileño del siglo XIX: Augusto Teixeira de Freitas. Escribió Pontes de Miranda: "A América do Sul, podemos dizer, tem, praticamente, um direito: o que surge, trazido pela tradição ou elaborado pelo genio legislativo de Teixeira de Freitas, nos quase cinco milheiros de artigos do *Esboço*. Todas as leis civis posteriormente votadas pelos povos sul-americanos por vezes manifestam ser tiradas dele, ou direta ou indiretamente (através do Código argentino, uruguaio ou da doutrina dos tres paises) por ele influenciadas. Adicione-se a isto o que, na elaboração do Código Civil brasileiro, se aproveitou dos outros códigos latinoamericanos, e podemos dizer que já existe, caracterizado, um direito civil latino-americano".<sup>1</sup>

Cuál haya sido (y sea hoy) el rol de la educación romanista de los juristas o más exactamente de los abogados latinoamericanos para cimentar una unidad de América Latina más allá de las divisiones estatales (históricamente superpuestas) y para afirmar una cultura jurídica y política propia, en grado de resistir a influencias extrañas, es aclarado desde una perspectiva sociológica por Hanns-Albert Steger. Esta unidad de actitud mental de los abogados se manifiesta no sólo en el plano técnico sino también en el ideológico, y aclara sociológicamente el fenómeno de resistencia de las normas de los derechos latinoameri-

<sup>1</sup> *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*, 1928; II ed. 1981.

canos a la influencia externa (norteamericana) hasta ahora dominante a nivel supraestructural sólo en Puerto Rico. Vale la pena recordar que el Convenio de integración educativa, científica y cultural de los países de la región Andina (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) lleva el nombre del mayor romanista hispanoamericano: Andrés Bello.

El "grupo ibero-americano" (dentro del más amplio "sistema romanista"), ha sido calificado por Castán Tobeñas como marcadamente universalista (en contraposición al espíritu nacionalista que "esclaviza Europa"); tal aspecto universalístico de la mentalidad de los juristas latinoamericanos es subrayado también por René David. Desde este punto de vista se percibe la importancia ideológica y social de la base romanista, y por tanto de su capacidad de resistencia..

#### IV. PENETRACIÓN DEL DERECHO ANGLO-AMERICANO EN AMÉRICA LATINA

La resistencia del sistema latinoamericano es más o menos fuerte según los países (sea por la diversa situación geográfica, sea por las diversas estructuras económicas). Es sabido que la mayor intensidad de la influencia norteamericana en el derecho público y especialmente en el derecho constitucional (en el cual también el sistema romanista tiene una precisa unidad, a partir, según David, de la inspiración de Montesquieu y de Rousseau) da lugar a "orientaciones contrastantes" también en la comparación entre varias ramas públicas.

Con respecto al "problema del encuadramiento de las exigencias y de las tendencias del inversionista norteamericano en el sistema romanístico", Ascarelli ha formulado la hipótesis de una latinización de algunas orientaciones norteamericanas y de una "función mediadora" de América Latina entre "mundo latino" (o "derecho romanístico") y "mundo americano" (o "derecho anglo-americano").

Nuestra intención es diferente: se trata de precisar cuáles son los puntos de mayor o menor resistencia del sistema jurídico (romanístico) latinoamericano contra la penetración externa.

Nuestra posición es análoga a la asumida por Emilio Betti, quien después de una visita a la Universidad de Río Grande do Sul (1958) escribía: "Es al parecer un modo de pensar bastante difundido (confirmado por más de un colega de Puerto Alegre) que entre Brasil y los Estados Unidos de América no exista esta íntima y profunda afi-

nidad cultural que, en cambio, tan vivamente se percibe hacia los países ibéricos e Italia: por lo tanto, a pesar de la tendencia a tratar Sudamérica como "zona de influencia" de los Estados Unidos de América no es de prever o temer una difusión en Brasil de la concepción utilitarística que va bajo el nombre de 'American way of life' ni una expansión de los Estados Unidos de América excepto en determinados sectores de la vida económica dependientes del capital norteamericano".

Un preciso interés para el estudio del actual choque entre derecho romano y common law se encuentra en un escrito, aparecido en 1948, de Pietro de Francisci. Este, criticando la tesis de Koschaker según la cual la recepción del derecho romano se debió sobre todo al hecho que se presentaba a los juristas con autoridad vinculante, hace referencia a los "casos de concurrencia entre derecho romano y derecho anglosajón", en particular a la provincia canadiense de Quebec y a Luisiana, y también a la aceptación en California y en otros Estados del Oeste del Código compilado (bajo la influencia del Código de Napoleón) por Dudley Field: "Esta resistencia o continuación de expansión del derecho romano o románico no puede explicarse, en los casos de resistencia, sino con la fuerza de la tradición, y en los casos de expansión, sino con la convicción de la superioridad de una legislación sistemática sobre el common law. Aquí ciertamente no juegan las ideas políticas del imperio, de su universalidad, etcétera; no juega tampoco el factor representado por la potencia anglosajona; juega solamente la reconocida superioridad técnica de un derecho sobre otro".

La "concurrencia" y por tanto el choque entre el derecho romano y derecho anglosajón han sido escasamente considerados por los juristas europeos continentales, mientras que desde hace tiempo son objeto de interés de los comparatistas y romanistas latinoamericanos (me limitaré aquí a citar el libro de Carlos Mouchet y Miguel Sussini sobre la situación de Puerto Rico).

No es aquí el lugar para analizar los motivos del desinterés de los comparatistas europeos, oscilantes entre "occidentalismo" y "europeísmo"; me limitaré a observar que algunas importantes excepciones son dadas por la cultura jurídica ibérica, y que una precisa perspectiva de profundización es asegurada por la historia del derecho (me refiero a los estudios de Hermann Eichler).

Por lo que respecta a los romanistas, puedo afirmar que las previsiones y las opiniones de Betti y de De Francisci acerca de la fuerza de la tradición jurídica (y cultural) romana anticipaban, con suficiente

precisión, lo que se ha convertido en uno de los objetivos principales del trabajo, en los años setenta, del Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano. Además, tales opiniones y previsiones eran y han permanecido marginales respecto a los intereses de la doctrina romanista europea. Valdría la pena preguntarse sobre las causas de esta actitud de un gran número de colegas.

La comparación entre derecho romano actual de la América Latina y derecho anglo-americano debe ser considerada en un cuadro general que viene ciertamente iluminado por cuanto ya en la primera mitad de nuestro siglo escribía el mayor exponente de la "sociological jurisprudence": Roscoe Pound, profesor de la Universidad de Harvard. Él ha individualizado la fuerza del common law respecto a su rival "modern Roman law" en la "manera de tratar las controversias concretas", es decir, en el poder de los jueces de hacer el derecho "a través de las decisiones de las causas": una fuerza que explica la "slow but persistent invasión of the common law" (¡tal invasión ha encontrado aliados más o menos concientes desgraciadamente aun entre los romanistas!) Otro mérito histórico de Pound es el de haber visto la característica de contenido del derecho angloamericano, refiriéndose también a las vicisitudes del derecho germánico, en lo que él llama "ultra-individualism" o "extreme individualism".

Por lo tanto, una vez aclarado (como hizo Francesco De Martino en su polémica contra los nacionalsocialistas) que el derecho romano no es de ninguna manera individualista, se entiende la sustancia del choque entre el sistema jurídico latinoamericano y el derecho angloamericano.

#### V. ALGUNOS ELEMENTOS DE UNIDAD Y RESISTENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO

Una investigación sobre "Elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano" ha sido dirigida por mí, en el periodo comprendido de 1974 a 1979, en la Universidad de Sassari, también gracias a un financiamiento del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

A. Al comienzo tuvo que prestarse atención, más que a las instituciones públicas (en las que, como se ha dicho, la influencia del derecho norteamericano es más fuerte), a aquellas que constituyen el tejido más estable de la sociedad (instituciones familiares e instituciones agrarias), para compararlas después con algunos aspectos de las institu-

ciones en mayor medida vinculadas a los cambios provocados por el desarrollo neocapitalista (instituciones comerciales).

La individualización de los factores principales de unidad del sistema jurídico latinoamericano (en la perspectiva histórico-comparativa) y también de las zonas de diferenciación (antes y después de las codificaciones) hace considerar definitivamente superada la tesis eurocéntrica que niega la unidad de dicho sistema.

La base cultural de la unidad debe verse en un "bloque" romano-ibérico-precolombino. El sistema recibió su forma del derecho romano (a través del "derecho común americano" y después la "transfusión" en las codificaciones), pero también del "mestizaje" de la tradición romanística con las instituciones precolombinas.

Las diferencias dependen en parte de situaciones anteriores a las codificaciones (conquista española y portuguesa, y sobre todo mayor o menor permanencia de instituciones precolombinas o indígenas), en parte de las tendencias centrifugas de los estados independientes y de las codificaciones ("códigos civiles del Pacífico" o "de los Andes", bajo la influencia del Código de Andrés Bello; "códigos civiles del Atlántico meridional", bajo la influencia del Esboço de Teixeira de Freitas y del Código de Vélez Sarsfield), en parte de las influencias de varios códigos europeos.

La complementariedad de los ejemplos de América Central y de la Región Andina resulta de la visión histórico-comparativa de todo el sistema jurídico latinoamericano.

B. A partir del carácter de ninguna manera "individualista" del derecho romano se ha iniciado el examen de algunas características esenciales de los factores de unidad del sistema jurídico latinoamericano.

La verificación de las hipótesis generales ha mostrado las notables potencialidades de una utilización de las perspectivas históricas contenidas en el siempre actual escrito de Francesco De Martino, *Individualismo e diritto privato romano*, de 1941 (traducido al castellano por Fernando Hinestrosa en 1978). El concepto de "individualismo" ha sido profundizado también teniendo en cuenta los resultados de investigaciones sociológicas. Esto ha permitido comprender mejor la contraposición del sistema latinoamericano al "sistema del derecho anglosajón" del cual una característica principal es precisamente el "ultra-individualismo".



Dichas perspectivas van integradas, para América Latina, por una toma de conciencia de lo que allí se denomina "tradición romano-canónica", concepto que no corresponde exactamente a los de "civil law", "derecho continental" (lo que lamentablemente se refleja en las traducciones de conocidos comparatistas).

Del "derecho común americano" (y también de la experiencia ibérica que está a la base) y de las instituciones indígenas que con él coexisten (superando los choques) o se mezclan, se desarrolla una concepción del ordenamiento en la cual el "individuo" (por cierto con mayor relevancia que en las culturales precolombinas) es considerado siempre en estrecha relación con la "comunidad".

Tal concepción sobrevive a la ola liberal y confiere, a nuestro juicio, a las codificaciones latinoamericanas aquellos caracteres ya en parte individualizados por la doctrina: acentuadamente romanísticos y "democráticos".

C. Se ha verificado la utilidad de usar las nociones de "penetración" y de "resistencia" ya esbozadas por Koschaker y De Francisci.

Partiendo del ejemplo-límite de Puerto Rico se han individualizado las diversas posibilidades históricas de las fuerzas de penetración, en relación a las diversas situaciones políticas y económicas.

Se ha comenzado por tanto a hacer la lista de los elementos de resistencia, considerando las varias ramas del ordenamiento, comenzando por el derecho de familia. En efecto éste sigue constituyendo el conjunto más evidente de ejemplos: así es notorio que según el sistema latinoamericano la "unidad social" es la familia, no el individuo; es también notorio que la penetración del Common Law tiende a invertir tal concepción.

La comprobación de algunos de los puntos de fricción o de conflicto entre el actual sistema jurídico latinoamericano (como parte de la "tradición romano-canónica") y el derecho norteamericano es considerada metodológicamente preliminar a cualquier discusión sobre la "modernización" (cualquiera que sea la "central" de tal proceso), así como sobre las ventajas o los inconvenientes de mezclas o mediaciones.

D. Entre los puntos surgidos de las discusiones y de las respuestas a los cuestionarios (*v. infra*, E), podemos recordar aquí dos, los cuales, por un lado, reconocen raíces en los aspectos antiindividualistas de "tradición romano-canónica" y, por otro, aparecen vivamente ligados a la actual realidad social de América Latina.

Fueron puestos en evidencia algunos problemas de relación entre casamiento, "unión de hecho" y desenvolvimiento demográfico.

Al mismo tiempo, se subrayó la importancia de las tierras públicas y, más generalmente, del fundamento y de los límites públicos de la propiedad inmobiliaria, dentro del orden presente y futuro de la "tenencia de la tierra".

En el conjunto del trabajo resulta obvio el vínculo entre los problemas de familia y de la tierra.

E. La colocación de estos problemas en el conjunto de los acontecimientos actuales del sistema jurídico de América Latina hace imprescindible la ampliación de la investigación en el sector del derecho comercial. Precisamente en este último sector la penetración de instituciones externas asume formas evidentes. Basta recordar aquí el comentario de P. J. Eder (hecho suyo por J. Olavarría Ávila, en cuanto a la introducción en Colombia y en Panamá, por influencia de capitalistas norteamericanos, del Negotiable Instruments Law: "La incorporación in integrum de una ley extraña dentro de un sistema jurídico fundamentalmente emanado del Derecho romano (civil law) puede ser considerada desastrosa").

Otro ejemplo, más reciente, es la ley brasileña n. 6.404 del 1976 sobre la sociedad por acciones, que "institucionaliza", como ya se dijo, el capitalismo financiero en Brasil, favoreciendo las empresas multinacionales. Según un estudio hecho por la Sección de Río de Janeiro de la Ordem dos Advogados do Brasil (marzo de 1976) sobre el anteproyecto de esta ley: "Adoção de institutos não usuais — o trasplante de praxes e procedimentos, usuais no direito norte-americano, para o nosso direito positivo, sem que existam em nossa tradição jurídica ou em nossa realidade econômica bases sólidas para sua utilização é a terceira das falhas que se nos afiguram presentes no anteprojeto".

F. Esta investigación sobre "Elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano" se ha iniciado también enviando a estudiosos latinoamericanos cuestionarios (impresos) concernientes al Derecho de familia y al Derecho agrario, gracias a la fundamental colaboración de los profesores Francesco Busnelli y Antonio Carrozza (de la Universidad de Pisa).

Los resultados confirman la inicial hipótesis de trabajo. En la misma dirección se han desarrollado después investigaciones sobre Derecho mercantil, dirigidas por los profesores Antonio Piras (Universidad de Pisa) y Antonio Serra (Universidad de Sassari).

## VI. PERSPECTIVAS DE INTEGRACIONES JURÍDICAS CONTINENTALES

El bloque jurídico "romano-ibérico-precolombino" constituye una base fundamental de integración latinoamericana. Este fenómeno tiene que ser estudiado desde distintas perspectivas disciplinarias; me limitaré aquí a mencionar dos ejemplos.

El primer ejemplo es significativo también por la comparación con Europa. Cito un escrito de Felipe Herrera (el entonces presidente del Banco Interamericano de Desarrollo), publicado en 1967: "Por lo demás, facilitará la creación de un sistema jurídico-institucional latinoamericano la circunstancia —que no se dio en Europa— de que el derecho nacional de cada país haya sido edificado en base a modelos comunes. Entre los factores que identifican a América Latina como una región diferenciada está precisamente nuestra común tradición jurídica, de origen romano a través primero del derecho español y luego de la influencia del Código Napoleón (...) En Europa, en cambio, el derecho ha emanado de raíces nacionales distintas y la influencia romana no alcanzó a desdibujar las características institucionales propias de esos derechos locales. De ahí que, pese a ser muchos más los países latinoamericanos que los europeos firmantes del Tratado de Roma, la armonización jurídica puede resultar menos complicada en nuestra región".

Quiero recordar, entre las precedentes tomas de posición de los juristas latinoamericanos, la "ponencia" presentada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco a la Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho, en 1961: "Por estas consideraciones pensamos en Latinoamérica, por los nexos que nos unen, debemos propender a la unificación legislativa, en base a la realidad social, política, económica y jurídica de nuestros pueblos, que tienen iguales costumbres, un mismo idioma, una idéntica creencia religiosa y similares condiciones económicas, que informan el principio de la unidad jurídica latinoamericana (...) en consecuencia el Derecho Romano, viene a constituir la base fundamental del derecho actual de los países latinoamericanos (...)":<sup>2</sup>

Un desenvolvimiento doctrinal, en este mismo sentido, está marcado por la institución del "Centro de Direito Romano e Sistema Jurídicos"

<sup>2</sup> *Revista de derecho y ciencias políticas. Órgano de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961, pp. 115 y 118.*

en la Universidad de Brasilia, decidida en 1980, con ocasión del XX Aniversario de la Inauguración de la ciudad de Brasilia.

## VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA

C. MOUCHET-M. SUSSINI, *Derecho hispánico y "common law" en Puerto Rico*, 1953; H. VALLADAO, *Le droit latino-américain*, París, 1954; R. DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, París, s. f.; P. H. EDER, *Principios característicos del "Common Law" y del Derecho Latinoamericano*, Buenos Aires, 1960; F. HERRERA, "Consideraciones jurídicas e institucionales acerca de la integración de América Latina" (Conferencia en la Escuela Libre de Derecho, México, 24 de marzo de 1965); IDEM, *Nacionalismo latinoamericano*, Santiago de Chile, 1967, pp. 80 y ss.; J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, II ed., Lima, 1967; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, "El sistema de derecho privado iberoamericano", *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, VI, Pamplona, 1969, pp. 157-188 (publicado también en la revista *Estudios de derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 75, marzo 1969); L. MOISSET DE ESPANES, *Derecho civil español y americano*, Córdoba, Argentina, 1973; P. CATALANO, "Diritto romano e Paesi latinoamericani", *Labeo. Rassegna di Diritto romano*, 20, 1974, pp. 433-435; ID. "Derecho romano y países latinoamericanos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 79, 6 (diciembre, 1979), pp. 637-640; ID. "Sistemas Jurídicos. Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 85, 3 (septiembre, 1982), pp. 161-178; ID. "Sistema jurídico latino-americano", *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69, São Paulo, 1982, pp. 253-260; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid, 1984; H. EICHLER, "Privatrecht in Lateinamerika", *Aus Oesterreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Ernst C. Hellbling zum 80. Geburtstag*, Berlín, 1981; P. CATALANO, "Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano", *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta juridica et Politica*, 33, 8 (*Studia in honorem Elemér Pólay septuagenarii*), Szeged, 1985, pp. 167-188; P. CATALANO-H. A. STEGER-G. LOBRANO, *América Latina y el Derecho romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985; M. A. LAQUIS, "Desde Vélez Sársfield

hasta la actualidad", *La Ley*, año LI, núm. 153, Buenos Aires, 12 de agosto de 1987, pp. 1-7.

Véanse también los volúmenes: *Diritto romano e Università dell'America Latina*, Indagine diretta da P. CATALANO con il patrocinio dell'Istituto Italo-Latino Americano (= *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 4, 1973); *Diritto romano codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, a cura di S. SCHIPANI (= *Studi Sassaresi*, 5, 1977-1978, Milano, 1981); *Direito e Integração*, Centro de Direito Romano e Sistemas Jurídicos, Universidade de Brasília, Brasília, 1981; *Seminários de Direito Romano*, *ibid.*, 1984.

## DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIOS: DESDE LA NUEVA ESPAÑA HASTA LA MODERNIDAD

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: *Introducción. I. El indio en el Derecho de la América hispánica. 1.1 Instituciones jurídicas para los pueblos de indios. 1.2 El calpulli. 1.3 El papel de la encomienda. 1.4 Pueblos libres de encomienda. II. El Derecho moderno en América Latina y sus funestas consecuencias en las comunidades indígenas. III. El derecho a la tierra. IV. Iniciativa de reforma al Artículo 4º de la Constitución Mexicana. V. Derechos y autonomía de los pueblos indios: hacia la superación de la juridicidad de la modernidad.*

### INTRODUCCIÓN

La Iniciativa presidencial de decreto que adiciona el artículo 4º constitucional, que se encuentra actualmente en proceso de análisis por el Constituyente Permanente, relativa al reconocimiento de los derechos culturales de nuestros pueblos indígenas, constituye un paso importante —aunque no definitivo— para hacer justicia a aquellos miembros de la compleja sociedad mexicana que, siendo los más pobres entre los pobres, la reclaman hace ya casi cinco siglos.

El presente trabajo quiere ser un breve repaso de la juridicidad mexicana, desde el largo periodo novohispano hasta nuestros días, relativa a los pueblos de indios, para entender mejor, desde el punto de vista histórico-jurídico, los alcances de la reforma constitucional propuesta. En el análisis, si bien no dejamos de lado al indio como individuo, asumimos la perspectiva del indio en comunidad, de los pueblos de indios.

### I. EL INDIOS EN EL DERECHO DE LA AMÉRICA HISPÁNICA

Para ordenar la vida del mundo recién descubierto por los europeos, las normas dictadas en un principio por los Reyes Católicos, están

basadas en principios e instituciones del Derecho de Castilla. Pero la realidad de estas tierras, pronto hace ver que es difícil que sea reglada, lisa y llanamente, por el Derecho castellano. Se van haciendo necesarias normas especiales para el "Nuevo Mundo", las que van dando forma al llamado Derecho Indiano.

Esa normatividad para las Indias Occidentales tendría que dar razón de la diversidad y complejidad geográfica y, sobre todo, de las distintas personas y grupos sociales para la que estaba destinada a regir. Ese Derecho objetivo tenía además que conjugar tres factores que van íntimamente ligados a lo complejo de la empresa española en América: los intereses de la Corona, como factor de poder tanto económico como político; el fin de lucro y riqueza de los conquistadores; y la evangelización y buen trato a los indios. Toda la historia de la dominación de España en América, está tejida por esos tres hilos. El Derecho Indiano, en ese sentido, tanto en su expresión objetiva como Ley, así como su práctica y aplicación, refleja ese complejo tejido histórico y busca ese equilibrio entre esos tres factores que marcan el dominio hispano en nuestras tierras.

La normatividad especial que pronto se hizo necesaria para las Indias, tratando de conjugar los factores arriba mencionados; así como las características propias del Derecho de la época, con resabios medievales buscando adaptarse a la modernidad; van a imprimirle su carácter propio al Derecho Indiano. "En él se ve a la Edad Media esforzándose por vivir en un mundo nuevo y al derecho medieval por ordenar una sociedad en la que la prehistoria convive con el Renacimiento; como pocas veces en la historia, la elasticidad de un sistema jurídico se pone a prueba".<sup>1</sup>

Dos de las características más sobresalientes del Derecho Indiano, las constituyen el ser producto de políticas de ensayo y su casuismo.

La normatividad indiana, sobre todo la dictada en el siglo XVI, está caracterizada por un frecuente cambio de normas, en virtud de que la Corona ensaya diversas políticas, en la búsqueda de la regulación jurídica más adecuada de acuerdo a los diversos intereses que debe tomar en cuenta para sostener su hegemonía política en Indias. Quizás el

<sup>1</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso, "Génesis y Desarrollo del Derecho Indiano", en la obra colectiva *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudios Histórico-Jurídicos*, Ed. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1987, p. XXXIII.

ejemplo más claro de esto, lo constituye la institución de la encomienda.

Esa política de ensayo, generadora de buena parte del Derecho objetivo para las Indias, da pie no sólo a un constante cambio de las normas, sino también al casuismo. Como escribe Tau Anzoátegui, el Derecho Indiano "se nos presenta, no como una estructura sistemática de leyes, sino como un conjunto de normas individuales, de origen casuista, muchas de ellas contrapuestas, que formaban una tupida trama y que se hacían jugar, de acuerdo a las personas, territorio y circunstancias, para resolver determinadas situaciones. Es ésta otra de las características destacadas de nuestro Derecho Indiano: su casuismo, ya como postura mental del jurista, ya como origen de las normas. Esto se explica tanto por el arraigo medieval que aquél tenía como por la recordada especialidad de nuestro Derecho".<sup>2</sup> La misma Recopilación de Leyes de Indias de 1680 constituye, en palabras de Tau, una "reunión de leyes casuistas, moderadamente generalizadas".<sup>3</sup>

Para el objeto de nuestro trabajo es importante hacer notar algunos rasgos del Derecho Indiano respecto de los indios; nos ayudará a entender la lucha que hoy libran las comunidades indígenas por su conservación, pues, precisamente, aunque parezca paradójico, es por la compleja normatividad del Derecho español en América, vigente durante más de tres siglos, que las comunidades se conservaron como tales. Esto en virtud de que la juridicidad indiana conservaba las características del Derecho antiguo. El Derecho español en Indias fue un Derecho que trataba desigual a los desiguales y fue, sin duda alguna, altamente proteccionista de los derechos de los indios y de las comunidades indígenas como tales. El Derecho Indiano protegió las propiedades, la libertad y la autonomía de los grupos indígenas.

Por su puesto que, visto el Derecho Indiano de una manera integral, juega respecto de los indios un doble rol: de protección, por un lado, y de sometimiento, por otro. Pero tanto los aspectos protectores y en beneficio del indio, como los de sometimiento —jurídicamente hablando—, tienen respecto de las comunidades indias un mismo efecto: su conservación.

Entre la serie de disposiciones jurídicas que colocan a los naturales en un franco sometimiento está la de pagar tributo a la Corona; y esta

<sup>2</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *¿Qué fue el Derecho Indiano?*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 43.

<sup>3</sup> *Idem supra*, p. 45.

obligación deriva en la institución de la *encomienda*, que en muchas ocasiones convierte al indio en una especie de esclavo de hecho.

Pero las normas proteccionistas también son muchas. Veamos algunas. A partir de la Junta de Burgos (1512), se hace la reiteración, debido a la presión de los frailes dominicos inspirados en su antecesor Tomás de Aquino, de que *el indio es un ser libre con plenitud de derechos*.<sup>4</sup> Esta declaración va en contra de los viejos principios de Derecho medieval que considera carentes de capacidad jurídica y todo derecho a los "infiel salvajes".

Se prohíbe la esclavitud para los indios. El rey Carlos I, en cédula de 9 de noviembre de 1526, ordena que por ningún motivo "sea osado de cautivar indios naturales de nuestras Indias... ni tenerlos por esclavos" (Ley 1ª del Título 2, Libro VI de la Recopilación de Leyes de Indias). Esta disposición será reiterada por diversos cuerpos normativos, como las *Leyes Nuevas*<sup>5</sup> de 20 de noviembre de 1542, del propio emperador Carlos, que establecen que no "se pueda hacer esclavo indio alguno: y queremos que sean tratados como vasallos nuestros de la corona de Castilla, pues lo son".<sup>6</sup>

Por otro lado desde las Leyes de Burgos de 1512, se dictan normas de protección para los indios, tratando de contrarrestar la violencia y la ambición de los conquistadores.<sup>7</sup> Este Derecho proteccionista se basa en el principio de que, en justicia, se debe tratar desigual a los desiguales.

#### Las *Leyes Nuevas* disponían:

Porque una de las cosas más principales que las audiencias han de servirnos es en tener especial cuidado del buen tratamiento de los indios y conservación dellos: mandamos que se informen siempre de los excesos y malos tratamientos que les son o fueren hechos por los gobernadores y personas particulares, y cómo han

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, tomo II, Madrid, 1982, p. 655.

<sup>5</sup> Su nombre oficial es *Leyes y Ordenanzas nuevamente hechas por su magestad para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios*.

<sup>6</sup> El texto de esta *pragmática* de Carlos V aparece en REMESAL, Fray Antonio de, *Historia General de las Indias y Particular de la Gobernación de Chiapas y Guatemala*, tomo I, Ed. Porrúa, México, 1988, pp. 296-305.

<sup>7</sup> El texto de este cuerpo normativo y comentarios al mismo en LÓPEZ DE LARA, Guillermo, *Ideas tempranas de la Política Social en Indias*, Ed. Jus, México, 1977, pp. 65-72.

guardado las ordenanzas e instrucciones que les han sido dadas y para el buen tratamiento dellos están hechas. Y en lo que hubiere excedido o excediere de aquí adelante, tengan cuidado de lo remediar castigando los culpados con todo rigor conforme justicia; y que no den lugar a que en los pleitos de entre indios, o con ellos se fagan procesos ordinarios ni haya alargas como suele acontecer por la malicia de algunos abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos. Y que tengan las dichas audiencias cuidado que así se guarde por los otros jueces inferiores.<sup>8</sup>

A la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias pasó esta disposición:

Haviendo de tratar en este Libro la materia de Indios, su libertad, aumento y alivio, como se contiene en los títulos de que se ha formado. Es nuestra voluntad encargar á los Virreyes, Presidentes y Audiencias el cuidado de mirar por ellos, y dar las órdenes convenientes, para que sean amparados, favorecidos, y sobrellevados, por lo que deseamos, que se remedien los daños que padecen, y vivan sin molestia, ni vejación, quedando esto de una vez asentado, y teniendo muy presentes las leyes de esta Recopilación, que les favorecen, amparan, y defienden de qualquier agravios, y que las guarden, y hagan guardar muy puntualmente, castigando con particular, y rigurosa demostración a los transgresores.<sup>9</sup>

Una de las fuentes materiales más importantes de la formación del Derecho español aplicado en Indias, la constituye la posición que guardó la Iglesia en los primeros años de la conquista, fundamentalmente con sus concilios y sínodos hispanoamericanos, con los conceptos de sus teólogos juristas como Francisco de Vitoria y con las denuncias de sus profetas como Antonio de Montesinos, Bartolomé de las Casas, Antonio de Valdivieso o Juan del Valle. Y en forma muy especial constituye fuente del Derecho Indiano la actitud de la Iglesia, en todo lo que respecta a la relación del conquistador con los indígenas.

<sup>8</sup> Citada por REMESAL, *Ob. cit.*, pp. 298 y 299.

<sup>9</sup> *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Ley I. Título I, Libro VI. Reproducción en facsimil de la edición de Julián Paredes de 1681. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid, 1973, tomo segundo, p. 188.

Nuestros historiadores-juristas, como don Toribio Esquivel Obregón, entendieron la gran influencia de la Iglesia y así lo subrayan en sus obras: "La influencia de la Iglesia en la formación del Derecho en Nueva España no sólo es indiscutible, sino de primer orden... en múltiples disposiciones incorporadas en las leyes de Indias, fue la base de los derechos de los indios a sus propiedades, a su libertad y aun a su autonomía; y aun fue la base de la libertad para emitir opiniones sobre asuntos relacionados con la colonización por españoles de todas categorías y la fuente de las encomiendas con sus derechos y obligaciones de cristianizar a los indios, y de múltiples pragmáticas, ordenanzas y reales cédulas que tendían a armonizar la vida de los conquistadores con los conquistados sobre el constante supuesto de la supervivencia y elevación de éstos".<sup>10</sup>

De 1551 a 1629 se celebraron varios concilios hispano-americanos con un propósito misional. De sus conclusiones se derivaron disposiciones jurídicas referentes a la organización de las relaciones entre los conquistadores y los conquistados. En Lima se celebraron cinco, en México tres, en Santo Domingo, en Santa Fe y en La Plata uno en cada lugar. Además se celebraron varios sínodos diocesanos.<sup>11</sup>

Los Concilios mexicanos se celebraron en 1555, 1565 y 1585; los dos primeros fueron convocados por Alfonso de Montúfar y el tercero por Moya de Contreras.

Entre otras disposiciones del Concilio I encontramos ésta: "Es necesario que los indios estén congregados en el pueblo reunidos y confinados, que no vivan derramados y dispersos por las tierras y montes y no sean privados de todo beneficio temporal y espiritual; estatuimos y ordenamos que los dichos indios sean persuadidos que se congreguen en lugares convenientes y en pueblos acomodados y puedan ser socorridos en sus necesidades y enfermedades, en su buen gobierno espiritual y temporal..."<sup>12</sup>

<sup>10</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, tomo II. Trabajos Jurídicos de Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV aniversario. Ed. Polis, México, 1938, pp. 567 y sig.

<sup>11</sup> Cfr. GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *Iglesia, Sociedad y Derecho*. Ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1985. El tomo I, en su última parte incluye un apartado titulado "Derecho Canónico Indiano" en donde da cuenta de estos Concilios Hispanoamericanos, pp. 339-462.

<sup>12</sup> *Concilios Provinciales de México*. Imprenta del Bachiller José Antonio Hegal, México, 1769.

De la anterior disposición conciliar emanaron normas legales para hacerla cumplir. Por esa razón decía que consideraba como un cuarto motivo de la fundación del Pueblo de San Marcos la legislación de la época que establecía la conservación y creación de comunidades indígenas, según el caso.

Del Concilio II mexicano entresacamos las siguientes recomendaciones: "No permitan los gobernadores que indio alguno de más de 25 años deje de tener oficio en el pueblo, sea labrador o jornalero y que desde luego se casen, fabriquen su casa o jacal, procurando en esto ayudarse unos a otros, así les costará muy poca cosa se hagan para racionales y no para bestias... Que cada indio, padre de familia crie para su sustento gallinas, guajolotes, cerdos, vacas o cabras y tengan una yegua o mula, para el transporte de lo que necesiten... Que los naturales trabajen y tengan las mujeres sus telares para fabricar la ropa... Que tengan escuela de Castellano, y aprendan con ello a leer y escribir..."<sup>13</sup>

El objetivo del Concilio III celebrado en la ciudad de México, queda resumido en uno de los párrafos de sus conclusiones: "Los obispos y gobernadores de estas provincias y reinos debieran pensar que ningún otro cuidado les está estrechamente encomendado por Dios, que el proteger y defender con todo el afecto del alma y paternales entrañas a los indios recién convertidos a la Fe, mirando por sus bienes espirituales y corporales".<sup>14</sup>

El mismo Dussel en su obra concluye: "La posición de la Iglesia ante el problema del indio fue sin equívocos una actitud de protección, de defensa, considerando siempre en el indígena su dignidad humana, sus derechos a la fe, a la familia, a la justicia social, a la cultura, al trabajo honesto, a la libertad cívica. Sin embargo... muestra el sentido paternalista de esa protección. La Iglesia considera al indio como un hombre, en sentido metafísico y antropológico pleno, pero al mismo tiempo lo considera socialmente todavía no capaz de igualar al español y de defenderse por sus propios medios, de poder alcanzar por sí solo, los niveles más altos de la cultura, de elaborar por él mismo la explotación económica de la región... Su actitud, aunque paternalista, es francamente progresista, siendo la única Institución de su tiempo que

<sup>13</sup> *Concilios Provinciales de México*, ob. cit.

<sup>14</sup> Citado por DUSSEL, Enrique, en *El Episcopado Latinoamericano y la liberación de los pobres 1504-1620*, CRT, México, 1979, p. 238.

con tanta claridad, tesón y continuidad mantuvo en América una misma postura".<sup>15</sup>

La legislación española para América siguió, como hemos dicho, las directrices de la Iglesia en lo referente a los indios: fue una legislación proteccionista.

Sin embargo, la historia todos la conocemos: la legislación proteccionista del indio fue en muchos casos letra muerta. Como escribe Dussel: "América Latina quedará marcada por este legalismo perfecto en teoría, y la injusticia y la inadecuación de la ley en los hechos".<sup>16</sup>

Es don Toribio Esquivel Obregón el que en su obra citada explica la contradicción entre las leyes "inspiradas en los más elevados propósitos" y la aplicación de las mismas, diciendo que el español en América se convirtió en el deformador de su propio Derecho, por tres factores: a) La esperanza de hacerse ricos pronto despertó su avaricia, saliéndose de los cauces de la ley y oprimiendo al indio; b) la lejanía de la autoridad reguladora, hacía dudoso el castigo de excesos y fácil el engaño, y c) "la mansedumbre y obediencia incondicional del indio, que si era bravo en la lucha armada, no oponía resistencia en la vida civil, y aun ofrecía su cooperación para frustrar los intentos de las leyes hechas para beneficiarlo".<sup>17</sup>

Empero, a pesar de las violaciones continuas al derecho proteccionista del indio, esa juricidad que trataba desigual a los desiguales llegó a tener trascendencia porque en muchos casos fue también de aplicación real. Fueron tres siglos de Derecho proteccionista de los pueblos de indios y sus propiedades, y esto, por muchas violaciones que hubiera, también en muchos casos se respetó ese derecho. Y además, no olvidemos, que la instancia jurídica cuenta con todo un bagaje ideológico que va predisponiendo las mentes de aquellos que apelan a esa misma juricidad, de tal manera que por muy ineficaz que fuera estaba en la mente tanto del español como del indio.

En una de sus obras Dussel dice que "América Latina no es España gracias a los Bartolomé". Es decir que, a pesar de la contravención práctica a las leyes que protegían las personas, las instituciones y la cultura indígena inspirada por la defensa de la Iglesia, la huella quedó y la legislación no fue del todo inútil. Sin esas leyes seguramente el

<sup>15</sup> DUSSEL, Enrique, *ob. cit.*, p. 278.

<sup>16</sup> DUSSEL, Enrique, *Historia de la Iglesia en América Latina*. Ed. Nova Terra, Barcelona, 1972, p. 82.

<sup>17</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *ob. cit.*, p. 13.

mejor indio hubiera sido el muerto, y América Latina sería sólo un trasplante de España, como Estados Unidos es de Europa sajona. Difícilmente, ahora, podríamos estar hablando de rescate de los derechos de las comunidades indias de nuestras tierras, si el Derecho Indiano no se hubiera orientado en el sentido que lo hizo.

El Derecho español en Indias reconocía, pues, la existencia de los indios como tales, como distinta a la que formaban el resto de la sociedad.

### 1.1 Instituciones jurídicas para los pueblos de indios

Vayamos ahora a examinar algunas características jurídicas de la organización de los pueblos indígenas en Nueva España.

Toribio Esquivel Obregón señala cuatro diversas clases de pueblos de indios existentes en la América Española:

a) Pueblos que existían antes de la Conquista, con instituciones, costumbres y territorio propio. Respecto de estos pueblos se mandaba que sus usos y costumbres fueran conservados, siempre que no fueran contra la religión cristiana. Las tierras también les habían de ser respetadas.

b) Pueblos que tenían vida civil y costumbres definidas y compatibles con la cultura española, pero que carecían de tierra suficiente para sus menesteres. A estos pueblos de indios, se les conservaban sus costumbres y la tierra que poseían, además se les acrecentaba ésta y se les debía devolver aquello que se les hubiere usurpado.

c) Pueblos que tenían territorios suficientes, pero no estaban reducidos a la vida civil y sedentaria, sino que vivían de la caza, sin asiento bien definido. A éstos se les conservaban tanto sus tierras como sus costumbres, pero se les organizaba conforme a las reglas de la vida municipal castellana.

d) Pueblos nuevos de indios ya familiarizados con la cultura española, de carácter pacífico, que se formaban en lugares de avanzada, como medio de introducir las nuevas instituciones e ir, por medio del ejemplo, sometiendo a las tribus salvajes. Para formar estos pueblos nuevos, generalmente eran escogidos indios tlaxcaltecas. Estos pueblos debían ser dotados de tierras, agua y montes.

Si los pueblos de indios tenían menos de ochenta casas, nombraban cada año un alcalde y un regidor, y dos alcaldes y dos regidores si

tenían más de ese número de casas. La elección anual debía hacerse en presencia del cura, y debían ser indios los ocupantes de los cargos.

Respecto de las funciones de los alcaldes indígenas, Esquivel Obregón nos dice: "A cargo de estos alcaldes corría la jurisdicción en el pueblo, limitada a inquirir los delitos y aprehender y traer a los delinquentes a la cárcel del pueblo de españoles del distrito; pero podían castigar con un día de prisión o seis y ocho azotes al indio que faltara a misa el día festivo, se embriagara o hiciese otra falta semejante, y si fuese embriaguez de muchos, podían imponer penas mayores; pero nunca de mutilación o muerte; si los culpables eran negros o mestizos podían aprehenderlos y tenerlos en la cárcel hasta que llegara el corregidor o alcalde mayor o su teniente hiciera justicia".<sup>18</sup>

Algo que resulta de mucho interés, es resaltar lo relativo a la institución de las "cajas de comunidad", que existían en los pueblos de indios, organizadas en beneficio de éstos para hacer frente a gastos normales e imprevistos. La institución de las "cajas de comunidad", vino a ser el equivalente a los pósitos de las ciudades españolas. Además se nota el propósito de conservar las costumbres e inclinaciones naturales de los indígenas, pues la organización de las cajas presupone la tendencia innata en los indios hacia la comunidad.

Estas "cajas de comunidad" se deben a Antonio de Mendoza, que fuera primer virrey de Nueva España y después también al virrey del Perú; y se inspiró para ello, precisamente, en la organización social de los incas, que reservaban una porción de la tierra cultivable para el socorro de ancianos, enfermos, huérfanos y viudas.<sup>19</sup>

José María Ots Capdequi dice respecto de las "cajas de comunidad" lo siguiente: "Anteriormente hemos hablado de las múltiples funciones sociales que, según la legislación colonial, había de cumplir la llamada Caja de la Comunidad, existente —al menos nominalmente— en todo pueblo de indios: pago de pensiones a viudas, huérfanos que todavía no hubiesen llegado a edad tributaria, enfermos y ancianos incapacitados para el trabajo. Y en el orden fiscal, garantía para el cobro de los tributos, supliendo con sus fondos las partidas fallidas y las demoras".<sup>20</sup>

<sup>18</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, *Ob. cit.*, p. 276.

<sup>19</sup> Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, *Ob. cit.*, pp. 285 y ss.

<sup>20</sup> OTS CAPDEQUI, José Ma., *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1968, p. 307.

Los ingresos de las cajas procedían principalmente de ciertas tierras que, en beneficio de la comunidad, cultivaban por rotación las diversas familias y de la renta de aquellas otras que eran "sobrantes". Otros pueblos obtenían también fondos por su industria con obrajes de paños explotados comunalmente.

Me parece importante destacar, para terminar este apartado, lo que escribió don Efraín González Luna: "Fue más bien en las poblaciones puramente indígenas donde la institución municipal tuvo rasgos más pronunciados de autenticidad democrática. Todavía puede observarse en algunas regiones... dentro de provincias que quedaron comprendidas en el centro organizado de la Nueva España, la conmovedora subsistencia de costumbres y ceremonias que no han podido borrar las leyes ni la prostitución política ahora vigentes y que sólo se explican como restos de una vida municipal robusta y genuina".<sup>21</sup>

## 1.2 El *calpulli*

Ya hemos visto cómo el Derecho Indiano contiene gran número de disposiciones que tienen como objeto la preservación de los pueblos de indios existentes y la formación de nuevas comunidades tratando de congregarse a los indios dispersos y de reducir a la vida sedentaria a los nómadas. Esta cuestión viene a constituir un lugar común, una reiteración, en las diversas disposiciones jurídicas del Derecho español en Indias. Esto desde las Instrucciones, dadas para el gobierno de La Española a Nicolás de Ovando, por parte de Isabel de Castilla en 1503, pasando por las *Leyes de Burgos* de 1512, y otra gran serie de disposiciones dadas en tiempos diversos, tales como las *Leyes Nuevas* de Carlos V de 1542, las *Ordenanzas de Descubrimiento, Nueva Población y Pacificación* dadas por Felipe II en 1573, hasta la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680.

De tal modo que, dentro del marco jurídico indiano, la experiencia comunal indígena no sólo se va a conservar donde ya existía sino que se va a fomentar y a inducir en donde era inexistente.

Es importante, en este contexto, hablar del *calpulli*, base de la tradición comunitaria de los pueblos indios de la meseta central de México, que constituye una experiencia comunal muy anterior a la llegada de

<sup>21</sup> GONZÁLEZ LUNA, Efraín, "La Condición Política de los Católicos Mexicanos", Temas de Estudio Núm. 1 de la revista *Solidarismo*, Guadalajara, Méx., p. 10. (Este ensayo fue escrito en 1954.)



los conquistadores y que se conservó con vida durante la hegemonía de España.

El *calpulli*, es la institución prehispánica que constituye la base de la organización política, jurídica, social y económica del pueblo mexicana o azteca que dominaba gran parte de lo que hoy es la República Mexicana a la llegada de los españoles en la segunda década del siglo XVI. Gracias a su conservación en aspectos fundamentales, como dice Ortiz Pinchetti, su "enorme influencia llega hasta nuestros días".<sup>22</sup>

El *calpulli* es un clan dentro del sistema tribal de los pueblos náhuatl. Se trata de un grupo humano vinculado por el parentesco y, al mismo tiempo, es un sistema de tenencia de la tierra, la cual pertenecía al *calpulli* de manera comunitaria.

Sin embargo, a pesar de que la totalidad de la tierra del *calpulli* era comunitaria, se dividía, para su explotación, en parcelas que se entregaban a cada jefe de familia, que las tenían en usufructo de por vida, y esa tenencia y usufructo, por regla general, pasaban a sus hijos cuando morían.

Los poseedores de la tierra del *calpulli* no sólo tenían el derecho de explotarla y vivir de sus frutos, sino también la obligación de hacerlo, pues si la abandonaban o durante dos años la dejaban de cultivar, perdían la tenencia y usufructo.

En realidad, consideramos en contra de lo que opina Ortiz Pinchetti, ni el mismo *calpulli* como "persona moral",<sup>23</sup> jurídicamente, era propietario de la tierra, pues ésta pertenecía en su totalidad al *Tlatoani*,<sup>24</sup> es decir al Rey o Señor entre los aztecas, y los *calpullis* sólo tenían la posesión para su cultivo, lo que les permitía vivir a sus habitantes y tributar al Estado.

La organización interna del *calpulli* era democrática, en el sentido de que el poder y la riqueza "no sólo estaban creados y distribuidos equitativamente", sino que la fuente misma del poder y de la riqueza era la población o sea todos y cada uno de los jefes de familia productores.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> ORTIZ PINCHETTI, J. A., "La difícil historia del *Calpulli* o cómo defenderse con éxito de la Civilización y la Modernidad", en *Jurídica* Núm. 4. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, julio de 1972, p. 327.

<sup>23</sup> *Idem supra*, p. 331.

<sup>24</sup> Cfr. BARTRA, Roger, *El Modo de Producción Asiático*, Ed. Era, México, 1983, pp. 225-231.

<sup>25</sup> ORTIZ PINCHETTI, *Ob. cit.*, p. 335.

Pues bien, esta organización primitiva de los pueblos náhuatl, pudo sobrevivir al dominio hispano, a pesar de las modificaciones que sufrió y de los ataques, jurídicos algunos y antijurídicos los más, que tuvo que soportar.

### 1.3 *El papel de la encomienda*

Tal vez parezca una afirmación disparatada: la encomienda, por su organización jurídica, coadyuvó a la preservación de los *calpullis* y de las comunidades indígenas en general.

Nos dice Ortiz Pinchetti: "Las tierras de los *Calpullis* fueron asaladas literalmente por los capitanes españoles y por sus descendientes inmediatos, sin embargo, en cierta medida el sistema comunal y el particular de los *Calpullis* lograron sobrevivir gracias al sistema de la encomienda."<sup>26</sup>

No vamos a entrar aquí a la gran polémica acerca de la maldad o bondad, ventajas y desventajas de esta discutidísima institución social, económica y jurídica de la política del Estado español en América. Pero tampoco queremos pasar de largo sin afirmar los muchos y terribles abusos de los encomenderos "apropiándose de tierras que pertenecían a los pueblos para cultivarlas como posesiones personales, exigiendo servicios o frutos excesivos a los indígenas, convirtiendo a los hijos de los vecinos en siervos y a sus hijas en concubinas",<sup>27</sup> etcétera. Lo que nos importa destacar es que la encomienda, por su misma estructura jurídica, no sólo permite sino que requiere de la organización comunal indígena para ella misma funcionar.

La encomienda, más que ninguna otra institución jurídica indiana, cumple con el doble rol de la juridicidad del Derecho español en América, de sometimiento, por un lado, y protección, por otro.

La encomienda es un derecho concedido por merced real a los conquistadores destacados —"beneméritos de las Indias"— para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendaren; el indio encomendado, como hombre libre pero vasallo, paga ese tributo debido al Estado, al encomendero que, por merced real, recibe ese beneficio en compensación de los servicios que ha prestado a la Corona. El tributo se paga en especie —con el producto de sus tierras—, o en

<sup>26</sup> *Idem supra*, p. 338. (Subrayado nuestro.)

<sup>27</sup> *Idem supra*, p. 339.

servicios personales o trabajo en los predios o minas de los encomenderos. La encomienda implica también obligaciones para los encomenderos, tanto en relación con la Corona, como con los indios encomendados; respecto de estos últimos son atender a su cristianización y a protegerlos en sus personas y bienes.

Un sistema así requiere de la subsistencia de la comunidad indígena. Sin ella es impensable. El sistema de encomienda, pues, no destruyó la comunidad indígena pese a todos los abusos de los encomenderos, pues de haber sido así, la encomienda hubiera también desaparecido. De tal modo que, paradójicamente, gracias en parte al sistema de encomienda, la comunidad indígena en general y los *calpullis* en especial sobrevivieron en Nueva España.

#### 1.4 Pueblos libres de encomienda

La regla general es que todos los indios pueden ser sujetos de encomienda, salvo los que expresamente son exceptuados de ello. Constituyen caso de excepción los tlaxcaltecas,<sup>28</sup> los de los hospitales-pueblos fundados por don Vasco de Quiroga, en Nueva España, y los de las reducciones guaraníes de los jesuitas en el Paraguay, entre otros.

El que fuera oidor de la Audiencia de Nueva España, cargo que ocupó en 1530, y obispo de Michoacán desde 1537, Vasco de Quiroga, fundó dos institutos llamados hospitales, ambos con el nombre de Santa Fe, que tenían como objeto el desarrollo integral de sus miembros, fomentando la educación espiritual y manual así como la cristianización de los indios, en un ambiente de pleno desenvolvimiento de sus prácticas comunitarias, con un estilo de propiedad colectiva acorde a su socialidad. El primer hospital-pueblo lo estableció a dos leguas de la ciudad de México; el segundo en Michoacán, en el lugar llamado Atamataho, en las riberas del lago de Pátzcuaro, en 1533. Su modelo de reducción indígena está inspirado en la *Utopía* de Tomás Moro.<sup>29</sup>

Don Vasco —“Tata Vasco” le decían los indios, que lo veían como a un padre— tuvo dificultades con los encomenderos y pobladores españoles, que siempre amenazaron con la invasión de las propiedades comunales de sus hospitales-pueblos de Santa Fe. “Siempre en pie de

<sup>28</sup> Cfr. Leyes XXXIX, XXXX y XXXXIV del Libro VI, Título I de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Ob. cit.

<sup>29</sup> Cfr. ZAVALA, Silvio, *Recuerdo de Vasco de Quiroga*, Ed. Porrúa, México, 1965.

lucha buscando que se les respete la exención de tributos y se les preserve de otros servicios, dan a la institución un sentido de privilegio aunque Quiroga expresa que sería lo deseable para otras comunidades.<sup>30</sup>

Es importante destacar que Vasco de Quiroga insiste en la necesidad de un Derecho especial para los pueblos de indios:

Y por tanto, no se pueden ni deben, cierto, representar ni imaginar ni acertar ni entender sus cosas ni gentes, por las leyes ni imagen de las nuestras, pues ninguna concordia ni conveniencia, paz ni conformidad ni semejanza, pueden tener ni tienen con ellas, pues que son en todo y por todo contrarias dellas; pero tenerlas ya fácilmente con aquellas leyes, ordenanzas y costumbres que fuesen más conformes a las suyas, y a las de aquellos de la edad dorada que tanto conforman con ellas. . .<sup>31</sup>

Una experiencia singular —aunque no novohispana—, fue la constituida por el llamado “Estado jesuita” de los guaraníes, que desde el comienzo del siglo XVII hasta poco después de la mitad del siglo XVIII (1609-1768), tuvo vigencia en una amplia región hoy dividida entre Argentina, Brasil y Paraguay. Por medio de un complejo sistema de poblados o “reducciones”, donde los indígenas nómadas guaraníes fueron reducidos a la vida sedentaria, los jesuitas lograron una civilización bastante peculiar, en la cual se conjugaron un avanzado progreso material con logros sociales, culturales, religiosos y aun militares, en los que tienen pleno desenvolvimiento los valores comunitarios de los indios guaraníes.<sup>32</sup>

Se trata de una experiencia alternativa a la encomienda, pues los guaraníes quedaron exentos de ser encomendados a particulares; la Corona recibía de manera directa, en dinero, el tributo de las comunidades. Escribe Bartolomeu Melia: “En la conciencia de los primeros Padres. . . la Reducción es un lugar de misión, lo que incluye que sea también un lugar de protección contra la encomienda y cualquier otra

<sup>30</sup> MIRANDA, Francisco, “Las Reducciones Quiroguianas de Santa Fe. Una experiencia utópica en la Nueva España del Siglo XVI”, en *Christus* Núm. 551, México, diciembre de 1981, p. 28.

<sup>31</sup> QUIROGA, Vasco de, *Información en Derecho*, Introducción y notas de Carlos HERREJÓN, Ed. Secretaría de Educación Pública (SEP-Cultura), Col. Cien de México, México, 1985, p. 199.

<sup>32</sup> Cfr. ARMANI, Alberto, *Ciudad de Dios y Ciudad del Sol. El “Estado” jesuita de los guaraníes (1609-1768)*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

forma de esclavitud. . . los jesuitas quieren prescindir de ella, hacen todo lo posible para desprestigiarla moral y políticamente, y hasta pretenden suprimirla quitándole simplemente sus condiciones de posibilidad; esto es, dándole a los indios otro espacio de vida colonial independiente de la encomienda; una especie de proyecto anticolonial dentro de la misma colonia".<sup>33</sup>

Estas experiencias singulares de hospitales-pueblos y reducciones, vinieron a enriquecer de manera notable la experiencia comunal indígena en algunas regiones de nuestra América y de modo muy importante ayudaron a la conservación de muchos valores de nuestros pueblos indios que aún hoy se preservan, en el caso concreto en Michoacán y en el Paraguay.

## II. EL DERECHO MODERNO EN AMÉRICA LATINA Y SUS FUNESTAS CONSECUENCIAS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

El desarrollo capitalista exigió la superación de las ideas de sujeción y vínculos de dependencia a otros hombres, que se habían dado hasta la sociedad feudal, pero se basó en las clases no propietarias en beneficio de los detentadores de los medios e instrumentos de producción; en consecuencia, la idea de justicia que sostiene la sociedad burguesa reproduce en su propio nivel la misma contradicción feudal que pretendía eliminar, ya que si por un lado afirma la igualdad de todos los hombres, por otro lado reduce dicha igualdad al plano meramente institucional, desentendiéndose de las desigualdades concretas de la sociedad. Este proceso se vivió en México, aunque estrictamente no existía una sociedad feudal; se dio con el cambio de una juridicidad que reconocía a los desiguales como es el caso del Derecho Indiano a otra en la que formalmente no hacen distinciones.

Este capitalismo penetró en América Latina, una vez que consiguió su independencia, primero a nivel ideológico al llegar a predominar sus sostenes: el individualismo liberal.

El reconocimiento de las desigualdades sociales por la ideología y el Derecho de la dominación hispánica, fue desplazado por una ideología y un Derecho que considera a todos libres e iguales social, jurídica y políticamente.

<sup>33</sup> MELIA, Bartolomeu S. M., "El Guaraní Reducido", en *Christus* Núm. 551, Ob. cit., p. 31.

El carácter liberal individualista del Derecho latinoamericano durante todo el siglo XIX y gran parte de éste es indiscutible, y por razones históricas, incluso, explicable. Ciertamente es que no se impuso de plano, desde ya, al lograrse la independencia, sino una vez que las corrientes liberales fueron imponiéndose a las conservadoras. En México el triunfo definitivo de la juridicidad liberal moderna se logra con la promulgación de la Constitución de 1857, prototipo de ley fundamental de corte liberal. Esta Constitución consagra las garantías individuales en sus primeros artículos, y apunta claramente las características de igualdad ante la ley y la seguridad frente a la misma, con base en la estructura clásica formal, general e impersonal de la ley.<sup>34</sup>

Dice Marie Chantal Barre que las Leyes de Indias "dejaron lugar, después de la Independencia, a una política de integración inspirada por el liberalismo. Esta integración debía ser multidimensional. Primeramente, socioeconómica: proletarización, 'cambio social' impuesto por las instituciones especializadas, introducción en el sistema de mercado, emigración, privatización de las tierras, cuya tenencia era antes colectiva, ocasionando la 'descomunitarización' de los indios. Cultural: por la aculturación, la castellanización, la introducción de los modelos de desarrollo y de consumo occidentales. Política: por la participación en organizaciones no indias, la aceptación de la dominación no india. Por último, nacional: conforme a un movimiento que va de los indios hacia los no indios, ignorando la diversidad de los pueblos y buscando una identidad en los fundamentos no indios, capitalista y dependientes".<sup>35</sup>

El individualismo liberal penetró en la América hispana en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, en donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. Por lo tanto, la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente a la tenencia de la tierra.

Durante la dominación española se pueden distinguir dos modos distintos de tenencia de la tierra: la de los españoles y la de los indígenas. La primera era una propiedad privada originada por: a) repartos de tierra que se hicieron entre los conquistadores y que los reyes confir-

<sup>34</sup> Para profundizar en el tema puede verse: TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, Ed. Porrúa, México, 1978; y TORRE VILLAR, Ernesto de la y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispánicoamericano*, UNAM, México, 1976.

<sup>35</sup> BARRE, Marie Chantal, "Del indigenismo al indianismo", en *Le Monde Diplomatique en español*, marzo de 1982, p. 18.

maron; no por simple donación sino como pago o remuneración; b) las mercedes reales, que consistían en donaciones para estimular la colonización; y c) la derivada de las mercedes para fundar pueblos españoles. La propiedad de los indígenas respecto de la tierra fue comunitaria. Estaba compuesta por: a) el fundo legal, destinado por su origen para que sobre él se levantaran los hogares y los edificios propios de la comunidad indígena; no podía ser enajenado y correspondía al pueblo y no a las personas en particular; b) los ejidos que consistían en campos que estaban a la salida de los pueblos, que no podían ser plantados ni labrados, con el fin de que pastara el ganado de los miembros de la comunidad; c) los propios, que consistían, desde antes del Derecho hispano pero reconocidos por éste, en parcelas cuyos productos se destinaban a cubrir determinados gastos públicos, y d) las tierras de repartimiento, constituidas por las tierras que tenían las comunidades antes de su sometimiento y aquellas que les fueron otorgadas al ser reducidas; se respetó la manera de distribuir esta tierra entre los miembros de la comunidad, las cuales eran dadas en usufructo a las familias con obligación de utilizarlas siempre.

Ya desde la dominación española contrasta la gran propiedad de los españoles con respecto a la propiedad de los pueblos de indios que era mucho más pequeña. Y, poco a poco, la gran propiedad de los latifundistas hispanos se fue extendiendo a costa de las propiedades de las comunidades.

Mendieta y Núñez apunta: "Sobre esta base de desigualdad, la propiedad privada de los españoles evolucionó en una forma absorbente, con detrimento de las pequeñas comunidades indígenas. Puede decirse que la época colonial en cuestión agraria se caracteriza por una lucha entre los grandes y pequeños propietarios, en la cual aquellos tendían a extenderse invadiendo los dominios de los indígenas y arrojando a éstos de los terrenos que poseían, hasta hacer que como último refugio se encerrasen en los límites del fundo legal".<sup>36</sup>

Y el propio Mendieta agrega: "Esta lucha sorda, pacífica, lucha que se traducía en litigios interminables, fue lenta, pero constante; empezó en los primeros años de la Colonia y se prolongó hasta fines del siglo XIX, época en la cual la pequeña propiedad indígena quedó definitivamente vencida".<sup>37</sup>

<sup>36</sup> MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El Problema Agrario de México*, Ed. Porrúa, México, 1974, p. 84.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 85.

Esta absorción del latifundio privado hecha sobre la propiedad comunal, durante la dominación española, se hizo en contravención a lo establecido por el Derecho Indiano que protegía las propiedades comunales de los pueblos; en este periodo el despojo es antijurídico. Pero a partir de la independencia, y más concretamente, desde el triunfo del liberalismo, el despojo es jurídico, es decir, de acuerdo a normas de Derecho positivo.

El liberalismo jurídico trajo en México: las leyes de desamortización; la Constitución de 1857 y aparejada a ésta una interpretación individualista del Derecho por los tribunales; y las leyes sobre baldíos. Este Derecho privatizó la propiedad agraria, siendo de funestas consecuencias para las comunidades indígenas y los pequeños propietarios pobres.

Como antecedente temprano de esta política legislativa, en el Estado de Chihuahua, México, se dispone, el 26 de mayo de 1825, la autorización de reducir los bienes comunales de los pueblos indios a propiedad privada. Esto afectó a los indios tarahumaras.<sup>38</sup>

El 25 de julio de 1856 se promulgó la llamada Ley de Desamortización, cuyos principales fines, según sintetiza el maestro Genaro María González son: "Todas las fincas rústicas y urbanas que hoy tienen o administran como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República, se adjudicarán en propiedad a los que las tienen arrendadas, por el valor correspondiente a la renta que en la actualidad pagan, calculado como rédito al seis por ciento anual. . . La misma adjudicación se hará a los que hoy tienen en censo enfiteútico fincas rústicas o urbanas de corporación. . . Bajo el nombre de corporaciones se comprenden todas las comunidades religiosas de ambos sexos, cofradías y archicofradías, congregaciones, hermandades, parroquias, ayuntamientos, colegios, y en general, todo establecimiento o fundación que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida. . . Tanto las urbanas como las rústicas que no estén arrendadas a la fecha de la publicación de esta ley, se adjudicarán al mejor postor, en almoneda que se celebrará ante la primera autoridad política del Partido. . . Desde ahora en adelante, ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la

<sup>38</sup> *Cfr.* Cuaderno *Planeación 1980* del Vicariato Apostólico de la Tarahumara, Sisoguichi, Chih.

única excepción que expresa el artículo octavo respecto de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución".<sup>39</sup>

La Ley de Desamortización, como su nombre lo indica, pretendía sacar de "manos muertas" la propiedad, con el fin de acabar con una acumulación exagerada de la propiedad, sobre todo por parte de las comunidades eclesíásticas, y lograr así su circulación mercantil. Sin embargo, esa desamortización no sólo tocó a los bienes de la Iglesia, sino también a los ayuntamientos y a las comunidades indígenas. La propiedad comunal indígena fue desamortizada con iguales procedimientos y los pueblos fueron despojados de sus antiguas propiedades.

El artículo 27 de la Constitución de 1857 elevó a carácter de Ley Fundamental los principales postulados de la Ley de Desamortización. Mendieta y Núñez apunta que "... una de las más funestas consecuencias de las leyes de desamortización y del artículo 27 de la Constitución de 1857, fue, sin duda alguna, la interpretación que se les dio en el sentido de que, por virtud de sus disposiciones, quedaban extinguidas las comunidades indígenas y, por consiguiente, privadas de personalidad jurídica. Desde entonces los pueblos de indios se vieron imposibilitados para defender sus derechos territoriales y seguramente que fue ésta una nueva causa del problema agrario en México, puesto que favoreció al despojo en forma definitiva".<sup>40</sup>

Si bien se dispuso que en caso de denuncia de terrenos de las comunidades indígenas, éstos debían repartirse entre los propios indígenas, reduciéndolos a propiedad privada, sin embargo, aun en los casos en que esto se llevó a cabo, tuvo consecuencias también en contra de los propios indios. Esto porque gran número de ellos, al adquirir sus fracciones de tierra en propiedad privada, las vendían en cifras irrisorias a latifundistas. Su socialidad comunitaria de apoyo y ayuda mutua, de relación con la tierra junto con los otros como pueblo, difícilmente se adapta a una relación social de base individualista en donde prevalece la competencia y un intercambio en donde resulta ganancioso el más fuerte.

Bien escribe Loza Macías: "Extendida esa desamortización total también a propiedades comunales de pueblos, congregaciones, etcétera... los despojados así estaban menos preparados para vivir de otra

<sup>39</sup> GONZÁLEZ, Genaro María, *Catolicismo y Revolución*, Imprenta Murguía, México, 1960, pp. 143 y 144.

<sup>40</sup> MENDIETA Y NÚÑEZ, *Ob. cit.*, p. 130.

cosa, con lo que vendría a aumentarse el número de desheredados...";<sup>41</sup> era pues la desamortización también una medida antieconómica.

La igualdad, la generalidad y la abstracción del Derecho moderno quedaban definitivamente consagrados en la juridicidad individualista liberal mexicana.

El efímero gobierno del emperador Maximiliano, promulgó varias disposiciones, entre 1865 y 1866, tratando de resolver, con su visión liberal pero proteccionista del indio, el problema agrario y en concreto en relación con los terrenos de las comunidades indígenas. Entre sus disposiciones más importantes está la "Ley sobre Terrenos de Comunidad y Repartimiento", en la que busca lograr una clase media de terratenientes, de pequeños propietarios; los indios serían propietarios privados, pero buscando que no se formaran latifundios, se prohibía vender a quien ya tuviera tierras. Tenemos, además, la "Ley Agraria" de 16 de septiembre de 1866, en donde concede fundo legal y ejido a los pueblos que carezcan de él. Esta ley, por cierto, es un texto bilingüe, está promulgada en castellano y lengua náhuatl.<sup>42</sup>

Por último las leyes de colonización y sobre baldíos de la época porfiriana, entre 1883 y 1910, vendrían a dar el paso final de la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres. Constituyeron la expresión de la aplicación más cruda del Derecho moderno y sus postulados.

Este último proceso lo explica Gutelman: "La introducción autoritaria y brutal de la propiedad privada y el proceso de expropiación que siguió a ella desequilibrarían totalmente el sistema de producción de la economía aldeana. Esta empezó a declinar entonces; la aplicación de técnicas superiores, unidas a la existencia de la propiedad privada, no se podía difundir en el conjunto del campesinado sino sólo en un sector restringido de éste... En las comunidades indígenas, despojadas de sus tierras colectivas y sometidas a una privatización autoritaria de la tierra, el nivel de vida descendió fuertemente y la miseria

<sup>41</sup> LOZA MACÍAS, Manuel, *El Pensamiento Económico y la Constitución de 1857*, Ed. Revista Milicia, A. C., Congregaciones Marianas, México, 1984, p. 211.

<sup>42</sup> Un profundo estudio de estas leyes agrarias del Segundo Imperio: BARROSO DÍAZ, Ángel, "El Indigenismo Legislativo de Maximiliano", en *Jurídica* Núm. 13, tono I, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1981, pp. 257-303.

se instaló en el campo con mayor fuerza que nunca".<sup>43</sup> Agrega respecto al deslinde de los baldíos: "Numerosísimas superficies declaradas 'baldías' y que en realidad pertenecían a comunidades indígenas fueron incorporadas a las zonas deslindadas. Los indios no lograban hacer prevalecer sus derechos pues no tenían título jurídico de propiedad; y si este título existía, lo cual sucedía con bastante frecuencia, de todos modos no correspondía a las normas legales, mal conocidas o desconocidas del todo por las poblaciones indígenas incultas: en consecuencia, se invalidaba".<sup>44</sup>

Lo mismo sucedía con los campesinos pobres con propiedad privada que, al no tener títulos o no poder defenderse, eran también despojados. Sólo las viejas y nuevas grandes haciendas se hacían respetar por las compañías deslindadoras.<sup>45</sup>

Este proceso de aplicación del Derecho moderno y sus consecuencias en la tenencia de la tierra, que hemos visto aplicado a México, es similar en toda la América hispánica con la instalación del liberalismo individualista y el modo de producción capitalista.

### III. EL DERECHO A LA TIERRA

Los campesinos mexicanos, muchos de ellos indígenas, pagando una alta cuota de sangre, constituyeron el elemento de masas más importante de la Revolución Mexicana. Su lucha reivindicativa por la tierra usurpada, se plasmó jurídicamente en las disposiciones del artículo 27 de la Constitución de 1917. Este, desde su redacción original, garantiza el derecho de las comunidades indígenas a sus tierras, tanto reivindicando aquellas de que han sido despojadas como dotando a los núcleos de población que carezcan de ellas.

Este Derecho agrario mexicano, que reconoce un derecho a la tierra ancestral, al mismo tiempo cuestiona al propio Derecho de la modernidad, pues en lo relativo a la tenencia de la tierra proclama la existencia de la comunidad indígena como titular de derechos.

<sup>43</sup> GUTELMAN, Michel, *Capitalismo y Reforma Agraria en México*, Ed. Era, México, 1975, p. 32.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>45</sup> Un estudio muy interesante sobre la acción de las Compañías Deslindadoras: COSSÍO, José L., *¿Cómo y por Quiénes se ha Monopolizado la Propiedad Rústica en México?*, Ed. Jus, México, 1966.

A partir de entonces, la lucha jurídico-política por hacer efectivo este derecho a la tierra ha sido tenaz, pero larga y penosa y, ciertamente, no logrando todos los frutos deseados.

### IV. INICIATIVA DE REFORMA AL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El 7 de abril de 1989 fue instalada por el Presidente de la República la Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México del Instituto Nacional Indigenista, a la que se le encomendó, como tarea principal, "la pertinencia de una reforma constitucional encaminada a crear los instrumentos jurídicos necesarios para superar la injusticia que afecta a los pueblos indígenas".<sup>46</sup> El estudio realizado por la Comisión se sometió a consulta pública informal de organizaciones indígenas, organismos de derechos humanos, asociaciones y escuelas de antropología, colegios de profesionales, líderes de opinión y otras personalidades y entidades. Y el 7 de marzo de 1990 fue presentada al Presidente de la República la siguiente propuesta, tomando en cuenta los resultados de la consulta pública informal aludida:

La nación mexicana tiene una composición étnica plural y multicultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La legislación federal, así como las constituciones y leyes de los estados y ordenamientos municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias establecerán, en beneficio de las comunidades indígenas, las normas, medidas y procedimientos que protejan, preserven y promuevan el desarrollo de las lenguas, culturas, usos, costumbres, formas específicas de organización social y la vinculación con la naturaleza, así como de las bases materiales en que éstas se sustentan, en todo aquello que no contravenga a la presente Constitución. Las referidas disposiciones serán de orden público e interés social.

La ley establecerá los procedimientos que aseguren a los indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios de orden federal y local en los que un indígena sea parte, se to-

<sup>46</sup> SALINAS DE GORTARI, Carlos, *Iniciativa de decreto que adiciona el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas*, México, Palacio Nacional, 7 de diciembre de 1990, p. V.

marán en consideración sus prácticas y costumbres jurídicas durante todo el proceso y al resolver el fondo del asunto.<sup>47</sup>

La iniciativa de reforma constitucional, sometida al Constituyente Permanente, fue dada en estos términos:

Decreto que adiciona el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo único. Se adiciona un primer párrafo al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose en su orden los actuales párrafos primero a quinto, para pasar a ser segundo a sexto respectivamente, en los siguientes términos:

Artículo 4º La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

#### Transitorio

Artículo único. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.<sup>48</sup>

Actualmente la iniciativa de reforma constitucional se encuentra en proceso de discusión por parte de las Cámaras de Diputados y Senadores (Congreso de la Unión) y los Estados de la Federación, que forman el Constituyente Permanente.

Comparado el proyecto del Ejecutivo con las propuestas reivindicatorias de nuestros pueblos indios, se antoja bastante limitado; la autonomía reclamada está muy lejos de reconocerse, así como el reconoci-

<sup>47</sup> Citada por CONCHA MALO, Miguel, "La Universidad y los derechos de los pueblos indios", en *La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina. Cuadernos de Umbral XXI* Núm. 1, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1990, p. 60.

<sup>48</sup> SALINAS DE GORTARI, Ob. cit., p. VIII.

miento de otros derechos que irían preparando el camino para esa autodeterminación.<sup>49</sup>

Sin embargo, como cuestión positiva, de aprobarse la adición a la Constitución Mexicana, estaría el hecho de que se trata ya de un reconocimiento a nivel constitucional de los pueblos indios como tales, de la verificación legislativa de la desigualdad real de un sector muy importante de la sociedad mexicana (más del diez por ciento de la población total) con respecto al resto de los componentes de esa sociedad; sería una norma que sale, en principio, de la lógica de la juridicidad de la modernidad.

En general los analistas coinciden en que se trata, desde el punto de vista de los indios, no de una meta o punto de llegada, sino apenas de un primer paso en las reivindicaciones de sus derechos.

Ahora bien, es entonces, pues, apenas el comienzo en el reconocimiento de derechos constitucionales de los pueblos indios como tales, pero también apenas sólo el paso que funda toda una legislación reglamentaria que haga efectiva la conquista constitucional, y que es necesario sea dada para que la reforma pueda tener eficacia real. Bien dice Trejo Delarbre: "Apenas será el comienzo de un trayecto aún espinoso, y aún lento, para que en legislaciones secundarias tales derechos sean reconocidos y, haciéndolos explícitos, se busque garantizarlos".<sup>50</sup>

No quisiera dejar pasar un cuestionamiento hecho por un experto, en el programa de televisión *Nexos* del 16 de diciembre de 1990, en el que se comentó la iniciativa de reforma constitucional que nos ocupa. Guillermo Bonfil Batalla, planteó, con justa razón, esta cuestión que sólo será despejada en el futuro: "¿Cómo compaginar el proyecto modernizador del país, pregonado e impulsado por la presente administración, con la reforma constitucional que reconoce a las comunidades indígenas?"

Podemos decir, en conclusión, que la adición constitucional propuesta:

1º Está lejos de las aspiraciones autonomistas reclamadas por varias organizaciones indígenas; apenas si se trata de un reconocimiento del

<sup>49</sup> En cuanto a esos reclamos más amplios de las comunidades indígenas mexicanas ver como botones de muestra: RUIZ, Margarito, "Reconocimiento constitucional a los indios de México", en *Boletín* 9-10 de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, junio-julio de 1989, pp. 5-7; y ROBLES O., Ricardo, S. J., "¿Derechos Indígenas?" en *Christus* Núm. 634, México, abril de 1990, pp. 20-23.

<sup>50</sup> TREJO DELARBRE, Raúl, "Una ley, por fin, en defensa de los indios", en *México Indígena* Núm. 15, México, diciembre de 1990, p. 9.

respeto que debe darse a las costumbres jurídicas de los pueblos indios. Es decir, no va más allá lo dispuesto en esta materia por el Derecho Indiano; y

2º Si existe auténtica voluntad política de hacer efectivo este nuevo derecho constitucional de las comunidades, se requiere que se dicte una amplia, compleja y adecuada legislación secundaria. Y ésta muchas veces chocará con las políticas neoliberales, librecambistas y de eficiencia meramente económica de la política de la modernidad; de ahí que se requiera también de la voluntad política de aplicarla.

#### V. DERECHOS Y AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDIOS: HACIA LA SUPERACIÓN DE LA JURIDICIDAD DE LA MODERNIDAD

Durante el *Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios*, celebrado en julio de 1990 en Quito, con amplia participación de organizaciones indias del Continente americano, éstas se pronunciaron por la *autonomía* como expresión de su liberación: "En ejercicio de nuestro derecho a la autodeterminación, los pueblos indios o indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía en los marcos nacionales"; esa autonomía implica: "el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el control y manejo de todos los recursos naturales del suelo, el subsuelo y el espacio aéreo"; "la defensa y conservación de la naturaleza (...), el equilibrio del ecosistema y la conservación de la vida", así como la autoconstitución de gobiernos democráticos.<sup>51</sup>

Esta demanda de autonomía de los pueblos indios, cada vez es más fuerte y surge, a finales de los ochentas y principios de los noventas, como su "principal bandera de lucha".<sup>52</sup> A principios de la década de los ochentas se expresaba ya con fuerza haciendo valer el término *indianismo* y oponiéndolo a *indigenismo*. Así en el Primer Congreso de los Movimientos Indios de América del Sur, celebrado en marzo de 1980, en Ollantoytambo, Perú, en sus resoluciones se estableció: "*Reafirmamos el indianismo como la categoría central de nuestra ideo-*

<sup>51</sup> De las *Resoluciones* del Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios "500 años de Resistencia India", Quito, julio de 1990, citado por DÍAZ-POLANCO, Héctor, "Los Pueblos Indios y la Constitución", en *México Indígena* Núm. 15, México, diciembre de 1990, p. 10.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 9.

*logía, porque su filosofía vitalista propugna la autodeterminación, la autonomía y la autogestión socio-económico-política de nuestros pueblos y porque es la única alternativa para el mundo actual en total estado de crisis moral, económica, social y política*".<sup>53</sup>

Esa demanda de nuestros pueblos indios de "plena autonomía en los marcos nacionales", requiere, para posibilitarse, de la superación de la juridicidad de la modernidad de nuestros propios Estados; dicho de otro modo, es menester un marco de *Derecho objetivo postmoderno* —por darle algún nombre.

La caracterización que hicimos del Derecho de la modernidad, como general, abstracto e impersonal, corresponde al modo de producción capitalista que concibe a todos los hombres libres e iguales, productores e intercambiadores de mercancías.

La reflexión acerca de la auténtica justicia parte de una crítica del concepto que de lo justo tiene la juridicidad vigente. Y el inicio para superar la juridicidad moderna está en que se considere desigual a los desiguales. Pero éste, sólo es el primer paso. Y un paso hacia adelante no hacia atrás. No pretendemos volver a la juridicidad del feudalismo o del esclavismo. La consideración de desigualdad real existente, no es para consagrarla, sino sólo el inicio consciente para superarla.

Creo que el *método analéctico*<sup>54</sup> del que nos habla Dussel nos abre la posibilidad, a nivel de filosofía jurídica, partiendo de la realidad social, para estar en una constante crítica al concepto de lo justo de la juridicidad en el modo de producción capitalista y en cualquier otro modo de producción.

Los viejos conceptos de Bien Común y Justicia son atrapados casi siempre en la ideología de la juridicidad dentro de la totalidad del modo de producción. Así ha sucedido con el Bien Común y la Justicia en el Derecho capitalista. Sin embargo, esos conceptos y su riqueza pueden ser recuperados por una sana filosofía jurídica, si su contenido es analizado desde *el otro como otro*, es decir, desde una consideración que parte de la "exterioridad" del sistema.

Las luchas reivindicatorias de los indios anteponen para defensa de sus derechos su ser distinto, *su ser otro*, frente al dominador y su juridicidad. El apelar a un Derecho ancestral y a un Derecho postmoderno en el sentido explicado, no es por considerar esos derechos con un valor

<sup>53</sup> Citado por BARRE, Marie Chantal, "Del indigenismo al indianismo", *Ob. cit.*, p. 19.

<sup>54</sup> Cfr. DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la Liberación*, Ed. Edicol, México, 1977.



intrínseco e inmanente, sino sólo en cuanto que representan un inicio de distinción en favor de ellos como otro.

El Derecho moderno, pues, es superado por lo verdaderamente justo, que para la totalidad es ilegal. La Justicia y el Bien Común, desde la perspectiva del otro, recobran su sentido, pues el otro desde la "exterioridad" del modo de producción y su juridicidad, provoca hacia una legalidad de la justicia.

La juridicidad moderna, así como cualquier otra juridicidad alienante, será superada, a nivel de reflexión filosófica que parte de la lucha del pueblo por la justicia, cuando el otro sea reconocido como otro. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de ahí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual sino del distinto portador de la justicia en cuanto otro.

El derecho perderá así su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. El rostro del otro como clase alienada que provoca a la justicia, romperá la generalidad al manifestarse como distinto, desplazará la abstracción por la justicia concreta que reclama y superará la impersonalidad porque su manifestación es revelación del hombre con toda su dignidad personal que le otorga ser precisamente el otro.

Nuestros indios, en sus luchas jurídico-políticas por la defensa de sus derechos, defienden ante todo su identidad, su ser otro. Por esa razón cuestionan y ponen en crisis el Derecho de la modernidad.

## DERECHO DE JURISTAS: UN TEMA IGNORADO POR LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA MEXICANA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un tema ignorado.* III. *El inicio y las causas de una pesada tradición.* IV. *Las protohistorias del Derecho mexicano.* V. *Una visión más amplia pero igualmente legalista.* VI. *Epílogo.*

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años la Historia del Derecho mexicano ha alcanzado un indudable auge y su importancia es cada día más reconocida tanto por los estudiosos del Derecho como por los de la Historia mexicana. Cada año, diversas escuelas y facultades de estas disciplinas organizan cursos o llevan a cabo seminarios en los cuales la historia de las fuentes y de las instituciones jurídicas novohispanas y nacionales es cada vez mejor y con más detalle analizada. La Historia del Derecho mexicano lucha, incluso, por abrirse paso en los planes de estudio de algunas facultades de Derecho —como la de la Nacional de México— que hoy sólo la contemplan como materia optativa. A la fecha se han realizado ya cinco congresos nacionales sobre esta materia, y gracias a los esfuerzos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM contamos con un bien armado *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, cuyo tercer número veremos pronto salir de la imprenta.<sup>1</sup> Por otro lado, la numerosa y valiosa participación de juristas e historiadores mexicanos en publicaciones, foros y congresos internacionales donde se cultiva la historia del Derecho permite pensar que la del mexicano, por fin, ha ganado un lugar definitivo dentro del cultivo de las Humanidades en México. . . Algo tarde, es verdad, y con muchos rezaños, si la comparamos con las alturas alcanzadas por la historiografía

<sup>1</sup> A la fecha se han publicado las memorias correspondientes a cuatro de esos cinco congresos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; las de los dos primeros en 1981, en 1984 las del tercer congreso y en 1988 las del cuarto. Los *Anuarios* corresponden a los años de 1989 y 1990.

jurídica española, argentina o chilena, ya no digamos por la francesa, la alemana o la italiana.

Efectivamente, la historiografía jurídica mexicana publicada durante el siglo XIX y los primeros cincuenta años del presente —con las excepciones de los voluminosos *Apuntes para la Historia del Derecho en México* de Toribio Esquivel Obregón<sup>2</sup> y los libros de Silvio Zavala<sup>3</sup>— presenta un panorama desconsolador si la comparamos con la que se produjo en aquellos países durante el mismo periodo. Conferencias, alguna traducción, discursos y folletos, una que otra tesis profesional, artículos periodísticos o hemerográficos, algunos textos destinados al examen de las fuentes del Derecho, y apuntes de clase mimeografiados constituyen la literatura histórico-jurídica producida o publicada en México hasta la década de los setentas. Para entonces, los *Apuntes* mencionados, las monografías de Zavala, los dos textos de Altamira<sup>3b1a</sup>, el inconcluso panorama de José Miranda sobre *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*,<sup>4</sup> el rescate de fuentes y los variados trabajos que distintos juristas hacían sobre la historia constitucional de nuestro país (sin duda el área mejor y más explorada<sup>5</sup>), los dos tomos sobre la *Evolución del Derecho Mexicano* publicados por la Escuela Libre de Derecho en 1943,<sup>6</sup> y alguno que otro libro llenaban el hueco de una disciplina que no parecía prender en el ámbito docente ni en el de la investigación histórica y jurídica nacional, salvando, de este modo, el honor de los juristas e historiadores mexicanos renuentes a comprender el fenómeno jurídico desde la perspectiva histórica, y, en consecuencia, poco expertos en el conocimiento

<sup>2</sup> México, cuatro volúmenes, 1937-1947. Los tres primeros editados por la Escuela Libre de Derecho, el último por Robredo.

<sup>3</sup> *La Encomienda Indiana*, Madrid, Imprenta Helénica, 1935; *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Madrid, Junta para la Ampliación de Estudios-Centro de Estudios Históricos, 1935; *Estudios Indianos*, México, El Colegio Nacional, 1948, principalmente.

<sup>3b1a</sup> Rafael Altamira, *Técnica de investigación en la Historia del Derecho Indiano*, México, José Porrúa e hijos, 1939. *Manual de investigación de la Historia del Derecho Indiano*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1948.

<sup>4</sup> México, Instituto de Derecho Comparado-UNAM, 1952. Sólo trató de las ideas e instituciones del periodo virreinal.

<sup>5</sup> Cfr. DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Ojeada a la historiografía sobre las instituciones jurídicas del siglo XIX", *Memorias del Simposio de Historiografía Mexicana*, México, Comité Mexicano de Ciencias Históricas, 1990, pp. 454-472.

<sup>6</sup> México, Jus, 1943. Reúnen quince colaboraciones de profesores de dicha Escuela en las que se examina la evolución sufrida por las distintas disciplinas jurídicas entre 1912 —fecha de fundación de la institución— y 1942.

histórico de las fuentes, las ideas y las instituciones jurídicas mexicanas. Los setentas, en cambio, marcaron la diferencia en favor de la profesionalización de este tipo de estudios e investigaciones. La obra de Andrés Lira,<sup>7</sup> de Alfonso Noriega,<sup>8</sup> de José Barragán,<sup>9</sup> del holandés Margadant,<sup>10</sup> junto con la de Ma. del Refugio González,<sup>11</sup> Beatriz Bernal<sup>12</sup> y José Luis Soberanes<sup>13</sup> materializa un esfuerzo que impulsado por la Facultad de Derecho de la UNAM y el Instituto señalado tuvo eco, primero, en la Escuela Libre de Derecho —donde la enseñanza de la historia del Derecho se había mantenido ininterrumpidamente desde 1917— y, posteriormente, en El Colegio de Michoacán y otras instituciones educativas de nivel superior del país.<sup>14</sup> Puntos culminantes de este proceso de profesionalización lo constituyen las celebraciones en la ciudad de Morelia del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano en 1975, y, en la de Toluca, del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano, en 1978. Desde entonces, la historiografía jurídica nacional se ha visto enriquecida año tras año con la publicación de inaccesibles y valiosas fuentes para el conocimiento del Derecho no vigente y de obras de indudable mérito sobre aspectos institucionales de las épocas pre y posthispánica y del México independiente, así como sobre las ideas jurídicas de dichos periodos.<sup>15</sup> Hoy por hoy, autores nacionales y extranjeros se dan cita

<sup>7</sup> *El Amparo colonial y el juicio de Amparo mexicano*, México, F.C.E., 1972.

<sup>8</sup> Sobre todo *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*, México, UNAM, 1972, 2 vols.

<sup>9</sup> Entre su rica bibliografía publicó en 1978 tres obras fundamentales para la historia del derecho público nacional: *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824*, *Introducción al federalismo* y *Temas del liberalismo gaditano*, todas editadas por la UNAM.

<sup>10</sup> A comienzos de la década dio a luz su *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1971.

<sup>11</sup> Sus *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, México, UNAM, 1981, recogen dos estudios publicados en los setentas.

<sup>12</sup> A sus artículos de revistas une, en 1979, su estudio preliminar a las *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias* de Prudencio Antonio DE PALACIOS, publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>13</sup> *Historia del juicio ejecutivo civil*, México, UNAM, 1977.

<sup>14</sup> Una buena síntesis de lo publicado en nuestro país hasta finalizar la década de los setentas es la de Guillermo F. MARGADANT "México: 75 años de investigación histórico-jurídica", publicada en el segundo tomo de *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM, 1979, que debe completarse con el estudio citado en la nota 5.

<sup>15</sup> DEL ARENAL, *op. cit.*, y Beatriz BERNAL, "Literatura jurídica novo-hispana e indiana (selección bibliográfica)", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (México), Año II, N.º 4, enero-abril de 1987, pp. 273-284.

o concurren a diversos congresos, jornadas o seminarios donde se cultiva la Historia del Derecho mexicano y dan a las prensas monografías o traducciones que, cada vez con mayor rigor científico, exploran las instituciones y las ideas de nuestro pasado y exhuman las fuentes formales de nuestro Derecho.

A la Universidad Nacional y a la Libre de Derecho<sup>16</sup> se unen ya los esfuerzos de varios centros de enseñanza e investigación esparcidos en buena parte del territorio mexicano interesados por aclarar el complejo funcionamiento de nuestras instituciones jurídicas de antaño, y de comprender, desde la perspectiva histórica, la génesis, el desenvolvimiento y la influencia de las ideas jurídicas que actuaron o determinaron la vida de aquéllas. Y si bien, por fortuna, cada vez están menos interesados en concebir la historia del Derecho como historia de la legislación —colonial o patria— no por ello rehúsan la reedición, siempre bienvenida, de las principales fuentes legislativas para el conocimiento de los derechos prehispánico, novohispánico y nacional. Ante todo este esfuerzo no cabe dudar del luminoso y positivo horizonte que se extiende a la historia del Derecho mexicano, que seguro habrá de dar en el futuro sus mejores frutos.

## II. UN TEMA IGNORADO

Uno de los aspectos que deberán replantearse por los historiadores del Derecho mexicano y que ha sido inconvenientemente tratado por la historiografía antigua es, paradójicamente, el de las fuentes del Derecho. A nuestro juicio este tema no ha sido todavía —no obstante su aparente obviedad— debidamente explorado: ni por lo que se refiere a la época novohispana ni, menos, para el periodo independiente. Pieza clave y elemental para poder acercarse al conocimiento de la formación, de las características y de la vigencia del Derecho mexicano en sus distintas maneras de manifestarse según los periodos de nuestra historia, el tema de las fuentes del Derecho se simplificó demasiado por

<sup>16</sup> En este centro de estudios en los últimos años se ha experimentado un saludable impulso en pro de la edición de obras histórico-jurídicas. A los cuatro tomos de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, acompañados de un quinto tomo de *Estudios histórico-jurídicos* sobre la misma recopilación, coordinado por Francisco DE ICAZA y publicados en 1987, siguieron *La fundación de la Escuela Libre de Derecho* de Jaime DEL ARENAL FENOCHIO (1988), las *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano* de Antonio Muro Orejón (1989) y la segunda edición de *La organización financiera de las Indias. Siglo XVI*, de Ismael Sánchez Bella (1990).

los primeros interesados en el pasado jurídico de México y no ha sido atendido como merece por la historiografía posterior. En efecto, dicha historiografía durante años se limitó a dar noticias acerca de las fuentes legislativas de aquel Derecho, olvidándose de hacer historia de las instituciones y, peor aún, de la historia del pensamiento jurídico (ya no digamos de la historia de los libros jurídicos como querría Rafael Gibert).<sup>17</sup>

En esta perspectiva cabe afirmar que durante muchísimos años —casi todo el siglo XIX— la historiografía jurídica entendió la historia del Derecho como historia de las fuentes jurídicas; es decir, prefirió la historia externa sobre la interna, pero sin lograr aportar un panorama completo de esa historia externa. Ésta se limitó al estudio y análisis, muy esquemático por cierto, de la legislación, olvidándose de las costumbres y de la jurisprudencia, las cuales fueron totalmente ignoradas por los tratadistas. De esta forma, dicha historiografía adoleció por muchos años del pecado que la caracterizó en su origen: concebir la historia del Derecho como una mera, simple y fría historia de los cuerpos legales que habrían tenido vigencia en nuestro territorio en las diversas épocas de su devenir.

El hecho no es exclusivo de México: <sup>17 bis</sup> en otras latitudes y tiempos así se concibió nuestra disciplina por influencia del positivismo legislativo que se enseñoreó en el pensamiento jurídico durante todo el siglo XIX. Pero en el presente las cosas comenzaron a cambiar. Por lo que al Derecho indiano se refiere, en la obra de Rafael Altamira y de Ricardo Levene<sup>18</sup> se destaca ya el interés del historiador del Derecho por asomarse al conocimiento de la costumbre indiana y de tomar en consideración el papel del uso y de la costumbre como informadores o modificadores de una legislación que, aparentemente, todo lo resolvía y que pretendía monopolizar la reglamentación de las

<sup>17</sup> Vid. Rafael GIBERT, "La historia del derecho como historia de los libros jurídicos". *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, pp. 61-92.

<sup>17 bis</sup> Cfr. para el caso español Alfonso GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, I. *El origen y la evolución del Derecho*, 8a. ed., Madrid, 1979, pp. 10 y 11.

<sup>18</sup> R. ALTAMIRA, "La costumbre en la colonización española", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* (México), Núms. 31 a 40, 1949. R. LEVENE, "El derecho consuetudinario y la doctrina de los juristas en la formación del derecho indiano", *The Hispanic American Historical Review*, vol. III, 1920, pp. 144-151.

incipientes sociedades americanas. Sin embargo, la propia característica del Derecho indiano como derecho legal y el peso de un siglo que se caracterizó por ser el siglo de la supremacía de la ley parecían confirmar que la opción correcta para entender la historia del Derecho de los países civilizados por España era conocer y estudiar las diversas leyes, constituciones, reglamentos, acuerdos o decretos que los diversos legisladores —el Rey, los congresos, los presidentes o los gobernadores— promulgaron a diestra y siniestra desde el siglo XVI para sus respectivos territorios. Tal vez por esto el estudio de las costumbres se limitó durante mucho tiempo al caso de las sociedades prehispánicas, olvidándose su papel en las sociedades coloniales y republicanas. Por fortuna el panorama empieza a variar. Los trabajos de Víctor Tau al respecto son por muchos conceptos iluminadores de este proceso de transformación.<sup>19</sup>

Si en un momento determinado los estudiosos de nuestro pasado pudieron sentirse inclinados al estudio de las costumbres —quizás al amparo de las tesis del positivismo sociológico— nada, por el contrario, los llevó a interesarse por la jurisprudencia como fuente del Derecho: ni era la manifestación de la voluntad y del poder de un Estado que alcanzaba su apogeo en el siglo XIX, ni resultaba ser el producto de conductas reiteradas por sociedades particulares y disímbolas que operaban dentro de ambientes geográficos diversos. La ley ocuparía, por ende, su total interés y la historia del Derecho se reduciría simplemente a una historia de la legislación positiva.

Es hasta nuestros días cuando se comienza a despertar la preocupación por estudiar la vigencia real de esta importantísima fuente del Derecho, lamentablemente reducida a nivel de "doctrina" y despojada de su valor y peso específico como fuente formal autónoma de aquél, y por verificar —en el estudio de las instituciones y sobre todo en los procesos judiciales— la influencia de la vigencia del *ius commune* europeo y de la doctrina de los autores en la América española, así como por analizar su posible supervivencia a lo largo del siglo XIX.

<sup>19</sup> "La costumbre como fuente de Derecho Indiano en los siglos XVI y XVII". En *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1970, pp. 115-191. "La costumbre en el Derecho del sig'o XVIII", *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM, 1976, pp. 671-725. "La costumbre jurídica en la América Española (siglo XVI-XVIII)" Separata s.p.i. Vid. además, de Alamiro DE ÁVILA y Bernardino BRAVO LIRA, "Apuntes sobre la costumbre en el Derecho Indiano", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 10, 1984, pp. 41 y ss.

antes de que el triunfo de la Codificación implicase el imperio absoluto de la legislación y la derrota total de la jurisprudencia autónoma.<sup>19 bis</sup>

### III. EL INICIO Y LAS CAUSAS DE UNA PESADA TRADICIÓN

El primer acercamiento que los mexicanos recién independizados tuvieron con la historia del derecho español fue a través de las *institutas* hispanas publicadas hacia el último tercio del siglo XVIII y que, generalmente, antecedían la exposición de las instituciones civiles con una breve introducción acerca de la historia de los principales "cuerpos" del derecho español, entendidos éstos como aquellas obras que recogían la legislación "española": desde la Ley Romana de los Visigodos hasta la Novísima Recopilación.<sup>20</sup> A estas introducciones se unieron los primeros textos dedicados a la historia de aquel derecho, como el muy conocido de Juan Sempere y Guarinos, que, aún cuando de forma más completa y con cierta profundidad, seguían prácticamente el mismo camino que el de las *institutas*.<sup>21</sup> Naturalmente, los estudios preliminares que acompañaron a las magníficas ediciones de esos cuerpos que por entonces se hicieron, insistieron en una visión de la historia del derecho reducida a la exposición histórica —general o detallada— de las *leyes* españolas más célebres o de sus recopilaciones.

Los primeros libros destinados a la enseñanza de los derechos español y nacional publicados en México a raíz de su emancipación política —casi todos ellos, como es bien sabido, meras adaptaciones de libros escritos y publicados en la Península—<sup>22</sup> mantuvieron la tendencia señalada por las *institutas* españolas sin que, por el contrario, aquí se

<sup>19 bis</sup> Otra vez destacan los casos de R. LEVENE, *op. cit.*, y TAU ANZOÁTEGUI, "La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano", *Revista de Historia del Derecho*, N° 17, 1989, pp. 351-408, y "El Derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común", *Hispania*. Entre derechos propios y derechos nacionales, Milán, 1990. De Alfonso GARCÍA GALLO, "El Derecho común ante el Nuevo Mundo", *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 147-166. Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

<sup>20</sup> Por ejemplo las *Instituciones del derecho civil en Castilla*, impresas en 1771 por Ignacio ASSO y Miguel DE MANUEL, y la muy difundida *Ilustración al Derecho Real de España* de Juan SALA Y BAÑULS (1803).

<sup>21</sup> Juan SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho Español*, 1822-1823 y FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo Histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla* (1808).

<sup>22</sup> Vid. José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ, "Ensayo sobre la historiografía jurídica mexicana", *Homenaje a Jorge Barrera Graff*, México, UNAM, 1989, t. II, pp. 1376-1377.

escribieran historias del derecho local, ni, menos, se hicieran ediciones de los cuerpos legislativos españoles o indianos (la excepción pudiera ser la colección de autos acordados de la Audiencia de México de Eusebio Ventura Beleña) que obligaran a dar un tratamiento histórico a la legislación publicada como en el caso de las ediciones peninsulares, de forma tal que las *institutas* españolas señalaron en los comienzos mismos de la historia del derecho mexicano el modelo a seguir por la historiografía jurídica nacional. Los juristas de aquí habrían de concebir la historia de su Derecho tal y como los españoles concebían al mismo tiempo su propia historia, es decir, como historia de la legislación. Y esto ocurrirá no sólo tratándose del derecho real o del patrio, sino también con la historia del canónico y del mismo derecho romano, reducidas a una simple exposición de las partes que componían sus respectivos *corpus* y de aquellos otros libros que contenían la legislación canónica, tanto europea como americana.

Esta visión "legalista" de la Historia del Derecho, repetimos, marcó en forma definitiva la concepción acerca de nuestra particular historia del derecho y determinó el futuro de la historiografía jurídica mexicana, desde las primeras ediciones mexicanas de la *Ilustración del Derecho Real de España*, a principios del XIX, hasta el libro del holandés Margadant, pasando desde luego por las historias de Ortiz de Montellano, de Jacinto Pallares, de Miguel S. Macedo y de los voluminosos *Apuntes* de Esquivel Obregón;<sup>23</sup> todas las cuales coinciden en entender al Derecho sólo como resultado de un proceso legislativo y a la historia de aquél como historia de la legislación, olvidándose de examinar cuál fue el papel de la costumbre en la formación de nuestro derecho a lo largo de las distintas fases de su evolución y de analizar, con perspectiva histórica, la vigencia real que tuvo el *ius commune* europeo así como la opinión de los autores a lo largo del periodo colonial y hasta bien avanzado el siglo XIX como una de las fuentes más importantes y ricas del derecho vigente en la Nueva España y en el México independiente. Suponemos que las dificultades que ambas tareas entrañan explican estas graves omisiones, al igual que la ten-

<sup>23</sup> MARGADANT, *op. cit.*; Manuel M. ORTIZ DE MONTELLANO, *Génesis del Derecho Mexicano*, Tipografía de T. González, Sucs., 1899. Jacinto PALLARES, *Historia del Derecho Mexicano*, Fragmento de la obra intitulada "Curso completo de Derecho Mexicano o exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana", México, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1904. Miguel S. MACEDO, *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, México, Cultura, 1931.

dencia imperante en las dos últimas centurias de reducir el Derecho a la ley. Habría que agregar, además, el nulo contacto que casi la totalidad de esos historiadores de nuestro derecho tuvieron con los viejos y riquísimos archivos judiciales y notariales que se conservan a lo largo y ancho del territorio nacional, y con los pueblos de indios y sociedades rurales, lo cual les impidió observar el fenómeno de la aplicación del Derecho en los casos concretos y en sociedades particulares, lo que de haber hecho les habría abierto los ojos respecto de la vigencia de la costumbre y de la opinión de los autores como verdaderas y autónomas fuentes del Derecho en muchas de las fases de la historia jurídica mexicana.

La recuperación de una visión más completa —y compleja— de nuestra historia jurídica, sobre todo para el periodo novohispano y para los años anteriores a la codificación, se hace ya urgente e impostergable. Cada día sirve menos a los historiadores y a los juristas interesados en el pasado del derecho mexicano la idea imperante de que para conocer la historia de las instituciones coloniales y nacionales basta con asomarse al conocimiento de la legislación española, indiana, canónica o patria —federal o local— y, en cambio, se vuelve del todo indispensable que el trabajo historiográfico que se haga sobre cualquier institución tome en cuenta el papel que jugó la costumbre y considere el peso específico que la jurisprudencia tuvo para resolver los conflictos jurídicos que el funcionamiento de las instituciones jurídicas y políticas y la compleja vida social dieron lugar durante el periodo señalado. Lo paradójico del caso es que este asunto parece interesar más a los historiadores sin formación jurídica previa que a los juristas, que no acaban de comprender el fenómeno de la proliferación y coexistencia de fuentes autónomas del Derecho en el pasado y la relatividad del imperio de la legislación para solucionar las controversias jurídicas. Esto se debe sin duda a que son los historiadores los que están mejor capacitados para encontrar, manejar y utilizar los archivos que guardan los documentos jurídicos (impresos pero principalmente manuscritos), topándose en éstos con el fenómeno de la aplicación de las costumbres locales y de los usos y prácticas aceptadas por corporaciones, pueblos y tribunales; así como con la argumentación, el alegato y la sentencia construidos sobre la base de la opinión de ciertos autores a los cuales se cita, no tanto para iluminar la oscuridad de la ley sino porque su autorizada opinión es decisiva en la solución de un conflicto, o porque clarifica una cuestión controvertida determinada

o, en su caso, porque llena la laguna que ha dejado la ley. Casos todos estos en los cuales la jurisprudencia jugó un papel principal como creadora de una normatividad que finalmente resolvió el conflicto. De aquí nace la urgencia para el historiador de las instituciones y de la sociedad, principalmente, de contar con una visión completa de las fuentes que dieron origen a nuestro viejo Derecho.<sup>24</sup> En cambio, los juristas, con el peso del positivismo legislativo a cuestas en el cual se formaron intelectualmente y en el cual desenvuelven su profesión, parecen tener menos facilidad para estudiar y comprender épocas en las cuales la ley no lo fue todo, por lo que han pretendido explicar la historia de nuestras instituciones sólo a través del prisma de las reales cédulas, de las bulas y ordenanzas, de las colecciones de leyes, de los reglamentos y de las constituciones políticas, dando origen a una historiografía jurídica parcial e incompleta.

#### IV. LAS PROTOHISTORIAS DEL DERECHO MEXICANO

Este hecho ya se manifiesta y consolida en las primeras historias del Derecho publicadas en México, entre las que destacan por su enorme difusión las "Historias" que se incluyeron en las diversas ediciones mexicanas del *Sala*:<sup>25</sup> *La Ilustración del Derecho Real de España* de don Juan Sala, impresa en México en el año de 1831 en cinco volúmenes, incluyó una "Historia del Derecho Patrio" en la que su anónimo autor se propuso dar noticia "a los jóvenes que se dedican al estudio del Derecho, a los profesores de él que dirigen los negocios de sus conciudadanos, y a los jueces que lo deciden" de los "códigos, cuerpos de derecho o colecciones de leyes que forman la legislación de la República".<sup>26</sup> Principiando con las de los *códigos* españoles (Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes de Estilo, Siete Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento Real, Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación) continuó con los indianos: la Recopilación de Leyes de Indias, la Ordenanza de Intendentes de

<sup>24</sup> Así lo hemos podido comprobar en los cursos de Historia de las ideas e instituciones jurídicas y políticas que hemos impartido Rafael Diego Fernández, Andrés Lira y el que esto escribe en El Colegio de Michoacán desde hace varios años.

<sup>25</sup> Cfr. Mariano PESET, "Sala mexicano: un libro jurídico para una transición", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (México), Año II, N° 4, enero-abril de 1987, pp. 62-67.

<sup>26</sup> México, Imprenta de Galván, a cargo de Mariano Arévalo, 1831, t. I, p. 1.

1786, los Autos Acordados y la Ordenanza de Minería y no sin olvidar las Ordenanzas de Bilbao dio noticias de los decretos de las Cortes españolas antes de pasar a estudiar brevemente los "Cuerpos legislativos de México": el Acta Constitutiva y la Constitución de 1824. Esta primera historia del Derecho patrio finalizó dando conocimiento de la colección de leyes mexicanas que comprendía los derechos expedidos por la Junta Soberana, los dos primeros congresos constituyentes y los dos primeros constitucionales y que se había impreso en cuatro tomos en 1829. A toda esta legislación habría que agregar, desde luego, la dictada por los congresos respectivos de los estados de la federación.

Esta "Historia" no dejó de mencionar los principales comentaristas y prologuistas de los cuerpos analizados, cuando los había (Juan Antonio Llorente, José Joaquín Pacheco, Fermín de la Puente, Alfonso Acevedo, Martínez Marina), pero en su parte final indicó el destino que debería aguardar a las autorizadas opiniones de cualquier comentarista o intérprete. Al exponer el orden de prelación que dichos cuerpos tendrían entre sí para decidir las controversias de los mexicanos sentenció que, "a falta de leyes patrias" no se podía "apelar al derecho romano o a las opiniones de los intérpretes".<sup>27</sup>

La sentencia transcrita revela, sí, la decidida inclinación de la propia doctrina en favor de un derecho exclusivamente emanado del Estado (no obstante que implícitamente reconocía la importancia de los glosadores y comentaristas de los tradicionales cuerpos legales; de aquí la preocupación por dar noticia de algunos de esos autores y de las mejores y más autorizadas ediciones de aquéllos), pero por otro lado también comprueba la subsistencia del viejo y tradicional método de argumentación para solucionar los conflictos jurídicos basado en la utilización de autoridades. Tan es así, que la sentencia conminaba en forma tajante al iniciado en el estudio del Derecho y a los futuros abogados y jueces a no aplicar dichas autoridades en la solución de los conflictos y casos que ante ellos se ventilaran, puesto que ninguna validez y eficacia se les debería de dar como derecho positivo y vigente. Esta frase expresa la intención del Estado en formación para que su derecho fuese el único aplicable dentro de su territorio. Había, pues, que formar a toda costa una nueva generación de juristas que olvidando los antiguos métodos de argumentación jurídica estudiaran y aplicasen en forma exclusiva la ley del Estado, a la cual deberían

<sup>27</sup> *Idem*, p. 19.

en lo futuro consagrar todos sus estudios y comentarios sin pretender por ello que sus opiniones tuviesen fuerza vinculatoria para los jueces nacionales. La *potestas* triunfaría sobre la *auctoritas*. La *Ilustración* de Sala impulsaba de esta forma el imperio de la legislación —característico de nuestro siglo— y el triunfo de la codificación que por aquellos años se comenzaba a llevar a cabo en nuestro país.<sup>28</sup> El fantasma de la *autoridad* que por entonces todavía rondaba en la vida jurídica mexicana debía de ser del todo eliminado. Si la obligatoriedad del Derecho le venía de ser el resultado de la acción de un legislador que traducía en norma positiva lo que dictaba el Derecho natural, o que expresaba el sentir de un pueblo soberano, nada tenía que hacer una jurisprudencia cargada de siglos cuya obligatoriedad descansaba en la mera opinión de unos juristas que dudosamente podían aducir en su favor ser los representantes de ese pueblo ni ser los conocedores exclusivos del Derecho natural. Desalojada con esta fórmula la base fundamental de la obligatoriedad de la jurisprudencia no tenía por qué enseñarse más el contenido de tan variadas y contradictorias doctrinas, ni por qué diseñarse una historia del Derecho que recordase épocas del todo superadas donde la formulación del Derecho fue, es cierto, más rica, compleja y plural pero menos “racional”. Las historias del Derecho que se escribieran deberían afirmar la supremacía indiscutible de la legislación sobre las otras fuentes de aquél, tanto en el presente como en el pasado, y coadyuvar a olvidar otros tiempos en los cuales los hombres rigieron sus conductas y dirimieron sus conflictos sobre los cauces de una variada normatividad dentro de la cual la jurisprudencia tuvo un papel destacadísimo. En los nuevos tiempos ésta —como la definió el *Sala Mexicano*— será simplemente la “ciencia de entender las leyes y aplicarlas a casos concretos” y cuyo único objeto serán “las leyes y el derecho que ellas producen”.<sup>29</sup>

El año de 1852, en una postrera edición de la *Ilustración*, se actualizó la “Historia” que incluía la edición de 1831, incorporando ahora noticias acerca de las constituciones de 1836 y 1843, del Acta de Reformas de 47 y de las colecciones de leyes posteriores a 1832: las de Mariano Galván Rivera, Basilio Arrillaga y José Mariano Lara, así como de las *Pandectas Hispano-Mexicanas* de Juan N. Rodríguez de

<sup>28</sup> Vid. Ma. del Refugio GONZÁLEZ, *op. cit.*, y *El Derecho civil en México 1821-1871*, México, UNAM, 1988, pp. 57-114.

<sup>29</sup> Juan SALA, *Sala Mexicano ó sea La Ilustración del Derecho Real de España*, México, I. Cumplido, 1845, t. I, p. 232.

San Miguel publicadas en 1836. En todo lo demás ambas historias son idénticas.<sup>30</sup>

Por su parte, la edición del *Sala Hispano-Mejicano* (París, 1844)<sup>31</sup> fue antecedida por una “Breve Historia del Derecho de España” en la que, con base en el *Arte de la Historia Legal* de Mesa, en la *Historia del Derecho Español* de Juan Sempere, en Franckenau, en la *Librería de Jueces* de Febrero, en Asso y de Manuel, en Manuel Lardizábal, en el P. Burriel y en Martínez Marina, entre otros, dio cuenta de la marcha de la legislación vigente en España desde el dominio romano hasta la *Novísima Recopilación*, incluyendo los principales fueros locales y señalando las ediciones de cada ley o recopilación y de sus principales comentaristas o glosadores, pero sin dar ninguna noticia de la vigencia en España del *ius commune* europeo.

De la misma manera que lo hicieron las *Ilustraciones del Derecho Real de España* respecto de la jurisprudencia, el *Sala Hispano-Mejicano* precisó el papel de la costumbre frente a la legislación: No se permitiría el uso contrario a la ley vigente.<sup>32</sup>

Un producto muy tardío de esta visión sobre la Historia del Derecho dentro del género de los *Salas* lo constituye el *Novísimo Sala Mexicano* publicado en México en 1870 por los licenciados Manuel Dublán y Luis Méndez.<sup>33</sup> En efecto, ese año —el de la codificación civil del Distrito Federal— los dos volúmenes de la obra fueron antecedidos por una “Reseña histórica de la legislación de México” elaborada sobre el modelo de sus precedentes, de suerte tal que nuevamente desfilaron ante los ojos del estudiante y jurista curiosos la Ley Romana de los Visigodos, el Fuero Juzgo, el Fuero de Castilla y todos los demás cuerpos del Derecho español, acompañados obviamente de las noticias relativas a la Recopilación de Indias, las Ordenanzas de Intendentes, de Minería y —ahora sí— las de Bilbao. Respecto de la legislación mexicana daba noticias de las muchas colecciones de leyes que desde 1831 a 1870 se habían publicado en la República: a las mencionadas

<sup>30</sup> Cfr. Juan SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*. (Reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del Derecho novísimo y del patrio, y publicadas hasta 1850), México, Antigua Librería del Portal de Agustinos, 1852, 2 vols.

<sup>31</sup> Librería de D. V. Salvá, 2 tomos.

<sup>32</sup> *Idem*, t. I, p. 12.

<sup>33</sup> México, Imprenta del Comercio de N. Chávez, a cargo de J. Moreno, 1870, 2 tomos. Vid. Mariano PESET, “Novísimo Sala Mexicano o el final del viejo derecho hispano”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1988, t. II, pp. 895-913.

en la edición de 1852 añadía las formadas por el *Constitucional*, por Juan R. Navarro, por Vicente García Torres "bajo el título de *Archivo Mexicano*", y por el supremo gobierno publicada en el Diario Oficial, sin olvidar la colección de leyes "conservadoras" formada por Arri-llaga. Esta reseña fue escrita aprovechando la "Historia" de la *Ilustración* de 1852, algunos de cuyos párrafos transcribió textualmente aunque enriqueciéndola con las obras de otros autores (por ejemplo la *Historia del Derecho Real de España* de Prieto Sotelo) y con la men- ción de los principales comentaristas y glosadores de los códigos espa- ñoles: Sancho Llamas, Gregorio López, Antonio Gómez y Alfonso Acevedo. Al igual que sus modelos, la "Reseña histórica" del *Novísimo Sala* concluyó con el tradicional orden de prelación de los diversos cuerpos del Derecho vigentes en nuestro país, orden que precisamente a partir de ese año dejaba de tener razón de ser, como tampoco la tendr- ía la sentencia que una vez más y por última ocasión se repetiría: "La falta de leyes patrias no autoriza para la aplicación del derecho romano o de las opiniones de los comentadores".<sup>34</sup> El triunfo de la Codifica- ción era un hecho y ante éste la suerte de la jurisprudencia y de la costumbre estaba decidida. Ambas no se avenían al nuevo orden de cosas ni a la forma de gobierno adoptada por el Estado mexicano: si las viejas leyes —como afirmó el *Novísimo Sala*— no podían absoluta- mente "estar en armonía con las ideas y necesidades de hoy" porque habían sido dadas "para otras épocas, para otras necesidades, para otras costumbres", menos el parecer y la opinión de unos juristas cuyos pareceres se habían desarrollado prácticamente desde el siglo XII al XVII frente a otras realidades, necesidades y formas de pensar.

Un elemento más en el que coinciden estas protohistorias del Dere- cho mexicano es el hecho de que únicamente analizaron los cuerpos legislativos emanados del poder del Estado —sea de la monarquía vi- sigoda, de la castellana o de la española, o de la república mexicana— olvidándose de la legislación canónica plenamente vigente en nuestro país por los años en que esos libros se publicaron. Esto puede expli- carse por el hecho de que esas historias anteceden a exposiciones (en este caso *institutas*) del llamado derecho civil o patrio, encontrándose en los textos destinados al conocimiento del Derecho canónico las no- ticias históricas correspondientes a éste. Al fin y al cabo aquéllas no pretendieron sino dar noticia del "derecho patrio", de la "legisla-

ción de México", o del "derecho de España", aunque no debe sos- layarse la posible intención de hacer prevalecer estos derechos por en- cima de las otras fuentes e instituciones creadoras de normas jurídicas (todo dentro de las polémicas Derecho Real vs. Derecho Romano que se levantó en el siglo XVIII y la decimonónica entre el Derecho Patrio y el Derecho Canónico).

#### V. UNA VISIÓN MÁS AMPLIA PERO IGUALMENTE LEGALISTA

La excepción la representaría el *Sala Mexicano* publicado por Ma- riano Galván Rivera en 1845, que sí incluyó "noticias oportunas del Derecho romano" y del canónico y dividió su relación histórica en tres sendos "estudios" dedicados, respectivamente, al Derecho roma- no, a la "legislación española" e "hispano-mexicana" y al Derecho canónico.

Este *Sala* contiene la primera gran exposición histórica del Derecho mexicano impresa en nuestro país. Aunque muy elemental y formada casi toda con textos de otros autores y libros representa un notable avance respecto de las historias de los *Salas* antes mencionados e impresos previa y posteriormente al de Galván Rivera. Hasta la publi- cación del muy poco conocido *Compendio histórico sobre las fuentes del Derecho* de Gregorio Castellanos en 1896<sup>35</sup> y la más difundida *His- toria del Derecho* de Jacinto Pallares de 1901, los juristas mexicanos no contaron con una síntesis histórica acerca de su Derecho tan com- pleta, sistemática y de fácil lectura como la formada por los tres estu- dios citados. *El Libro de los Códigos* de Florentino Mercado, aun con toda su originalidad, indudable valor y superior factura, no sería la excepción debido a una complicada estructura interna que hizo difícil su manejo.<sup>36</sup>

El anónimo autor del *Sala Mexicano* estaba convencido "de la necesi- dad de la historia en la jurisprudencia" (aunque la entendiera como hemos visto arriba) y, apoyándose en Rieger, afirmó que "El que se dedica a la jurisprudencia tiene que investigar con curiosidad los orí- genes y las causas, principalmente de las constituciones, continuar por

<sup>35</sup> San Juan Bautista de Tabasco, Tip. y Encuadernación de M. Gabucio M., 1896.

<sup>36</sup> *Libro de los códigos o prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857.

<sup>34</sup> *Idem*, t. I, p. 23.



siglos sus progresos, vicisitudes y alteraciones, y también los motivos, ocasiones y tiempos de ellas. El que observa todo esto justamente es reputado por buen jurisperito".<sup>37</sup> Por estas razones no se conformó con dar noticia de los antecedentes peninsulares de nuestro Derecho, sino que amplió el espectro histórico de éste a los precedentes romano y canónico, justificando su elección de la siguiente manera:

"Convencidos —se lee en el prólogo de la obra— de la necesidad de la historia de la jurisprudencia, a lo menos de aquella que da a conocer las circunstancias en que la ley fue dada, y el lugar que ésta ocupa para valorar su fuerza, nos pareció que deberíamos anticipar algo sobre la del derecho romano y la del derecho patrio, materia en la que la pluma no puede ser ligera..." La importancia de la historia del Derecho era tal que, según el anónimo prologuista, era ella la que precisamente servía para distinguir al "buen jurisperito" del "leguleyo".<sup>38</sup> Por otro lado, para justificar el estudio del derecho canónico el *Sala Mexicano* afirmó pertenecer al número de los que creían que ese derecho era "una parte de la jurisprudencia, o mejor dicho, que sin su conocimiento tal como el del derecho civil" nadie podía "aspirar al título honroso de jurisperito".<sup>39</sup>

Con estas ideas, la edición del *Sala* de 1845 se separaba de sus precedentes y contrastaría notablemente con el *Novísimo* al brindar al estudioso del Derecho una visión más rica del mismo, en la cual la ley real (o patria) no agotaba en sí la normatividad que dicho estudioso debía de conocer para considerarse como jurisperito, ni para pretender solucionar los conflictos que —en su calidad de juez o de abogado— tendría por fuerza que conocer. Pero, este reconocimiento a otros órdenes normativos (el canónico y el romano) no implicó la expresa aceptación de la jurisprudencia como fuente autónoma del Derecho. Tanto el derecho patrio como el canónico y el romano (nada se dice del *ius commune*) fueron estudiados desde la óptica legalista, aun cuando los estudios transcritos aportaran noticias sobre los principales jurisperitos romanos, medievales y renacentistas y de algunos editores y comentaristas del *Corpus iuris canonici*.

Para el caso del derecho romano se escogió el estudio de M. Dupin, "abogado de París", titulado "Compendio histórico del Derecho ro-

<sup>37</sup> *Sala Mexicano*, t. I, p. XX; cita las *Instituciones de jurisprudencia eclesiástica* del canonista J. A. Rieger, autor también de una *Bibliotheca juris canonici* (1761).

<sup>38</sup> *Idem*, pp. XIX y XX. El subrayado es nuestro.

<sup>39</sup> *Idem*, pp. XXI.

mano desde Rómulo hasta nuestros días" (pp. 29 a 74) el cual, como los dos siguientes, fue debidamente enriquecido por los editores del *Sala* con notas a pie de página que se identifican mediante el uso de la abreviatura "EE" puesta al final de la nota respectiva.<sup>40</sup> Este estudio se divide en ocho capítulos que dan cuenta de la historia de ese derecho desde los tiempos de los reyes hasta "el derecho romano en el siglo XIX", ponderando, desde luego, la "Composición del Cuerpo del Derecho" y a los jurisperitos del *Mos gallicus* a quienes se consideró superiores respecto a los italianos del siglo XIV. En las notas añadidas por los editores destaca la utilización del libro del español Miguel García de la Madrid (*Historia de los tres derechos, romano, canónico y español*).<sup>41</sup>

La "reseña histórica de la legislación española" fue tomada literalmente de la obra de los doctores Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, *Elementos del derecho civil y penal de España* (pp. 75 a 143).<sup>42</sup> A la introducción siguen cuatro capítulos divididos en su vez en artículos en los que, conforme a las concepciones dominantes, se dan noticias acerca del origen del contenido de los principales "cuerpos" legislativos españoles pero añadiendo interesante información sobre las contribuciones germánicas, los concilios toledanos y los fueros municipales. Los editores mexicanos —basándose en Bermúdez de Castro (*Derecho de los hijos naturales*), en Lardizábal (*Discurso preliminar del Fuero Juzgo*), en Morales (*Crónica de España*), en Llorente (*Discurso preliminar a la edición del Fuero Juzgo*), en las *Antigüedades españolas* del Padre Berganza y en los diversos trabajos de los doctores Asso y de Manuel (*Notas al Ordenamiento de Alcalá, Discurso preliminar a su edición del Fuero Viejo*) así como en las obras del doctor Álvarez sobre las Leyes de Estilo, Lucas Gómez y Negro, Sempere, Martínez Marina y Juan Sala; y sin dejar de tener a la vista muchos de los cuerpos analizados— añadieron extensas y valiosísimas noticias con las que enriquecieron y corrigieron en forma

<sup>40</sup> Andrés Ma. Juan Jacobo DUPIN (1783-1865), publicó un *Compendio histórico del Derecho romano* en 1824. El *Sala* debió basarse en el *Manual del legista o colección de diversos opúsculos de jurisprudencia* por Mr. Dupin... traducida al castellano con varias adiciones y correcciones, acomodadas a nuestras leyes por Gregorio Morales Pantoja, Madrid, Imprenta de P. Sáenz, 1829, que contiene el "Compendio histórico del derecho romano desde Rómulo hasta nuestros días".

<sup>41</sup> Madrid, Imprenta de Don Pedro Sáenz, 1831.

<sup>42</sup> Hemos tenido a la vista la rara edición mexicana de 1852, impresa por Cumplido dentro de su colección "Librería del Abogado", tomo I.

considerable la reseña de Gómez de la Serna y Montalbán. Estas notas mexicanas señalan el buen conocimiento que algunos juristas nacionales de la primera mitad del siglo pasado tenían acerca de la historia española y, particularmente, de la de su derecho. Constituyen por sí mismas una valiosa y desconocida aportación a la historiografía jurídica mexicana que valiera la pena rescatar. Una de éstas es particularmente útil para los fines del presente ensayo: en las páginas 141 y 142 se puede leer, refiriéndose al Auto acordado promulgado en 1713 que ordenó la puntual observancia de las leyes patrias por encima de las romanas y canónicas que éstas no podían "tener mayor fuerza que la de una recomendable autoridad, sólo digna de seguirse en defecto de ley, en cuanto auxilién el derecho natural, y sean conformes con el derecho real, único digno del nombre de derecho común". La sustitución de los contenidos conceptuales quedaba fatalmente consumada.

A partir del número diez del artículo VIII (dedicado a la "Historia de la Nueva y de la Novísima Recopilación") del capítulo IV, los editores mexicanos añadieron dos numerales más para analizar la fuerza legal de la Novísima Recopilación en la República y todo un capítulo V —dividido en dos artículos— destinados a informar "De la legislación Hispano-Mexicana y meramente Mexicana, desde la conquista de este país hasta su independencia de la corona española, y desde la independencia hasta nuestros días" (pp. 144-159); título, éste, de dicho capítulo y que por sí mismo explica su contenido que sigue con mayor detalle el tradicional contenido de las *Ilustraciones* anteriores. La novedad del capítulo estriba en que dio a conocer noticias acerca del proyectado nuevo Código de Indias, de la *Guía de Hacienda* de José Ignacio Esteva, de la Ordenanza Militar de 1768 y de la Declaración de milicias de 30 de mayo de 1767. Pero no por esto el capítulo V es importante sino por el sistema de prelación que propuso en todo su artículo segundo; sistema muchísimo más detallado que el señalado en los *Salas* anteriores. Este detalle se observa en los tres últimos numerales del capítulo, uno de los cuales —el siete— señaló tajantemente la suerte de la costumbre y de la jurisprudencia frente a la legislación:

...Contra ninguna de estas leyes puede alegarse el no uso... Decidir las dudas que ocurrieran sobre su interpretación ó inteligencia es sólo del legislador; sin que legislación alguna extraña,

ni opinión de intérprete, pueda servir de norma en los casos no previstos ú oscuros.<sup>43</sup>

El estudio del Derecho canónico (pp. 160-220) se dividió en dos partes: la primera, relativa a las "Nociones generales", fue tomada "en gran parte" de la obra del alemán Jorge Segismundo Lackis (1739-1819) *Derecho Público eclesiástico*,<sup>44</sup> pero con aportaciones de los editores mexicanos. Ella integra un primer capítulo. La segunda forma un "Compendio histórico del Derecho canónico de ambas iglesias, Griega y Latina", tomado de la obra de Miguel García de la Madrid y completado por los editores con un apéndice relativo a los concilios celebrados por la Iglesia desde el año 34 hasta el de Trento, y con un cuarto capítulo en el que se pretendió dar una "Breve idea del Derecho Canónico mexicano".

Como en los casos anteriores, la perspectiva legalista domina en la visión histórica de este derecho, en la cual se mencionan los nombres de los autores de las diferentes colecciones canónicas y se expone con cierto detalle el contenido y vicisitudes de cada una de éstas. Por su parte, el editor mexicano añadió pocas pero útiles notas en las cuales demuestra, ahora, su conocimiento de los cánones y de sus expositores. Dichas notas complementan y enriquecen al texto y a las notas puestas por La Madrid y al igual que las relativas a la legislación patria merecen un estudio detenido.

En las breves noticias del derecho canónico mexicano el *Sala* se refirió a los cuatro concilios provinciales celebrados en México en 1555, 1565, 1585 y 1771, respectivamente, y a algunas de las colecciones de cánones, edictos, juntas diocesanas promulgadas y verificadas en nuestro país a partir de la independencia. Entre las primeras destacó la *Colección Eclesiástica Mexicana* publicada por el propio Galván Rivera en 1834, colección a la que remitía a todo joven estudioso interesado.

Casi al finalizar este estudio el autor anónimo indicó cuáles eran las obras que debían observarse y consultarse para la resolución de los problemas canónicos surgidos en México: "Además de estos concilios mexicanos existen y se observan los Concordatos con la silla apostó-

<sup>43</sup> *Sala Mexicano*, t. I, p. 159.

<sup>44</sup> *Juris publici ecclesiastici pars generalis*. . . Editio prima matritensis. Typis Societatis, praela regente Joanne Josepho Sigüenza et Vera, 1822. Traducción castellana de Jacobo Gallegos Fajardo, Valencia, Mallen y sobrinos, 1842.

lica, las bulas especiales de Mariell, las leyes de Indias, las ordenanzas de intendentes relativas al gobierno económico de bienes eclesiásticos y cabildo de las catedrales, el cuerpo del derecho eclesiástico por Murillo y el Itinerario para párrocos por el Dr. D. Alonso de la Peña Montenegro".<sup>45</sup>

Como quiera que sea, tanto este derecho como el romano (más aún el Derecho común que se negaba o desconocía e incluso se le quitaba su contenido y entidad) debían ajustarse y supeditarse al imperio del legislador nacional. Hacia la primera mitad del siglo XIX el triunfo de la legislación no era del todo definitivo en la práctica pero sí en la teoría, e incluso daba pie a la construcción de historias del derecho donde lo único que interesaba estudiar era la marcha de la legislación, como si en el pasado ésta hubiera sido la única fuente del derecho capaz de resolver por sí misma los conflictos de una sociedad emergente caracterizada por sus antagonismos étnicos, culturales, lingüísticos y económicos; historias que, por ende, desconocían la fuerza de las costumbres y la *auctoritas* de una jurisprudencia centenaria que en mucho habían colaborado antaño (y seguían colaborando en el presente) para resolver los cotidianos problemas de justicia dentro de una sociedad plagada de injusticias que parecía continuarse en el México independiente. Paradójicamente, el tiempo de los juristas había llegado a su fin en el siglo de los abogados. Éstos ya no tendrían ni la capacidad ni la autoridad suficiente para oponerse al impulso imponente del legislador que reclamaba para sí el monopolio en la determinación del derecho y de lo justo. El *Sala*, recogiendo la tradición legislativa española desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima, sentenció una vez más:

Las leyes romanas no son ni deben llamarse leyes en España [ni en México], sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de la ley, y en cuanto se ayudan por el Derecho natural,

<sup>45</sup> Se trata de la obra de Pedro MURILLO VELARDE, *Cursus iuris canonici. Hispani et Indici*, Madrid, 1743, 1763 y 1791, 2 vols., y del muy difundido *Itinerario para parrocos de indios, en que se tratan las materias más particulares tocantes a ellos para su buena administración*, Madrid, 1668, y muchas más. Las bulas de "Mariell" no son otras que el *Fasti novi orbis et ordinationum apostolicarum ad Indias pertinentium breviarium* de Domingo Muriel S. J. (1734-1795), apodado Cyriaci Morelli, impreso en Venecia, por Antonio Zatta, en 1776. "Obra utilísima para los tribunales tanto eclesiásticos como civiles, de América" (*Enciclopedia Universal Espasa-Calpe*, t. 37, p. 504).

y confirman el real, que propiamente es derecho común, y no el de los romanos, cuyas leyes ni las demás estrañas no deben ser usadas ni guardadas.<sup>46</sup>

## VI. EPILOGO

La tendencia legalista dominante en la historiografía jurídica nacional escrita en la primera mitad del siglo XIX y el creciente desinterés por ocuparse de la vigencia de la costumbre y de la historia de la jurisprudencia como fuentes del Derecho en la Nueva España y en los años iniciales de la vida independiente constituyen una especie de pecado original para la posterior historiografía jurídica mexicana. Salvo, quizá, con la relativa excepción de *El Libro de los Códigos*, el resto de las historias del derecho escritas en México hasta la primera década del siglo XX están afectadas por ese vicio de origen y desde ahí llega y se mantiene en nuestros días. Los casos de la *Génesis del Derecho Mexicano* de Ortiz de Montellano, subtitulada *Historia de la legislación de España en sus colonias americanas y especialmente en México*, escrita en 1874, de la *Historia de la Legislación Española* de Indalecio Sánchez Gavito Jr.,<sup>47</sup> del *Compendio* citado de Gregorio Castellanos, del breve discurso pronunciado por Isidro Rojas sobre *La Evolución del Derecho en México*<sup>48</sup> y los *Estudios históricos sobre la antigua legislación española* de Isidro Montiel y Duarte,<sup>49</sup> no hacen sino continuar el modelo establecido en las ediciones del *Sala* durante la primera mitad del siglo XIX, y que incluso sirvió para explicar el pasado jurídico prehispánico, como lo demuestra el *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos* de Francisco León Carbajal.<sup>50</sup> Ya en el siglo XX, la *Historia del Derecho* de Jacinto Pallares, *La Evolución Jurídica* de Vera Estañol<sup>51</sup> y *La Evolución del Derecho civil mexicano desde la independencia hasta nuestros días*

<sup>46</sup> *Sala Mexicano*, t. I, p. 159.

<sup>47</sup> Publicada en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (México), N° 11, 1889.

<sup>48</sup> En *Boletín de la Sociedad de Geografía y Estadística de la República Mexicana*, 4a. época, tomo IV, 1897, pp. 290 y ss. Volvió a publicarse en el *Anuario Jurídico* (México), tomo X, 1983, pp. 705-171.

<sup>49</sup> En *Boletín de la Sociedad de Geografía y Estadística de la República Mexicana*.

<sup>50</sup> México, Imp. de Abadiano, 1864.

<sup>51</sup> Publicada en *México, su evolución social*, tomo I, segundo volumen, México, J. Ballezá y Compañía, sucesores, 1901, pp. 725 y ss.

de Mateos Alarcón,<sup>52</sup> entre otras historias, perpetúan y transmiten el modelo para la realización de historias posteriores, como las de Macedo y Esquivel Obregón, indiscutiblemente mejor concebidas y consuetudinadas, pero incapaces de superar ese pecado original de nuestra historiografía jurídica.

## ¿ES OPORTUNA UNA TEORÍA SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO EN MÉXICO?

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. I. Lo público como hemisferio dependiente: 1. Lo "privado" como dato fuerte. 2. Dominio del Estado y estado del dominio. 3. Tres matrices para las relaciones de apropiación. II. El comedido: 1. El Estado-Sujeto. 2. Los bienes "dominiales". III. El dominio público mexicano: 1. Las fórmulas constitucionales. 2. Los ejercicios legislativos. 2.1. La Ley del 18 de diciembre de 1902. 2.2. 1944: año de la primera Ley General de Bienes Nacionales. 2.3. La Ley de 1969: un ajuste veinticuatro años después. 2.4. Apuntes sobre la Ley vigente. IV. Una recapitulación crítica.*

### INTRODUCCIÓN

Una de las grandes zonas de abandono por la doctrina mexicana del derecho público es, justamente, la institución del *dominio público*. Salvo las referencias con fines didácticos de Gabino Fraga y de Andrés Serra Rojas en sus respectivos textos de *Derecho Administrativo*, no existe ningún estudio monográfico de origen nacional sobre esta materia. Las causas de la omisión pueden ser muchas, entre ellas, la dificultad que plantea el teorizar con categorías especiales, porque en este caso la dogmática eurocéntrica del derecho público no puede simplemente transponerse. Es necesario desarrollar un instrumento analítico especial que explique las peculiaridades que presenta la propiedad pública, si es que así puede calificarse, en un país donde la tradición patrimonialista domina el curso de la historia.

En el presente ensayo hemos tratado de ubicar la reflexión justo a partir de la forma peculiar en que la sociedad mexicana corta sus espacios entre las dimensiones pública y privada. Para ello, acudimos a una recreación del pensamiento de algunos juristas europeos y, par-

<sup>52</sup> México, Tip. Vda. de F. Díaz de León, Sucs., 1911.

ticularmente, españoles, por ser los que mejor enlazan con nuestra tradición jurídica.

Con la parte teórica del trabajo se ha querido identificar el espacio y la naturaleza propios del dominio público como tipo ideal; de allí hemos continuado al análisis casuístico de la legislación nacional para establecer, por la vía del contraste, la dimensión mexicana del problema.

En el fondo de la discusión, se plantea el asunto de la vigencia del dominio público ante los ajustes neoliberales del Estado y es precisamente este tópico, con el que se pretende justificar la revisión de un tema aparentemente inoportuno. Detrás de la imagen de un dominio público en extinción, este trabajo revela un dominio público en tránsito hacia la complementariedad mercantil: más que caducidad, la propiedad estatal sufre el ajuste que exigen los procesos de "modernización" en la sociedad mexicana.

## I. LO PÚBLICO COMO HEMISFERIO DEPENDIENTE

### 1. Lo "privado" como dato fuerte

El derecho privado es para occidente la gran matriz normativa; bajo su auspicio se ha desarrollado el modelo institucional del Estado de Derecho. Los moldes romanistas, enriquecidos en el periodo de formación del *derecho común*, integran hasta hoy el sustrato dominante de la cultura jurídica moderna.

La explicación del orden —como resultado del sometimiento del proceso de dominación a los cauces jurídicos— está orientada por el valor referencial que se atribuye a las instituciones normativas del *derecho común* y, principalmente, por la conciencia que produce la transmutación de la legalidad en forma exclusiva de legitimidad para el ejercicio político. El Estado moderno trajo consigo el anuncio de la postergación de la fuerza como dato singular del proceso político. Sin embargo, el tránsito que condujo a las sociedades europeas del Leviatán hasta el mundo civilizado del Estado de Derecho, supuso la conjugación complicada de los datos tradicionales del Estado absoluto con los elementos normativos de textura moderna.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> La mejor referencia para seguir ese traslape y la continuidad entre las formas políticas del Antiguo Régimen y el Estado post-revolucionario es, sin duda, TOQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Ed. Daniel Jorro, Madrid, 1911. (Para un planteamiento escueto de la cuestión es recomendable el prólogo de la obra).

A nivel sustantivo, la violencia continuó vertebrando la estructura del Estado; sin embargo, el contexto institucional recibió un nuevo diseño, obediente a la idea de generar un régimen dirigido a reducir los rangos de arbitrariedad que consintió la organización del poder absoluto.<sup>2</sup> Esta contradicción de origen marca la ambigüedad del Estado moderno y, de paso, provoca la visión vergonzante del mundo público que hasta la fecha difunden los pensadores liberales.

El Estado, concebido como mero instrumento para la ordenación del mundo privado, deviene siempre realidad transitoria o accidente de los intereses privados. En cambio, el Estado, definido como forma política de lo social, adquiere el rango de lo sustantivo y de lo necesario; de hecho, no resulta otra cosa que la misma sociedad enfocada desde la perspectiva de las soluciones políticas.

La visión del Estado como factor contingente, parte de la explicación moderna según la cual, la sociedad civil y el Estado conforman realidades diferentes. De la escisión de la sociedad entre una esfera pública y otra privada, surge la idea de que lo civil es una realidad *en sí*, mientras que lo público sólo puede explicarse como un dato *para sí*. Según esta lógica, las relaciones sociales acontecen fundamentalmente en el mundo privado; son, antes que nada, relaciones mercantiles. Así, las instituciones públicas cobran sentido sólo cuando se identifican en función de las relaciones privadas. Al Estado se le trata como a un instrumento de garantía para la realización de la voluntad individual de los sujetos privados; se le reconoce sólo como a una función del mercado. Fuera de los márgenes "naturales" que ordenan las relaciones privadas de intercambio, la sociedad no puede concebir fines grupales; la vida moderna se perfila como trama intersubjetiva y, por lo tanto, desdeña la dimensión comunitaria y las realidades corporativas.<sup>3</sup>

Bajo la imagen de la sociedad dividida y del Estado diferenciado, los pensadores de la ilustración perfilaron ideológicamente las instituciones modernas. La idea del contrato quedó sobrepuesta a la concepción de la Ley y colocada de cara al origen del Estado. Así, en remedo de los tipos jurídicos del derecho civil, fue surgiendo la nueva dimensión de los fenómenos públicos. Apenas detrás de las figuras mercan-

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ed. Civitas (Cuadernos), Madrid, 1983, pp. 13 a 20.

<sup>3</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, Ed. F.C.E. (Breviarios 487), México, 1989, pp. 11 a 38.

tiles y de la autonomía de la voluntad, asomó su perfil el Estado de Derecho, no sin resentir en su origen las convulsiones de la Europa revolucionaria.<sup>4</sup>

A la sombra de la imagen deliberadamente civilizada de la legalidad moderna, fue inevitable que se prohicieran realidades políticas complejas, en cuyos rasgos no es difícil identificar los antecedentes autoritarios que aportaron al proceso político europeo los Estados absolutos. Para subsistir políticamente, los nuevos Estados tuvieron que acudir al expediente confiable de la fuerza. La verticalidad de su acción —que en política se denomina hegemonía— trajo consigo un conjunto de normas asimétricas que desorbitaron por completo los moldes de las instituciones privadas. Poco a poco, la nueva realidad jurídica reclamó para su explicación una teoría cortada a la medida. El derecho público surgió entonces como una reposición no deseada de los rasgos fuertes del Estado absoluto. El nuevo reconocimiento de lo público generó sus propias contrafuerzas y no faltaron quienes, desde la neutralidad política del derecho civil, trataran de disimular la fuerza que alienta el trabajo directivo de los Estados modernos. La Razón jurídica de los Códigos decimonónicos quiso desplazar por completo a la Razón de Estado. Se subrayó entonces la juridicidad del nuevo proceso político y se ofreció este rasgo como elemento diferenciador con los antiguos Estados absolutos. Así, el Estado moderno surgió, como concepto, de su juridicidad y ésta, a su vez, tuvo su punto de arranque en el derecho privado.

Lo que llevamos dicho autoriza la afirmación de que el Estado de Derecho corresponde a una concepción ius-privatista del fenómeno público. Su interior resiente la pugna entre las presiones mecánicas que exige la lógica del contrato y, por otra parte, el contrapeso que significan las necesidades de autosostenimiento del propio Estado. La fórmula de *violencia legítima* sobre la que se construye la moderna realidad estatal es en realidad un compuesto tenso; se trata del amarre jurídico de la fuerza.<sup>5</sup>

El derecho público es un cuerpo dogmático reciente, pero sólo porque los juristas que han alentado su desarrollo se niegan a establecer una línea de continuidad con la realidad institucional del Estado abso-

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 17 a 20; también García de Enterría, Eduardo, *op. cit.* (12), pp. 14 y 15.

<sup>5</sup> Vid. WEBER, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Ed. F.C.E., México, 1981, pp. 43-45 y 173 a 176.

luto. Con el uso de la técnica pretenden, en cambio, neutralizar los usos interesados de la fuerza y racionalizar su ejercicio. En la dimensión del derecho público el Estado deviene hablante exclusivo de una lengua jurídica que siempre se refiere a su origen privado, pero que, además busca sus propias referencias dentro del mundo público.

A pesar de su autonomía, el derecho público acusa permanentemente una presión que compromete su desarrollo y, en ocasiones, provoca su involución hacia las matrices privadas. La vulnerabilidad de los iuspublicistas tiene que ver con su afán por negar la base histórica que ofrece la experiencia del Estado absoluto e incluso, las aportaciones que proceden de las formaciones políticas preestatales. Sin nexos precisos que orienten sobre sus antecedentes, las instituciones del mundo público moderno tienen que detenerse en ficciones o en fórmulas románticas como la que plantea el *Contrato Social*.

El rescate de la esfera pública como dimensión específica de análisis supone la dilución de las supercherías políticas de origen ilustrado y, consecuentemente, el restablecimiento de los nexos causales con las experiencias históricas anteriores. El Estado no es solamente un instrumento de garantía, como lo propalan los teóricos del Estado Gendarme; es, en realidad, un dato estructural de la sociedad a partir del cual ésta procesa sus desigualdades.

Mientras que en el ámbito civil las relaciones intersubjetivas se orientan por el criterio del intercambio de equivalentes y suponen la igualdad de los participantes, en el mundo público las asimetrías de los agentes se producen bajo la convicción absoluta de su permanencia. Las relaciones políticas —en cuanto situaciones de dominación— prefiguran la desigualdad y la prolongan hasta estabilizarla en un marco institucional duradero.

## 2. Dominio del Estado y estado del dominio

Las relaciones de propiedad, desde la perspectiva moderna, responden a la idea del tráfico patrimonial privado, suponen, por tanto, la realidad mercantil a la que perfilan como espacio de equilibrio. En el mercado todos los sujetos comparecientes se presentan homologados y el factor común es, precisamente, la condición de propietarios que se les atribuye.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Vid., RODOTÁ, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, (Trad. Díaz-Picazo), Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 91-94; y 101.

Al definirse la propiedad como atributo natural del individuo, la presencia de un aparato institucional ordenador carece de sentido inmediato. El órgano público no surge ni suministra propiedades, su función ideal es abatir el privilegio y garantizar, de manera exógena, la realización de los propietarios. En el origen de la propiedad privada moderna hay una declaración de principio contra el carácter confiscatorio del Estado absoluto. Así, si el mercado ordena espontáneamente el equilibrio de los intereses privados, el poder público no tiene por qué anticipar ese orden, más bien su función se restringe a resguardarlo y a corregir puntualmente los incumplimientos privados. Ya como fuerza externa de garantía, el Estado no puede volver, salvo en el caso de utilidad pública, a proyectarse sobre un derecho que se definió como coto de los titulares individuales.

Si el orden es un fenómeno espontáneo de las relaciones privadas que se verifican en el mercado, la propiedad no puede explicarse modernamente como un fenómeno público; al contrario, su origen civil marca su destino y define una exclusión permanente para el poder público. Por otro lado, las facultades del propietario demarcan una zona de exclusión para todos los otros sujetos interesados en los bienes sobre los que se ejerce una determinada titularidad. El proceso de recuperación del bien sobre el que recae una acción de despojo si interesa al poder público, pero en este caso, el aparato judicial acciona sólo a petición del afectado y con el propósito exclusivo de restablecer su interés. El Estado, entonces, no puede deliberar sobre el sentido de los derechos civiles, sino sólo aportar seguridad de goce y reconocimiento a sus titulares.<sup>7</sup>

Así como el Estado deja de mediar las situaciones que se producen a partir de las relaciones de los sujetos sociales con las cosas, queda también marginado de la posibilidad de convertirse en un agente económico privado. La propiedad sólo tiene sentido a través de las ventajas comparativas que ofrece su intercambio; según esta idea, precisamente por su incapacidad natural para actuar como agente patrimonial y como portador de intereses de naturaleza individual, el agente estatal resulta exorbitante al perfil de los sujetos privados. Si hoy este razonamiento tiene sesgo de obviedad, cabe decir que hace apenas unas décadas, seguía prevaleciendo la opinión de que el Estado puede

<sup>7</sup> Vid., SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la Riqueza de las Naciones* (trad. Franco), Ed. F.C.E., Méx.co, 1979, p. 402.

desdoblarse jurídicamente y asumir la condición civil de los sujetos privados.

Antes, la división entre un ámbito público y otro privado, suponía que el mundo de lo civil y de lo particular correspondía a un tipo de acción únicamente de carácter económico, mientras que lo público, debía mantenerse como zona de gestión administrativa y de ejercicio político. El Estado, por ende, nunca asumía la naturaleza de agente económico. Podía, sin embargo, hacerse de ciertos bienes de naturaleza instrumental para la gestión pública. Sobre el tipo de relación que surgió entre el Estado y esa especie de *patrimonio de gestión*, versan todas las teorías sobre el *dominio público* que se han elaborado hasta el momento.<sup>8</sup>

No es que la propiedad estatal sea un fenómeno nuevo, al contrario, desde las formas preestatales se reconocen criterios de pertenencia en favor de los órganos públicos; sin embargo, como los pensadores modernos rompieron de modo tajante con las experiencias del antiguo régimen, las teorías del dominio público vinieron a escena, como tales, hasta principios del siglo XIX.

En realidad el dominio público, ya definido como forma de propiedad estatal, surge en el periodo del absolutismo europeo. Para la integración de las monarquías absolutas concurren —usando la terminología weberiana— factores típicos del modo de dominación tradicional, con elementos patrimoniales que, dicho sea de paso, son los que marcan la continuidad histórica con el mundo feudal.<sup>9</sup>

La institucionalización de las Coronas europeas se llevó a efecto mediante un proceso prolongado de alianzas y afianzamientos que permitieron, poco a poco, abatir la descentralización política del feudalismo.

En la consolidación de las monarquías jugó un papel importante el criterio que perfiló el concepto de *dominio eminente* del rey sobre el territorio. Sobre el *dominio útil* y el *dominio directo*, que englobaron las facultades sobre los bienes durante el feudalismo, se levantó una potestad territorial superior que se trazó ya como anticipo de las modernas cualidades soberanas del Estado-Nación. El *dominio eminente* significa capacidad de excluir las interferencias externas al territorio nacional y, hacia adentro, potestad de organizar el régimen

<sup>8</sup> Vid., para una revisión panorámica del tema, ALVAREZ GENDÍN, Sabino, *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, pp. 13-29.

<sup>9</sup> WEBER, Max, *op. cit.*, (5), pp. 170-192.

de apropiación sobre la base de su distribución centralizada a cargo del monarca. El *dominio eminente* es una forma primitiva de soberanía a partir de la cual el poder del monarca se organiza bajo el criterio privado de la idea de *pertenencia*. La potestad sobre el territorio se caracteriza como una investidura de la Corona que responde al imperativo de afianzar las potestades hegemónicas del monarca, a través de una atribución de facultades discrecionales, justo como las que se reconocen a un propietario en el *derecho común*.<sup>10</sup>

Los primeros bienes que componen el rango patrimonial del Estado son aquellos que el derecho romano definía como cosas públicas o bienes de todos. De hecho, la propiedad del Estado es una forma de suplantación de la dimensión comunitaria por el aparato público.<sup>11</sup>

El demérito de la propiedad comunitaria en beneficio del criterio de asignación central de los recursos apropiables que se dejan en manos del monarca, es congruente con el perfil que caracteriza la institución de la *regalía*. La fórmula regalista supone la necesidad de habilitación continua del monarca hacia los súbditos, para que éstos puedan desarrollar sus funciones subordinadas. La *regalía* es, entonces, el polo monárquico de una relación de dependencia según la cual se desconoce la espontaneidad del impulso privado de los súbditos. Desde otro punto de vista, la *regalía* es la fuerza fundamental del arbitraje corporativo, que siempre descansa sobre un sistema de privilegios distribuidos desde un centro superior. A diferencia de lo que sucede en el mundo feudal, donde el privilegio no tenía un origen público, la *regalía* significa la capacidad de investir a los sujetos con prerrogativas de acción desde un ámbito político de naturaleza suprema. El criterio del poder como pertenencia es, precisamente, el que se encuentra como cimiento en las formas patrimoniales de dominación.<sup>12</sup>

No deja de sorprender la forma en que el modelo de apropiación que tipificaron los romanos como una peculiar relación jurídica entre el hombre y la cosa, sea, casualmente, el que se extrapola como piedra angular para caracterizar la relación típica de dominio político, tanto

<sup>10</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado del dominio público*, Ed. TEA. Buenos Aires, 1960, p. 37; y GARCÍA GALLO, Alfonso, *El origen y la revolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español*, (2 vols.), Ed. del autor, Madrid, 1960, T.I., pp. 294-296.

<sup>11</sup> Vid. MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Alemán*, (4 vols.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1902, T. III, p. 94.

<sup>12</sup> Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapón en Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 92.

en el mundo feudal como en el del antiguo régimen. El concepto de pertenencia es por eso tan importante; de hecho se encuentra situado como forma elemental de las relaciones de dominación a partir de la dilución de la vida republicana en Roma. Así, el poder es propiedad en la misma medida que la propiedad es poder.<sup>13</sup> En todo caso, se trata de una potestad que se construye antes del surgimiento del fenómeno estatal y que en éste nunca se diluye plenamente, a pesar de que las teorías que construyen una dimensión específica para la *cosa pública* alcanzan en la actualidad un éxito significativo.

Si bien existe un cierto paralelismo formal entre el derecho de propiedad y la forma que asumen las potestades públicas hasta la formación del Estado absoluto, esta similitud se altera con las propuestas que realizan los pensadores ilustrados para la configuración del Estado de Derecho. Como fenómeno intelectual moderno, el Estado se acoge a la dinámica de las voluntades independientes que concurren a su formación; la discrecionalidad que sostuvo el ejercicio autoritario de los monarcas del antiguo régimen se decanta y los nuevos órganos públicos, dan paso a la participación de los gobernados en sus procesos de composición y de acción. El contrato, e incluso el *trust* anglosajón, son los cauces técnico-institucionales por los que se deriva la configuración contrapesada de los órganos del poder. Corresponde al régimen representativo otorgar un sustento viable a los ideales de participación de los gobernados en la mecánica del gobierno.<sup>14</sup>

La nueva realidad representativa se torna difícil de manejar cuando se trata de definir el *status* jurídico del Estado y, particularmente, su función como propietario. Dentro del modelo absolutista bastaba con situar a la Corona como centro de titularidad y como referencia patrimonial del reino; sin embargo, con el Estado moderno, surge otra vez la necesidad de referir la propiedad pública a un beneficiario o titular distinto a cualquier órgano público. El Estado no puede detentar bienes a partir de un objetivo propio, su vocación pública justamente lo obliga a actuar siempre en tareas de servicio y de complementariedad. La titularidad de la propiedad pública queda por tanto atribuida a la Nación, o lo que es lo mismo, al pueblo políticamente constituido. Los órganos públicos son entonces meros gestores admi-

<sup>13</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, *op. cit.*, (10), pp. 794 y 795.

<sup>14</sup> Vid., ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social*, Ed. UNAM, (Nuestros Clásicos 23), México, 1978, pp. 131 a 195; LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Ed. Aguilar, Madrid, 1980, pp. 113-122; y también MILL, John Stuart, *Del Gobierno Representativo*, Ed. Tecnos (Clásicos del Pensamiento 8), Madrid, 1985, pp. 30-43.



nistrativos de los bienes instrumentales con los que realizan su función.<sup>15</sup>

A diferencia de lo que sucedía en las comunidades antiguas, donde los bienes comunales eran directamente aprovechados por el grupo beneficiario, la propiedad pública que se atribuye al Estado moderno es un derecho ideal que priva a los ciudadanos de la detentación y del control material de los bienes públicos. Los órganos estatales, aún sin la titularidad, detentan y ejercen las funciones de uso y aprovechamiento de los bienes que componen el dominio público; si bien, por causa de la división de poderes y del principio de legalidad, a esa detentación no se le puede llamar, en sentido preciso, propiedad.

### 3. Tres matrices para las relaciones de apropiación

El pensamiento moderno fungió como velo de ocultamiento para todas las relaciones de apropiación que no podían caracterizarse como propiedades de naturaleza privada. Los Códigos Civiles del siglo XIX propusieron como forma exclusiva de apropiación la que, desde entonces, quedó definida como propiedad privada en sentido moderno. Los rasgos que concurren para la integración de los tipos legales decimonónicos pueden considerarse así: a) determinación de la titularidad como atributo natural del sujeto, b) definición del campo facultativo del titular como un espacio radicalmente excluyente, c) individualidad estricta en la caracterización del sujeto, d) vocación mercantil de los bienes que son objeto de apropiación, e) decisión voluntaria irrestricta para fijar el destino de los bienes sobre los que recae la titularidad y f) protección judicial para garantizar la restitución en caso de robo o despojo.

A la propiedad privada se le puede concepcionar como momento estático de una relación de intercambio; se trata de la etapa en que el orden jurídico fija las titularidades y, consecuentemente, teje la fiabilidad necesaria para el tráfico mercantil. Sin embargo, para su plena realización, la propiedad requiere de un vehículo formal que permita su movimiento en términos de absoluta certeza. Tal función corresponde a los contratos civiles que, a su vez, obedecen al cuerpo dogmático que para su operación aporta la teoría general de las obligaciones.

<sup>15</sup> Cfr. CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, (trad. J. L. Depetu), Ed. F.C.E., 1948, pp. 29-39.

No debe extrañar que la cosa sobre la que se teje el concepto moderno de propiedad esté definida de manera expresa como *mercancía* dentro de las codificaciones civiles.<sup>16</sup> El bien jurídico sobre el que recae la propiedad privada debe siempre estar situado en el comercio, en caso contrario, pierde relevancia para el derecho civil. Como consecuencia de la asimilación de la cosa en sentido jurídico al concepto moderno de la mercancía, resulta que el agente o persona de derecho queda también asimilado a la categoría de sujeto mercantil. Estos atributos, sin embargo, corresponden a una mercantilidad simple, es decir a una forma de relación natural de los sujetos como portadores de intereses privados elementales. Para las relaciones mercantiles calificadas, el derecho moderno reserva el régimen que se establece a partir de la codificación mercantil. Las relaciones entre comerciantes ocupan un espacio jurídicamente diferenciado en relación con los intercambios del mercado de uso y consumo elementales.

La relación entre propiedad privada y Estado puede tipificarse como un vínculo de naturaleza tutelar. Los órganos públicos deben orientar su función a preservar las facultades que el orden jurídico reconoce a los propietarios, porque en este derecho reside el sentido práctico de la libertad de los sujetos. Incluso, en los primeros tiempos del liberalismo, a la propiedad se le ubicaba como condición para el ejercicio de los derechos políticos. El sujeto sólo era considerado ciudadano en la medida que podía representar intereses materiales; sin esta circunstancia calificativa el sujeto no debía concurrir a la integración de la voluntad pública, porque su sola condición personal no era un dato suficiente para otorgarle interés a sus aportaciones.<sup>17</sup>

Con el tiempo y, particularmente con las crisis, el concepto absolutamente excluyente de la propiedad moderna ha sido rectificado. La tesis de Duguit sobre la *función social de la propiedad* es la que mejor concreta este esfuerzo de transformación. Duguit parte de la crítica a la noción de derecho subjetivo que hacia mediados de siglo había propuesto Comte. Según la nueva posición, el derecho subjetivo no es un dato real que ayude a la comprensión del fenómeno jurídico; en lugar de que se resalten las funciones de articulación y cohesión que

<sup>16</sup> Art. 747. "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio"; y también el Art. 748. "Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley". *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal*, publ. D.O.F., 26 de marzo de 1928, vigor: 1o. de octubre de 1932.

<sup>17</sup> LOCKE, John, *op. cit.* (14), pp. 74, 75, 133.

el derecho aporta a la vida social, las instituciones jurídicas tenían solamente la referencia egoísta y planteaban como pieza clave del análisis dogmático el conjunto de facultades que definen las normas objetivas en favor del sujeto. La visión individualista de la propiedad desvanece la importancia colectiva que tiene el aprovechamiento productivo de los bienes capaces de generar riqueza dentro de la sociedad contemporánea. La propiedad tiene una vocación social, su función consiste en prescribir al sujeto titular la obligación de generar riqueza de acuerdo al potencial que albergan los bienes bajo su dominio. En este orden de ideas, la propiedad ya no queda exclusivamente al arbitrio de los derechohabientes sino que encierra un deber de solidaridad con el grupo. La función del propietario es la de producir riqueza, porque en la medida que incrementa la masa de bienes, indirectamente beneficia a todo el conjunto social; su inacción, por tanto, debe ser suprimida del conjunto de prerrogativas que otorga la propiedad.<sup>18</sup>

La tesis de Duguit no supone el encauzamiento público de las facultades del propietario sino en cuanto el Estado debe garantizar las mejores condiciones para la acumulación de riqueza a nivel social. Dicha teoría es una forma de revisión realista del carácter absoluto que se le atribuía a la propiedad desde el contexto del racionalismo, pero de ninguna manera esta tesis implica la desnaturalización de la propiedad moderna en su perspectiva occidental. Tampoco debe buscarse en el pensamiento de Duguit un motivo de habilitación para la acción del poder público en la vida económica. El Estado de Duguit es un aparato ausente de la vida productiva; en todo caso su función policiaca se encuentra potenciada, porque la ley debe autorizarle intervenciones contundentes para evitar el incumplimiento social de los propietarios de bienes capaces de generar riqueza.

La propiedad privada contemporánea está modulada por los desencantos que los procesos de perversión del mercado desencadenan. Las nuevas formas de relación productivas y financieras han desplazado la funcionalidad de una institución jurídica que se diseñó en atención de la propiedad rural inmobiliaria. Sin embargo, en el plano ideológico, la propiedad privada actúa todavía como gran referencia de la cultura liberal; su perfil sigue funcionando como matriz fundamental para el desarrollo capitalista de la sociedad.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975, pp. 235 a 247.

<sup>19</sup> Cfr. ΡΟΔΟΤÁ, Stefano, *op. cit.* (6), pp. 101-102.

Detrás del paradigma deslumbrante de la propiedad moderna, subsiste la experiencia histórica de la propiedad comunal. La fuerza de irradiación de esta institución no ha sido poca;<sup>20</sup> en general, el proyecto socialista se inspira en la refuncionalización de la dimensión comunitaria de las sociedades antiguas, sin dejar de considerar la nueva circunstancia social y tecnológica de los procesos de trabajo. El gran colapso de los programas socialistas ha sido provocado por la imposibilidad de rescatar el perfil comunitario de la sociedad cuando subsiste, como mecanismo exclusivo de sustentación, el régimen estatal. Al igual que acontece en los Estados capitalistas, donde la representación política es un valor del régimen, el aparato público debe actuar a nombre de la colectividad, pero a diferencia de lo que sucede en los contextos mercantiles, los ambientes socialistas no dan una respuesta eficiente a los ciudadanos a través de mecanismos plurales de participación en el proceso político ni aún en los cauces de naturaleza formal. Esta exclusión hieratiza el régimen y genera una presión acumulativa, presta a la explosión cuando se conjuga con las respuestas ineficientes en rubros importantes de la vida económica.

El Estado socialista es un aparato de apropiación y de control del recurso social que no siempre encuentra una fórmula adecuada de reciclaje para que los ciudadanos accedan de manera directa a los beneficios de la producción. La propiedad colectiva de los medios de producción deviene en realidad propiedad estatal. A dicha propiedad no podremos, sin embargo, llamarla dominio público en sentido occidental, en virtud de que no es una potestad que se defina como ámbito de excepción en relación con el flujo mercantil. Se trata más bien de una propiedad total que se confronta con la no propiedad individual, con el no mercado.

Si bien en occidente la propiedad colectiva ha tenido menos suerte histórica que la propiedad privada, es un modelo de apropiación que subsiste y que presiona ideológicamente sobre los excesos individualistas que acompañan al concepto moderno de propiedad. Bajo sus efectos alternativos tiene que apuntarse un intento plausible de nivelación social que, como idea, no deja de ofrecer un significado altruista

<sup>20</sup> Vid., MAINE, Henry, *El derecho antiguo*, (trad. P. de la Peña), Ed. Extemporáneos, México, 1980, pp. 141-170. (corresponden al capítulo VIII, denominado "La Historia Temprana de la Propiedad"). A partir de la obra de MAINE conviene también consultar GROSSI, Paolo, *Historia del Derecho de Propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, (S. Bignozzi) Ed. Ariel, Esp., 1986, pp. 53-81.

en contra de la visión absolutamente mercantilizada que domina en el hemisferio occidental.

Como tercera matriz de las relaciones de apropiación debe situarse al fenómeno genéricamente conocido como *dominio público*. Esta fórmula jurídica alude a una especie de vínculo instrumental que existe entre el Estado —considerado como administración— y los bienes que son necesarios para que éste realice la función de gobierno.

Dejando a salvo por el momento el ambiente patrimonialista en el que se desenvuelve el Estado absoluto y considerando en cambio las teorías modernas sobre el *dominio público* a partir del siglo pasado, cabe decir que las tesis existentes coinciden en caracterizar esta institución como una zona de excepción a la mercantilidad. Se trata entonces de un conjunto de bienes que por estar destinados al cumplimiento de las tareas públicas se encuentran, al mismo tiempo, marginados del tráfico privado. Ante la falta de una mejor opción, el vínculo entre el Estado y los bienes del dominio público ha quedado definido como relación de propiedad. Sin embargo, las peculiaridades jurídicas del sujeto Estado y el destino mismo de los bienes en cuestión, hacen difícil la tipificación de este fenómeno dentro de los cánones estrictos del derecho privado. El reconocimiento de esta dificultad condujo a los mejores teóricos del dominio público a resaltar las diferencias de este tipo de institución en relación con el modelo de los derechos reales del derecho civil; a tal grado se trabajó en esta especificación que se elaboraron conceptos como el de *cosa pública* —en contraposición al bien en sentido privado— y tráfico jurídico de derecho público —como dato alternativo a la circulación mercantil—. <sup>21</sup> Estos esfuerzos especializados demuestran la insuficiencia que produce el encuadramiento de la propiedad pública en los cánones de la técnica del dominio privado.

Es difícil imaginar al poder público como derechohabiente en la dimensión del derecho subjetivo; de hecho, la diferenciación tajante del mundo social en un espacio público y otro privado responde, justamente, a la bipolaridad que se establece entre el individuo como agente privado y el Estado como referencia de representación colectiva. Un sujeto de derecho que no puede querer para sí mismo, no puede tampoco asumir la titularidad de un derecho subjetivo, en cuya base se

<sup>21</sup> Vid., por ejemplo, PAREJO, Luciano, "Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general" en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102. Enero-Diciembre, 1983, Madrid, Esp., pp. 2382-2383, 2396-2397 y 2401. MA-

encuentra precisamente la voluntad, entendida como querer individual del titular.<sup>22</sup> Una propiedad que no tiene referencia subjetiva típica, que carece de vocación mercantil, que no se ejerce a nombre propio, que no está determinada en su aprovechamiento por la voluntad del titular, no puede considerarse propiedad. La llamada propiedad pública consiste en realidad en un fenómeno distinto que, por la similitud aparente con un derecho real, toma a préstamo el aparato técnico que en torno de éstos se ha desarrollado. Sin embargo, el análisis del dominio público permanentemente obliga a rectificar el enfoque civilista y a restablecer las características propias del horizonte estatal.

Si se reconstituye la unidad en aquello que fue artificiosamente dividido y al Estado se le mira como dato continuo de la sociedad, resulta posible entender que tanto la propiedad privada como los bienes que están sujetos al dominio público, constituyen una unidad de sentido dentro de un mismo paradigma jurídico. En el sistema capitalista la base institucional que legitima la acumulación la aporta precisamente el derecho de propiedad, pero es el caso que las distintas propiedades individuales requieren de un espacio de condensación para organizarse a nivel social en el marco general de una lógica productiva que permita su realización. Tal espacio de acción coordinada y simultánea es precisamente la dimensión pública. La realización individual de los sujetos en el espacio civil es, antes que nada, realización económica y rentabilidad; ahora bien, para que el aspecto negocial de la vida sea factible es necesaria una región pública que asuma funciones orientadas a la gestión de intereses generales del grupo. No hay entonces oposición entre lo privado y lo público, sino más bien complementariedad y funcionalidad recíproca.

Sintéticamente expresado, se puede decir que los bienes del dominio público se encuentran dispuestos de tal modo que, a partir de ellos, el Estado genera condiciones para la realización mercantil de la propiedad privada. Ahora bien, el papel instrumental que estos bienes desempeñan requiere una especie de neutralidad económica, la cual deriva de la función exclusivamente política que se atribuye al poder público

RIENHOFF, Miguel, *op. cit.* (10), p. 287 y MAYER, Otto, *op. cit.* (11), 91 y 105, 112 a 116.

<sup>22</sup> Cfr., el punto de vista de DABIN, Jean, *El Derecho Subjetivo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 128-130.

dentro de una perspectiva liberal. El Estado ordena, dirime conflictos, pero, en teoría, no participa de las actividades rentables.<sup>23</sup>

La denominada propiedad pública constituye una matriz independiente de las relaciones de apropiación aunque, paradójicamente, no tiene un sentido autónomo. No es propiedad comunal, porque existe una mediación muy clara del aparato político y el reconocimiento expreso de la exclusión de los sujetos gobernados como titulares directos. Tampoco es, obviamente, propiedad privada, en virtud de que su definición se efectúa fuera de cualquier circuito mercantil; sin embargo, es un tipo de relación con ciertos bienes materiales que cumple una función de perfeccionamiento para la propiedad privada. En la medida en que el Estado moviliza los bienes públicos para realizar las funciones de protección y de servicio, permite que los bienes apropiables, es decir, las cosas mercantiles puedan efectivamente destinarse a las acciones rentables. Así entendido, el dominio público no es solamente una zona de restricción para los sujetos privados, sino también un área de desgravación en la que la sociedad purga el sentido de todas las funciones que no pueden ser concatenadas en la dinámica del mercado.

Con objeto de evitar una confusión ulterior es necesario esclarecer que los bienes que el Estado destina al cumplimiento de funciones empresariales —particularmente visibles en las épocas de crisis mercantil— no son tipificables en la categoría clásica del dominio público. Generalmente, las crisis catalizan el fenómeno del intervencionismo estatal; a partir de entonces el aparato público se desenvuelve en un sinnúmero de agentes económicos, cuya configuración jurídica resulta muy similar a la que asumen los entes empresariales privados. Al fenómeno de personificación paraestatal le corresponde también la definición de un patrimonio especial que se distingue del dominio público y se atribuye específicamente al órgano económico.

La propiedad de entes paraestatales no corresponde a la directriz de neutralidad mercantil bajo la que se organiza el dominio público en sentido clásico. Más bien alude a una zona de traslape entre las dimensiones pública y privada. Pero, a pesar de que exteriormente los sujetos paraestatales se colocan en la misma línea que los agentes económicos privados, su objetivo final no es la rentabilidad en sí mis-

<sup>23</sup> ALVATER, Elmar, "Notas sobre algunos problemas del intervencionismo de Estado", en vol. col. *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, comp. R. Sontag y H. Valecillas, Ed. S. XXI, México, 1979, pp. 88-133.

ma, sino que su acción obedece a la necesidad de estimular la inversión y la demanda en un momento en el que estas variables se encuentran contraídas. El intervencionismo clásico persigue una finalidad terapéutica respecto del mercado y, por eso, los entes paraestatales resultan elementos contingentes de los que se puede prescindir a partir de la rehabilitación del mercado.<sup>24</sup> La función transitoria que estos bienes cumplen los coloca en una perspectiva que les impide marginarse de la circulación mercantil, pero aún allí, su objetivo no siempre es de manera inmediata la rentabilidad.

De estas tres matrices revisadas, dos presentan rasgos paradigmáticos: la propiedad privada y la propiedad comunal; el tercer modelo, es decir, la propiedad pública, no tiene aún un cuerpo técnico propio y sus rasgos obedecen al encuadramiento o a la reacción a partir de los dos paradigmas primigenios. Sin embargo, a pesar de su relativa dependencia, el dominio público representa una fórmula de apropiación independiente, cuyo sentido se torna inexplicable sin la mediación de los criterios constitucionales del Estado moderno; tal es el caso, por ejemplo, del fenómeno de la representación y del principio de legalidad que rigen la vida pública contemporánea.

## II. EL DOMINIO PÚBLICO: REALIDAD ENTRE UN SUJETO EXORBITANTE Y UN OBJETO COMEDIDO

### 1. *El Estado — Sujeto*

Si en el plano político la conceptualización del Estado ha resultado complicada, al grado que ha motivado una división paradigmática de carácter irreconciliable, en el terreno jurídico la tarea ha sido todavía más ardua; por eso, con objeto de favorecer la exposición, es pertinente primero abordar el ángulo de la discusión que tiene una respuesta más sencilla. En el plano internacional la unidad del Estado es un dato supuesto, por lo tanto, el derecho definido para regular las relaciones internacionales interpela directamente a los sujetos estatales, dando por sentado que su personificación se arma sobre la base de la unidad política que el Estado representa, de acuerdo con el criterio de independencia y exclusividad territorial. Ante ciertos problemas de inestabilidad interna la comunidad internacional llega a plantear, en torno

<sup>24</sup> CARRÉ DE MALBERG, R., *op. cit.*, (15), p. 42.

al asunto del *reconocimiento*, un análisis más detallado de la composición política del Estado, pero, salvo en estos casos extremos, la entificación internacional del Estado no genera problemas.<sup>25</sup>

En el campo interno, sin embargo, el tema plantea necesidades distintas. Hacia dentro, el dato de la totalidad estatal tiene por fuerza que contrastarse con los órganos constitucionalmente habilitados para la gestión de gobierno y, allí, la cuestión de la forma de concretización del Estado, es la que asume el primer plano. Explicaciones sobre este asunto se han dado muchas y desde muy variados puntos de vista. La primera gran tensión se suscita entre quienes ven en el Estado una referencia meramente ideal o, en el mejor de los casos, un centro de procesamiento para la voluntad general de los sujetos que lo integran, y quienes, desde otro ángulo, abordan el análisis con un criterio realista y consideran al fenómeno estatal dentro de los datos materiales de la sociedad. Dentro de este segundo punto de vista predomina una visión no voluntarista de los procesos políticos.<sup>26</sup>

Por otro lado, también existen diferencias entre algunas posiciones que plantean un enfoque teleológico del Estado, como sucede con la mayor parte de los juristas, y quienes lo valoran desde la óptica de su función, con un criterio más instrumental y operativo.

Otra oposición interesante, en todo caso derivada de la confrontación de visiones realistas, se refiere a la antinomia aparato o proceso. En el último caso, el Estado resulta la representación del conjunto de relaciones políticas dentro de una dimensión territorial definida, a partir de su concretización en un aparato institucional que, a través de la fuerza racionalmente organizada, garantiza el orden que, a su vez, supone, por lo menos, la desigualdad entre gobernantes y gobernados. Para quienes consideran al Estado un aparato, en general son válidos los argumentos anteriores pero, en su perspectiva, el Estado no cubre la dimensión del proceso, sino solamente alcanza un espacio instrumental. Así, en cuanto fenómeno cosificado, el Estado es siempre un aparato institucional que aplica y mecaniza la coacción.

Como problema ligado al de la naturaleza del fenómeno estatal debe tratarse el de su personificación jurídica, la cual se proyecta en tres zonas diferentes: a) la internacional, que alude al Estado como uni-

<sup>25</sup> Vid., por ejemplo, SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Ed. F.C.E., México, 1973, pp. 262 a 266.

<sup>26</sup> Vid., JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires, Arg., pp. 100-104 y 133-135; HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, Ed. F.C.E., México, 1974, pp. 247-256.

dad política-territorial en el plano del tráfico con otros entes internacionales; b) la del Estado-autoridad, que se refiere al Estado como órgano de representación y de gobierno; y, finalmente, c) la del Estado-gestor, que corresponde a aquellas funciones de servicio, de gestoría e incluso empresariales que realiza el Estado en un plano similar al de los sujetos privados. De las tres proyecciones enumeradas sólo las dos últimas tienen relevancia en relación con el tema del dominio público. La personificación externa del Estado resuelve en el terreno de la soberanía cualquier asunto relativo a la atribución del vínculo con el territorio sobre el que se ejerce la potestad. Sin embargo, en el plano interno, la cuestión del dominio público sí implica precisar a detalle tanto el problema de la titularidad pública, como el de las atribuciones concretas a los órganos constituídos en relación con los bienes que lo integran.

Como primer presupuesto, cabría apuntar que, en el ámbito interno, la personalidad del Estado en cuanto dato unitario inmediatamente se diluye. El derecho administrativo todo funciona sobre la base de que la Administración Pública asume, por su cuenta y de manera legítima, la responsabilidad de la gestión de gobierno ante los ciudadanos. En todo caso puede afirmarse que la personalidad con la que el Estado se inviste y actúa en el plano exterior, responde a una entificación distinta de la que se atribuye internamente a la administración pública para actuar como sujeto responsable de cara a los administrados.<sup>27</sup> Si bien la Administración sólo representa al poder ejecutivo dentro del marco de la división de poderes, también es cierto que es el único órgano estatal que establece vínculos instrumentales en relación con los sujetos gobernados.<sup>28</sup> Ni las asambleas legislativas, ni los órganos judiciales accionan de manera directa en la vida cotidiana del gobierno. Ahora bien, la citada administración sufre, en los esquemas federales, una disociación política y funcional que lleva a reconocer una entificación distinta entre sus diversos niveles: el federal, el estatal

<sup>27</sup> MORELL OCAÑA, Luis, "La personificación y otorgamiento de 'status' en el derecho administrativo. Rasgos generales del 'status' de los entes administrativos" en *Revista de Administración Pública, Madrid*, núms. 100 y 102, enero-diciembre, 1983, pp. 979-980.

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Román, *Curso de Derecho Administrativo*, (2 vols.), Ed. Civitas, Madrid, 1990, del T.I, pp. 23-30.

y el municipal; a cada uno de estos ámbitos corresponde un fenómeno de personificación independiente.<sup>29</sup>

Las afirmaciones del párrafo anterior nos ponen al borde de la negación del fenómeno estatal como realidad jurídica influyente en el plano interno; la unidad del Estado —como referencia ideal— no tiene una traducción práctica en el plano concreto de la acción gubernamental; a este nivel resulta mejor el concepto descriptivo de *poderes constituidos*; así, por ejemplo, cuando se trata lo relativo al tema del dominio público, aludimos al poder legislativo como órgano de definición de un régimen especial para los bienes que resultan afectados a las tareas públicas; en la definición de este régimen se comprende también la elaboración de los perfiles de atribución que determinan las afectaciones y también, desde luego, los problemas de jurisdicción. Al poder ejecutivo le corresponden las funciones de detentación, custodia, aprovechamiento y realización de los fines sociales que deben satisfacer los bienes del dominio público; también están a su cargo las acciones de recuperación en caso de pérdida. El judicial es meramente un poder externo a la relación con los bienes que componen el dominio estatal; su función sólo precisa cuando se suscita una controversia que trasciende los cauces administrativos, casi siempre de naturaleza recursal.

Según lo apuntado, el peso competencial más fuerte acerca del dominio público radica en la Administración; sin embargo, ni a esta última se le puede conferir una titularidad equiparable a la del derecho privado. Detrás del velo de la personificación de los entes estatales se trasluce con nitidez el asunto de la confrontación del estatuto público frente al privado. La personalidad de los órganos públicos no se define, salvo en el caso de las entidades que son propiamente empresas, bajo los mismos parámetros que se utilizan para el reconocimiento de los sujetos privados. En relación a estos últimos, existe una cierta tendencia a partir de la cual se admite que, surgiendo una base asociativa legítima y un patrimonio destinado al cumplimiento de un fin, la personalidad jurídica del sujeto es prácticamente concomitante.<sup>30</sup> En el terreno público los presupuestos de la personalidad son distintos, porque están engarzados a los propósitos generales del gobierno y porque los órganos estatales no admiten una definición de intereses

<sup>29</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, (10), p. 64. En este autor el dominio público surge como un campo unitario y los bienes provisionales y municipales son únicamente producto de un destino especial.

<sup>30</sup> MORELL OCAÑA, *op. cit.*, (27), pp. 978 y 979.

propios, sino que siempre se perfilan como estructuras de representación o de servicio. Aún en sus rasgos más técnicos, los entes administrativos conservan elementos que remiten su naturaleza al campo específico de la función política y del papel de la autoridad. Son precisamente estos datos los que impiden seriar a los órganos de gobierno con otros sujetos con los que entablan relación y, al mismo tiempo, los que obligan a regular la supraordinación que el estatuto del derecho público reconoce a los órganos estatales.<sup>31</sup>

La tesis de la doble personalidad del Estado, a partir de la cual se intenta fundar la dualidad de sus estatutos jurídicos de acción, tiene rasgos sofisticados. Según las proposiciones de esta tesis, el Estado se desdobra para su ejercicio y puede, en diversas circunstancias, actuar como autoridad a través de relaciones supraordinadas, o bien, desenvolverse en el plano privado a través de vínculos de coordinación —léase contractuales— con los particulares.<sup>32</sup>

Habría —según estos postulados— una especie de consustanciación del Estado con los sujetos privados en los supuestos en que actúa sin la investidura de autoridad. Desde este punto de vista, se afirma que la propiedad pública admite un corte transversal que deja, por una parte, los bienes que la Administración detenta a nombre de la colectividad y con la investidura de autoridad —en cuyo caso se sitúa al dominio público—; por otro lado, deben ubicarse aquellos bienes que no están destinados a la satisfacción de una necesidad pública y que, entonces, pertenecen al órgano público a título privado. Respecto de estos últimos bienes la Administración tendría que ser considerada como cualquier propietario del derecho privado.

La tesis de la doble personalidad del Estado tiene tintes fantasiosos que provienen del desconocimiento de la atipicidad que guardan los órganos públicos en relación con las instituciones del derecho privado. El Estado —en tanto Administración Pública— tiene en realidad una personalidad continua que conserva tanto en sus actos públicos como en aquéllos que más se asemejan a los negocios de los particulares. Por donde quiera que se le trate, la Administración aparece como un sujeto asimétrico que no puede participar en los asuntos privados a través de móviles exclusivamente lucrativos. Incluso en el terreno del llamado dominio privado del Estado, la vinculación con los bienes

<sup>31</sup> GARCÍA TREVIJANO, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, (3 vols.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, t. II, vol. 1, pp. 329-343.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 327.

que integran esta vertiente patrimonial presenta rasgos peculiares que derogan principios privados importantes; en este caso puede hablarse de situaciones de semi-mercantilidad en razón de la situación de los bienes, pero si el problema se mira desde la perspectiva del Estado, difícilmente se podría concluir que se trata de un vínculo de propiedad llanamente considerado. Insistimos, el Estado no puede fungir como propietario porque este tipo de titularidad debe su sentido a las determinaciones mercantiles del mundo privado.

Ahora bien, cuando el Estado se distiende y en su función interventora participa de manera directa en los procesos económicos, da origen a entes paraestatales cuya condición de funcionamiento se finca en su autonomía de gestión que, a su vez, supone la atribución de una personalidad independiente y de un patrimonio desligado de los criterios tradicionales del dominio público. Este desdoblamiento de la personalidad pública del Estado es el que mejor demuestra que, desde la perspectiva de una Administración Pública central, no es posible ensayar una vinculación horizontal con los agentes jurídicos privados. Así, bajo este reconocimiento, la Administración debe decantar su perfil de autoridad y semejarse lo más posible a un sujeto privado; este símil, sin embargo, nunca logra un efecto de transustanciación perfecto, porque el ente paraestatal, así se trate de una empresa, conserva sesgos de su origen público. El estatuto personal del ente por lo pronto se conserva; por ejemplo, si efectivamente se trata de una empresa como hemos expuesto, el régimen mercantil perdura como regulador fundamental de su actividad; no obstante, su encuadramiento paraestatal modula el régimen original. Incluso, puede afirmarse que se suscita una *recepción* del régimen mercantil en el plano público, y que este proceso convierte las normas comerciales en parte del gran estatuto público por lo que se refiere a las entidades paraestatales de carácter empresarial.<sup>33</sup>

Tratando de visualizar al Estado —léase en este caso Administración— como titular del derecho de propiedad, éste acusa la carencia de voluntad en el sentido que la tienen los sujetos privados. La administración sólo puede actuar bajo la directriz de una habilitación legal previamente establecida; su función discrecional debe ser en realidad una excepción. Instalado como norma, el principio de legalidad deroga cualquier determinación libre de los entes públicos, consecuentemente, es difícil sostener la subsistencia de un derecho que, como la propie-

<sup>33</sup> MORELL, OCAÑA, *op. cit.*, (27), pp. 973-975.

dad, se basa precisamente en la libre disposición sobre los bienes apropiables, definida por el orden jurídico a favor del propietario.

La identidad entre la discrecionalidad que se confiere a los propietarios privados y la determinación apriorística que el principio de legalidad implica, es imposible; de hecho, se trata de dos datos que marcan la diferencia formal entre el mundo público y el mundo privado a partir de la entronización del racionalismo jurídico en occidente. Todo el perfil del Estado de Derecho descansa sobre la base de la contención de la acción pública a través del criterio de la definición de atribuciones expresas a los poderes constituídos: en cambio, la integridad de la vida privada supone la libre iniciativa de los sujetos como garantía final de su acción en el mercado: libre movimiento, libre determinación de sus obligaciones y de sus ocupaciones, son la condición ineluctable para la realización privada del sujeto.

Bajo la parte visible del principio de legalidad descansa el *desiderátum* político más importante de la cultura institucional moderna: la juridización del ejercicio del poder, aunada al carácter representativo de los órganos públicos. A partir de este corolario debe buscarse, con un criterio ecléctico, qué elementos dogmáticos de la técnica de los derechos reales son rescatables para explicar el vínculo entre la Administración Pública y los bienes dominiales, y cuáles tendremos que apartar de manera definitiva de la explicación, en atención a los datos peculiares que proceden de la naturaleza diferenciable de los sujetos públicos.

## 2. Los bienes "dominiales"

La idea de que existen bienes que por su naturaleza deben considerarse como integrantes del dominio público no llegó lejos dentro de la doctrina del derecho administrativo contemporáneo. En general, existe consenso sobre el hecho de que es el legislador quien define a través de sus actos la naturaleza dominial de ciertos bienes.<sup>34</sup> Establecido este parámetro es factible continuar el discurso y asegurar que, si la "dominialidad" es llanamente un *status* jurídico, está sujeta, como todos los contenidos valorativos que establece el legislador, a las variaciones históricas que marcan la evolución de los fenómenos culturales. De manera muy precisa Luciano Parejo estableció el sen-

<sup>34</sup> *Vid.*, MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, (10), pp. 26 y 43; Cfr. MAYER, Otto, *op. cit.*, (11), p. 91

tido general que han experimentado estas mutaciones, refiriéndose concretamente a los cambios resentidos en la función de los bienes "dominiales". Parejo apunta: "no se trata ya tanto —como ocurría en el siglo XIX y principios del actual— de un conjunto constitutivo del sustrato físico de usos colectivos sobre el que el Estado despliega una función de mera policía para salvaguardar su destino, cuanto del resultado de la acción positiva de conformación social a la que dicho Estado está obligado..."<sup>35</sup>

La historicidad del dominio público obliga a consignar el tránsito del Estado gendarme al Estado benefactor; en el primer caso, el dominio público funge como un verdadero margen de excepción en el que se incluyen solamente los bienes de un evidente uso colectivo; es decir, los que caben en una óptica restringida del uso común y del servicio público. Con el Estado conformador —o interventor— el horizonte del dominio público se amplía y adquiere una finalidad de carácter providencialista. La propiedad pública opera entonces como una plataforma que sustenta las tareas de política económica que el Estado define para sí y adquiere un sentido que la orienta, paulatinamente, hacia la función empresarial de los órganos públicos. También cabe destacar que, en el auge intervencionista, crece la dimensión material y cualitativa de los servicios públicos, porque en la orientación del ejercicio político se privilegia el gasto social del Estado con un afán redistributivo y de recomposición de la demanda, generalmente menos elástica que la oferta en los períodos de sobreproducción.

Los relevos transitorios que el Estado opera en el plano económico no pretenden desplazar los mecanismos mercantiles en crisis, sino solamente fortalecerlos a partir de correcciones temporales.<sup>36</sup> Hoy, por ejemplo, en el mundo existe una reivindicación generalizada de la espontaneidad del mercado y una exigencia correlativa que presiona fuertemente para obtener el repliegue del Estado "benefactor" o "providente", como se ha dado en llamarle. El cierre o reducción de los espacios públicos provoca también un reajuste en la concepción del dominio público que, poco a poco, reasume su nivel de margen modesto donde se acotan solamente los bienes de uso común. La propiedad

<sup>35</sup> PAREJO, Luciano, *op. cit.*, (21), p. 2380.

<sup>36</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "Derecho Económico: un nuevo espacio metodológico para la reflexión jurídica" en vol. col. *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del derecho*. Comp. J. Witker, Ed. Porrúa, México, 1987, pp. 49-90.

pública pierde, nuevamente, el carácter de herramienta política del Estado en los procesos de conformación social.

Si bien el dominio público resiente como institución jurídica los vaivenes de la vida política, también es cierto que se trata de un régimen resistente cuya continuidad está garantizada precisamente por el carácter complementario que mantiene en relación con las actividades mercantiles. Existe sobre todo un núcleo de bienes —los de más difícil acceso para los sujetos privados— que mantiene el sentido original del instituto y lo preserva contra las mutaciones del aparato público. Esto no quiere decir que los bienes de uso común se reputen, por su naturaleza, como bienes del dominio público; no por ser perdurable su condición dominial deja de ser producto de una determinación histórica; su continuidad señala solamente la sobrevivencia paralela del mercado, pero de ninguna manera su perpetuidad.

La dominialidad define sus rasgos a partir de la extrapolación en contrario de los datos que se atribuyen a la cosa privada. Así, si el bien en sentido jurídico se caracteriza por su circulabilidad y por su accesibilidad, el dominio público se significa, justamente, por las condiciones contrarias: inalienabilidad e inaccesibilidad para los sujetos privados. Los bienes dominiales no pertenecen al Estado, como a veces se afirma, en realidad constituyen un margen donde la apropiación no es un fenómeno posible; por lo menos la apropiación que sigue los cauces naturales del derecho civil. Definido el dominio público como región de neutralidad lucrativa, es necesario abundar sobre el sentido político de la institución, porque si no logra definirse a partir de los datos de la vida privada, debe tener sus secretos adosados a la esfera pública. De aquí parten las tesis —en mi concepto adecuadas— de que una teoría cabal del dominio público debe erguirse a partir de la formulación de un concepto especial de *cosa pública*.<sup>37</sup>

La *ratio* interna de la dominialidad no se define a partir de su funcionalidad con relación al mercado, porque el núcleo de bienes de uso común que compone su sustrato principal, delineó su vocación colectiva antes de que los fenómenos mercantiles se perfilaran como codificadores principales de la vida moderna. El dominio público es una institución que se bosqueja desde la perspectiva de la función pública y no, de inicio, en consonancia con las necesidades civiles. La inaccesibilidad de los bienes públicos está orientada a especificar la exclu-

<sup>37</sup> PAREJO, Luciano, *op. cit.*, (21), p. 2405; MAYER, Otto, *op. cit.*, (11), pp. 112 y 113.



sión de cualquier intención dirigida a individualizar su aprovechamiento en detrimento del provecho colectivo. El nexo que vincula los bienes que integran la dominialidad a los órganos públicos se origina en la capacidad que a estos aparatos se reconoce para preservar su afectación colectiva. A diferencia de lo que sucede con la propiedad privada, que se acota como garantía contra la injerencia confiscatoria del Monarca absoluto, el dominio público se yergue como una barrera contra la individualización de ciertos bienes ligados a un destino comunitario.

En una etapa posterior el Estado se arroga la suplantación —o, en el mejor de los casos, la representación— de la dimensión comunitaria.<sup>38</sup> Con el Estado al frente, el dominio público se va asimilando paulatinamente al patrimonio de las Coronas europeas, hasta constituir una pieza importante para la práctica de la política regalista de los monarcas absolutos. Este proceso sólo se interrumpe con el surgimiento del Estado moderno, cuyas nuevas pretensiones de legitimidad devuelven la conciencia de que la detentación de los bienes dominiales es sólo instrumental y que su destino final es el servicio a la comunidad, en cuyo nombre actúan los órganos estatales.

Otto Mayer se acerca mucho a la esencia de la dominialidad cuando refiere que la cosa pública es objetivación en sí misma de la función pública.<sup>39</sup> Se trata de un fenómeno de representación material del interés público que también admite una lectura en sentido inverso: en la medida que la cosa se alinea en el curso de acción de un órgano público, deja de ser simplemente un dato material para convertirse en una función, es decir, en un elemento de la tarea pública.<sup>40</sup>

Luciano Parejo, que también se pronuncia por el concepto específico de *cosa pública*, destaca que la relación que involucra la dominialidad presenta una doble arista. En uno de sus ángulos esta relación es un vínculo real o, en términos más llanos, una relación de propiedad; desde otra perspectiva, es además una liga que involucra la actuación del Estado como poder y por tanto, el dominio público surge como fase representativa y actual de la relación política del Estado con los ciudadanos.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> MAYER, Otto, *op. cit.*, (11), p. 96.

<sup>39</sup> *Ibidem.*

<sup>40</sup> *Ibidem.*, pp. 114-115.

<sup>41</sup> PAREJO, Luciano, *op. cit.*, (21), p. 2397.

Del concepto de *cosa pública* se ha querido partir para consolidar la existencia de una *propiedad administrativa*, que resultaría un derecho real peculiar, definido en los marcos estatutarios de derecho administrativo.<sup>42</sup> Para establecer el concepto de *propiedad administrativa* es necesario forzar el concepto de propiedad privada y dilatar sus márgenes técnicos para revestir realidades que no se avienen con su esencia genuina. La propiedad administrativa no existe, sencillamente porque la Administración Pública no puede ser propietaria en sentido real. Esta afirmación no contraviene, sin embargo, el reconocimiento de que la dominialidad entraña una fórmula de apropiación; sólo que en este caso la relación jurídica que se finca es compleja y no se agota con la determinación de los polos *sujeto* y *cosa*. La relación dominial tiene una composición más parecida a la que ostentan los negocios fiduciarios.<sup>43</sup> El órgano público que detenta la titularidad de los bienes *afectados* al cumplimiento de la función pública, no se debe a sí mismo en su gestión, sino que tiene que realizarla de conformidad con ciertas atribuciones recibidas *ex profeso* y siempre atendiendo al interés de los administrados. Llevando la analogía hasta el extremo, resulta que en el caso de la propiedad pública, las atribuciones del órgano estatal están conferidas por los mismos beneficiarios a través del proceso legislativo. En el fideicomiso es perfectamente posible la identidad del fideicomitente y del fideicomisario.

Tal como sucede en el negocio fiduciario, en el caso del dominio público es factible aprovechar elementos dogmáticos de la técnica de los *derechos reales* y, a través de un paralelismo difícil, reciclar al mundo del derecho público algunos elementos procedentes del derecho civil. Así, se habla de la controvertida *propiedad fiduciaria*, que confiere al sujeto gestor algunos de los atributos que corresponden en la legislación civil al propietario. La fiduciaria tiene a su favor las acciones reales para recuperar la cosa y mantiene también la exclusividad en el aprovechamiento del bien, aunque no puede darle un destino libre, en virtud de que el negocio fiduciario impone la obligación de cumplir con la afectación que motivó el establecimiento del fideicomiso. Cabe destacar que la *propiedad fiduciaria* es oponible, no como derecho real, sino a consecuencia de las obligaciones contractuales, al

<sup>42</sup> *Ibidem.*, p. 2396; MAYER, Otto, *op. cit.*, (11), pp. 116 y 117.

<sup>43</sup> Cfr., FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 1977, p. 352.

fideicomitente, que, durante la vigencia del negocio no tiene a su favor más provecho que aquel definido en el contrato.

En el caso de la dominialidad se presenta una estructura muy semejante; la Administración cumple, respecto de los administrados, un papel similar al que se encomienda a una fiduciaria cuando existe identidad entre el fideicomitente y el fideicomisario. A nombre de la colectividad garantiza, para el mismo grupo, la preservación del disfrute general de determinados bienes o, en otros casos, su permanencia dentro de un cauce de afectación. Para cumplir con las atribuciones que le obligan a gestionar el interés colectivo, la Administración queda dotada para recuperar los bienes dominiales, para impedir en general el acceso de los particulares a través de sus intentos de individualización y, en último caso, para organizar una cierta rotación en el destino de las afectaciones, si así lo demanda el interés público. A esto último algunos autores han dado en denominarle *tráfico público* o *circulación de derecho público*.<sup>44</sup>

En otro sentido, no sólo la Administración garantiza la afectación de los bienes dominiales, sino que éstos, en cuanto estatuto especial e inaccesible, otorgan también protección y seguridad a la función pública. De esta afirmación puede despegar otra que se refiere al carácter relativo de la in comerciabilidad de los bienes públicos. Los bienes dominiales no están por su naturaleza marginados del tráfico privado; su exclusión se debe al destino especial que demarca la afectación, por lo tanto, la comerciabilidad que resulta compatible con el destino público no debe ser inhibida; lo mismo sucede con la eventual reintegración de los bienes dominiales al tráfico privado por vías prescriptivas<sup>45</sup> como lo establece con precisión García de Enterría en su clásico *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*.

El reconocimiento de la prescripción adquisitiva a partir de la posesión inmemorial se sustenta en un medio extremo de prueba: la presunción que produce el tiempo transcurrido en favor del poseedor sin

<sup>44</sup> PAREJO, Luciano, *Op. cit.*, (21), p. 2401; MAYER, Otto, *op. cit.*, (11), p. 155 y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Ed. Civitas (Cuadernos), Madrid, 1988, pp. 21-22.

<sup>45</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, (2), p. 138. Cabe apuntar que en el derecho mexicano no existe ningún resquicio que pudiera abrir la posibilidad de la usucapión sobre los bienes que integran el dominio público. La preservación dogmática del principio de la inalienabilidad absoluta expone al régimen a la violación sin atenuaciones. Siempre es deseable un grado de flexibilidad en las proposiciones jurídicas que ayude a conjugar la norma con la realidad que regula.

que la cosa de que se trate haya estado de hecho afectada al cumplimiento de una función pública.<sup>46</sup> La admisión del hecho posesorio se traduce en una consecuencia aún mayor, porque, en realidad, el asunto que se somete a cuestión es la posibilidad de que el legislador pueda definir en términos dogmáticos la extensión del coto dominial. Quien cree que la voluntad del legislador es un dato histórico y limitado, no puede aceptar que exista una razón capaz de anticipar de manera absoluta la extensión de la función pública; por tanto, no es dable reconocer al legislador la posibilidad de precisar el contenido dominial sin considerar el orden insoslayable de los hechos. La desafectación tácita de un bien al cumplimiento de una función pública durante un número considerable de años, necesariamente debe llevar a la afirmación de que ese bien dejó, hace tiempo, de considerarse una cosa pública. Así, el dominio público no debe caracterizarse como un universo sin resquicios, se trata más bien de un ámbito móvil, cuya integración obedece a las necesidades instrumentales de la función de gobierno.<sup>47</sup>

La inaccesibilidad y la in comerciabilidad de los bienes que integran el dominio público, no procede, entonces, de las características especiales de las cosas, sino de las exigencias de la función pública. Los bienes dominiales se encuentran fuera del horizonte mercantil en tanto benefician la gestión política de los órganos estatales. La irreductibilidad de las cosas públicas deviene del carácter político de su origen y constituye, a fin de cuentas, la prueba de la insuficiencia del mundo privado —o sociedad civil— para abarcar, por sí mismo, la fase de la satisfacción de las necesidades colectivas.

No por escasos son menos interesantes los puntos de vista de quienes cuestionan las peculiaridades del dominio público. Entre los juristas españoles es González Berenguer el que con más pasión intenta demostrar que la dominialidad es un mito de los iuspublicistas y que, en realidad, sus datos distintivos sólo son razones aparentes para distanciar este tipo de bienes del marco general de la propiedad privada.<sup>48</sup>

Las "notas mayores" que aportan identidad a la institución del dominio público son, según González Berenguer, la imprescriptibilidad y la inalienabilidad; ambos datos, sin embargo, admiten derogaciones

<sup>46</sup> *Ibidem.*, pp. 28-29.

<sup>47</sup> *Ibidem.*, p. 136.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ BERENGUER, José L., "Sobre la crisis del concepto de dominio público", en *Revista de Administración Pública*, No. 56, mayo-agosto de 1968, Madrid, Esp., p. 193.

importantes; los bienes dominiales son prescriptibles a través de la posesión inmemorial y son enajenables si se cubre el requisito de la desincorporación o desafectación. Así, si las cualidades distintivas de la dominialidad son en realidad accidentales, la diferencia específica con la propiedad privada no subsiste en los criterios de fondo.<sup>49</sup>

González Berenguer con sus tesis desdibuja de un plumazo la dimensión pública; en sus reflexiones no cabe un concepto de cosa distinto a la noción privada de bien y ni siquiera admite la trabazón de los bienes dominiales en relación con el tipo de necesidad social que satisfacen. En ocasiones, es cierto, una necesidad colectiva puede colmarse a partir de la enajenación de un bien público; en estos casos es perfectamente justificada la desincorporación y no por ello es menester desacreditar la existencia de un margen dominial de neutralidad lucrativa. A pesar de sus excesos González Berenguer ilustra de muy buena manera la insuficiencia de un cuerpo dogmático incipiente, a partir del cual alguien intentara justificar la existencia del dominio público a partir solamente de las llamadas "notas mayores": inalienabilidad e imprescriptibilidad. La localización de los bienes dominiales tiene la accidentalidad que les confiere la dependencia de sentido que guardan respecto a la función pública.

El dominio privado de la Administración, en cuanto parece un tipo de propiedad perfectamente identificado con el modelo civil, merece también un comentario desde la perspectiva de los circuitos públicos. A pesar de que en este caso los bienes de que se trata se encuentran prestos a reencauzarse mercantilmente, su condición no es idéntica a la de los bienes en el sentido del derecho privado, porque la Administración mantiene la peculiaridad de sus rasgos y los márgenes que la distancian de las relaciones en el campo civil. El interés patrimonial de la Administración no puede fácilmente reconducirse al terreno del interés privado, que se orienta finalmente por el criterio del valor de cambio. El dominio privado de la Administración tiene siempre un fuerte resabio de transitoriedad; los bienes que lo componen se encuentran solamente de paso bajo la detentación de los órganos públicos. O bien estos bienes proceden de algún acto unilateral de los particulares en favor del Estado o, en su defecto, se encuentran en trayecto de enajenación o de afectación. La enajenación la determina, casi siempre, la falta de idoneidad del bien para cubrir una función pública dentro del coto dominial. La afectación, por su parte, obedece a los

<sup>49</sup> *Ibidem.*, p. 222.

requerimientos instrumentales de las funciones de servicio. Si las premisas apuntadas valen, el dominio privado de la Administración es una zona accidental de traslado para determinados bienes que fluyen hacia el terreno del dominio público, o bien, que lo abandonan. No es propiedad en sentido clásico, porque su circulación patrimonial carece de la intención mercantil que sustenta el criterio de la propiedad moderna.

Técnicamente, sin embargo, el dominio privado de la Administración sería muy similar a la propiedad privada si no fuera porque la Administración acarrea su propio estatuto jurídico para todos los actos que realiza. Ni siquiera las enajenaciones de los bienes del dominio privado quedan exentas de este poder atrayente del poder público. Las normas administrativas se dilatan de manera increíble y siempre ocasionan una derogación aquí u otra más allá a las normas del derecho privado, cuando la Administración participa como polo en alguna relación jurídica con los particulares. En el caso del dominio privado, la vertebración del instituto obedece a la lógica de los derechos reales; pero todo el contexto que reviste la determinación técnica obedece a un régimen público que, tarde o temprano, influye sobre el sentido de la institución privada.

### III. EL DOMINIO PÚBLICO MEXICANO

#### 1. *Las fórmulas constitucionales.*

La fórmula de la *propiedad originaria* de la Nación sobre las tierras y aguas que componen el territorio es, en sí misma, un vestigio del regalismo español. El vínculo entre el Estado y el territorio, definido bajo el signo del derecho de propiedad ya bien entrado el presente siglo, responde más a una alegoría política que a una forma concreta de apropiación. La *propiedad originaria* es una especie de potestad patrimonial, a partir de la cual el poder público arbitra las relaciones de propiedad y determina el destino final de los recursos estratégicos. No se trata, entonces, de un modo concreto de propiedad sino de una facultad política. La atribución original de los bienes apropiables del territorio al sujeto *Nación*, revela, de parte del Constituyente, la intención de perfilar una relación abstracta entre un sujeto ideal como la Nación y un objeto material como el territorio. En el regalismo genuino, en cambio, la Corona asumía de manera directa la propiedad

de las tierras realengas del territorio; la relación, entonces, se establecía entre un sujeto concreto y un objeto de igual dimensión. Sin embargo, en el artículo 27, la relación se idealiza; la Nación es solamente un presupuesto político que remite al pueblo organizado. En sí misma la Nación no puede ejecutar actos materiales de dominio; para realizarse políticamente requiere de un proceso de establecimiento institucional a través del cual se concreten los poderes públicos.<sup>50</sup>

La *propiedad originaria* es un símbolo a través del cual se perfila el poder de un Estado sobrepuesto a la sociedad civil. Como signo, esta forma primigenia de atribución es la respuesta mexicana al pasado colonial y a las prácticas desnacionalizadoras del porfiriato en materia de concesiones sobre recursos naturales. La *propiedad originaria* se traduce en capacidad del régimen para reasumir el control del proceso político, a partir del manejo centralizado de los recursos apropiables. Como forma elemental de soberanía, la *propiedad originaria* confiere al poder público la posibilidad de definir el régimen de apropiación sobre la base de un control público continuo. A partir de la *propiedad originaria* existen otras formas de propiedad, éstas sí concretas: la propiedad privada, la propiedad de la Nación o dominio directo y la propiedad de las comunidades campesinas y de los núcleos de población ejidal. El dominio público en sentido estricto se encuentra fuera del horizonte del artículo 27 constitucional, pues este precepto se refiere exclusivamente a recursos naturales de la plataforma continental, a los zócalos de las islas, a los minerales, a los hidrocarburos y a las aguas marítimas interiores que, por su importancia, quedan fuera de la legislación local. Estos bienes, considerados en conjunto, integran lo que la doctrina llama "dominio público especial", expresión referente a los recursos concesionables para su aprovechamiento privado.<sup>51</sup>

Ni la propiedad de las entidades federativas ni la que pueden detentar los municipios quedaron incluídas en el artículo 27 constitucional. Sobre el dominio público en sentido estricto existe, sin embargo, una referencia en el artículo 132 de la Constitución. En este precepto el constituyente se refiere exclusivamente a los bienes inmuebles de uso

<sup>50</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "Proceso constitucional y relaciones de propiedad. Notas para el análisis del caso mexicano", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, No. 11, Anual, 1987, México, pp. 228 a 233.

<sup>51</sup> Vid., ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *El Dominio Público. Su Naturaleza Jurídica*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, pp. 61 a 70.

común y a los destinados de manera directa a un servicio público. La disposición constitucional no pretendió establecer en forma cerrada el contenido de la dominialidad, sino más bien fijar el presupuesto de la jurisdicción federal sobre los bienes que en su contenido enuncia. Respetando un prurito federal exige que los bienes que en lo sucesivo se integren a una función de servicio o al uso común por parte de la federación, sólo se sujetarán a la jurisdicción de ésta última con el consentimiento de las entidades federativas en donde los bienes se sitúen.

El *dominio directo* —párrafo 4º— y la propiedad de la Nación —párrafo 5º— encuentran en los efectos que les atribuye el artículo 27 constitucional su identidad. El párrafo 6º del precepto citado atribuye en ambos casos el carácter de malienables e imprescriptibles a los bienes en cuestión; a ambos la Constitución los considera integrantes del *dominio de la nación*.<sup>52</sup> En el proyecto original del Constituyente no existía ninguna zona de explotación exclusiva por parte del Estado; todos los recursos comprendidos en el dominio de la nación eran, en principio, objeto de aprovechamiento privado a través de concesiones.<sup>53</sup>

El dominio directo o propiedad de la Nación, más que un derecho de propiedad en sentido estricto, es en realidad un mecanismo de control central sobre el destino final de los recursos naturales por parte del Estado. Se trata de una fórmula para graduar y arbitrar la explotación de los mismos, restándole a los particulares una potestad plena para decidir sobre el destino final de estos bienes. La institución que se comenta es inexplicable sin el antecedente de la política desnacionalizadora que se practicó en las primeras etapas de la dictadura porfirista; de hecho, se trata de una reacción directa que, sin embargo, no es completamente obra del régimen revolucionario; ya en el crepúsculo de la dictadura se había iniciado una política legislativa de recuperación, a través de la cual se resintió una merma en la amplitud de las concesiones otorgadas en los primeros años porfiristas.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Vid., MORINEAU, Óscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, Ed. F.C.E., México, 1948, pp. 199-242; Cfr. con VÁZQUEZ DEL MERCADO, Alberto, *Concesión minera y derechos reales*, Ed. Porrúa, México, 1946, pp. 55-60.

<sup>53</sup> La explotación exclusiva en materia de hidrocarburos se introdujo en 1940; en materia de suministro de energía eléctrica en 1960 y por último, en 1975 se adoptó la exclusividad en torno a la explotación de minerales radioactivos.

<sup>54</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "El litigio del Tlahualilo: presagio de un derecho de propiedad sin arrogancia", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 14, Anual, 1990, México, pp. 190-194.

De tal modo se agudizó la reacción del Constituyente contra las prácticas privatizadoras del período antecedente, que el contenido de sus disposiciones fue recalcitrante en el énfasis patrimonialista de los preceptos. Así, bajo el signo exacerbado del nacionalismo surgido en los años finales de la dictadura, se negó, por el legislador secundario, la posibilidad de que los concesionarios de bienes del dominio directo pudieran adquirir derechos reales sobre los recursos que explotaban. Este *desiderátum* marcó en el país la inhibición de alguna manifestación técnica en torno a la tesis de los *derechos reales administrativos*.

El dominio directo, como fórmula jurídica, remite a la vieja biparticipación de las facultades del propietario que se verificó en el mundo medieval; sólo que en el caso mexicano el dominio útil se extravía de la dimensión de los derechos reales y queda convertido simplemente en una facultad de naturaleza personal a favor del sujeto concesionario. Detrás de esta institución no descansa el criterio del aprovechamiento lucrativo por parte del Estado, sino la necesidad de amarrar las decisiones de política económica a un centro público que ofreciera las condiciones de impulso que no podían obtenerse del mercado.

En México, el dominio público surge determinado por la carencia correlativa de relaciones patrimoniales modernas. Primero, durante la época colonial, predomina un ambiente de tinte patrimonialista en el que la propiedad privada se define en términos precarios, siempre a la zaga del título primigenio de la Corona sobre los terrenos realengos. La definición de un derecho de propiedad mediatizado por el criterio del Monarca y por el intento permanente de inhibir el surgimiento de impulsos autónomos de parte de los colonizadores, impidió el desarrollo de un espacio civil capaz de disolver el contexto corporativo que caracterizó a la sociedad virreynal. La propiedad de los pueblos tuvo una suerte mejor, porque la Corona protegió las unidades comunales y respetó los bienes de aprovechamiento común.<sup>55</sup>

Las instituciones que se ensayaron en los primeros años del México independiente pagaron buen tributo a sus antecedentes virreynales. En materia de propiedad se estableció un enlace entre las disposiciones sobre tierras realengas y la legislación sobre terrenos baldíos. La *Ley sobre ocupación y enajenación de terrenos baldíos* del 22 de julio

<sup>55</sup> Vid., PALLARES, Jacinto, (Comp.) *Legislación Federal Complementaria del Derecho Civil Mexicano*, Ed. Tipografía Román Riveroll, México, 1897, pp. VI-XVI (de la Introducción). Cfr. con VERA ESTANOL, Jorge, *Cuestiones Jurídico-Constitucionales*, Ed. del Autor, México, 1923, pp. 19-20.

de 1863, refleja de manera evidente la forma en que "el Supremo Gobierno general" suplanta en la función de árbitro de los recursos fundarios a la Corona Española.<sup>56</sup> En un contexto parecido, pero con un impulso más favorable hacia las compañías deslindadoras, la Ley del 26 de marzo de 1894 planteó en su artículo 14 la novedad de enunciar algunos bienes que no resultaban susceptibles de enajenación ni de ser adquiridos por la vía prescriptiva. La Ley se refiere a las playas, la zona marítima, la zona de protección del cauce de los ríos navegables y los terrenos donde se encontraran ruinas arqueológicas.<sup>57</sup>

Los antecedentes patrimonialistas del Estado mexicano prefiguran y enmarcan el sentido del dominio público en el país. Aquí la dominialidad no obedece a una función complementaria del hemisferio civil, sino que se inscribe en la lógica del arbitraje central de los recursos apropiables. Técnicamente, el perfil peculiar lo confiere la forma específica en que la noción de propiedad se proyecta sobre la dominialidad. En Europa, el influjo que recibe la noción de dominio público, procedente del derecho civil, se nutre de un concepto moderno: el de la propiedad privada. En México y en algunos otros pueblos ligados por el colonialismo hispano, la noción de propiedad que se proyecta sobre la institución del dominio público es la que procede del regalismo y del contexto patrimonial de los estados absolutos. Entre nosotros es difícil convencer con la tesis que desconoce la naturaleza propietaria del dominio público, precisamente porque en la conciencia de nuestro medio jurídico tiene todavía gran peso la noción patrimonialista que procede de los tiempos coloniales.

No es lo mismo definir el dominio público desde la perspectiva de una sociedad civil consolidada, que realizar el mismo ejercicio, pero desde la óptica de una sociedad dependiente que recoge sus impulsos siempre del aparato estatal. En el primer caso, el dominio público se bosqueja en contraste directo con la propiedad privada; en el segundo, la dominialidad se entremete en una maraña de controles públicos y termina inmersa, como una fase difícilmente armonizable con la propiedad primigenia de la Nación, que funciona como origen común de todas las formas de apropiación vigentes en el régimen mexicano.

<sup>56</sup> Ley sobre ocupación y enajenación de terrenos baldíos en *Colección de Códigos y Leyes Federales. Tierras Bosques, Aguas, Ejidos, Colonización*. Ed. Herro, México, 1910, (colección ordenada por Aniceto Villamar), pp. 53 a 160.

<sup>57</sup> Ley sobre ocupación y enajenación de terrenos baldíos, en *Ibidem*, pp. 161-180.

Cuando nos hemos acostumbrado a llamar *propiedad originaria* a un fenómeno político de control y de arbitraje, es difícil no continuar por el mismo camino en tratándose de la dominialidad. La propiedad pública, entonces, trabajosamente se destaca del conjunto de recursos alineados bajo la perspectiva de la acción conformadora y absorbente del Estado. En el ambiente patrimonial del Estado mexicano el dominio público queda unido a las nociones clásicas de uso común y servicio público, pero además, se proyecta hasta el terreno estrictamente constitucional del Estado, ofreciéndose como un vehículo de afianzamiento para el poder público en su labor constructiva del mundo privado.

## 2. Los ejercicios legislativos

### 2.1 La Ley del 18 de diciembre de 1902

La primera ley que define su objeto en el terreno franco de la dominialidad es la *Ley de inmuebles de la Federación* que se publicó en el *Diario Oficial* del 18 de diciembre de 1902. A partir de la expedición de este cuerpo legislativo se inicia la construcción de un régimen propio para los inmuebles públicos, fuera de los alcances restringidos de la codificación civil. Cabe apuntar que la importancia que radica en esta ley fue solamente aceptada de manera tímida en la introducción de la iniciativa que redactó Limantour. Según lo que se expuso entonces, la Ley no pretendía resolver los problemas jurisdiccionales ni pronunciarse en este sentido a favor de la federación: su propósito era simplemente clasificar el patrimonio inmueble de la federación y otorgar las bases jurídicas para establecer un régimen administrativo confiable.<sup>58</sup>

La ley acepta una dualidad fundamental: establece por una parte, la existencia de un margen dominial, al que pertenecen *exclusivamente* los bienes de uso común, y, por otra, la presencia de un patrimonio de la Hacienda Federal, al que se le otorga, en cuanto a su situación jurídica, una equivalencia plena con la propiedad civil.

Los bienes de uso común —o del dominio público de la federación, según la ley— son: el mar territorial; las playas; la zona marítima-terrestre; los puertos, bahías y radas; los ríos y esteros que la Ley del

<sup>58</sup> Iniciativa de la Ley de Inmuebles de la Federación, de 1902, redactada por el secretario de Hacienda, José I. Limantour.

5 de junio de 1888 clasificó como vías generales de comunicación: lagos y lagunas flotables o navegables, la zona de protección de las aguas y ríos federales; los caminos y carreteras de comunicación federal; canales y zanjas adquiridas por el gobierno para la irrigación; las plazas y paseos públicos construídos por la federación; diques, muelles, escolleras y malecones; mantos y bosques federales; monumentos artísticos e históricos y ruinas arqueológicas. Como se observa en esta larga enumeración los bienes inmuebles destinados a la prestación de un servicio público no quedan incluidos en el margen de la dominialidad, sino que fueron clasificados dentro de los bienes propios de la Hacienda Federal.<sup>59</sup>

Como protección especial para los bienes del dominio público se estableció —artículos 10 y 13— la inalienabilidad, la imprescriptibilidad, la inembargabilidad y, por último, la inexpropiabilidad. A la prohibición de enajenar se hace una excepción por el mismo legislador: pueden ser transferidos aquellos bienes que fueron destinados al uso común por disposición de autoridad, sí y sólo sí, dejan de ser útiles para la función de beneficio colectivo a la que se encuentran afectados. En general, la desincorporación debe realizarse por acuerdo del Congreso de la Unión; el Ejecutivo puede hacerla discrecionalmente sólo cuando se trata de alinear, mejorar o embellecer caminos y lugares públicos. (Artículos 10 y 11).

En cuanto a su aprovechabilidad, los bienes del dominio público pueden ser concesionados, pero, en ningún caso los beneficiarios adquieren derechos reales sobre los mismos. Las concesiones por más de veinte años deben autorizarse por el Congreso de la Unión. De los bienes de uso común que no están sujetos a algún aprovechamiento especial puede disfrutar cualquiera, sin perjuicio ni exclusión de tercero (artículos 9 y 15).

Por lo que respecta a los bienes de la Hacienda Pública, la ley dispuso una bipartición y dió distinto trato a los que se encuentran afectados al cumplimiento de una función pública, respecto de aquéllos que no lo están. Para los bienes destinados a un servicio, la ley delineó una protección con las siguientes defensas: imprescriptibilidad, trasmisibilidad restringida a través de la desafectación, inembargabilidad e inexpropiabilidad. Los bienes no sujetos a una misión de servicio son, por tanto, enajenables, si bien con ciertos requisitos ad-

<sup>59</sup> Ley de Inmuebles de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de diciembre de 1902, pp. 7-13, en especial los capítulos I a III.

ministrativos; son prescriptibles, aunque con un plazo duplicado en relación con la prescripción del derecho común. Por último, son también ejecutables. (Capítulo III).

La ley consagró el *decreto* de destino como única vía de la autoridad para afectar de modo formal un bien determinado a una función de servicio. Los actos vinculados al destino por la misma mecánica del decreto son el cambio de destino y la desafectación. En conjunto, todo lo que se conoce como tráfico público de los bienes dominiales quedó sujeto al requisito de la declaratoria formal de la autoridad (Artículos 20 y 21). A veces, la certeza que proporcionan los actos de forma estricta tiene el inconveniente de provocar actitudes de soslayo en relación con el carácter cambiante de la realidad. La ausencia de revisión casuística puede arriesgar una función pública porque, al no prestarse protección dominial a los bienes que de hecho funjan como instrumentos de esa tarea, se les expone a una posible individualización a través de los actos de los particulares.

Vista a distancia la clasificación de la Ley, parece que el legislador dividió artificialmente la zona de la dominialidad, al sustraer de su contexto los bienes afectados a una función de servicio público; los llevó en cambio a una zona semejante al dominio privado, de la cual tuvo nuevamente que distraerlos, para otorgarles un régimen muy similar al de los bienes de uso común.

Teleológicamente, la Ley de Inmuebles de 1902 puede considerarse ya un instrumento legislativo de la etapa de reacción a la política de concesiones generosas que se practicó por el gobierno dictatorial en los inicios del período porfirista. El acento nacionalista de la Ley de 1902 se percibe en la referencia que efectúa el legislador a la cuestión minera, donde reitera que el dominio eminente de los criaderos de minerales pertenece a la nación. De algún modo este artículo intenta compensar el efecto privatizador sobre la explotación de ciertos minerales que otorgó la Ley minera de 1892. Otro rasgo de afianzamiento del poder público, perceptible dentro de la ley es, sin duda, la forma categórica en que declara como integrantes del dominio público federal las aguas que la Ley del 6 de junio de 1888 había apenas señalado como de *jurisdicción federal*. El legislador de 1902 dió con esta declaración un giro definitivo para conseguir el arbitraje central de los recursos hidráulicos más importantes del país. De hecho, esta tendencia fue un presagio vívido de lo que posteriormente se cimentaría en el contenido del párrafo 5º del artículo 27 constitucional.

Los acentos nacionalistas de la Ley de 1902, no se identifican solamente en los hechos apuntados; también la forma en que la ley amplía la dimensión de los bienes dominiales en relación con los que demarcaba la Ley sobre terrenos baldíos de 1863, constituye un avance muy significativo. A la zona dominial se incorporan bienes tan importantes como los que constituyen la infraestructura básica de los puertos y los caminos federales, así como los elementos sustanciales para la irrigación. De todos los perfiles que rezuman nacionalismo dentro de la ley, quizá el más acendrado se refiere al criterio a partir del cual se niegan derechos reales a los concesionarios de los bienes susceptibles de aprovechamiento privado. La ley de 1902 inaugura en este terreno una tradición mexicana que se conserva hasta la fecha como signo de potencia a favor de los órganos públicos.

Si algún defecto notorio hay que apuntar en relación con la ley de 1902, es la falta de una distinción precisa entre los bienes que integran el núcleo dominial básico —es decir, las cosas afectadas al uso común, y aquellos bienes que componen el apartado del "dominio público especial", o sea, los que son susceptibles de aprovechamiento privado a través de concesiones. Tal como fue terminada la redacción de la ley de 1902, da la idea de que cualquier bien del dominio público federal podría, eventualmente, ser objeto de un acto de concesión, con el consecuente perjuicio para los sujetos que tienen definido el acceso general a los bienes de uso común.

## 2.2 1944: año de la primera *Ley General de Bienes Nacionales*

Desde el 1º de mayo de 1917, fecha en que entró en vigor la Constitución de Querétaro, hasta el mes de julio del año de 1944, en que inicia su vigencia la primera *Ley General de Bienes Nacionales*,<sup>60</sup> las disposiciones de la ley de 1902 se mantuvieron como instrumento normativo eficaz en la materia dominial. Cabría, sin embargo, hacer la aclaración de que algunas materias del "dominio público especial", como las aguas, el petróleo y las minas, habían sido objeto del desarrollo de sendos regímenes particulares, congruentes con la nueva realidad constitucional.

La Ley de 1944 perseguía, según afirmación del Ejecutivo en la Exposición de Motivos de su Iniciativa, establecer un marco adecuado

<sup>60</sup> Ley General de Bienes Nacionales, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de agosto de 1944.

para conjugar la materia dominial con las disposiciones constitucionales atinentes; particularmente, los artículos 27 y 132 de la Carta fundamental.<sup>61</sup> Sobre este intento, vale decir que su formulación revela un diagnóstico adecuado de la ruptura que se produjo entre los objetivos reformistas de la Constitución de Querétaro y la tradición dominial mexicana, que en la primera mitad del siglo XX no revelaba ningún espíritu innovador en el terreno social.

El acercamiento entre el artículo 27 constitucional y la nueva Ley de Bienes Nacionales, se plantea a partir de la incorporación a la dominialidad de los bienes enunciados en los párrafos 4º y 5º del precepto citado. Con este encuadramiento se pretendía: a) definir de una vez que el *dominio directo* no era solamente una fórmula para regular el aprovechamiento privado de estos bienes, sino al contrario, una propiedad en sentido estricto. Bajo el signo del dominio, el Estado quedaba en legítima libertad de elegir el concesionar para su explotación los bienes en cuestión, o bien, llevar a cabo, por sí mismo, las explotaciones y, b) esclarecer que el Estado sería capaz de negarse a concesionar los bienes de dominio directo, si así lo consideraba conveniente; para ese efecto definió el Constituyente la institución de la *reserva*.<sup>62</sup>

Sobre este asunto hay que tener presentes las variaciones en relación con el sentido que se atribuía al *dominio directo* en 1917, época en la que quizás se pensaba efectivamente en un instituto que permitiera al Estado la recuperación del control sobre la explotación de los recursos naturales, y las concepciones sobre el *dominio directo* que se tenían ya en el año de 1944. Para entonces, había transcurrido la administración cardenista con todo el influjo que generó el llamado Nacionalismo Revolucionario. A la luz de esta corriente, el Estado había iniciado su camino empresarial sobre las áreas estratégicas; el primer paso lo dio con la expropiación petrolera en el año de 1938. Para 1940, el artículo 27 constitucional se reformó y en su contenido se introdujo la explotación exclusiva por parte del Estado en materia de hidrocarburos.

Otro punto de contacto con la Constitución lo intentó el legislador de 1944 al clasificar los terrenos baldíos dentro del dominio privado de

<sup>61</sup> *Ibidem*, Exposición de Motivos, pp. 2-3.

<sup>62</sup> MORINEAU, Óscar, *op. cit.*, (52), *loc. cit.*

la Federación. Al tratarse de cosas cuya función principal consiste en dotar de propiedad a los particulares, se consideró que no podían ser bienes a los que se clasificara dentro de la dominialidad.

Las innovaciones técnicas de la Ley de 1944 son cuantiosas y al mismo tiempo trascendentes, porque a hombros de las instituciones que define se han desarrollado las dos leyes ulteriores. La Ley de 1944 introdujo, por ejemplo, la noción de *patrimonio* para referirse a la universalidad compuesta por los bienes del dominio público y del dominio privado de la Federación. El concepto *patrimonio* es una categoría de origen eminentemente privado, que está vinculada en su sentido último a la institución de la responsabilidad civil. Asimismo, existe un nexo que algunos han querido calificar de indisoluble entre los conceptos de patrimonio y de persona. Referir el patrimonio público a la Federación, equivale a personificar en ésta última al titular de la universalidad de bienes clasificados por la ley. La Federación es el conjunto de entidades federadas y la representación constitucional unitaria de éstas últimas en el plano internacional; pero la Federación, como tal, no corresponde a los Poderes Federales, considerados como realidades concretas. Incluso, si se analiza el contenido de la Ley de 1944, resulta obvio que en su articulado el legislador definió facultades específicamente para el ejercicio de la Administración Pública (Artículos 9 a 15).

El legislador de 1944 asumió el riesgo de consumir la suplantación del sujeto Nacional —al que alude la Carta fundamental como titular *originario* y como titular del *dominio directo*— por el de Federación. En el primer caso, era claro que la Asamblea Constituyente aludía a la entidad ideal que conforma el pueblo políticamente organizado; en el segundo supuesto, la referencia recae sobre la situación que concreta un pacto político de entidades autónomas. La Administración Pública, como gobierno, representa la intención actualizada de los gobernados, en tanto no se aparta de los imperativos de la ley; la Federación, en cambio, no representa bajo ninguna circunstancia la voluntad ciudadana, sino que se refiere llanamente a un acuerdo de unificación para gobiernos de dimensión regional. Si Nación es totalidad, Federación sólo quiere decir separación de competencias entre dos órdenes distintos de acción gubernativa. La Nación supone la integridad política, es decir, la representación de los intereses generales en materias definidas para el ámbito federal y, también, la representación de los intereses locales en relación con la competencia de las Entidades Fe-



derivativas. La totalidad nacional tiene, en síntesis, dos niveles: el federal y el local. Con la definición de la titularidad federal, el legislador de 1944 no hizo sino reforzar el criterio centralista bajo el que se organiza el régimen mexicano. Pero no sólo eso; cuando el titular es la Nación, nos transportamos a la dimensión comunitaria, así sea a través de los criterios del gobierno representativo; en cambio, cuando la titularidad se atribuye a la Federación, arribamos de lleno a la dimensión del aparato, es decir, a la estatización completa del vínculo dominial.

La Ley de 1944 propone, eso sí, un sistema lógico para dividir el dominio de la Federación en un ámbito público y otro privado. Al ámbito público se remiten los bienes dominiales que consignaba la ley de 1902, pero se agregan: los bienes de dominio directo y propiedad de la Nación a los que aluden los párrafos 4º y 5º del artículo 27 constitucional; los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público; las servidumbres, cuando el predio dominante sea un inmueble del dominio público; cualquier bien declarado inalienable e imprescriptible por alguna ley especial y, de manera muy destacada, los bienes *muebles* que por su naturaleza no resultan sustitibles. (Artículo 2º).

Los bienes de uso común, únicos a los que la Ley de 1902 parecía atribuirles el carácter dominial, son considerados por el legislador de 1944, sólo una categoría más dentro de la totalidad del dominio público. (Artículo 17).

La dominialidad quedó esbozada en la ley en cuestión, a partir de las siguientes notas: inalienabilidad, imprescriptibilidad e imposibilidad de su recuperación a favor de los particulares a través del ejercicio de la acción reivindicatoria o de posesión. (Artículo 8º). En el nuevo perfil de la dominialidad nada se dice acerca de la inexpropiabilidad de estos bienes, por lo que, a nuestro juicio, queda abierta la posibilidad de que ante un interés público de carácter preponderante, se llegue a verificar sobre estas cosas un acto análogo a la expropiación. No todos los bienes dominiales quedarían expuestos a una irrupción de esta naturaleza, sino sólo aquéllos que fueran incorporados a través de un acto de la autoridad administrativa.

En relación con el dominio público la Administración queda fuertemente investida de competencia; a ella corresponde: declarar cuando un bien integra la dominialidad; expedir decretos de *destino*, de cambio de *destino* y de desincorporación; tramitar los recursos adminis-

trativos que se plantean por la vía contenciosa, y otorgar concesiones, anularlas y revocarlas. (Artículos 9º y 28).

El dominio privado de la Federación quedó integrado como zona de traslado para los inmuebles que van a dejar el dominio de la Federación, por no considerarse adecuados para servir a alguna tarea pública. La protección a esta zona "patrimonial" es mucho menos plena que la otorgada por la ley de 1902. Son bienes prescriptibles, aunque a plazos duplicados; enajenables, si bien tienen que seguirse cursos administrativos especiales y desde luego, gravables. Estos bienes pueden ser objeto de todos los contratos civiles excepto de la donación y el mutuo cuando los beneficiarios fuesen los particulares; es posible, en cambio, enajenarlos a entidades federativas y a Municipios a título gratuito.

Para los muebles del dominio privado se esboza un sistema de control y reciclaje a través de la práctica de inventarios y de la implantación de mecanismos adecuados de baja.

Entre los planteamientos más importantes de la Ley se encuentran los relativos a la jurisdicción, que mejor debía ser llamada competencia. El legislador desarrolló al respecto el esbozo que sobre este tema contiene el artículo 132 de la Constitución; sólo que acentuó aún más el criterio centralista, al redondear la competencia federal sobre los bienes del dominio público ubicados en el territorio de las entidades federativas. Para ello, sin embargo, se requiere el consentimiento —expreso o tácito— de las legislaturas locales. Cuando exista negativa, el bien se mantiene dentro de la dominialidad federal, aunque sujeto al régimen local en lo que respecta a su situación fiscal e inmobiliaria. (Artículo 5º).

Uno de los rasgos inconsecuentes de la ley es sin duda el señalamiento de la obligatoriedad de la competencia de los tribunales federales para conocer de los litigios que se ventilen sobre los bienes de patrimonio federal, sean públicos o privados. En relación con los bienes dominiales esta pretensión es razonable, pero en tratándose de los bienes del dominio privado no tiene la misma justificación; porque si el legislador asume que existe una vertiente patrimonial regulada por el derecho común, en estos casos, el Estado —o la Federación, como dice la ley— estaría actuando con el carácter de un sujeto privado. Sin embargo, de nueva cuenta prevalece el criterio centralista que campea en las leyes mexicanas; detrás de la salvedad al sometimiento de la Federación al fuero común, subsiste la convicción de que

ésta no debe sujetarse al juicio de una autoridad local, así se trate de una cuestión donde la Federación no compromete su investidura pública.

En materia de concesiones, la Ley de 1944 extiende la convicción que dominaba en la doctrina jurídica oficial en relación con el carácter precario y nunca real que se confiere al derecho del concesionario. La reconstrucción del argumento que sirve de apoyo a esta afirmación, podría sintetizarse así: el dominio directo es auténtica propiedad definida por el Constituyente a favor de la Nación; en cambio, lo que podría reputarse como dominio útil, no es en realidad propiedad sino una prerrogativa personal, temporal y revocable, en virtud de que la inalienabilidad del dominio directo de la Nación es una categoría tan plena, que impide la transferencia de los atributos reales que contiene la propiedad.<sup>63</sup>

Uno de los datos genuinamente originales de la primera *Ley General de Bienes Nacionales*, es la referencia al patrimonio de los "establecimientos públicos". Con esta expresión, todavía poco precisa, el legislador interpela a lo que después va a convertirse en el sector paraestatal de la Administración Pública Federal. Ya en la década que se produjo la ley, había surgido el fenómeno de la paraestatalidad con fuerza propia y, para responder a la nueva realidad, se expidió por el Congreso la *Ley para el Control por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal*.<sup>64</sup>

Desde 1944, las leyes que han estado vigentes para regular la materia dominial han abierto una brecha de ambigüedad en relación con los bienes que integran el patrimonio de las entidades paraestatales. Siendo capaces estos sujetos jurídicos de detentar por sí un patrimonio propio que en todo momento tiene como referencia la personalidad que el orden jurídico les confiere, no se entiende por qué una ley de bienes nacionales establece, de manera general, un *status* similar al que tienen los otros bienes integrantes de la dominialidad. Los bienes de los organismos descentralizados, en tanto se encuentran afectados a una función de servicio público, se consideran bienes de dominio público de la Federación y, por lo tanto, inalienables e imprescriptibles. Si hacemos caso a la literalidad de los preceptos legales habría que concluir que determinados bienes están sujetos a una doble titularidad;

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Diario Oficial de la Federación*, publ. 31 de diciembre de 1947.

son, al mismo tiempo, bienes dominiales de la Federación y bienes integrantes del patrimonio de la entidad paraestatal. Esta ambigüedad no siempre se resuelve hacia el terreno dominial; desde 1944 se aceptó que los bienes en cuestión pudieran gravarse y, concretamente, desincorporarse de hecho del dominio público. Esta solución parece justa, en virtud de que no tendría lógica sacrificar en buena medida la capacidad de gestión de los organismos descentralizados, inmovilizando su patrimonio. Lo más adecuado en estos casos es que el problema de la circulabilidad de estos bienes quede resuelto en las leyes o decretos orgánicos de la entidad. Realmente no tiene caso entremeter la materia de los patrimonios paraestatales en una Ley de Bienes Nacionales.

La Ley de 1944 mantiene una estructura deductiva a partir de las nociones generales de patrimonio de la Federación, dominio público y dominio privado. En pos de estas categorías básicas se ordena el desarrollo de los preceptos normativos. Como materias especiales destacan la atribución de competencias a distintas dependencias de la Administración Pública centralizada; la resolución de los asuntos jurisdiccionales, el establecimiento de un recurso administrativo a favor de los particulares; la regulación de las concesiones y permisos sobre inmuebles, y el establecimiento de un Registro Público de la Propiedad Federal.

En el trabajo de los legisladores de 1944 se encuentra la pieza más importante para la caracterización del régimen dominial en nuestro país; las dos leyes posteriores sobre esta materia simplemente se han dedicado a desarrollar y pulir un tanto sus principios; ninguna, sin embargo, realiza una alteración sustancial como veremos.

### 2.3 La Ley de 1969; un ajuste veinticuatro años después

La *Ley General de Bienes Nacionales de 1969*,<sup>65</sup> en realidad es solamente una revisión retocada de la Ley de 1944. Más que buscar nuevas formas para orientar las decisiones del régimen dominial, el legislador quiso resolver el problema de la adecuación de la Ley con las competencias definidas en la *Ley de Secretarías y Departamentos de Es-*

<sup>65</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 30 de enero de 1969.

tado de 23 de diciembre de 1958.<sup>66</sup> Como materias nuevas en relación con el acotamiento dominial, destacan las siguientes:

a) Precisión del dominio público marítimo: se incluyen en los bienes dominiales la plataforma continental, los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes y el suelo del mar territorial y de las aguas marítimas interiores;

b) Se flexibilizó el criterio de la afectación formal de los bienes a un destino de servicio público y el legislador aceptó la afectación práctica o de hecho. Con ello extendió la protección dominial a aquellos bienes que, sin reconocimiento expreso de la autoridad, cumplen funciones instrumentales en relación con el desarrollo de la gestión pública.

c) Se efectuó una distinción importante entre los bienes eclesiásticos, confiriéndose un trato especial a los que procedan del mecanismo de nacionalización al que se refiere la fracción II del artículo 27 constitucional. En estos casos los bienes quedaron clasificados en el dominio privado de la Federación, y

d) Se delineó un perfil más preciso del patrimonio monumental y, especialmente, se desarrolló una enunciación muy completa de los bienes muebles insustituibles.

Una materia que la ley de 1969 modificó y que conviene destacar por su importancia, es la relativa al *rescate* de las concesiones. Desde la ley de 1944, la institución del rescate asumió una conformación técnica muy similar a la de la expropiación por causa de utilidad pública. El *rescate*, como la expropiación, tiene que estar motivado por una necesidad colectiva y, en todo caso, el sacrificio del titular del derecho —en una situación el propietario, en la otra el beneficiario de la concesión— está sujeto a compensación a través de un pago indemnizatorio. La *peculiaridad* del rescate estriba en que la vuelta de los recursos concesionados al gobierno federal, apareja lo que propiamente podría denominarse la expropiación de los bienes que son necesarios para la explotación o el aprovechamiento en que consiste la concesión. En la ley de 1944 el rescate sólo funciona cuando el Estado, previamente, había adquirido por las vías del derecho común,

<sup>66</sup> Iniciativa Presidencial de la Ley General de Bienes Nacionales, Gustavo Díaz Ordaz, Presidencia de la República, s.p.i., s.t., p. 2.

la unidad industrial correspondiente. La ley de 1969 radicaliza los efectos del *rescate* y dispone que la transferencia de los bienes instrumentales al objeto de la concesión se verifique de pleno derecho, al gobierno federal. En todo caso, el particular tiene que recibir una compensación justa por la pérdida de sus bienes; la determinación del monto la deja el legislador a la opinión de peritos y a la resolución judicial en caso de controversia.

Tal como se pergeña el *rescate* por el legislador de 1969 semeja una vía de nacionalización, en el sentido que se le otorga contemporáneamente a este concepto. Si el Estado pone en juego el *rescate* generalizado en una determinada rama industrial y se niega en lo sucesivo a concesionar este tipo de explotaciones, habrá operado en los hechos una nacionalización. Este esquema estuvo seguramente presente en la intención del presidente López Portillo, cuando en los considerandos del decreto de Nacionalización de la banca privada, adujo una reversión de concesión. En aquel caso, sin embargo, el gobierno estaba suponiendo la legitimidad de concesiones que acusaban un vicio original. La actividad de banca nunca había sido expresamente conferida a los órganos públicos por la Constitución; en consecuencia, las concesiones otorgadas no eran plenamente legales, por eso, el decreto de nacionalización terminó siendo un acto expropiatorio de naturaleza vulgar y no una declaratoria de rescate.

La Ley de 1969, permite al concesionario sobre el que recae una declaratoria de rescate, salvar aquellos bienes destinados a la explotación que el Gobierno Federal no considere necesarios para el aprovechamiento sucesivo. Esta y la indemnización son las únicas garantías que el legislador define a su favor.

En relación con los bienes que pertenecen a los organismos descentralizados, la ley preservó el error de la de 1944 y los consideró dentro de la dominialidad, aunque, justo es mencionarlo, especificó con mayor claridad la posibilidad de su desincorporación a través de una vía más flexible. En lugar de exigirse el acuerdo del Ejecutivo Federal, la decisión sobre las enajenaciones se dejó en los órganos de la entidad a los que su propia ley o decreto de creación habilitaran para tal efecto. (Artículo 23, Frac. VII).

La zona del dominio privado de la Federación en materia de inmuebles quedó menos definida como zona provisional de traslado. El legislador de 1969 perfiló un régimen a partir del cual se ejerce mayor presión sobre la Administración para que ésta recicle estos inmuebles

a funciones de servicio público y, sólo en último extremo, los transfiera a los particulares. En la Ley de 1944 la prelación era inversa: primero debía buscar la Administración la posibilidad de la enajenación y, después, el reciclaje hacia las funciones de servicio público. Para la Ley de 1969, en principio, deben tratarse de colocar entre las dependencias federales, después entre las entidades federativas y los municipios, finalmente, si se decide que los bienes sean enajenables, el legislador hace un último intento por mantenerlos en una zona de provecho colectivo y dispone que se enajenen preferentemente a los órganos paraestatales que tienen a su cargo la construcción de vivienda popular. (Artículos 36 y 37).

#### 2.4 Apuntes sobre la ley vigente

La *Ley General de Bienes Nacionales* de 1982<sup>67</sup> continúa el desarrollo de la materia dominial en absoluta congruencia con las dos leyes que la antecedieron. En términos generales conserva los mismos principios y su semejanza estructural es también notoria; sin embargo, la nueva ley produjo algunos cambios interesantes para el análisis, a saber:

En el trabajo de construcción de su objeto y de decantación de la materia dominial, el legislador de 1982 aportó solamente una precisión mayor en relación con los monumentos arqueológicos, dejando en claro lo que ya hacía tiempo flotaba como convicción en el ambiente jurídico mexicano: la propiedad dominial sobre bienes muebles e inmuebles declarados por el legislador monumentos arqueológicos. (Artículo 2º, Frac. VII).

En cuanto a los bienes inmuebles, se especificó en la Ley de 1982 que aquellos fundos de propiedad de la Federación susceptibles de aprovecharse para la solución de problemas habitacionales, tendrían también que considerarse como bienes del dominio privado de la Federación. Esta novedad se vincula y se enmarca en otra que representó la transformación más significativa de cuantas introdujo el legislador de 1982: me refiero al cambio del estatuto protector de los inmuebles del dominio privado que, al amparo de la Ley anterior, eran sólo inembargables pero sujetos a los procesos prescriptivos, así se alargasen al doble los plazos de las normas ordinarias. En la Ley vigente, en cambio, los inmuebles del dominio privado adquieren el carácter de

<sup>67</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 8 de enero de 1982.

imprescriptibles y conservan, además, el de inembargables. El cambio limita significativamente la circulabilidad de este tipo de bienes; si a este hecho le añadimos que, para realizar las enajenaciones, la autoridad administrativa tiene que seguir una larga lista de prelación atinentes al reciclaje de estos bienes en los circuitos públicos, el dominio privado de la Federación queda definido más como una *cuasi-dominialidad*, que como un derecho de propiedad en sentido privado. (Artículos 3º y 58).

La imprescriptibilidad de los bienes del dominio privado protege la *eventual* vocación pública o colectiva de estos bienes. Con esta previsión el legislador intentó evitar conflictos generados por la interposición de acciones prescriptivas, en relación con bienes que ocasionalmente serían destinados a la construcción de vivienda popular o al aprovechamiento de tipo urbanístico.<sup>68</sup>

Estructuralmente la nueva ley presenta algunas innovaciones importantes. Se adicionó un capítulo completo con las normas relativas a la adquisición de bienes inmuebles. En este nuevo apartado se refundieron las disposiciones que estaban sueltas en la ley anterior y, además, se redondeó el régimen perfilando con un gran detalle la participación de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología en las transacciones inmobiliarias a nombre de la Federación. La pretensión del legislador está; dirigida al establecimiento de una política inmobiliaria absolutamente centralizada; incluso la realización de obras mayores sobre los inmuebles federales quedó en poder de la SEDUE. Esta intención vale, como política legislativa, más para la Administración central que para la paraestatal. La carencia de personalidad jurídica que se extiende como dato uniforme a todas las dependencias de la Administración centralizada, dificulta la acción de la SEDUE como gran operadora inmobiliaria; quizás hubiera resultado mejor desvincular lo referente a las funciones de política inmobiliaria federal, de aquellas que inciden sobre la parte estrictamente operativa del tráfico sobre inmuebles. Para esta segunda función hubiera resultado mejor un organismo de composición más definida hacia lo empresarial.

En el capítulo de adquisiciones inmobiliarias se introdujo un mecanismo de tipo autoritario para garantizar al Gobierno Federal, ante situaciones adquisitivas verificadas por los cauces civiles, la ocupación

<sup>68</sup> *Vid.* Díaz y Díaz, Martín, "Arbitraje y transformación en las relaciones de propiedad. El caso del Fideicomiso Bahía de Zihuatanejo" en *Alegatos*, núm. 8, enero-abril, 1988, revista trimestral del Depto. de Derecho de la UNAM-A, pp. 34 a 40.

de inmuebles donde subsisten ocupaciones privadas, procedentes de contratos como el arrendamiento u otros que transfieran la posesión —total o parcial— del bien. En estas situaciones la ley marca un plazo máximo de un año para la desocupación de los sujetos privados y autoriza a la autoridad administrativa a una acción extrajudicial y coactiva para obtener ese propósito. La única garantía para los ocupantes privados es el pago de una compensación por la afectación de su derecho. (Artículo 13). La aplicación de este precepto podría ser impugnada eventualmente por la vía del amparo, porque en la forma que se encuentra planteado priva de la garantía de procedimiento previo a los sujetos afectados.

Otro de los capítulos novedosos en la ley de 1982 es el que se refiere a la Zona Federal Marítimo-Terrestre y a los terrenos ganados al mar. La institución, con variantes, existe desde la época colonial; sin embargo, ninguna Ley había abierto un espacio normativo especial para referir a detalle sus situaciones. Gran parte del capítulo está dedicado a los criterios de mediación y a los ajustes que provocan los cambios en la pleamar. Hay también un énfasis encomiable en dejar muy clara la competencia de la SEDUE en relación con la aplicación de este capítulo de la Ley. En la óptica teleológica destaca un nuevo criterio de comprensión sobre la importancia estratégica de esta zona; ya no se trata sólo de ponderar su importancia militar, sino, muy significativamente, el peso económico que radica en los litorales. Comercio marítimo, actividad pesquera y turismo, son tres rubros de actividad vinculados consustancialmente con la explotación de la zona federal de que se trata. (Artículo 50).

En relación con la zona federal en los litorales la ley establece un mecanismo de composición de intereses que resulta digno de mención. Cuando existan variaciones en los límites y algún inmueble que se reconocía de propiedad particular queda ubicado dentro de la zona federal marítimo-terrestre acotada bajo los criterios de la Ley; de pleno derecho, esos dominios "pierden el carácter de propiedad privada". No se especifica por el legislador ningún elemento compensatorio; la salida que se deja a los propietarios afectados es la de ser considerados en forma preferente como concesionarios del terreno que ocupan sus construcciones dentro de la zona federal. Este es, desde luego, un criterio difícil de avalar desde el punto de vista de la técnica jurídica; sobre todo cuando conocemos que, en la práctica, se sostienen absurdos como el de fincar concesiones sobre una parte indivi-

sible de un inmueble, cuya porción principal no fue alcanzada por las modificaciones de la pleamar; entonces, el propietario sigue siendo el titular de la porción principal del inmueble y sólo concesionario de la construcción o del predio que, según la nueva ubicación de los límites, queda comprendida dentro de la zona federal.

La Ley de 1982 descaminó lo que había avanzado la de 1969 en tolerancia a la autonomía de los organismos descentralizados. Según la ley vigente, los inmuebles de las entidades paraestatales que están afectados a una función de servicio, deben considerarse dominiales cuando se destinen a "infraestructura, reservas, unidades industriales, o estén directamente asignados o afectados a la exploración, explotación, transformación, distribución o que se utilicen en las actividades específicas que tengan encomendadas conforme a sus respectivos objetos..." (Artículo 34, frac. VI). Extrañamente, el mismo precepto excluye los inmuebles destinados a oficinas, sobreentendiendo que los mismos no están ligados sustantivamente a sus "respectivos objetos". La enajenación de los bienes que integran el patrimonio de los organismos descentralizados a los que nos hemos referido en este párrafo, requieren, en todo caso, la desincorporación formal para su enajenación. En estricto derecho, no son bienes gravables y, por lo tanto, no pueden involucrarse en las estrategias financieras de los organismos como garantía de crédito. La enajenación de los bienes patrimoniales de estos organismos que no están en el supuesto de la fracción VI del artículo 34 de la Ley, mantiene un estatuto de mayor flexibilidad, que no de completa libertad.

El legislador de 1982 hizo una excepción con las entidades paraestatales cuyo objeto fundamental es "la adquisición, desarrollo, fraccionamiento o comercialización de inmuebles". En estos casos las enajenaciones deben atenerse a normas especiales que deberá expedir la SEDUE y a lo dispuesto en los instrumentos de creación de las entidades. (Artículo 9º). La excepción de referencia enmarca coherentemente en la intención del legislador: facilitar el tráfico de inmuebles destinados a la satisfacción de necesidades urbanas y de vivienda, al tiempo que se intenta otorgar una mayor protección a los bienes que transitoriamente se encuentran en calidad de reserva territorial o habitacional.

En la Ley de 1982 las concesiones sobre inmuebles siguieron la línea de precariedad que las leyes mexicanas de esta materia han definido para los titulares de la concesión. En la Ley vigente existe un mayor

desarrollo del instrumental técnico que regula las concesiones, principalmente esto se advierte en la regulación de los plazos, de las prórrogas y de las causas de terminación. Los plazos se fijan con un máximo inicial de 20 años, pero sujetos, de acuerdo a las aportaciones del concesionario, a una renovación del título por otro período igual. La reversión de los bienes ligados a la explotación queda mucho mejor explicada y se fija de manera transparente como un derecho de la Administración al vencimiento del plazo de la concesión. Se mantiene, por otra parte, el criterio del legislador de 1969 en relación con el rescate de los bienes concesionados. Prevalece entonces la potestad amplia de la Administración frente a una capacidad muy reducida del concesionario para la defensa de sus intereses en caso de producirse el rescate.

Antes de concluir el análisis de la Ley de 1982, debe atenderse la forma precisa en que el legislador perfila la institución del *destino*; esa misma que la doctrina internacional llama de preferencia *afectación*. El *destino* regula para el beneficiario una capacidad de uso y aprovechamiento pero no de naturaleza *real*. Se trata más bien de un vínculo instrumental a través del cual las dependencias y entidades mantienen la exclusividad sobre una cosa determinada, pero siempre a nombre de la "Federación", como dice la Ley. En el caso de las dependencias, como carecen de personalidad jurídica, es lógico que no puedan identificarse como titulares patrimoniales; sin embargo, y no sucede lo mismo en el caso de los organismos descentralizados. Así, se produce la situación de que un organismo determinado puede, al mismo tiempo, mantener algunos bienes en destino y otros, en cambio, bajo la titularidad patrimonial. Unos y otros bienes pueden, por la ambigüedad de nuestra Ley, estar considerados como del dominio público de la Federación; pero, en el primer caso, la titularidad sencillamente pertenece a la idealidad federal, mientras que en el segundo, la titularidad es completa porque admite la sobreposición del título federal al meramente patrimonial que mantiene el organismo de que se trate.

Entre los casos más difíciles de doble titularidad se encuentra el del Distrito Federal. Al ser su órgano de gobierno un departamento administrativo y, por tanto, un órgano de la Administración Pública

<sup>69</sup> Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, publ. D.O.F., 29 de diciembre de 1978, artículo 32.

centralizada, resulta complicado explicar por qué esta dependencia tiene personalidad jurídica, según puede leerse en su Ley Orgánica.<sup>69</sup> El Departamento del Distrito Federal no sólo interesa por su personificación heterodoxa, sino también porque es un sujeto de imputación patrimonial y, según su Ley, tiene la titularidad sobre bienes del dominio público y del dominio privado. Así queden atribuidos a ese extraño sujeto que es el Departamento del Distrito Federal, estos bienes no pueden, por otra parte, considerarse al margen de los que constituyen el patrimonio de la Federación, porque el Distrito Federal es un ámbito impreciso desde el punto de vista de su autonomía gubernativa: el Departamento que se estableció constitucionalmente para su gobierno, es un órgano que no se distingue cabalmente de los órganos federales; en consecuencia, su dimensión personal y patrimonial es también cuestionable.

#### IV. UNA RECAPITULACIÓN CRÍTICA

##### 1. *Naturaleza del dominio público y sus circunstancias mexicanas*

Si bien es posible distinguir los rasgos de la dominalidad y diferenciarlos de los datos que componen el derecho de la propiedad privada, en México, toda la tradición legislativa se ha desarrollado bajo una intencionada convicción patrimonialista que persiste y define al dominio público estrictamente como propiedad.

##### 2. *Las peculiaridades mexicanas provienen de la Constitución vigente*

En tanto la Constitución de Querétaro presente el vínculo del Estado con el territorio bajo el perfil de la propiedad, es difícil entender que el dominio público pueda tener otros alcances técnicos y definirse como una institución que se construye al margen de la técnica y del concepto dogmático de los derechos reales.

##### 3. *El dominio mexicano no se coteja con la noción moderna de propiedad*

Si en los países europeos el dominio público encuentra su identidad precisamente en la confrontación con el concepto que da origen a la institución de la propiedad privada moderna, en México, cuando se

afirma que el dominio público es propiedad, no se hace referencia en estricto sentido a la institución moderna que lleva ese nombre, sino más bien a la fórmula patrimonial que deriva de las proyecciones coloniales y que se concreta en un sistema de arbitraje estatal centralizado de los recursos apropiables.

4. *Las "notas mayores" del dominio público obedecen aquí a una lógica peculiar*

4.a) La inalienabilidad significa en México no sólo la incapacidad de los poderes constituidos para transferir la propiedad de un bien público, sino también la imposibilidad de derivar derechos reales para los beneficiarios de los títulos de concesión; por esta razón, entre nosotros no puede prosperar una doctrina de los derechos reales administrativos.

4.b) La imprescriptibilidad, por su parte, no admite en el sistema mexicano ninguna excepción posible. La institución de la *posesión inmemorial* es desconocida en nuestro medio, como matiz y como realidad; por lo tanto, la imprescriptibilidad mexicana es absoluta y rotunda; no admite en contra ni siquiera la realidad.

5. *Los traslapes estatutarios no se encueneran adecuadamente resueltos en la legislación mexicana*

Los problemas de doble titularidad —entre la Federación y las entidades de la Administración Pública paraestatal y entre la Federación y el Departamento del Distrito Federal— subsisten como muestra de la insuficiencia técnica en el manejo de los contextos de pluralidad estatutaria. No existe a la vista una posibilidad coherente de solución, por lo que, los conflictos continuarán resolviéndose por la inhibición de la autonomía de los entes paraestatales, en ese caso; o por la prudente abstención de la Federación, en el otro.

6. *La mayor parte de los problemas teóricos en torno a la dominialidad proviene de una deficiente identificación de los sujetos titulares*

Pocas cosas son tan difíciles en el derecho público como la identificación puntual de los sujetos: El Estado es un concepto demasiado general para satisfacer las exigencias técnicas en el terreno de la imputación concreta y de la responsabilidad. La Nación, tampoco ofrece

ventajas en el campo operativo, pues es una noción que privilegia su sentido político sobre el jurídico. La Administración es una buena referencia operativa, pero como categoría de análisis, a veces empuja la visión política de los fenómenos públicos. La Federación, como reza la fórmula mexicana de atribución dominial, es una abstracción apócrifa, que quiere representar jurídicamente la integridad del Estado, pero sin abandonar su sentido genuino, que se refiere concretamente a la suma de los poderes federales constituidos. Estos poderes pueden ser titulares de la unidad constitucional del Estado, pero no de su "patrimonio".

7. *Una visión especial de lo "público" y lo "privado"*

En el modelo eurocéntrico, la bipartición del espacio social entre un hemisferio público y otro privado, tiene sentido en cuanto lo público, es decir lo estatal, se convierte en una zona funcional para lo privado, o sea, para el mundo civil. En México, como en otros contextos de antecedentes coloniales, lo público supone una dimensión en sí misma; lo estatal se autonomiza de lo civil y reivindica un espacio generador de carácter no subordinado. El Estado de Derecho, como modelo, es sólo una aspiración futura, no una determinación total para la conducta política.

8. *La peculiaridad del Estado Latinoamericano desemboca en un concepto especial de cosa pública*

Si toda la teoría del dominio público descansa en un concepto peculiar de *cosa pública*, una realidad estatal distinta a la del modelo eurocéntrico produce, por necesidad, una categoría de *cosa pública* peculiar. En Europa, son las concepciones de *función pública* y de *servicio público* las que se enlazan como un eje continuo para definir el tranfondo de la dominialidad. En México, como en otros países de América Latina, es la concepción patrimonial que allentan los Estados autoritarios, la que sostiene el tranfondo de la institución dominial.

9. *¿Marca el neoliberalismo el fin del dominio público como institución del Estado contemporáneo?*

En verdad parece que no; la dominialidad, por su docilidad ante el mercado y por su papel complementario, es un ámbito institucional

resistente a cualquier ajuste liberal del Estado. La estatización de un núcleo no rentable de bienes desestimula el sentimiento comunitario y la expectativa popular en relación con dicho núcleo. Así, la dominialidad es también un margen de seguridad que tienen las sociedades occidentales contra el crecimiento de las expectativas comunitarias.

#### 10. El dominio público de cara a la "modernización"

El ajuste del campo dominial en nuestro país no apunta hacia la desintegración de este instituto; más bien se orienta a la sustitución de la lógica corporativa y patrimonialista que deviene de la tradición política mexicana por otro criterio de *lege ferenda* que busca encauzar, ahora sí, el fenómeno estatal por los derroteros de la complementariedad mercantil.

## LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO: ASPECTOS JURIDICO-FILOSÓFICOS

Rafael ESTRADA SÁMANO

SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamentos filosóficos. III. La postura de la Iglesia. IV. La postura de la comunidad internacional. V. La postura de la legislación mexicana.

### I. INTRODUCCIÓN

El tema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, esas dos "sociedades perfectas", como las llama Michel Cruzet en su obra *Cuerpos intermedios*,<sup>1</sup> siempre espinoso y siempre presente, parecía un tanto aletargado en nuestro México. Recientemente, sin embargo, algunos hechos de todos conocidos —la invitación a varios prelados de la Iglesia Católica para asistir a la ceremonia de toma de posesión del presidente Salinas de Gortari, la mención de éste en su primer mensaje a la nación acerca de la necesidad de "modernizar" la relación entre el Estado que preside y la Iglesia, el anuncio de una segunda visita del Papa Juan Pablo II a México, el nombramiento por el Presidente de la República de un "representante personal" ante el mismo Sumo Pontífice y el cúmulo de comentarios y declaraciones que a raíz de todo esto se han suscitado— han vuelto a poner en un primer plano de interés este asunto.

La conexión del tema con derechos humanos fundamentales, tales como la libertad religiosa, la libertad de cultos y la libertad de conciencia, es evidente, pues la solución que en un medio social dado se encuentre y se establezca para las relaciones entre el Estado y la Iglesia, necesariamente incidirá en el grado de posibilidad legal y práctica para el ejercicio efectivo y desembarazado de esos derechos

<sup>1</sup> Citado por Victoria JÁCOME, en "Estado-Iglesia: de los agravios al diálogo", Revista *La Nación*, Núm. 1,799, México, D. F., 15 de marzo de 1990, p. 7.



fundamentales por los ciudadanos y las agrupaciones o asociaciones religiosas a que éstos pertenezcan.

Para ilustrar lo anterior y para ir centrando el tratamiento del difícil pero interesantísimo tema que se me ha encomendado, reproduzco algunos párrafos entresacados de la vigorosa protesta que un eminente jurista mexicano, don Manuel Herrera y Lasso, escribió en el atardecer del 23 de febrero de 1926 y que se publicó en la página editorial de "Excelsior" del siguiente día: "Hoy ha sido cerrado, en la Colonia Roma, el templo de la 'Sagrada Familia' a cuya sombra vivimos mi familia y yo":

El atentado tiene un límite. Cuando de él se pasa, el hombre que se respeta a sí mismo y que sabe que la vida, sin las razones de vivirla, no es estimable, tiene que poner un hasta aquí, aunque no sea sino para salvaguardia de la propia dignidad que no se compadece con la merma de los derechos fundamentales. Quien ante tal extremo no protesta, merece que se le tenga por desprovisto de cualidades viriles y por indigno de vivir en una sociedad humana.

Ya es tiempo de que la cobardía no se disfrace bajo el manto de la prudencia; ya es tiempo de que la fortaleza... sustituya a la pasividad atemorizada de quienes piensan que la mejor manera de contrarrestar el mal es someterse a él y que la defensa más eficaz del derecho consiste en contemporizar con los adversarios no sólo tolerándoles sus desmanes, sino saludándolos con la sonrisa del eunuco satisfecho.

La libertad religiosa, la libertad de conciencia, son de aquellas condiciones de vida espiritual que hacen tanta falta como, en la vida física, el aire que se respira. Ningún hombre que tenga conciencia de sí mismo y el respeto de su propia personalidad, puede tolerar los atentados a esas libertades, sin perder por ello mismo el derecho a una vida noblemente vivida... Yo desafío a todos los sabedores del Derecho Constitucional... a que resuelvan la antinomia de los textos constitucionales (artículos 24 y 27) que por una parte garantizan ampliamente la libertad religiosa y por otra autorizan el cierre de las iglesias, y a que demuestren que al clausurarse un templo y al privarnos con ello, a mí, a los míos y a mis vecinos de los servicios religiosos, no se viola, en perjuicios de todos nosotros, la libertad religiosa que, si no se ejercita, si no se traduce en actos externos y públicos, respetados por la

autoridad, es una de tantas mentiras de las que informan nuestra vida constitucional...<sup>2</sup>

Ahora bien, pretendo asediar el tema de esta exposición a la luz de las tesis y enseñanzas de la filosofía tradicional o perenne, llamada también del realismo moderado, corriente de pensamiento en la que por decisión personal y libre me he ubicado, por considerar que con su construcción milenaria y magnífica proporciona un conocimiento explicativo de lo real, a través de sus causas últimas y mediante la aplicación de los primeros principios de la razón, más exacto que el que otras escuelas filosóficas pueden proporcionar. Por lo demás, trataré de enfocar el problema a través de una triple exposición acerca de la solución que para él preconiza la Iglesia Católica, acerca de lo que la comunidad internacional ha establecido al respecto y, finalmente, acerca de la manera en que la legislación mexicana ha pretendido resolver esta importante cuestión, a las veces tan candente.

## II. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Previamente conviene recordar en forma breve algunos conceptos y principios filosóficos fundamentales.

En primer término, la tesis de que "el hombre se ve impulsado por su misma naturaleza a vivir en sociedad civil, en la que la autoridad considerada en su ser abstracto, viene de Dios inmediatamente; mas el sujeto en que reside primeramente es la comunidad". En efecto, "el hombre, por su misma naturaleza, tiende a vivir no sólo en familia, sino también en sociedad perfecta... Mas... en toda sociedad es indispensable elemento (o esencial, o propiedad y condición indispensable) la autoridad...".<sup>3</sup>

En segundo lugar, hay que tener presente que

El fin de la sociedad civil es la prosperidad pública temporal de todos sus miembros, subordinada al fin último, y consistente en dos cosas principalmente: la salvaguardia de los derechos y la abundancia de bienes humanos ofrecidos a la comunidad. Ya dijo-

<sup>2</sup> HERRERA Y LASSO, Manuel. *Estudios Constitucionales*, Editorial Polis, México, 1940, pp. 101 y 102.

<sup>3</sup> RAHAIM MANRÍQUEZ, Salomón. *Compendio de Filosofía*, Segunda Edición Retocada, México, 1966, p. 617.

mos que la naturaleza misma es la que impone la sociedad civil, es, pues, su causa eficiente. Investiguemos ahora con qué fin la habrá impuesto la misma naturaleza. La sociedad debe servir para lograr su fin propio y la autoridad, en ella, es para el bien de dicha sociedad, ya que es o su forma o por lo menos, condición necesaria que debe procurar tal bien. Se tiene autoridad precisamente para el bien de la sociedad sobre la que se tiene tal autoridad.<sup>4</sup>

Así, el fin de la sociedad civil, aquello por lo cual se unen los hombres tanto entre sí mediante vínculos jurídicos, como bajo una autoridad del mismo género, no es otro que el bienestar y la prosperidad públicos que consisten, según sostiene y demuestra Salomón Rahaim,

primariamente en la salvaguardia de los derechos y secundariamente en la abundancia de los bienes que conducen a una vida feliz aquí en este mundo. Los bienes de orden más elevado y que sirven para asegurar también los bienes que cada cual posee aun como particular; asimismo, bienes que miran a la persona, más que a su comodidad tan sólo o a sus cosas, son bienes que han de tener supremacía sobre otros que o no son personales, o vienen por naturaleza en segundo término. Es así que los derechos y su seguridad miran a la persona misma de los ciudadanos y aseguran también aun la decente posesión de los bienes materiales, y aun hacen posible tal goce de estos otros que sin duda se desean y se procuran mediante la unión estable con otras familias. Luego entre los dos órdenes, que ambos se han de procurar y se procuran, debe tener predominio el orden de los derechos.<sup>5</sup>

De lo anterior se deduce que en la sociedad ha de existir un orden jurídico constituido por el conjunto de los derechos, de las leyes que los establecen y de las obligaciones que de ahí brotan, todo él subordinado a la consecución del fin de la sociedad, el bien común, pues, como señala el maestro Rafael Preciado Hernández al concluir y sintetizar su original y muy sugerente investigación triple de los primeros principios del derecho —en relación con el orden normativo, en relación con el orden social y en relación con el orden ético o moral—,

<sup>4</sup> *Idem*, p. 668.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 672.

“el derecho es la ordenación positiva y justa de la acción al bien común”.<sup>6</sup>

Ahora bien, ese bienestar general, esa prosperidad general, ese bien común que la sociedad persigue y que al decir de Delos es “el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual”,<sup>7</sup> está integrado por cuando menos tres clases distintas de bienes. Rahaim lo explica así:

Han de ser tales que cuadren al hombre entero, aunque temporal es su fin, no deja de ser humano. Debe procurarnos (la sociedad) conforme al orden de dignidad e importancia que tengan entre sí. Guardan este orden: son más importantes los que son específicos del hombre, los espirituales, y entre ellos, los que hacen que sea en todo decente la vida de los hombres. Esto es: bienes morales, bienes intelectuales, bienes materiales. Ante todo debe procurar los bienes morales y entre ellos está de modo especial la sumisión, el culto a Dios. . . Las buenas costumbres deben cuidarse y procurarse si es que han de vivir los hombres éticamente, moralmente. Deben protegerse contra los vicios y la inmoralidad; debe reprimirse lo que fomenta la desunión. . . Debe la sociedad procurar hacer buenas leyes y elegir a quienes de verdad den garantías de ser buenos gobernantes. Debe promover la cultura, por ello, debe suplir la deficiencia de los particulares abriendo buenas escuelas y poniéndolas a disposición, no en contra de los ciudadanos; abrir bibliotecas, centros de cultura, fomentar conferencias, conciertos, etcétera. En fin, suplir a los ciudadanos en lo que ellos solos no pueden en orden a elevar el nivel cultural del pueblo por cuyo bien han sido elegidos y a quien representan. En fin: deben procurar aumentar el acopio de bienes materiales para la comodidad y vida más humana de los ciudadanos: viviendas, vías de comunicación, etcétera, etcétera. En ello ha de velar porque no sacrifique bienes mayores, como son la libertad y sana independencia de los hombres, sino cuidar de que la dignidad humana se vea salvaguardada en público y en particular. A ello debe orientarse su empeño, sus leyes, su vigilancia.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Quinta Edición, Editorial Jus, México, 1940, p. 268.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 210.

<sup>8</sup> RAHAIM MANRÍQUEZ, Salomón. *Op. cit.*, pp. 673 y 674.

Así pues, el papel del Estado, sociedad perfecta, consiste en procurar el bien común. De ahí que no se debe extender más allá de los límites justos, sino ceñirse a ellos a fin de que ni los derechos de los ciudadanos ni su personalidad queden ahogados, sino favorecidos. Esto es lo que se suele llamar "principio de solidaridad", o sea, que el Estado debe servir para ayuda, no para aniquilación de los ciudadanos, ni para substituirlos. Este principio abarca dos puntos: primero, positivamente, debe extenderse el Estado a lo que los ciudadanos no pueden por sí mismos y segundo, negativamente, que el Estado no asuma lo que los ciudadanos pueden por sí mismos.

La aplicación concreta de este principio será variada, según la situación distinta y las condiciones de vida de cada sociedad. Pero no ha de arrogarse y avocar para sí el gobierno inmediatamente lo que tenga cualquier deficiencia en las obras de los particulares, puesto que no es tutor de menores de edad, sino coordinador de adultos. Que el gobierno estimule, no mate ni ahogue las iniciativas de los particulares.

Las tendencias opuestas a lo anterior, que pretenden una cada vez más creciente atribución de todo en la sociedad, provienen de avaricia, tratan de apoderarse de la vida económica y monopolizar todo lo posible, o bien, provienen de una tendencia comunizante. Tales tendencias son nocivas para los individuos a quienes quitan o recortan la libertad y el espíritu de iniciativa. Son nocivas también para la sociedad, a la que se acostumbra a que todo lo dé el gobierno, con lo cual se crea una insoportable burocracia y la libertad política se arranca. La experiencia confirma los males que de tales tendencias y regímenes se siguen. La autoridad es para la sociedad, no es ésta para aquélla.<sup>9</sup>

A mi entender, era necesario recordar estos conceptos y principios, pues considero que toda postura que se adopte respecto del problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, para ser correcta, ha de tomarlos en cuenta y debe circunscribirse a ellos.

### III. LA POSTURA DE LA IGLESIA

El acucioso investigador y objetivo historiador que fue don José Bravo Ugarte refería que

<sup>9</sup> Cfr. RAHAIM MANRÍQUEZ, *Op. cit.*, pp. 676 y 677.

Firme e invariable en su dogma y en sus principios morales (por todos reconocidos, pero por muchos no cumplidos, ni entre los fieles ni entre el propio clero), la Iglesia Católica ha enseñado siempre... que la autoridad, en cuanto tal, bien sea monárquica o republicana, viene de Dios; que la designación de la persona o personas que la ejercen puede hacerse de varios modos, según la forma de gobierno; y que sólo por causas muy graves es lícito cambiar una forma de gobierno por otra, ya que la ley fundamental debe tener estabilidad como el Estado, para quien está hecha; porque ella es el reflejo de sucesos, costumbres y hábitos de muchas generaciones; y porque representa muchos derechos que sólo pueden suspenderse cuando entran en colisión con otros derechos superiores.<sup>10</sup>

Pero si bien es cierto que desde muy antiguo la Iglesia enseñó eso, también es cierto que la fijación de su postura detallada y clara en cuanto a sus relaciones con el Estado es relativamente reciente. Parte del magisterio de los supremos pontífices, arrancando con León XIII (Encíclica *Immortale Dei*), continuando con el pensamiento y la acción admirable de Pío XI y los desarrollos llenos de categoría y hondura intelectuales de Pío XII, y culminando con el Concilio Vaticano II, del cual la Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el Mundo Actual (*Gaudium et Spes*) y la Declaración sobre la Libertad Religiosa (*Dignitatis Humanae*) o dejan lugar a dudas acerca de la posición de la Iglesia Católica en cuanto toca a su relación con los Estados.

Ante la imposibilidad de examinar detalladamente cada uno de los documentos pontificios y conciliares que integran el magisterio de la Iglesia sobre tan importante cuestión, he de conformarme con echar una rápida mirada a la génesis de dicho magisterio, por una parte, y en exponer, lo más sintéticamente que se pueda, en qué consiste la antes aludida posición de la Iglesia.

Ante todo, es fundamental tener presente que la Iglesia Católica no se identifica, sino que es radicalmente independiente de toda cultura, aunque ha influido e influye sobre todas las formas culturales que coexisten con ella. Por mayoría de razón, la Iglesia Católica es radicalmente independiente de todo sistema económico, jurídico o político que sólo son partes de esas culturas; pero como la Iglesia se concibe

<sup>10</sup> BRAVO UGARTE, José. *Temas históricos diversos*, Editorial Jus, México, 1966, pp. 101 y 102.

a sí misma como columna y fundamento de la verdad y como a través de ella sigue actuando Cristo, ella juzga sobre la verdad o la falsedad de las doctrinas y sobre su carácter bueno, malo o indiferente.<sup>11</sup>

Es más:

Las luchas que la Iglesia, obligada por el abuso de la fuerza ha tenido que sostener para la defensa de su libertad recibida de Dios, fueron al mismo tiempo luchas en favor de la verdadera libertad del hombre, como expresó Pío XII en su admirable discurso sobre la democracia.

La Iglesia, tiene la misión de anunciar al mundo, ansioso de mejores y más perfectas formas de democracia, el mensaje más alto y más necesario que puede existir: la dignidad del hombre, su vocación a la filiación divina. . . proclama esta inviolable dignidad humana, con un vigor y una autoridad inapelables, que trascienden infinitamente los que podrían alcanzar todas las posibles declaraciones de derechos del hombre.<sup>12</sup>

Un historiador protestante, MacAulay, percibió el carácter único de la Iglesia y la describió en 1840 en estos términos:

No existe y no ha existido nunca sobre la tierra, una institución humana tan digna de estudio como la Iglesia Católica Romana. La Iglesia presenció el comienzo de todos los gobiernos y de todas las instituciones eclesiásticas que existen actualmente en el mundo y no estamos seguros de que no esté destinada a ver el fin de todos ellos. La Iglesia era ya grande y respetada antes de que los sajones hubiesen desembarcado en Bretaña, antes de que los francos hubiesen pasado el Rhin, cuando en Antioquía florecía aún la elocuencia griega y cuando los ídolos eran todavía adorados en el Templo de la Meca. La Iglesia puede estar aún con todo su vigor cuando algún viajero de Nueva Zelanda se instale a dibujar desde un arco roto del Puente de Londres, en medio de una vasta soledad, un bosquejo de las ruinas de San Pablo.<sup>13</sup>

Con estos antecedentes en mente, se puede afirmar que es indudable que el tema de las relaciones de la Iglesia y el Estado ha sufrido

<sup>11</sup> Cfr. Pío XII. *Discurso del 7 de septiembre de 1955 a los miembros del X Congreso Internacional de Ciencias Históricas y Mensajes de Navidad de 1955 a 1957.*

<sup>12</sup> Pío XII. *Mensaje de Navidad de 1944*, sobre la democracia.

<sup>13</sup> Prólogo de MAC AULAY al libro de R. VON RANKE sobre la *Historia de los Papas*, publicado en 1840.

una evolución muy amplia y substancial desde los tiempos del liberalismo, a fines del siglo pasado. En la actualidad, la Iglesia Católica, libre de toda ambición temporal y de dominación política, regula su función religiosa y moral frente a las demás funciones sociales, por la mencionada Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el Mundo Actual, llamada por sus primeras palabras, *Gaudium et Spes*, promulgada el 7 de diciembre de 1965. De acuerdo con ella, el papel de la Iglesia es fundamentalmente espiritual, pero interviene en el campo social y político como colaboradora del Estado, promoviendo el bien público por medio de sus grandes directivas socio-económicas y cívico-políticas y de las obras de los católicos inspirados en esas directivas. Rechaza toda intromisión indebida del Estado en lo que mira al destino trascendente del hombre y a la disciplina eclesiástica.

Su postura puede sintetizarse en las siguientes palabras: la Iglesia, que está por encima de todo sistema político, es la salvaguardia del carácter trascendente de la persona. La comunidad política y la Iglesia, ambas al servicio de la persona, son entre sí independientes. La Iglesia, cuando y donde su misión lo exija, se vale de las cosas temporales; pero no pone sus esperanzas en los privilegios ofrecidos por la autoridad civil e incluso está dispuesta a renunciar también a estos privilegios legítimos cuando su uso pueda poner en duda la sinceridad de la Iglesia. Pero siempre y en todo caso la Iglesia afirma tener derecho a predicar la fe y a ejercitar su misión, juzgando también las cosas que se refieren al orden político cuando ello sea exigido por los derechos fundamentales de la persona y por la salvación de las almas.<sup>14</sup> En suma, la Iglesia ni protegida ni perseguida, simplemente libre y respetada.

Comenta al respecto González Uribe:

Acabadas, pues, las antiguas controversias entre la Iglesia y el Estado —por lo menos en lo que a la primera toca— con una declaración intergiversable de mutua colaboración y respeto de las esferas de lo espiritual y de lo temporal, la función política se recorta más nítidamente en su campo propio, que es del bien público dentro del mundo.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Editorial Porrúa, México, 1972, p. 285.

<sup>15</sup> *Idem.*

Descendiendo un poco más al detalle pero sin abandonar el esfuerzo de síntesis, puede afirmarse que la posición de la Iglesia Católica se encuentra firme y claramente establecida en los siguientes puntos.

A) Distinción e independencia de Estado e Iglesia. Estado e Iglesia sin distintos por su origen, fin y constitución. Mientras que el Estado es una institución de derecho natural, la Iglesia pertenece al orden sobrenatural; fin del Estado es la realización del bien común terreno; fin de la Iglesia, la salvación sobrenatural de los hombres; la constitución de un Estado y la forma de desempeñar el poder están sometidos al cambio histórico, en tanto que para la Iglesia ha sido fijada su constitución jerárquica por derecho divino.

Iglesia y Estado son independientes en sus respectivos campos de acción y no están subordinados entre sí, ni la Iglesia al Estado, ni el Estado a la Iglesia.

B) Relaciones entre la Iglesia y el Estado. A pesar de todas las diferencias, Estado e Iglesia están mutuamente relacionados de múltiples modos y sería erróneo negar todo vínculo entre ambas sociedades y ver como relación normal entre la Iglesia y el Estado "la fría atmósfera del desconocerse y de la indiferencia", como dijera Pío XII. Se pueden distinguir tres fuentes de relaciones: Estado e Iglesia tienen el mismo origen, a saber, Dios; Estado e Iglesia se ocupan del mismo hombre con su dignidad personal, natural y sobrenatural y en muchas cuestiones los sectores y tareas del Estado y de la Iglesia son tangentes ("asuntos mixtos") y en estas cuestiones ambos poderes están jurídicamente interesados y son competentes, aunque desde diversos puntos de vista, por lo que tiene que haber entre ellos una ordenada vinculación; está especialmente cargada de tensiones la relación de la Iglesia con el Estado, dado que una de las misiones de la Iglesia es la de ser guardiana y predicadora del orden moral, tanto en la vida pública como en la privada y también en el terreno social y político.

Históricamente, las relaciones entre Iglesia y Estado han adquirido formas muy diversas: en el sistema de la Iglesia-Estado, por ejemplo, en los principados eclesiásticos anteriores a la Revolución Francesa y en los Estados Pontificios, era una misma persona el sujeto del poder eclesiástico y del poder laico o temporal. Contra esta mezcla la Iglesia hace hoy notables reparos, ya que este sistema induce a borrar los límites de ambos sectores y las dificultades y faltas en el gobierno del Estado amenazan con soterrar la confianza en la autoridad eclesiástica; es asimismo insostenible el sistema de la teocracia, ya que desconoce o niega la independencia del Estado; son incompatibles

con la esencia de la Iglesia, por lesionar su independencia, las iglesias nacionales, tales como las surgidas del galicanismo o del josefinismo; tanto la hostil separación de la Iglesia y el Estado que frecuentemente se manifiesta en la forma de persecución a la Iglesia (Imperio romano pagano, estados bolcheviques), como la "separación neutral" en la que Iglesia y Estado viven casi sin relaciones entre sí (Estados Unidos de América), desconocen que Estado e Iglesia están esencialmente referidos el uno al otro. Por lo demás, en una sociedad pluralista, desde el punto de vista de la opinión pública puede ser conveniente, bajo determinados supuestos, la "separación neutral"; en los países en que Iglesia y Estado han estado desde hace siglos estrechamente unidos se ha producido una parcial separación que reconoce la independencia y autonomía del Estado y de la Iglesia, pero vincula institucionalmente ambos sectores, por ejemplo, al reconocer a la Iglesia como corporación de derecho público, al reconocer el derecho de la Iglesia a fundar escuelas confesionales, facultades teológicas, etcétera. En cierto sentido es también reconocida la misión pública de la Iglesia de proteger y predicar el orden moral llamándola "insobornable conciencia moral del Estado y de la economía", como la llamó el ministro Adolf Grimme de la República Federal Alemana en la toma de posesión del obispo Hans Lilje, en 1947, pero en todo caso es conveniente recordar la formulación hecha por el Concilio Vaticano II en la Declaración sobre la Libertad Religiosa en el sentido de que "si, en consideración a las peculiares circunstancias de un pueblo, se otorga a un grupo religioso un especial reconocimiento civil en la ordenación jurídica de la sociedad, es necesario que al mismo tiempo se reconozca y se respete el derecho a la libertad en materia religiosa a todos los ciudadanos y a todos los grupos religiosos".

El caso ideal, consistente en la concorde colaboración de Iglesia y Estado bajo la garantía de la independencia de ambos, ha sido muy pocas veces realizado en la historia. Por lo demás, el paso a la parcial separación, llamada por Stutz "cojeante separación", debería ser fluido, ya que la organización concreta de las relaciones entre Iglesia y Estado tienen un gran campo de tensiones.

C) Iglesia y Partidos Políticos. La posición de la Iglesia frente a los partidos políticos, indispensable en la democracia representativa, es determinada por los principios que regulan en general las relaciones de la Iglesia con el Estado y la política. Los partidos políticos son de suyo instituciones "mundanas" que no están sometidas al gobierno de Iglesia. Muchos puntos programáticos y muchas decisiones de los partidos políticos serán indiferentes a la luz de la fe y la moral

católicas. En la sociedad ideológicamente pluralista de la actualidad, la Iglesia se encontrará también, a veces, con programas de partidos políticos contra los que tendrá que levantarse como guardiana de la fe y de las costumbres. La Iglesia está por encima y es independiente de todo partido político y los católicos pueden elegir el partido que quieran, siempre que tal partido no choque ni programática ni políticamente contra la doctrina y moral católicas.

Para precaver la errónea opinión de que partido e Iglesia son lo mismo, sería conveniente que la actitud ideológica de todos o de varios partidos permitiera que los católicos pudieran pertenecer a ellos sin problemas de conciencia, pero cuando un partido político persigue fines que contradicen la doctrina y moral cristianas, a los católicos les está vedado votar por él o ser incluidos en sus candidaturas o cuando en una sociedad ideológicamente pluralista ocurra que los programas de todos los partidos políticos existentes contradigan en puntos esenciales la doctrina y moral católicas, podrá resultar necesario que los ciudadanos católicos se reúnan en un partido político propio y formen un partido junto con los cristianos no católicos. Tal partido no es, no debe ser, una institución eclesiástica o un partido confesional y clerical, sino un partido político, responsable del bien de todo el pueblo.

En la sociedad moderna, por lo demás, la Iglesia llega hasta donde alcanza el testimonio de los cristianos. Si falta este testimonio, no llenará la Iglesia más el ámbito social y vendrán otras fuerzas y se impondrán y conmoverán incluso la posición jurídicamente asegurada de la Iglesia en el Estado. La carencia de fe no puede ser substituida subsidiariamente por privilegios estatales.<sup>16</sup>

Sólo resta añadir que con motivo del Conflicto Religioso que tuvo lugar en México entre 1926 y 1929, no obstante que la postura de la Iglesia arriba expuesta se encontraba en proceso de formación, el Episcopado mexicano, a través de un Memorial dirigido a las dos Cámaras que integran el Congreso de la Unión, cuya redacción se debió en gran parte al ya citado jurisconsulto don Manuel Herrera y Lasso, expuso lo siguiente, sorprendentemente acorde con la posición actual de la Iglesia post-conciliar:

¿Qué es lo que pedimos? Ni tolerancias, ni complacencias; mucho menos, prerrogativas o favores. Demandamos libertad; pero no demandamos sino la libertad, y para todas las religiones. Sobre la libertad está fundada la sociedad moderna; por la libertad, se la

<sup>16</sup> Cfr. HOFFNER, Joseph. *Manual de Doctrina Social Cristiana*, Segunda Edición, Revisada y Aumentada, Ediciones Rialp, Madrid, 1974, pp. 312 a 319.

puede absolver de haber destruido tantas cosas y de haber hecho correr tanta sangre. Y un régimen de excepción en contra de las religiones, no es sino la negación misma de la libertad.

Basta que la Iglesia se mantenga en sus límites para que se esté obligado, en justicia, a respetarla... Esa y no otra es la actitud de la Iglesia ante el Estado. Por eso, la sociedad civil tiene el derecho de dictar leyes en su dominio, prescindiendo de toda intervención eclesiástica. El Estado laico, comprendido de esta manera, es simplemente el Estado y así lo acepta la Iglesia sin la menor dificultad...<sup>17</sup>

#### IV. LA POSTURA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Aunque las declaraciones de la comunidad internacional hechas a través de sus voceros más autorizados que son los organismos u organizaciones internacionales, verdaderas entidades de Derecho Internacional Público, no se pronuncian acerca de los principios que deben normar las relaciones entre las Iglesias y los Estados, sí en cambio contienen numerosas y claras disposiciones sobre los derechos fundamentales de la persona en materia religiosa. Dada la íntima vinculación existente entre el tema de las relaciones Iglesia-Estado y el del ejercicio de dichos derechos, según quedó demostrado en la introducción de este estudio, de tales disposiciones contenidas en las declaraciones de la comunidad internacional se puede inferir la posición de ésta en relación con el tema que he venido tratando.

Interesa, por tanto, efectuar un análisis, así sea somero, de dichas disposiciones. Se contienen básicamente en tres instrumentos, emitidos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas: la Carta Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. El Gobierno de México firmó y ratificó estos instrumentos internacionales con observancia de los requisitos que su derecho interno establece para la formación de los tratados, por lo que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 133 cons-

<sup>17</sup> HERRERA Y LASSO, Manuel. *Op. cit.*, p. 108. Para un comentario contemporáneo del mencionado *Memorial del Episcopado*, véase MOCTEZUMA, Aquiles P. *El Conflicto Religioso de 1926: Sus orígenes, su desarrollo, su solución*, México, 1929, pp. 329 a 332.

titucional, estos instrumentos son "Ley Suprema de la Unión", forman parte integrante del orden jurídico del estado mexicano.<sup>18</sup>

Es preciso señalar, sin embargo, que al ratificar el Gobierno mexicano los dos pactos mencionados, expresó algunas "declaraciones interpretativas y reservas". Concretamente, respecto del tema que es objeto de este trabajo, tales declaraciones y reservas tienen que ver con el artículo 18 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos que reconoce el derecho de las personas a manifestar su religión, tanto en público como en privado, entre otras cosas mediante la enseñanza; con el inciso B del artículo 25 del mismo Pacto, que reconoce el derecho de todos los ciudadanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen social, posición económica o cualquier otra condición social —por ejemplo, el ser ministro de algún culto—, a votar y ser votado en las elecciones que se lleven a cabo para designar democráticamente a las autoridades en los Estados signatarios del Pacto.

A mi juicio, estas declaraciones interpretativas y reservas fueron expresadas por el Gobierno mexicano para tratar de salvar la antinomia, la contradicción existente entre el reconocimiento universal de los derechos humanos y el modo tan peculiar como nuestra Ley fundamental "otorga" los derechos fundamentales a los gobernados. Por ello, tales reservas son la aceptación tácita de que en nuestra Constitución existen preceptos contrarios a los derechos humanos, tal como los entiende, declara y protege la comunidad internacional. Pregunto: ¿no hubiera sido más adecuado que en lugar de expresar las aludidas reservas, el Gobierno mexicano hubiera promovido las necesarias reformas a nuestra Ley fundamental para que ésta reconociera derechos humanos fundamentales que son, según la recta razón y según la comunidad internacional, propios de la naturaleza humana y, por ello, anteriores a cualquier constitución o pacto?

En lo que concierne al tema de este estudio, después de un Preámbulo en el que destacan los dos siguientes considerandos: "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" y "que el des-

<sup>18</sup> Por lo que ve a los dos Pactos mencionados, el correspondiente Decreto de ratificación es de fecha 18 de diciembre de 1980 y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1981.

conocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias", la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

Artículo 1: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza práctica, el culto y la observancia.

Artículo 26: Toda persona tiene derecho a la educación... la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos.

Más explícito, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, después de considerar en su Preámbulo que "conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables", reconocer que "estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana" y comprender que "el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto", se refiere al derecho a la educación en los siguientes términos:

Artículo 13, inciso 1: Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y debe fortalecer el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales... Inciso 3: Los Estados partes del presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres... de escoger

para sus hijos... escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza; y de hacer que sus hijos... reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Inciso 4: Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer o dirigir instituciones de enseñanza...

No obstante la existencia y la vigencia del Artículo 3º de nuestra Constitución, que concibe a la educación en términos tan distintos que son abiertamente contradictorios con los de este Pacto, el Gobierno mexicano no expresó declaración interpretativa ni reserva alguna en relación con el artículo 13 antes transcrito.

A su vez, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, después de hacer en su Preámbulo idénticos considerandos y reconocimientos a los hechos por el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hace también más explícitos los derechos inherentes a las libertades de pensamiento, conciencia y religión en los siguientes términos:

Artículo 18, inciso 1: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. Inciso 2: Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. Inciso 3: La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Inciso 4: Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres... para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Más adelante, el mismo Pacto de los Derechos Civiles y Políticos se pronuncia en su artículo 26 por la igualdad de todas las personas ante la

ley, sin discriminación alguna y estatuye: "A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" y, finalmente, en su artículo 27 establece que en aquellos Estados en que existan minorías religiosas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde a tener su propia vida y a profesar y practicar su propia religión.

#### V. LA POSTURA DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Es sumamente notorio el contraste existente entre lo hasta aquí expuesto y la legislación vigente en México, tanto la fundamental como la secundaria.

He aquí una sumarisima descripción de la condición legal que guarda en México el tratamiento del problema de las relaciones Iglesia-Estado y de los aspectos concomitantes relacionados con la libertad religiosa.

Siguiendo el orden de colocación en el texto constitucional de las disposiciones relativas, habrá que mencionar, en primer término, el contenido francamente contrario a la libertad de enseñanza del artículo 3º. La fracción I de este precepto establece que el criterio rector de la educación que imparta el Estado será "por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa" y "luchará contra los fanatismos y los prejuicios", presuponiendo garantizada la libertad de creencias por el artículo 24; pero no se tarda mucho cualquier estudioso de nuestra Ley fundamental en ver cuál es el sistema de libertad que la Constitución aplica a los gobernados y a la Iglesia en esta materia y en llegar a la conclusión de que la lucha "contra los fanatismos y los prejuicios", fórmula tomada del célebre y tan debatido texto del artículo 3º de 1934, significa en la intención y en la práctica, lucha contra la educación confesional. Las siguientes fracciones estructuran el monopolio estatal en materia educativa y proclaman la mutilación radical de los derechos de los educandos, de los padres de éstos, de la familia, de los particulares y de las iglesias: para que los particulares puedan impartir educación primaria, secundaria y normal y "la de cualquier tipo o grado destinada a obreros y a campesinos de-



berán obtener previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público. Dicha autorización podrá ser negada o revocada, sin que contra tales resoluciones proceda juicio o recurso alguno" (fracción II). "Los planteles particulares dedicados a la educación en los tipos y grados que especifica la fracción anterior, deberán ajustarse, sin excepción, a lo dispuesto en los párrafos inicial, I y II del presente artículo"; es decir, deberán sujetarse a un "criterio por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa" y a la "lucha contra los fanatismos y los prejuicios" y, además, "deberán cumplir los planes y los programas oficiales" (fracción III). "Las corporaciones religiosas, los ministros de los cultos... y las asociaciones y sociedades ligadas con la propaganda de cualquier credo religioso, no intervendrán en forma alguna en planteles en que se imparta educación primaria, secundaria y normal y la destinada a obreros o campesinos" (fracción IV). "El Estado podrá retirar, discrecionalmente, en cualquier tiempo, el reconocimiento de validez oficial a los estudios hechos en planteles particulares" (fracción V).

El artículo 5º de la Constitución, a su vez, prohíbe la existencia de "órdenes monásticas, cualquiera que sea la denominación u objeto con que pretendan erigirse" y, en consecuencia, establece que el Estado no puede permitir que las personas sacrifiquen su libertad, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso.

El artículo 27 niega capacidad a las iglesias para adquirir, poseer o administrar bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos y nacionaliza los que tuvieren por sí o por interpósita persona, bastando al efecto la prueba de presunciones. Explícitamente incluye en los efectos de esta disposición a los templos, obispados, curatos, seminarios, conventos, colegios y asilos.

El artículo 130 otorga facultades a los poderes para intervenir "en materia de culto religioso y disciplina externa", sin establecer límites o reglamentar estas facultades; niega toda personalidad jurídica "a las agrupaciones religiosas denominadas iglesias"; considera como profesionistas y, por tanto, sujetos a las leyes sobre profesiones, a los ministros de los cultos; faculta a las legislaturas de los Estados para determinar el número máximo de "ministros de los cultos" autorizados para ejercer su ministerio; prohíbe este ejercicio a los extranjeros; prohíbe también a los ministros de los cultos criticar en actos de culto, o en reuniones públicas o privadas, leyes y autoridades, y les niega el derecho de voto activo y pasivo y el de asociarse con fines políti-

cos; exige el permiso de la Secretaría de Gobernación para dedicar al culto nuevos locales y establece que juntas de vecinos comuniquen a la autoridad municipal, en unión del ministro del culto encargado, quién haya de sustituir a éste como nuevo encargado y responsable del cumplimiento de las leyes en el templo y de los objetos del culto, sustraídos también a la propiedad y a la libre administración de las iglesias; prohíbe asimismo en forma absoluta, el otorgamiento de validez a estudios hechos en seminarios y el comentario, por publicaciones periódicas confesionales o de simple tendencia religiosa, sobre actos de autoridades o de particulares "que se relacionen directamente con el funcionamiento de las instituciones públicas"; restringe el derecho de heredar de los ministros de los cultos, limitándolos a los casos en que el autor de la herencia sea pariente del heredero dentro del cuarto grado y corona esta enumeración de severas restricciones disponiendo que "los procesos por infracción a las anteriores bases nunca serán vistos en jurado".

Las leyes reglamentarias, en lugar de moderar las disposiciones constitucionales, las exacerban.<sup>19</sup>

Varias reflexiones suscita la sumarisima descripción que antecede. Además del marcado contraste ya señalado entre la legislación mexicana y los fundamentos filosóficos antes expuestos, entre la misma legislación y la postura moderna y actual de la Iglesia Católica en cuanto toca a sus relaciones con los Estados y, finalmente, entre la propia legislación y la posición de la comunidad internacional también tratada antes, surge de inmediato la interrogante siguiente: ¿cómo es posible que en una nación cuyo pueblo es, en su mayoría y desde siempre, profundamente religioso y en la que en la etapa de la formación de la nacionalidad la Iglesia jugó un papel de verdadera madre y maestra, exista una legislación que pretende resolver el problema de las relaciones Estado-Iglesia a través del sometimiento de ésta a aquél y mediante el menoscabo y la limitación, a las veces con tintes extremados y hasta ridículos, del derecho fundamental de los gobernados a la libertad religiosa?

No es fácil dar respuesta a esta interrogante. Sin embargo, un ilustre pensador mexicano, humanista profundo, convencido y actuante, ha dado una respuesta convincente. En un interesantísimo opúsculo

<sup>19</sup> Cfr. GONZÁLEZ LUNA, Efraín. *Los Católicos y la Política en México. Condición Política de los Católicos Mexicanos*, Editorial Jus, México, 1988, pp. 47 y ss.

escrito en 1954, pero publicado en forma póstuma hasta 1988, Efraín González Luna arroja luz sobre esta cuestión tan fundamental para nuestra nación. Encuentra que el fenómeno tiene primordialmente su origen y su clave en la inhibición política del pueblo católico y en apoyo de su tesis, sin duda producto de profundas y prolongadas reflexiones, expone, entre otros, los siguientes argumentos:

La ausencia es una aproximación de la muerte; y cuando la primera, en ciertos casos individuales, reúne requisitos de grado y duración que la ley civil especifica, determina que sus efectos jurídicos se equiparen a los de la defunción. En el orden político, de manera semejante, el pueblo inhibido es, en cierto sentido, inexistente. El Estado entonces, como acontece en México, se organiza y actúa en olvido, desprecio y contradicción de la realidad nacional. . . La inmensa mayoría católica puede ser tenaz y cruelmente perseguida en la ley y a menudo en la práctica, sufrir la herida de la disminución jurídica que en México ya es rutina secular y convertirse en casta de parias, contra premisas sociales y antecedentes históricos incompatibles con esa condición absurda. . . He aquí el secreto de nuestro enigma y la clave de nuestra historia. Es explicable así que una nación engendrada y nacida como fruto misional, como empresa evangélica concomitante con la conquista, pero cabalgándole y refrenándola como el jinete a la bestia, se niegue a sí misma oficialmente. . .<sup>20</sup>

Más adelante, González Luna afirma de manera contundente:

Cuando la relación Iglesia-Estado se establece en presencia y función de un tercer término jurídica y políticamente interesado y, más aún, determinante —el pueblo capaz de recta acción ciudadana—, las cosas acontecen de muy diversa manera. Esta es la clave institucional imprescindible. Cuando ella falta, en la mayoría de los casos el Estado no dejará de esforzarse por todos los medios posibles en someter a su férula la Iglesia y en utilizarla como medio para alcanzar sus metas temporales.<sup>21</sup>

Una reflexión más, suscitada por la relativa ineficacia de la legislación mexicana antes descrita. Se dirá que ésta es derecho positivo

<sup>20</sup> GONZÁLEZ LUNA, Efraín. *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 33.

vigente, mas no derecho eficaz, lo que la convierte en letra normalmente muerta que se conserva sólo como una advertencia, como una espada de Damocles, pues en la realidad existe en México una actitud tolerante por parte del Gobierno respecto de las actividades de la Iglesia, por un lado, y del ejercicio por los ciudadanos del derecho a la libertad religiosa y de los demás derechos fundamentales que le son inherentes o que están íntimamente relacionados con aquél, por otro lado.

Ante lo anterior, es preciso señalar que en México, como en todas partes, la naturaleza profunda de la comunidad humana junta en una sola demanda perentoria el interés religioso y el interés nacional, que por igual necesita un orden político. Por algo la autoridad es causa formal de la sociedad y el hombre, destinado a Dios en la eternidad según los creyentes, es el mismo hombre que ha de vivir en el tiempo, en condición social.

Cuando en el centro mismo de ordenación de la vida social la naturaleza es violentada y se ciegan las fuentes de integración legítima del Estado y de recto ejercicio del poder público, el desorden, la frustración, la ruina, se abaten sobre la comunidad y, consiguientemente, la persona humana, que la necesita para el cumplimiento de sus fines, sufre a su vez hondos males.

Por falta de una vida política normal, se ha retardado no sólo la estructuración institucional de México, sino su integración nacional, la incorporación positiva de sus diversas etnias al mismo tipo de cultura, la uniformidad o al menos la aproximación de los niveles sociales, ofensivamente discrepantes, la provisión general de bienes espirituales y materiales que satisfagan para todos sus hijos los mínimos requeridos por la dignidad de la especie y por la misión elemental de toda convivencia civilizada.<sup>22</sup>

Por ello, creo que el siguiente párrafo de González Luna, concluyente y lleno de metáforas afortunadas, cierra perfectamente esta reflexión:

Entre un *modus vivendi* negociado o administrado, si se quiere, con la máxima habilidad política y un régimen estable de libertad y acatamiento práctico por el Estado de las prerrogativas esenciales de la persona y de la comunidad, hay la misma distancia que

<sup>22</sup> Cfr. GONZÁLEZ LUNA, Efraín. *Op. cit.*, pp. 81 y 82.

separa a una enfermedad en proceso fatal de desarrollo, exteriormente disimulada o precariamente soportada a base de embotamientos tóxicos de la sensibilidad, y una salud robusta. La primera es un encaminamiento a la muerte; la segunda, el fruto y el jubilante gozo de la vida.<sup>23</sup>

He de concluir volviendo a citar al admirado maestro Herrera y Lasso. En su antes mencionada Protesta de 1926, asentó:

La Constitución que nos rige es opresora de la libertad religiosa; pero es la Constitución y yo no soy de los que pretenden rebatir su fuerza legal. . . con discusiones bizantinas sobre su origen.

La Constitución es la Constitución y yo la acato; por más que propugne, al mismo tiempo que la reforma de sus preceptos injustos, la aplicación prudente y tolerante de ellos, mientras la reforma no se realice.<sup>24</sup>

En 1990, sesenta y cuatro años después de la Protesta de Herrera y Lasso y en el umbral del segundo milenio de la era cristiana, nuestra Ley fundamental sigue esperando esa reforma, esa adecuación de sus preceptos a los principios derivados de la naturaleza misma de las cosas, según lo aprehende la recta razón, principios que tan magníficamente se manifiestan en los fundamentos filosóficos y en los documentos eclesiales y de la comunidad internacional antes mencionados y analizados.

## LA MODERNA REHABILITACIÓN DE CIERTAS FORMAS DE IMPOSICIÓN INDIRECTA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROBLEMAS QUE SUELE PLANTEAR LA INTRODUCCIÓN DEL I.V.A.

Eusebio GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La rehabilitación de ciertas formas de imposición indirecta*. III. *Razones que justifican la presencia de impuestos indirectos dentro de un sistema tributario moderno*. IV. *Modalidades de imposición a las ventas: motivos para la introducción del IVA*. V. *Problemas que suele plantear la aplicación del IVA*. VI. *La experiencia del IVA en los países iberoamericanos*. VII. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El impuesto a las ventas, en su última y más acabada versión de impuesto sobre el valor añadido o agregado, se presenta ante los ojos de muchos observadores y gobiernos contemporáneos como un gran hallazgo, un invento de la técnica fiscal, que permite, simultáneamente, gozar de los abundantes recursos que tradicionalmente han proporcionado los impuestos indirectos, pero sin tener que soportar el estigma de impopularidad y regresividad que, también tradicionalmente, ha acompañado a este tipo de gravamen.

El presente estudio pretende contribuir a facilitar una serena reflexión sobre la parte de verdad que se esconde en las dos afirmaciones anteriores.

### II. LA REHABILITACIÓN DE CIERTAS FORMAS DE IMPOSICIÓN INDIRECTA

La simple constatación de una serie de hechos acaecidos a finales del siglo XIX y principios del XX, que a todas luces reclamaban la intervención del Estado (piénsese en la penuria de las clases trabajadoras, en la derivación del mercado hacia peligrosas formas de monopolio o en las frecuentes oscilaciones cíclicas de la economía) y que,

<sup>23</sup> Cfr. GONZÁLEZ LUNA, Efraín. *Op. cit.*, pp. 82 y 83.

<sup>24</sup> HERRERA Y LASSO, Manuel. *Op. cit.*, p. 102.

en ocasiones, ni siquiera daban tiempo para reclamarla, pues el estrépito de los cañones a las puertas mismas de casa forzaba al Estado a tomar las riendas de determinados sectores productivos a la sazón vitales, unido a un cambio de mentalidad sobre los fines del Estado, cambio en el que la Escuela Histórica influyó en no pequeña parte, dieron por resultado un nuevo tipo de Estado cuya característica más notable es la omniintervención económica,<sup>1</sup> y su formulación más explícita la ley de Wagner sobre el continuo incremento de los gastos públicos.

La natural consecuencia de este planteamiento, desde el punto de vista de las Tesorerías, fue la necesidad de procurar sumas mayores de ingresos; y las planas mayores de los Ministerios de Hacienda corrieron con el clásico encargo de averiguar qué sería más conveniente en aquellas circunstancias: retocar lo conocido o crear nuevos impuestos.

Se partía de una situación caracterizada por dos fenómenos de alcance universal, a saber: el progresivo incremento de los gastos públicos y la ley de imitación en lo concerniente a la búsqueda recursos fiscales.<sup>2</sup> De donde podía deducirse que a todos los países, en mayor o menor medida, antes o después, se les habrían de plantear los mismos problemas, y en base a la referida ley de la imitación, las medidas ensayadas en unos países no iban a pasar desapercibidas en los otros.<sup>3</sup>

Al mismo tiempo, parecía claro que las soluciones adoptadas por aquellos países con una imposición directa sólida, pero insuficiente, ten-

<sup>1</sup> Recuérdese que la expresión "intervencionismo", como actuación que perturba el libre desenvolvimiento del proceso económico, fue introducida por los antiintervencionistas. Partiendo del esquema económico-liberal ideado por SULTAN, la intervención del Estado en la economía nacional es un quiste que debería desaparecer. Sólo cuando se considera la economía pública formando un todo con la economía privada: la economía nacional, deja de tener sentido el primitivo concepto de intervención para pasar a considerar las "acciones" del Estado dentro del ámbito de la política económica general. Vid. SULTAN: "Ciencia financiera y sociología", en el *Tratado de finanzas*, de GERLOFF-NEUMARK; también LAUFENBURGER: *Intervención del Estado en la vida económica*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1945, pp. 12 a 14.

<sup>2</sup> Vid. L. EINAUDI: *Principios*, libro II, capítulo IV.

<sup>3</sup> La ley de la imitación, tan cara para los hacendistas que en mayor o menor medida se sirven del método histórico, y cuya vigencia difícilmente podrá ser negada por quien conozca los atractivos que ha ejercido el impuesto personal sobre la renta en todos los sistemas que no disponían de él, parece entrar, al menos desde un punto de vista doctrinal, en una fase de revisión crítica. Siendo aconsejable su vigencia únicamente dentro de aquellos países con estructuras económicas y hábitos de sus contribuyentes similares.

drían que ser diversas de las que tomaran los países que aún no habían logrado consolidar su imposición directa, encontrándose, por tanto, vinculados en mayor medida a la indirecta.

Lo curioso de esta evolución es que, en cierto sentido, nos aproximamos al conocido fenómeno de la pescadilla mordiendo la cola: y cuando en unos países todavía se luchaba denodadamente tratando de implantar la imposición directa, las avanzadas de aquellos otros que hacía tiempo la tenían consolidada volvían a ciertas formas de imposición indirecta.<sup>4</sup> Con lo que, en gracia a este movimiento reversible, la aproximación entre unos y otros sistemas, al final del proceso, ha venido a ser mayor.

Una diferencia admirablemente puesta al descubierto por Fuentes Quintana en brillante estudio sobre la alcabala y el impuesto a las ventas, cabe, no obstante, observar: mientras que los países con imposición directa consolidada, que ahora volvían a la imposición indirecta, lo hacían a través del redescubierto impuesto a las ventas, en los países deseosos de consolidar la imposición directa, pero que por motivos recaudatorios no habían podido desasirse de la imposición indirecta, predominaba la imposición sobre consumos específicos.<sup>5</sup>

El caso de España, que después de dos siglos de lucha infructuosa contra la imposición indirecta, se encuentra ahora con que la proporción de impuestos directos e indirectos deseable dentro del área de la Comunidad Económica Europea es, como se desprende del Rapport Barrère, de mitad y mitad, va a servirnos de contrapunto al analizar la evolución experimentada por los distintos sistemas tributarios europeos en lo que va de siglo.

Para entender el caso español en materia de recursos tributarios es preciso remontarse a la Reforma Mon, cuyo análisis resulta hoy extraordinariamente facilitado tras la publicación de las "Memorias de Santillán". Dos son los aspectos de aquella gran Reforma que interesa traer a colación aquí: 1º La opción por el sistema de imposición real como base del reparto de la carga tributaria. 2º La insuficiencia de este sistema para atender al continuo crecimiento de los gastos públicos.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Vid. G. SCHMÖLDERS: *Teoría General del Impuesto*, pp. 228 y 231; e *Informe Meade*, Caps. 8 a 10.

<sup>5</sup> Mem. Asoc. Esp. Der. Fin., 1963.

<sup>6</sup> Vid. FUENTES QUINTANA: "Los Principios de la Carga Tributaria en España", *Revista Der. Fin.*, marzo 1961, pp. 173 a 194.

En estas circunstancias, y ante la impopularidad de los impuestos indirectos, lo más lógico hubiera sido acudir en alguna medida a un impuesto personal. Pero las últimas experiencias del Tesoro en esta materia (Contribución Extraordinaria de Guerra de 1810, Contribución Única Directa de 1813 y Contribución General del Reino de 1817 y 1821) no eran demasiado felices.<sup>7</sup> Buena prueba de ello es la suerte que corrió la Contribución de Inquilinatos (único impuesto personal de la Reforma), abolida antes de cumplir el primer aniversario.<sup>8</sup>

Así que no hubo otro remedio que acudir en busca de socorros a los criticados impuestos indirectos, que si conservaban su impopularidad, también gozaban de sus conocidas virtudes recaudatorias, psicológicas, técnicas y de aclimatación. El partido moderado español que inspirara aquella reforma tributaria —dice Fuentes Quintana— era plenamente consciente de la necesidad de la imposición indirecta en un sistema fiscal firmemente establecido. El problema grave residía en compatibilizar esta exigencia de la Hacienda de los tiempos nuevos con la vigencia y el recuerdo de los impuestos indirectos de los viejos tiempos.<sup>9</sup>

Este planteamiento ponía a los componentes de la Comisión presidida por Javier de Burgos, donde se gestó la Reforma, entre la espada del déficit y la pared de la impopularidad. ¿No habría medio de salir del atolladero —se preguntaba Santillán—, intentando corregir los vicios de las rentas provinciales al mismo tiempo que se conservaba el principio que les daba tanta vida?

El mal recuerdo de los impuestos indirectos a que aludimos antes, es claro que sólo podía extenderse a aquellos impuestos que eran conocidos para el contribuyente español, sustancialmente: alcabala y millones. E incluso entre éstos podían establecerse distinciones: la alcabala era “mala en sí”, en tanto que los millones son odiosos “no

<sup>7</sup> Esta afirmación formulada de un modo tan elemental y simplista es, sin duda, susceptible de crítica. Examinar con criterios actuales la naturaleza de dichas contribuciones —dice acertadamente LAMPREAVE— no es sencillo, ni puede desembocar en una afirmación concluyente. Así, pues, el valor de nuestra apreciación pese a apoyarse en una dilatada tradición de pensamiento, es puramente aproximativo. Vid. PIERNAS HURTADO: *Tratado de Hacienda Pública*, II, pp. 108 y ss. y 341; TALLADA PAULI: *Historia de las finanzas españolas en el siglo XIX*, pp. 28 y ss., y FUENTES QUINTANA: *El reparto de la carga...*, cit., p. 167.

<sup>8</sup> Que el país no estaba preparado para este tipo de impuestos lo confirman los proyectos de FIGUEROLA, COBIÁN, SUÁREZ INCLÁN (1913), BUGALLAL (1921), BERGAMÍN (1922) y CALVO SOTELO (1926), que ni siquiera llegaron a convertirse en Ley.

<sup>9</sup> Vid. FUENTES QUINTANA: “El Impuesto sobre el volumen de Ventas: perspectivas de una idea fiscal española”, en *Anales de Economía*, enero-marzo 1964.

por cargar sobre los géneros de primera necesidad, como se cree comúnmente, sino por el modo de exigir este derecho”.<sup>10</sup>

El problema habría quedado resuelto de forma satisfactoria de haberse adoptado el Proyecto de Santillán.<sup>11</sup> Pero la ampliación a 350 millones (de los 300 previstos) llevada a cabo por el Ministerio de Hacienda en las previsiones de recaudación del gravamen sobre inmuebles y la decidida oposición de Santillán, Burgos y Oliván, miembros de la Comisión de Presupuestos, a semejante ampliación, que ponía en peligro la supervivencia de la pieza fundamental del sistema, forzaron la inclusión de los Derechos de Puertas en la Ley de 23 de mayo de 1845.

Para quien conozca las críticas de Santillán a estos derechos le será difícil admitir cómo pueden encontrarse en una Reforma que le tuvo por inspirador principal. Las razones, al margen de las de oportunidad política, que aconsejan ceder en una cosa para triunfar en otra, pueden sin duda encontrarse en la propia redacción del artículo 8º de la Ley de 23 de mayo de 1845, que dice: “Continuarán *por ahora* cobrándose en las capitales de provincia y puertos habilitados los derechos de Puertas que en ellos hay establecidos...”. Texto que a las claras indica la idea de provisionalidad con que los oponentes de los derechos de Puertas admitieron su continuidad. Pero, además de estas razones, y como siempre, volvemos a encontrarnos con las estrictamente recaudatorias: hacían falta 50 millones de reales para equilibrar el presupuesto, y lo triste es que esa cantidad sólo podía obtenerse de los derechos de Puertas.

Las consecuencias de esa elección, cuyos efectos —con esporádicas intermitencias en 1855, 1868 y 1911— se prolongaron hasta 1964 a través de la Reforma Larraz, han sido dobles: en primer lugar, significó encauzar nuestro sistema por la senda de los impuestos sobre consumos específicos, con la particularidad de que al producirse dicho

<sup>10</sup> Vid. LEÓN DE ARROYAL, “Cartas político-económicas al Conde de Lerena”, pp. 145-146.

<sup>11</sup> Este Proyecto, que hizo suyo la Comisión presidida por Javier de Burgos, estaba basado en cuatro grandes impuestos: la contribución sobre el producto líquido de los bienes inmuebles, la contribución sobre la industria y el comercio, la contribución general sobre determinados consumos y el derecho de hipotecas (vid. “Memorias”, de SANTILLÁN, II, p. 36). En cualquier caso, las conexiones entre el Plan SANTILLÁN y el esquema introducido por la Revolución en 1821 nos parecen fuera de toda discusión. (Vid. F. ESTAPE, “La Reforma tributaria de 1845”, Madrid, 1971, cap. V).

encauzamiento en el momento en que nuestro país sentaba las bases de un sistema tributario moderno, las posibilidades de variación en un futuro próximo iban a ser menores. En segundo término, dado que los impuestos de producto tarde o temprano darían muestras de insuficiencia y careciendo en nuestro sistema de impuestos personales apropiados, el acudir en medida creciente a los impuestos indirectos a mano se presentaba como una necesidad insoslayable. La lentitud con que España ha ido introduciendo el principio de personalidad y el gravamen a las ventas en su sistema tributario, habla elocuentemente de la influencia que la acción acumulada de estos hechos ha ejercido en la evolución posterior de nuestro sistema tributario.<sup>12</sup>

Mientras esto sucedía en España, los países de Europa occidental —dice Due—, sin cambiar sus esquemas conceptuales respecto a las formas de imposición preferible (lo que les diferenciaba de reformas de análogo signo emprendidas en la Rusia soviética), se vieron obligados a recurrir, en circunstancias críticas para sus Tesorerías, a los olvidados impuestos sobre las ventas.<sup>13</sup> Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Italia y Francia se verán impulsadas a dar este paso como consecuencia de la Primera Guerra Mundial; en Noruega y Holanda, país este último donde la alcabala había dejado malos recuerdos, el establecimiento del impuesto a las ventas se retrasó hasta la crisis de los años treinta; finalmente, Suiza, Finlandia y Gran Bretaña vendrán a incorporarse a esta corriente positiva a raíz de la Segunda Guerra Mundial. Pocos años antes, en 1935 y 1941, Argentina y Ecuador se habían subido al mismo tren.

<sup>12</sup> Vid. SOLE VILLALONGA, "La Reforma fiscal de Villaverde, 1869-1900", ed. Derecho Financiero, 1967, cap. XIV.

Naturalmente, lentitud en la introducción no equivale a ausencia de intentos. Y así, junto a los citados Proyectos de FIGUEROLA, COBIÁN, SUÁREZ INCLÁN, CAMBO y CALVO SOTELO, en materia de imposición personal, deben también mencionarse los proyectos estos últimos que tuvieron por animador principal al Conde de BUGALLAL, sobre el valor en venta de determinados productos manufacturados o transformados", proyectos estos últimos que tuvieron por animador principal al Conde de BUGALLAL. Vid. FUENTES QUINTANA, "Los Principios del Reparto de la carga tributaria en España", por lo que se refiere al principio de personalidad; y del mismo autor, "El Impuesto sobre el volumen de ventas: perspectivas de una idea fiscal española", en lo relativo al gravamen sobre las ventas.

<sup>13</sup> Vid. LAUFENBURGER, "Finances comparées", ed. Sirey, 1950, pp. 212 y ss.; J. F. DUE, "Sales Taxation", Londres, 1957; y F. FORTE, "Il consumo e la sua tassazione", Turin, 1973. En la bibliografía iberoamericana vid. PEIRANO FACIO, "El impuesto a las ventas", Buenos Aires, 1944.

Los hechos afirmados hasta aquí creemos que dan pie para sentar dos afirmaciones: Primera, los impuestos directos, incluso los más afianzados, tienen un límite de elasticidad que es peligroso sobrepasar; en tales circunstancias, un legislador fiscal inteligente deberá acudir en cierta medida a los impuestos indirectos.<sup>14</sup> Segunda, dado que en el camino recorrido por los distintos sistemas tributarios desde los impuestos al consumo hasta la imposición personal sobre la renta y el volumen de ventas, muchos países se encuentran todavía en las etapas intermedias de imposición real y de consumos específicos o de imposición personal y de consumos específicos, parece oportuno observar que acaso no sea siempre necesario experimentar en cabeza propia las cuatro etapas, pudiendo servirse de las experiencias ajenas.

Certeramente ha enjuiciado Schmolders estos hechos, cuando al considerar el papel que corresponde a la imposición indirecta dentro de un sistema tributario moderno dice: "Con la evolución de los impuestos personales sobre la renta, la carga, antes dominante sobre este índice de riqueza, disminuye en la recaudación total, reduciendo sus objetivos. En los sistemas tributarios modernos, de los que es imposible eliminar la imposición sobre la renta y el patrimonio como columnas de la recaudación, la función de los impuestos al consumo, contrariamente a la de los que gravan los productos, la renta y el patrimonio, es agotar la capacidad contributiva de las personas gravadas tal como se manifiesta en el empleo de sus rentas, pues si bien es cierto que en la mayoría de los sistemas de impuestos al consumo sobreviven restos de la etapa anterior, durante la cual, al faltar una adecuada imposición personal, los impuestos al consumo recaían sobre artículos de primera necesidad (sal, trigo, vino, aceite y carne) con el fin de lograr los imprescindibles recursos, no lo es menos que con posterioridad esos mismos sistemas han evolucionado de modo preponderante hacia los impuestos sobre estimulantes, ventas y lujo".<sup>15</sup>

Las certeras palabras del docente de Colonia, completadas poco después por sus observaciones en la "Teoría General del Impuesto",<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Vid. "Tratado de Finanzas", II, colaboraciones de GERLOFF (p. 273) y SCHMÖLDERS (p. 772). En el mismo sentido, C. S. SHOUP, "L'imposition des revenus des personnes physiques aux Etats Unis", en Rev. Sc. Fin., 1952, núm. 1; J. F. DUE, "Análisis Económico de los Impuestos", pp. 303-304; y J. M. BUCHANAN, "Hacienda Pública", p. 528.

<sup>15</sup> Vid. SCHMÖLDERS, "El sistema de los Impuestos al consumo y a los gastos", en el "Tratado de Finanzas", cit., p. 689.

<sup>16</sup> Vid., sobre todo, las pp. 227-228.

arrojarán toda su luz sobre el tema que nos ocupa, si precisamos los términos de generalidad en que vienen expresadas, adecuándolas a las circunstancias de tiempo y modos que convienen a la distinta evolución seguida por la mayoría de los países europeos en materia de impuestos indirectos.

En cuanto a España, téngase presente la neutralidad de nuestro país en las dos guerras mundiales y la dilatada vigencia de la alcabala dentro del cuadro de los ingresos tributarios de Castilla,<sup>17</sup> que forzaron el retraso de nuestra incorporación a la corriente europea en materia de impuestos a las ventas<sup>18</sup>

Respecto de la disparidad de caminos seguidos, además de las diferencias que suelen establecerse entre los países latinos (de estructura económica predominantemente agraria y reacios a los controles administrativos) y los países anglosajones y germánicos (esencialmente industriales y más propensos a la cooperación colectiva,<sup>19</sup> obsérvese que muchos países, entre ellos España, en situación comprometida para su Hacienda, al intentar establecer a fines del pasado siglo los principios de generalidad y suficiencia en el caos tributario existente, tuvieron que adoptar un sistema mixto de impuestos directos e indirectos que se acomodase a su estructura económica y a los hábitos de sus contribuyentes. De aquí que la imposición directa tuviera que ser real y los impuestos indirectos, por las razones apuntadas, específicos sobre el consumo. Situación completamente distinta a las de aquellos países que con una economía predominantemente industrial, que les permitía hacer de los impuestos directos personales el eje de su sistema tributario, hubieron de acudir en circunstancias críticas de su historia a una fuente de ingresos —el impuesto a las ventas—

<sup>17</sup> Aunque la crítica histórica moderna parece coincidir en que la alcabala no fue una figura impositiva propia de Castilla, sino común a todas las Haciendas medievales ("cristiana con ropaje árabe", dice ingeniosamente NAHARRO), está fuera de discusión que fue en Castilla donde adquirió su mayor desenvolvimiento y una vigencia más prolongada.

<sup>18</sup> Sobre este tema puede resultar muy interesante la consulta de los trabajos que recoge la Documentación Complementaria sobre el Impuesto a las ventas, en las XV y XVII Semanas de Estudios de Derecho Financiero, y R. CALLE, "El Impuesto sobre el valor añadido y la Comunidad Económica Europea", Madrid, 1969.

<sup>19</sup> Vid. H. LAUFENBURGER, "Finances comparées", ed. Sirey, 1950; y G. SCHMÖLDERS, "Teoría General del Impuesto", ed. Derecho Financiero, 1962, Cuarta Parte.

que se presentaba óptima, por su volumen de recaudación y módica carga.<sup>20</sup>

Con todo, lléguese por unos u otros caminos, antes o después, sólo son dos los aspectos que nos interesa destacar aquí: 1º El retorno de todas las legislaciones fiscales a los impuestos indirectos en una proporción que, cuando menos, se sitúa en el 35 por 100 de los ingresos tributarios, y en ocasiones llega hasta el 70 por 100 de esos ingresos. 2º Que pese a las diferencias de tiempo y modos apuntadas, este retorno ha seguido una trayectoria susceptible de exposición unitaria en sus rasgos generales.<sup>21</sup>

### III. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA PRESENCIA DE IMPUESTOS DENTRO DE UN SISTEMA TRIBUTARIO MODERNO

Si se reflexiona sobre cuanto llevamos dicho hasta aquí podría razonablemente concluirse que los distintos sistemas tributarios han ido evolucionando desde la repulsa a la imposición directa y aprecio de la indirecta, a la estima de la imposición directa y repulsa de la indirecta, para terminar en unos amores mixtos a la imposición directa y a la indirecta, que, según las circunstancias de cada país, han adoptado la forma de imposición directa e impuestos específicos al consumo o imposición directa e impuestos a las ventas.

Esta conclusión, en su elementalidad, es correcta. Pero, desde luego, no agota toda la verdad, porque el fenómeno tributario, como cualquier otro fenómeno de la realidad, no se ajusta perfectamente a los esquemas demasiado puros y simplistas. La caricatura tiene su valor en cuanto simplificación de la realidad en sus rasgos más destacables, pero

<sup>20</sup> Vid. J. F. DUE, "Les variantes de l'impôt sur le chiffre d'affaires", en Rev. Sc. et Leg. Fin., 1955, núm. 3.

<sup>21</sup> Para una comprensión acabada de esta materia es fundamental la consulta de los distintos trabajos de J. F. DUE y G. SCHMÖLDERS sobre el tema; de todos ellos, "Sales Taxation", aparecida en 1957, tal vez sea la más completa. Una visión más actualizada del tema podrá obtenerse siguiendo los debates, memoranda y recomendaciones producidos en torno a la Comunidad Económica Europea. Vid., a título de ejemplo, el estudio redactado por la Sección de Hacienda, del Crédito y de la Parafiscalidad sobre el *Rapport Barrère*. En la literatura anglosajona vid. C. K. SULLIVAN, "The Tax on value added", Nueva York, 1965 (existe traducción al español); y en la bibliografía francesa J. J. PHILIPPE, "La taxe sur la valeur ajoutée", París, 1973, y Ph. DEROUIN, "El impuesto sobre el valor añadido en la CEE", Madrid, 1981.

nadie piensa que es toda la realidad: lo ordinario, lo híbrido, lo que no merece destacarse, no suele aparecer en las caricaturas.

Pues bien, algo parecido sucede con las conclusiones que razonablemente podrían haberse extraído de nuestra exposición. Sin embargo, este es el momento de decir que ellas tienen sólo un valor aproximativo, reflejan los rasgos más sobresalientes de una evolución sin duda más compleja. Ni en Grecia todo fueron impuestos indirectos, ni en el apogeo del liberalismo económico sólo se recaudaron impuestos directos, ni el arrollador impuesto a las ventas ha conseguido desplazar completamente a los impuestos sobre determinados consumos. Es más, centrándonos en este último punto, vamos a intentar demostrar que es bueno que sea así, porque la existencia de un impuesto a las ventas no sólo no excluye la presencia de determinados impuestos al consumo, sino que, en ocasiones, como claramente han puesto de relieve Buchanan y Forte,<sup>22</sup> puede venir recomendada.

Idea central en el moderno desarrollo de la imposición indirecta es el tránsito desde la primitiva concepción de estos tributos únicamente como medios de allegar recursos al Tesoro, a la corriente de opinión que, además, ve en ellos un instrumento idóneo para hacer recaer sobre determinados contingentes de la población, que de otro modo se verían libres de impuestos, parte de las cargas públicas (tal es el caso de los impuestos a las ventas).<sup>23</sup> Pero al mismo tiempo se observa que determinados artículos tienen en sí mismos un valor elevado, siendo su adquisición síntoma seguro de una capacidad contributiva especial, por lo que dichos consumos se hacen acreedores a un gravamen extra (surgen así los impuestos sobre los consumos de lujo). Finalmente, las ideas de la colectividad sobre el coste social de determinados consumos puede muy bien no coincidir con sus respectivos costes de producción, por lo que se hará necesario gravar dichos bienes al objeto de equiparar am-

<sup>22</sup> Vid. "Fiscal Choice Through Time", en "National Tax Journal", junio 1964. En el mismo sentido, pero siguiendo una metodología diferente, se había pronunciado años antes F. NEUMARK, al proclamar el carácter social del sistema tributario inglés en materia de impuestos al consumo (vid. "Problemas Económicos y Financieros del Estado Intervencionista", pp. 135-136 y 446).

<sup>23</sup> Es éste un argumento ya clásico a favor del impuesto a las ventas. Vid. J. F. DUE: "Análisis económico de los Impuestos", p. 304. En el mismo sentido, pero con un enfoque diferente, puede verse GANGEMI: "Finanza Pública", Ed. Gianini, 1961, vol. I, pp. 405 a 409, y A. R. PREST: "Hacienda Pública", pp. 138-139.

bos costes y limitar así su consumo (tal es el caso de los denominados por Schmolders impuestos sobre estimulantes).<sup>24</sup>

Los impuestos mencionados (a las ventas, lujo y estimulantes), que, como hemos visto, responden a finalidades diferentes, aunque todos tienen en común proporcionar cuantiosos recursos al Tesoro, es fácil que adopten en las legislaciones fiscales estructuras diversas y planteen distintos problemas. Particularmente el impuesto a las ventas, que es un gravamen de moda, ha dado lugar a una abundantísima bibliografía cuyos pormenores es obvio que no vamos a entrar a analizar aquí.<sup>25</sup> A nuestros efectos sólo nos interesa lo que dichos impuestos tienen en común, esto es, el hecho de gravar la renta en el momento de su empleo y, por tanto, venir considerados entre los indirectos.<sup>26</sup>

Los problemas de técnica recaudatoria que pueden aconsejar establecer como presupuesto de hecho del tributo la fabricación, la conducción al tráfico, o las ventas (en todas o en una de las fases por la que atraviese el artículo gravado), con las consecuencias jurídicas pertinentes, en base a la forma de venir configurada la traslación en la Ley, obedecen a la conocida dificultad de aprehensión de los actos de consumo y tienen gran importancia llegado el momento de precisar el sujeto pasivo de estos impuestos, pero en el momento presente carecen de relevancia.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Conviene advertir que cuando se habla de la imposición a los estimulantes (tabaco y bebidas alcohólicas, fundamentalmente) se piensa en gravar el consumo de dichos artículos, y no sus aplicaciones técnicas. Un excelente análisis de las razones que justifican los impuestos a los estimulantes y su crítica se encuentra en SCHMOLDERS: "El sistema de los impuestos al consumo y a los gastos", cit., pp. 696 a 698. Con posterioridad han vuelto sobre el tema J. F. DUE: "Análisis Económico de los Impuestos", cap. XVII, y A. R. PREST: "Hacienda Pública", pp. 28 a 34 y 362 a 365.

<sup>25</sup> Un excelente trabajo, incomprensiblemente poco citado por los autores que se han ocupado del tema, es el de F. FORTE: "A quel stade du cycle économique doit-on percevoir l'impôt sur le chiffre d'affaires", en Rev. Sc. Fin., 1956, núm. 3. Se ha ocupado del tema C. COSCIANI: "Problemas concretos de la imposición general sobre el consumo", en Rev. Der. Fin., mayo-junio 1967.

<sup>26</sup> Obsérvese que NEUMARK en "El problema de la clasificación de los impuestos" ("Problemas..." cit.) considera los impuestos de lujo entre aquéllos que intervienen directamente en la capacidad contributiva real "porque los objetos de este impuesto —a diferencia de los del impuesto al consumo— tienen un valor intrínseco elevado". No dándose este supuesto, y siendo, además, difícil caracterizar un objeto como de lujo con independencia de su destino y medio ambiente en el que se produce, creemos que la afirmación del ilustre profesor alemán sólo puede tener un valor teórico relativo.

<sup>27</sup> Comentando este aspecto de los impuestos al consumo, SCHMOLDERS se lamenta de que las exigencias de técnica recaudatoria hayan llevado al primer plano



En realidad, y con independencia de la fórmula de técnica recaudatoria utilizada, lo que interesa poner de manifiesto aquí es que dentro de la moderna corriente revitalizadora de la imposición indirecta en base al criterio del consumo cabe apreciar tres modalidades: 1ª Establecer un gravamen general sobre las ventas (en una o todas las fases por las que atraviesan las mercancías) de cuota módica. 2ª Gravar aquellos artículos cuya adquisición y destino es síntoma en un ambiente social determinado de riqueza particular (impuestos al lujo). 3ª Gravar ciertos productos que sin ser en sí mismos un signo de riqueza especial, la colectividad entiende que su consumo, siempre revelador de cierta capacidad contributiva en cuanto recae sobre bienes no necesarios, no debe sobrepasar ciertos límites (impuestos sobre el tabaco y bebidas alcohólicas fundamentalmente).

La proporción en que dichos gravámenes deban encontrarse dentro de un sistema tributario no es fácil de establecer "a priori", pues dependerá de la estructura económica del país en cuestión, del funcionamiento de su sistema impositivo, de los hábitos de los contribuyentes, etc. Lo único que puede decirse, a título de aproximación, es que si los impuestos sobre el lujo y estimulantes están bien trazados, cumplirán la nada despreciable misión que se les ha encomendado por el ordenamiento tributario. Sin embargo, esta observación no debe impedirnos ver que los impuestos sobre el tabaco y bebidas alcohólicas, al gravar también los consumos ordinarios, se apartan de su cometido, y al recaer desproporcionadamente sobre consumidores modestos pueden resultar regresivos. Por su parte, los impuestos al lujo es claro que contribuyen a una distribución de los recursos productivos distinta de la óptima. Además, ambos gravámenes son discriminatorios según los gustos de los consumidores, su alcance en buena técnica tiene que ser limitado y aparecen ocultos en el precio de los artículos, con lo que se viene a obstaculizar la selección que en una sociedad democrática deben realizar todos los individuos, a través de sus representantes, de las magni-

de estos impuestos los problemas derivados de la fijación del hecho imponible, con evidente descuido de la propia manifestación de la riqueza que se pretendía gravar, esto es, el consumo (*ob. cit.*, p. 684). Para llegar a una visión más completa del problema consúltese ALESSI: "Monopoli, imposte di fabbricazione e dazi doganali", E. Utet, 1956. Por nuestra parte también nos hemos ocupado del tema con algún detenimiento en "Los impuestos especiales", *Rev. Der. Fin.*, enero-febrero 1967; y en "Pasado, presente y futuro del Impuesto sobre alcoholes", *Hda. Pub. Esp.*, 1981.

tudes correspondientes de gastos e ingresos públicos.<sup>28</sup> De aquí que, siempre dentro de la incertidumbre propia de toda generalización en este campo, modernamente pueda apreciarse una marcada tendencia de las legislaciones y de la doctrina fiscal hacia el impuesto a las ventas por sus mayores posibilidades recaudatorias, módica tasa y ausencia de efectos discriminatorios. Razones todas que influyen decisivamente en la predilección por este gravamen como medio de disminuir una dependencia excesiva de los impuestos sobre la renta. Dependencia que se hace tanto más peligrosa en la medida que los procesos inflacionistas van tomando carta de naturaleza en nuestros sistemas económicos.

Con todo, estos tres gravámenes no se excluyen necesariamente dentro de un sistema tributario moderno. Ciertamente que en la base de todos ellos hay una poderosa razón recaudatoria, pero al responder, además, a finalidades perfectamente diferenciadas, su coexistencia no sólo no es criticable, sino que en ocasiones, como hemos visto, puede ser recomendada. Lo importante es que los objetos gravados y los tipos impositivos se establezcan en relación a esas finalidades. Así, la base sobre la que debe apoyarse un impuesto a las ventas será mucho más amplia que la correspondiente a los impuestos sobre el lujo y estimulantes, porque con este gravamen no se pretende llegar a una distribución más equitativa de la carga tributaria (misión de los impuestos al lujo) ni limitar el consumo de determinados bienes (misión de los impuestos sobre el tabaco y bebidas alcohólicas), sino gravar de manera uniforme la renta consumida.<sup>29</sup> Esta amplitud de órbita permite que el impuesto pueda girarse con tipos módicos, cuando en el impuesto sobre el lujo habrán de ser forzosamente altos y de grado medio en los impuestos sobre estimulantes, toda vez que la misión de estos últimos no es sobrecargar el consumo ordinario, de suyo indiferente, sino limitar posibles excesos.

La supervivencia y el éxito de estos gravámenes dependerá, en último término, de la solución que se adopte a los grandes problemas que presiden su existencia. El primero, al mismo tiempo técnico y político,

<sup>28</sup> Vid. la excelente reformulación de estas ideas llevada a cabo por BUCHANAN ("The demand and Supply of Public Goods", Chicago, 1968), sobre la base del planteamiento WICKSELL-LINDAHL.

<sup>29</sup> No pudiendo aún emitir en este lugar un juicio sobre el grado de generalidad que debe presidir la configuración de un impuesto a las ventas, la doctrina más autorizada suele aconsejar la exención de los artículos de primera necesidad y de los bienes productivos.

consiste en la adecuada selección de los objetos gravados por cada impuesto y en la fijación de los correspondientes tipos impositivos. El segundo, predominantemente técnico, estriba en dar con una administración simplificada que garantice una recaudación elevada a costes reducidos, tanto para la Hacienda como para los contribuyentes. El problema, en este punto, reside precisamente en que los bajos costes para la Hacienda suponen una recaudación centralizada, esto es, gravar las ventas de los fabricantes a los mayoristas; mientras que bajos costes para los contribuyentes significa aproximar el gravamen al momento en que efectivamente se consumen los bienes. La resolución de este problema, al que Due y Forte han consagrado una atención preferente, dependerá, en último término, de las circunstancias concretas del país al que vaya referido. En este lugar nosotros sólo podemos decir que la solución oscilará hacia uno u otro extremo, según que el ángulo visual adoptado por el legislador esté influenciado por consideraciones predominantemente prácticas o teóricas.

#### IV. MODALIDADES DE IMPOSICIÓN A LAS VENTAS: MOTIVOS PARA LA INTRODUCCIÓN DEL IVA

El país que ha adoptado la decisión de introducir en su sistema tributario un impuesto a las ventas, inmediatamente tiene que plantearse un delicado problema respecto a qué tipo de impuesto a las ventas le interesa acoger, de entre las múltiples variantes que los distintos sistemas impositivos han aplicado hasta el presente.<sup>30</sup> Las modalidades de impuesto a las ventas conocidas hasta el momento son las siguientes:

A) Impuestos a las ventas denominados plurifásicos, porque inciden sobre todas las transacciones efectuadas desde el fabricante o productor hasta el consumidor final. Dentro de esta modalidad cabe distinguir entre: a) los impuestos plurifásicos de carácter acumulativo o en cascada, que inciden de forma acumulada sobre todas las transacciones por las que pasa el producto; y b) los impuestos sobre el valor añadido o agregado, que también gravan todas las ventas, pero contemplando únicamente el valor que se añade o agrega en cada transmisión sucesiva.

<sup>30</sup> Vid. J. F. DUE "Sales Taxation", cit. cap. IV a XVI; de forma resumida "Análisis económico de los impuestos", cit. pp. 286 y ss., y "Les variantes de l'impôt sur le chiffre d'affaires", cit.

B) Impuestos a las ventas denominados monofásicos, por recaer sobre una sola fase del proceso de elaboración o transformación. Naturalmente, dentro de este tipo de impuestos a las ventas podemos encontrarnos con impuestos sobre la fabricación o sobre las ventas al por mayor o al por menor, según cual sea la fase del ciclo de producción o distribución del producto elegida para establecer el impuesto.

Todas las modalidades de imposición a las ventas referidas han sido aplicadas por los distintos países en algún momento de su historia tributaria, y todas ellas tienen ventajas e inconvenientes que vamos a examinar muy brevemente a continuación.<sup>31</sup> Pretendemos con ello advertir que aunque el impuesto sobre el valor añadido o agregado (en adelante IVA) es hoy el impuesto a las ventas más difundido y cotizado: 1º no siempre fue así; 2º no se llegó al IVA en los primeros intentos; 3º con el IVA no todo son ventajas, sino que también hay inconvenientes; y 4º es difícilmente sostenible que el IVA pueda ser el mejor impuesto a las ventas para cualquier país y en cualesquiera circunstancias, dadas las exigencias técnicas, contables y económicas que su implantación comporta.

De las distintas formas de impuestos a las ventas citadas, el impuesto plurifásico de carácter acumulativo es el que hoy suscita un menor grado de adhesión. No siempre fue así,<sup>32</sup> y aún hoy cabría mencionar entre sus ventajas: 1º, la certeza en la fijación del campo de aplicación del gravamen, que prácticamente excluye la posibilidad de que se presenten problemas interpretativos relativos a su ámbito de aplicación; 2º, el menor grado relativo de exigencias contables e inspectoras, que facilita su aplicación y gestión; y 3º, la amplitud de la base sobre la que recae, permite obtener cuantiosas sumas de ingresos con tipos de gravamen relativamente reducidos. Pero junto a estas ventajas, los inconvenientes relativos a su falta de uniformidad y de neutralidad, penalizando los procesos productivos más largos y gravando doblemente los bienes de equipo, con la consiguiente quiebra del principio de equidad en la distribución de la carga tributaria, esos inconvenien-

<sup>31</sup> Vid. M. LAURE "La Taxe sur la valeur ajoutée", Paris, 1953; F. FORTE "A quel stade du cycle économique doit-on percevoir l'impôt sur le chiffre d'affaires?", Rev. Sc. Fin, 1956; C. COSCIANI "Problemas concretos de la imposición general sobre el consumo", cit.; y C. K. SULLIVAN "El impuesto sobre el valor añadido", Madrid, 1978.

<sup>32</sup> Recuérdese que los primeros pasos dados por la mayoría de los Estados que han introducido en sus sistemas tributarios un impuesto a las ventas, han solido ser a través de esta modalidad impositiva.

tes —repito— han tenido entidad suficiente para forzar, primero, la introducción de importantes modificaciones en la estructura inicial de este gravamen,<sup>33</sup> y significar, más tarde, la paulatina desaparición de esta modalidad impositiva.<sup>34</sup>

Cuando se opta por un impuesto de carácter monofásico, es decir, que grave una sola fase de la producción o distribución de los bienes y servicios, es preciso considerar, en primer lugar, las ventajas o inconvenientes que supone decidirse por cada una de las tres opciones en presencia, esto es: gravar la producción, las ventas del mayorista o las del minorista al consumidor final; y en cualquier caso, habrá que estar dispuestos a soportar tipos impositivos más elevados que los propios de un impuesto plurifásico.

En cuanto a la primera decisión, hoy parece fuera de discusión la preferencia por un gravamen a las ventas en la fase minorista, no sólo por las ventajas de esta forma de imposición respecto a las modalidades alternativas (dado que si lo que se pretende es gravar al consumo, siempre será preferible elegir la fase más próxima al consumidor final), sino por los muchos inconvenientes que suelen acompañar a los impuestos a las ventas, tanto en la fase de fabricación como en la etapa de ventas al por mayor. En efecto, entre las ventajas determinantes de la elección en favor del impuesto a las ventas en fase minorista, cabe citar, entre otras: su mayor uniformidad en la distribución de la carga tributaria; la eliminación del efecto piramidación; la posibilidad de aplicar los tipos impositivos sobre los precios reales de los bienes, con su lógica consecuencia en permitir la diferenciación de los tipos según la calidad de los bienes y la exención de las exportaciones y artículos de primera necesidad; y la ausencia de efectos incentivadores a la integración artificial de empresas. A la vista de esta enumeración de ventajas, fácilmente se aprecia cuáles son los inconvenientes de las otras alternativas, pero conviene insistir en dos particularmente relevantes: 1º, la dificultad que entraña definir el campo de

<sup>33</sup> Entre esas modificaciones, tendentes a atenuar el rigor de la estructura inicial del gravamen, cabe citar la existencia de tipos impositivos diversificados (Alemania); la exención de los bienes producidos y utilizados por la propia empresa (Holanda); la exención de las ventas al consumidor final (España); el incremento de los tipos impositivos en los sectores de fuerte concentración vertical (Italia), etc.

<sup>34</sup> Este proceso se vio acelerado en el ámbito de la CEE por las Directrices del Consejo de Ministros comunitario de 11 de abril de 1967, que establecieron la fecha límite del 1 de enero de 1970 para la introducción del IVA. Vid J. J. PHILIPPE, *ob. cit.*, p. 271 y ss.

aplicación del gravamen en las ventas de fabricantes y mayoristas; 2º, la enojosa y siempre incompleta delimitación de los medios de producción que deben quedar exentos, con su corolario en la inevitable incitación a poner en práctica técnicas fraudulentas, particularmente en el caso de tipos impositivos elevados.

Sin embargo, junto a estas ventajas, es obvio que algún grave inconveniente deben poseer los impuestos a las ventas en fase minorista para haber quedado prácticamente relegados al ámbito de las Haciendas Locales. Esos inconvenientes tiene mucho que ver con el propio ámbito y tamaño de las empresas gravadas. En efecto, dado el gran número de comerciantes minoristas existentes, la gestión y recaudación del tributo resulta enojosa. Muchas veces falta el soporte necesario a todo impuesto a las ventas, que es un adecuado nivel de información contable; y cuando esta falta se suple con el socorrido recurso a técnicas de forfait, en ese momento hemos hecho desaparecer la razón fundamental que movió a optar por esta forma de imposición, pues un impuesto a las ventas así concebido deja de ser un gravamen uniforme sobre el consumo, para transformarse en un instrumento recaudatorio fundado en meras presunciones.

Cabe finalmente, y esto es lo más probable en nuestros días, que la simple mención de la posibilidad de introducir un impuesto a las ventas en un país dado, sea inmediatamente reconducida al análisis de los pros y los contras que se derivan del establecimiento de un impuesto sobre el valor añadido o agregado, tal es el grado de popularidad y difusión alcanzado en la actualidad por esta modalidad impositiva. Sus primeros valedores (Alemania, Francia y Brasil) aplicaron esta técnica impositiva con desigual fortuna, pudiendo afirmarse sin temor a equivocarnos que fue el éxito de la experiencia francesa, luego exportado a la CEE, el medio que ha hecho posible el considerable grado de aceptación generalizada (sobre todo por parte de las Secretarías de Hacienda) de esta forma de imposición a las ventas. De todo lo cual deducimos: 1º, que las ventajas del IVA deben superar ampliamente a sus inconvenientes; 2º, que el IVA también tiene inconvenientes; y 3º, que no es correcto pensar que pueda establecerse el IVA en un país dado de la noche a la mañana, teniendo garantizado en cualquier caso su éxito.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Además de la bibliografía citada en nota anterior, puede verse J. SOTO "El IVA y la empresa española", Hda. Pub. Esp., 1981; J. A. GIMENO "El santo temor del IVA", Rev. Der. Fin., 1982; R. CALLE "La empresa española ante el

Las ventajas del IVA son, en efecto, grandes. Suelen citarse entre las más reconocidas:

a) Generalidad y uniformidad. Al ser un impuesto plurifásico se exige en todas las fases de la producción y distribución; y al incidir sólo sobre la parte de valor añadido en cada fase, la cuota constituye un porcentaje uniforme del precio de venta. Es decir, el IVA exige simplicidad, por lo que las propuestas tendentes a introducir más exenciones que las estrictamente necesarias, tipos impositivos diversificados o cualquier otra especialidad, constituyen siempre un elemento perturbador dentro del sistema.

b) Abundante recaudación. Nota presente en todas las formas de imposición a las ventas, cuya mención no podía faltar en este lugar. Como contrapartida, deben tenerse también presentes los riesgos de elevación de precios e incremento de la inflación que la introducción del IVA suele ocasionar.

c) Estimulo a la inversión. A través de las diversas formas que el IVA puede adoptar en cada caso (tipo renta o tipo consumo, fundamentalmente), no sólo se evita la doble imposición de los bienes de equipo que los impuestos acumulativos normalmente comportan, sino que se favorece su adquisición mediante la práctica de las deducciones (inmediatas o diferidas) legalmente previstas.

d) Agiliza el comercio exterior. En la medida que permite calcular con exactitud tanto el impuesto incorporado al precio del producto importado, a efectos de la oportuna compensación de cargas respecto a los productos nacionales, como el que recae sobre los productos exportados, a efectos de la desgravación correspondiente. Es decir, en los países donde está establecido el IVA sólo se desgrava el impuesto efectivamente soportado, evitándose así las diferencias entre presión efectiva y desgravación a la exportación propias de los impuestos plurifásicos de carácter acumulativo o en cascada.

e) Facilita la gestión tributaria. Siempre que el IVA se apoye, como es imprescindible, en un adecuado nivel de información contable, la comprobación e inspección del tributo se facilita mediante el recurso a sistemas de contabilidad cruzada elementales.

Los inconvenientes, como dijimos, también existen, y se centran en la multiplicidad de sujetos pasivos y en la dificultad de determinar la

IVA", *ibidem*; y J. L. PÉREZ DE AYALA "Razones de técnica fiscal para la implantación del IVA en España", *ibidem*.

base imponible con carácter general, lo que genera multitud de regímenes especiales que complican la gestión del tributo. No obstante, es fácil apreciar que las ventajas superen ampliamente a los inconvenientes. Lo cual no es obstáculo para advertir, en primer lugar, que la introducción del IVA debe ir siempre acompañada de estudios y recomendaciones que preparen convenientemente su establecimiento; y, en segundo término, que siempre surgirán problemas en la aplicación del tributo una vez decidida su incorporación al sistema tributario, pero esos problemas se verán incrementados o reducidos, en proporción inversa a la profundidad y alcance de los estudios y recomendaciones previamente adoptados.

#### V. PROBLEMAS QUE SUELE PLANTEAR LA APLICACIÓN DEL IVA

Los problemas que puede plantear en un país dado la introducción del IVA son de muy variada naturaleza: económicos, jurídicos, políticos, técnicos, contables, psicológicos, etc. Esos problemas, a su vez, tienen unos aspectos comunes o generales, y otros específicos del país en cuestión. Nosotros hemos circunscrito nuestro análisis a los aspectos jurídicos y económicos del problema; y, naturalmente, no hemos descendido a examinar las circunstancias concretas de ningún país en particular.

##### A) *Problemas de carácter económico.*

En la breve referencia que a continuación vamos a hacer de los problemas de carácter económico que normalmente presenta la introducción del IVA, no puede perderse de vista un doble condicionante: 1º), hablamos de problemas que, normalmente, dado el común apoyo en el criterio del gasto que preside la vida de estos impuestos, habrán de presentarse; 2º), esos problemas, en la práctica, se verán agravados o reducidos en función de la estructura económica, organización administrativa, perfección técnica del gravamen y hábitos comerciales del país en cuestión.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> En cualquiera de las monografías clásicas sobre el IVA (J. F. DUE, F. FORTE, C. S. SHOUP, C. K. SULLIVAN) puede encontrarse un amplio desarrollo del tema. Una adecuada selección de textos de los autores citados puede verse en "El Impuesto sobre el valor añadido. Primer impuesto Europeo", Inst. Est. Fisc., Madrid, 1971.

Entre los problemas ordinariamente presentes en la vida del IVA conviene mencionar:

a) Que su introducción discrimina contra las familias numerosas de mayor nivel de necesidad, que se ven obligadas a destinar toda su renta al consumo, consumo que es lógico suponer se centra en artículos de primera necesidad. Los paliativos absolutos a este problema, como sería la exención de dichos productos, choca con la nota de simplicidad, tan precisa para la buena marcha del gravamen; y el establecimiento de tipos impositivos diferenciados, en atención a la calidad de los productos, es un remedio de valor tan solo relativo.

b) Pero el problema de los impuestos basados en el gasto, no es sólo su discriminación en función de las necesidades, sino que, adicionalmente, favorecen a quienes ahorran porcentajes mayores de su renta, que, normalmente, serán los perceptores de rentas altas. Circunstancia que, aun alejándose de los patrones de equidad generalmente aceptados, será, sin embargo, particularmente apreciada en momentos de fuerte inflación (Informe Meade).

c) No tememos equivocarnos al afirmar que el principal problema con el que se enfrenta el IVA es el temor, fundado, a la elevación de precios que suele acompañar a su introducción, aunque como es bien sabido, el IVA no es un componente del coste del producto, sino un impuesto que paga el consumidor final. Mucho y razonadamente se ha escrito sobre esta cuestión, manteniéndose a pesar de ello una profunda discrepancia sobre la propia interpretación de los datos aportados.<sup>37</sup> Pero con las limitaciones que siempre debe presidir el análisis de investigaciones ajenas, creemos que es correcto afirmar lo siguiente:

1) Cuando el IVA se introduce en sustitución de otros impuestos a las ventas, los cambios relativos en los precios de los bienes son inevitables.

2) Las alteraciones de precios relativos provocan cambios de precios absolutos, pues el margen de la resistencia a la baja de los bienes mo-

<sup>37</sup> El Informe Tait (1980), favorable a la escasa incidencia inflacionista del IVA, ha recibido en España valoraciones muy diversas. Vid. a título de ejemplo, J. SORO, *ob. cit.*, p. 153-154 y J. A. GIMENO, *ob. cit.*, p. 481 y ss. El texto español del citado Informe puede verse en "Introducción del IVA en España", Inst. Est. Fisc., 1982, p. 155 y ss. Un interesante estudio de prospectiva sobre los efectos de la introducción del IVA en España, puede verse en C. MELLA "La repercusión sobre los precios de la posible introducción del IVA", XVII Sem. Est. Der. Fin. Madrid, 1969.

tivadas por reducciones impositivas, es improbable que alzas y bajas de precios se compensen matemáticamente.

3) Lo más probable es que las alzas de precios se limiten al periodo inicial, diluyéndose después el efecto dentro del sistema; y si el IVA sustituye a impuestos a las ventas que excluyen la fase minorista, ese efecto amplificador se verá reducido.

4) Siempre será difícil delimitar qué parte del efecto alcista corresponde al IVA y qué proporción debe atribuirse a otros factores; de suerte que no puede sorprender la diversa lectura de que son susceptibles unos mismos datos (Informe Tait).

5) En la medida en que el alza de precios efectivamente se produzca, ello significará un aliciente para consumir menos, con su consiguiente repercusión en un descenso de la inversión; efecto que podrá ser deseable o indeseable, según la situación de la coyuntura económica en el país en cuestión.

#### B) Problemas de carácter jurídico

De los problemas jurídicos más destacables que suscita la implantación del IVA, hemos elegido uno eminentemente práctico, otro de predominante carácter teórico y un tercero mixto, teórico-práctico.

a) El problema de carácter práctico más importante con el que ha de enfrentarse un país que pretende introducir en su sistema tributario el IVA, es valorar el nivel de información contable que está en condiciones de recabar, en función, primero del propio grado de perfección contable alcanzado por las sociedades y comerciantes individuales sujetos; y en segundo término, de las posibilidades de la Administración gestora de tener un conocimiento efectivo de los datos contables precisos, a efectos de su adecuada comprobación.<sup>38</sup> Sin el cumplimiento de uno y otro requisitos el IVA está llamado a fracasar, porque no se puede aplicar correctamente un impuesto que afecta a miles de sujetos pasivos, en circunstancias especiales muchos de ellos (agricultores, minoristas, anticuarios, agencias de viaje, etc.), sin estar en condiciones de aplicar el régimen de determinación directa de la base imponible a la mayoría de los sujetos pasivos (al menos por su volumen), y ser-

<sup>38</sup> No deja de ser sintomático advertir que la introducción del IVA ha supuesto en algunos países (México, Panamá) la elevación de la recaudación en el Impuesto sobre la Renta.

virse de los regímenes de estimación presuntiva o indiciaria (*forfait*), sólo en supuestos marginales o excepcionales;<sup>39</sup> y como es bien sabido, la aplicación del régimen de determinación directa exige la llevanza de una contabilidad veraz, ajustada a las prescripciones del Código de Comercio.

b) Problema teórico y práctico de gran trascendencia, todavía sin resolver, es el de las relaciones que deben mediar entre el IVA y el Impuesto de Sociedades. Esas relaciones pueden situarse, en un caso extremo, en su recíproca incompatibilidad y, consiguientemente, en la sustitución de uno por otro.<sup>40</sup> Pero esta batalla, que el Impuesto de Sociedades va perdiendo poco a poco, al menos en la mesa de los teóricos, no es nuestra preocupación actual. Partimos, pues, de la coexistencia en el sistema tributario de ambos tributos. Desde esta perspectiva, es evidente que para bien o para mal ambos impuestos se influyen recíprocamente, porque ambos son los impuestos claves en la vida de la empresa, ambos tienen su apoyo económico-contable en el balance y, en último término, el volumen de ventas, que es la riqueza contemplada por el IVA, no puede dejar de influir en el beneficio empresarial, que es la riqueza gravada por el Impuesto de Sociedades. De aquí que todo perfeccionamiento o laguna en la regulación y aplicación del IVA, tendrá inmediata trascendencia en la gestión del Impuesto de Sociedades.<sup>41</sup>

c) El problema, sólo aparentemente teórico, que de un modo más decisivo incide sobre toda la estructura jurídica del IVA, consiste en determinar cuál es la capacidad contributiva gravada por este impuesto. Porque, como es bien sabido, ordinariamente las Constituciones suelen establecer que sólo pueden ser sujetos pasivos tributarios las personas que posean determinada capacidad contributiva. De suerte que el elemento escondido detrás de la riqueza contemplada por el presupuesto de hecho del gravamen, lo que hace que una persona pueda

<sup>39</sup> Sobre este punto puede obtenerse un nivel de información mayor consultando J. L. PÉREZ DE AYALA y E. GONZÁLEZ "Curso de Derecho Tributario" Vol. II, Madrid, Edersa, 1988, Sap. XX a XXIV.

<sup>40</sup> Esta es una cuestión siempre de actualidad en la literatura anglosajona (D. THROOP SMITH, R. S. SLITOR, R. M. LINDHOLM, J. F. DUE, etc.). Puede encontrarse un buen resumen del problema en F. DE LUIS "Aspectos generales del IVA", en XVII Sem. Est. Der. Fin., p. 76 y ss (reproducido en Hda. Pub. Esp., 1974).

<sup>41</sup> El tema tuvo especial trascendencia en Italia, al pasar en la década de los 70 de un impuesto acumulativo sobre las ventas al IVA. Vid "Riforma delle imposte dirette", Bari, 1973, en especial las Ponencias de AMATUCCI y MOSCHETTI.

ser titular del hecho imponible y le lleve, en consecuencia, al pago de la cuota tributaria, ese elemento, omnipresente a lo largo de todo el proceso de creación y aplicación de la norma tributaria, es precisamente la capacidad contributiva, eje y columna vertebral, junto al principio de legalidad, de todo el Derecho Tributario. Pues bien, el dato sorprendente en el IVA es que se produce una especie de esquizofrenia jurídico-tributaria, porque por un lado va el sujeto pasivo del tributo (fabricante, elaborador, importador o comerciante) y por otro el titular de la riqueza gravada, que es el consumidor final. De modo que allí donde el hecho imponible del IVA esté constituido por la realización de cada operación sujeta a gravamen, que es el supuesto más normal, y dado que esa operación, a efectos tributarios, suele resolverse —excepto en el caso del consumidor final— en la entrega por parte del sujeto pasivo al Tesoro de la diferencia entre el IVA que él ha soportado de sus proveedores frente al IVA que él repercute a sus clientes, hasta llegar al consumidor final; siendo esto así, resulta que en toda la cadena de sujetos pasivos efectivamente gravados (porque obsérvese bien, estamos ante auténticos sujetos pasivos tributarios que, en su caso, responderán de la deuda tributaria con todos sus bienes presentes y futuros) no aparece la capacidad contributiva, que por imperativo constitucional debe ir ligada a la condición de sujeto pasivo tributario. Esa condición sólo se produce frente al consumidor final que, curiosamente, no es sujeto pasivo del IVA. Circunstancia que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, obliga a establecer en la ley los pertinentes mecanismos de repercusión legal obligatoria o, en otro caso, a idear figuras más o menos forzadas, como la sustitución tributaria, que, simultáneamente, presentan la condición de sujetos pasivos junto a la característica de no soportar la carga tributaria derivada de la realización del hecho imponible.<sup>42</sup>

## VI. LA EXPERIENCIA DEL IVA EN LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

El IVA es claramente la forma predominante de imposición a las ventas en Latinoamérica, al estar presente en 16 de los 19 países del área y en 18 de los 24 estados centro y sudamericanos (incluido

<sup>42</sup> Una excelente exposición del problema puede encontrarse en G. C. CROXATTO "La configuración jurídica del IVA", Rev. Der. Fin. 1982; y desde una perspectiva más general M. C. BOLLO "La repercusión en el Derecho Tributario español", Madrid, 1983.

México). Las excepciones, por lo que al área iberoamericana se refiere, están constituidas por Venezuela (donde no existe impuesto a las ventas), El Salvador (donde rige un sistema amplio de imposición mediante efectos timbrados)<sup>43</sup> y Paraguay (que cuenta con un impuesto a las ventas de carácter monofásico).

A pesar de la extensión del fenómeno y de la relativa homogeneidad legislativa que ha presidido su introducción, conviene tener presente que la incorporación del IVA a los sistemas tributarios iberoamericanos es bastante reciente, pudiendo centrarse su generalización en la década de los 70. Antes de esa fecha, sólo tres países: Colombia (1963), Brasil (1965) y Uruguay (1967) habían ensayado con éxito esta forma impositiva. No siendo casual que en esos tres países se encuentre hoy el IVA firmemente asentado, proporcionando en todos ellos más del 20 por 100 de los ingresos totales del Estado.<sup>44</sup>

La introducción del IVA en los distintos países, como es lógico suponer, ha seguido pautas distintas. Así, por ejemplo, en Colombia la introducción del IVA se ha hecho en dos etapas. En 1963 el IVA contemplaba sólo la primera fase de circulación y venta de mercancías. En 1983 se produjo una reforma sustancial del IVA, que extendió la aplicación del impuesto a la fase minorista. Pero todavía en 1986 muchos autores, a la vista de las deficiencias advertidas en su regulación y funcionamiento, consideraban que el camino que quedaba por recorrer hasta el establecimiento de lo que sería el verdadero sistema IVA, era aún largo.<sup>45</sup>

En Brasil la introducción del IVA ha sido más compleja debido, en primer lugar, a la estructura federal del Estado y, en segundo término, a la concurrencia de, al menos, tres gravámenes importantes sobre las ventas. La enmienda constitucional núm. 18, de 1965, que con razón ha sido denominada la Primera Reforma Tributaria de Brasil, estruc-

<sup>43</sup> El último proyecto de ley presentado para introducir el IVA, del que tenemos noticia, data de finales de 1983.

<sup>44</sup> Al margen de las referencias específicas a la legislación de cada Estado, con carácter general es útil consultar E. GNAZZO "El IVA en los países americanos", *Rev. Der. Fin.*, 1982; E. GNAZZO y R. VALDÉS "Estructura de los sistemas tributarios latinoamericanos" en "Impuestos" (Colombia), 1985; y H. GONZÁLEZ "La experiencia del IVA en los países de América Latina" en "Cuadernos Iberoamericanos Estudios Fiscales", 1988.

<sup>45</sup> Vid. A. PÁEZ "Los hechos generadores en el impuesto sobre las ventas", *IX Jorn. Col. Der. Trib.*, 1985; V. AMAYA "Problemas de tasas y exenciones en el IVA" y G. PERRY y M. CÁRDENAS "Diez años de reformas tributarias", ambos en "Impuestos", 1986.

tuó la imposición a las ventas del modo siguiente: 1º, sustituyó el Impuesto de Consumo por el Impuesto de Productos Industrializados, tributo de la Federación que grava de forma no acumulativa la circulación de mercancías en su etapa productiva; 2º, sustituyó el Impuesto sobre Ventas y Consignaciones por el Impuesto sobre la Circulación de Mercancías, tributo de los Estados que grava de forma no acumulativa las operaciones relativas a la circulación de mercancías, realizadas por comerciantes, industriales o productores; 3º, suprimió el Impuesto del Timbre.<sup>46</sup>

Finalmente, también en Uruguay el IVA ha ido abriéndose paso lentamente. En 1967 se creó un Impuesto a las Ventas y Servicios, tipo IVA, que durante cierto tiempo coexistió con el anterior Impuesto a las Ventas y Transacciones, de carácter acumulativo. En 1972 se crea propiamente el IVA, que tras la derogación de Impuesto a las Entradas Brutas (1973), comparte la imposición a las ventas con el Impuesto Específico Interno, que es un tributo que grava la primera enajenación de determinados bienes (alcoholes, bebidas alcohólicas, jugos de frutas, cosméticos, tabaco, vehículos de motor, lubricantes, combustibles y derivados del petróleo).<sup>47</sup>

Pero lentitud en su consolidación, críticas e incluso deficiencias en la regulación, parten de un supuesto básico: hoy el IVA está firmemente introducido en la inmensa mayoría de los países iberoamericanos, haciendo así realidad una antigua aspiración.<sup>48</sup>

Junto al deseo de introducir la que se considera forma más eficiente de imposición a las ventas, siempre han estado presentes, a modo de cruz o envés, las dificultades prácticas que la aplicación del IVA comporta, sobre todo cuando se toma como punto de referencia el IVA aplicado en la CEE.<sup>49</sup> Sin embargo, debe advertirse inmediatamente

<sup>46</sup> Vid. R. GÓMES DE SOUSA "O Imposto de consumo, o IPI e os produtos intermediarios", *Riv. Dir., Pub.*, 1970; B. RIBEIRO "Sistema tributario da Constituição de 1969", Sao Paulo, 1973, pp. 305 y 354; y los "Comentarios" a los arts. 46 y ss. del CTN de J. C. GRAÇA y J. C. DE SOUZA en "Comentarios ao CTN", Sao Paulo, 1979.

<sup>47</sup> Vid. más extensamente A. MAZZ "Curso de Derecho Financiero y Finanzas", Montevideo, 1984, Cap. 7 y 8. Merece destacarse que en Uruguay, al igual que en Argentina, desde 1980 ha comenzado a utilizarse el IVA para reducir las aportaciones patronales a la Seguridad Social.

<sup>48</sup> Vid. Recomendaciones de las VI Jornadas Luso Hispanoamericanas de Estudios Tributarios, Ixtapan de la Sal (México), 1974.

<sup>49</sup> Vid. Recomendaciones de las VIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Lima, 1977.

que el IVA aplicado en Iberoamérica, en función de las propias finalidades perseguidas a través de este mecanismo tributario, es mucho más simple que el IVA comunitario.<sup>50</sup> En primer lugar, se tiende a reducir el número y cuantía de los tipos impositivos; en segundo término, se trata de reducir las exenciones —cosa que no siempre se consigue— a los bienes primarios o de primera necesidad; y, ante todo, que sobre el IVA de los países iberoamericanos no penden las exigencias de uniformidad e integración en un mercado único, que las directrices comunitarias imponen. De todos modos, justo es reconocer que los países iberoamericanos se enfrentan en este punto ante un difícil dilema: la mecánica del IVA, que tiene como base firme de apoyo la simplicidad, exige pocos tipos impositivos y escasas exenciones. Sin embargo, un modo generalmente reconocido de atenuar la regresividad de los impuestos basados en el consumo, consiste en diversificar los tipos y eximir los artículos de primera necesidad. El modo de salir de este círculo vicioso quizá esté en mantener la exención de los artículos de primera necesidad, establecer dos, o a lo sumo tres tipos diferenciados en el IVA, y configurar al lado del IVA un impuesto especial sobre determinados consumos.<sup>51</sup>

En cualquier caso, es fácil predecir que, ya sea en su actual estado de tosquedad o, lo que sería más deseable, mejorando su regulación, el IVA tiene por delante un horizonte prometedor en Iberoamérica, por dos razones fundamentales: 1ª, por su elevada recaudación (tén-gase presente que en 7 países sus ingresos son superiores al 20 por 100 de la recaudación total del Estado, y tan sólo en 3 no llegan al 10 por 100); y 2ª, por su fácil control. Y esto lo decimos teniendo presente: 1º, el elevado grado de evasión que todavía existe en la mayoría de los países iberoamericanos; 2º, la existencia, en general, de tipos impositivos poco elevados; y 3º, la reducida base imponible sobre la que el IVA se aplica, consecuencia de no haber incluido en el hecho imponible muchos bienes y servicios que deberían ser gravados. Respecto a este último punto, puede fácilmente constatararse que en la mayor parte de los países la agricultura, la pesca y la minería están exentas; y el impuesto a veces se aplica únicamente en la etapa manufacturera y de distribución comercial. Ciertamente que el gravar la etapa

<sup>50</sup> Vid. Ph. DEROUIN, *ob. cit.*, pp. 274 y ss.; y H. GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 598 y ss.

<sup>51</sup> Vid. mis estudios "Los Impuestos Especiales", *cit.*; y "Pasado, Presente y Futuro del Impuesto sobre alcoholes", *cit.*

de comercio al por menor plantea muchos problemas, tanto por el elevado número de contribuyentes que ello supone, como por la escasa cuantía de sus aportaciones. Pero gravar a los minoristas es fundamental a efectos de un correcto control del sistema, aunque sea —como hacen algunos países— mediante el tosco expediente de exigirles un impuesto fijo, del que más tarde podrán deducir el IVA pagado en sus compras. Lo importante es obligar o estimular al minorista para que pida facturas a sus proveedores, después el mecanismo elegido en cada caso por las distintas legislaciones para lograr este objetivo es completamente marginal.<sup>52</sup>

Por lo que se refiere a la extensión del crédito fiscal, el criterio es más bien amplio, admitiéndose generalmente la deducción de todos los impuestos que inciden sobre los distintos elementos constitutivos del precio del producto, incluidos, naturalmente, los bienes de capital. Respecto al régimen seguido en la deducción de los impuestos que gravan éstos últimos, tienen cabida en Iberoamérica los tres sistemas conocidos por el Derecho Tributario, esto es: el tipo "consumo", que favorece la inversión (Chile, Panamá, República Dominicana); el tipo "renta", que sigue el periodo de depreciación de los bienes (Argentina y Perú); y el tipo "producto", que al discriminar contra la inversión en bienes de capital, favorece el empleo de mano de obra y produce mayor recaudación (Brasil, Colombia, Ecuador).

Finalmente, en cuanto a las vías utilizadas para llegar al IVA, Latinoamérica ofrece una experiencia muy variada. Muchos países han llegado al IVA desde los impuestos a las ventas de carácter acumulativo (Brasil, Chile, Guatemala, México, Uruguay), siendo en estos casos necesario elevar el tipo impositivo en torno al 250 por 100. Otros dieron ese paso desde impuestos monofásicos en la fase productiva (Argentina, Colombia, Ecuador, Perú), con el efecto de un notable incremento en el número de contribuyentes. Hay quienes partían de impuestos a las ventas tipo "suspense" (los comerciantes no pagan el tributo, trasladando la carga tributaria al comprador final), como es el caso de Bolivia, Costa Rica,<sup>53</sup> Honduras o Nicaragua, donde el efecto más llamativo ha sido el incremento de la recaudación. Por último, tampoco faltan los que han dado un salto en el vacío (Panamá

<sup>52</sup> Vid. más extensamente, H. GONZÁLEZ, *ob. cit.*, 597 y 608 y ss.

<sup>53</sup> Este país, junto con Alemania Federal, es uno de los ejemplos citados en el Informe Tait como prototipo de la escasa incidencia inflacionista que puede tener la introducción del IVA (*Ob. cit.*, pp. 166 y ss.).



y República Dominicana), es decir, países que han introducido directamente el IVA, sin partir de una situación anterior de imposición a las ventas.

## VII. CONCLUSIONES

Hemos llegado al final de nuestra exposición. Pero no queríamos terminar sin dedicar un breve comentario a la imposición indirecta en su conjunto.

En este sentido se debe comenzar reconociendo que ya no son sólo razones estrictamente recaudatorias o éticas las que impulsan a un importante sector de la doctrina a postular la coexistencia de impuestos directos o indirectos dentro de un sistema tributario, como en su día lo hiciera De Viti de Marco.<sup>54</sup> Razones de política económica y puramente políticas tan fuertes como las anteriores,<sup>55</sup> han aconsejado salir del punto muerto en el que se encontraba la ciencia de la Hacienda tras el conflicto provocado por los impuestos fuertemente progresivos entre el desarrollo económico y la distribución de la renta, precisamente a través de la imposición sobre la renta gastada, como en su día postulara Kaldor, sólo que de una forma diferente: hoy día, fundamentalmente, a través del IVA.

Paralelamente, el argumento del exceso de carga de los impuestos sobre consumos específicos, según se desprende de la excelente síntesis llevada a cabo por Musgrave, es ahora mucho menos válido de lo que fuera en otra época; y por lo que se refiere al impuesto general sobre las ventas, después del cúmulo de trabajos de J. F. Due sobre el tema, creemos que nadie pondrá en duda que sus efectos se asemejan a los de un impuesto proporcional sobre la renta.

De este modo, creemos que carece de fundamento científico la afirmación, tan frecuente y difundida, sobre el carácter odioso y regresivo de todo impuesto indirecto, así como la calificación que de semejante afirmación se deriva para los sistemas tributarios en los que predomina dicha categoría de impuestos. Ante todo es necesario precisar a qué

<sup>54</sup> En el mismo sentido, CAPODAGLIO, LAUFENBURGER, PAPI, PREST, ROSSI, etc.

<sup>55</sup> Vid. M. DUVERGER: "Defense et illustration de l'impôt indirect", en Rev. Sc. Leg. Fin., 1954; GANGEMI: "Finanza Pubblica", cit., pp. 401 a 410 y 429-430; "Informe Meade", cit. cap. 8; y A. GAGO "La crisis de la imposición personal sobre la renta y las perspectivas de su reforma", Rev. Der. Fin., 1988, donde se recoge una extensa bibliografía sobre el tema.

tipo de impuestos indirectos va referido el juicio; en segundo lugar, conviene considerar la estructura económica, política y social del país en cuestión; y, finalmente, no debe perderse de vista que, en último término, estamos ante una cuestión de proporciones. De suerte que, llevando la conclusión de este estudio al mundo de la caricatura, nos parece mucho más acertado afirmar que todo sistema tributario que no cuente con elementos de imposición indirecta es imperfecto, que no suscribir la tesis contraria.

## RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL POR LOS CRIMENES DE GUERRA Y LESA HUMANIDAD

Loretta ORTIZ AHLF

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de guerra y lesa humanidad.* III. *Inmunidad y refugio.* IV. *Régimen actual.*

### I. INTRODUCCIÓN

Antes de proceder al análisis de los diversos actos que deben ser considerados como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, conviene determinar si el acto inicial de la guerra constituye un crimen al margen de cualesquiera de los actos particulares cometidos en relación con las operaciones militares o durante el desarrollo de las hostilidades.

Al respecto, debe distinguirse entre la guerra defensiva y la guerra de agresión. La legitimidad de la guerra defensiva está claramente reconocida en D.I., como puede desprenderse del artículo 51 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.<sup>1</sup> En esta situación debe forzosamente existir un ataque armado o la inminencia del mismo para poder emprender cualquier medida de legítima defensa.<sup>2</sup>

La guerra de agresión constituye no sólo la violación a una norma de derecho internacional, sino que engendra además, la violación a una norma de *ius cogens*, reconocida expresamente por la Carta de la ONU, en su artículo 2, párrafo 4, y en la última sentencia de la

<sup>1</sup> SZÉKELY, Alberto, *Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público*, tomo I, UNAM, México, 1981, p. 40.

<sup>2</sup> ORTIZ AHLF, Loretta, "Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Conflicto Nicaragua vs. los Estados Unidos de América, del 27 de junio de 1986", *Revista del Centro de Relaciones Internacionales*, núm. 46, vol. XI, Nueva Época, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, septiembre-diciembre, 1989, p. 28.

Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua vs. Estados Unidos de América.<sup>3</sup>

Por otro lado, actualmente en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se ha definido este acto como crimen contra la humanidad en el artículo 19 del Proyecto de Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos de los Estados. El Proyecto considera a la guerra de agresión como un acto que agrede a la Comunidad Internacional en su conjunto y que faculta a la misma a imponer sanciones más severas. El artículo 19 establece:

Artículo 19. Crímenes y delitos internacionales.

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

c) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;

d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda y protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

<sup>3</sup> *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, Judgement of the International Court of Justice, La Haya, 27 de junio de 1986, p. 90.*

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.<sup>4</sup>

Ahora bien, independientemente de la responsabilidad que se origina por la iniciación de una guerra de agresión, en caso de originarse esta situación, los Estados parte en el conflicto podrán ser responsables por la violación de las normas referentes al derecho de guerra o al derecho humanitario.

Las fuentes de estas normas, se encuentran en las disposiciones de derecho internacional consuetudinario y en normas de carácter convencional.

Las Convenciones de La Haya de 1899, 1907 y otras convenciones que prohíben la utilización de cierta clase de armamentos constituyen las normas vigentes en materia de derecho de guerra, las cuales en la actualidad requieren de una debida actualización, ya que los armamentos utilizados hoy día sobrepasan las situaciones contempladas por las mismas.<sup>5</sup>

Al lado de estas normas se encuentran el derecho de Ginebra o derecho humanitario, recogido en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977.<sup>6</sup>

## II. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA Y LESA HUMANIDAD

Las Convenciones de La Haya, al establecer una gran variedad de prohibiciones respecto a la realización de ciertos actos en tiempo de guerra, contemplaron solamente la imposición de obligaciones para los Estados. Las obligaciones así asumidas no implicaban ninguna responsabilidad penal, ya fuese para el jefe de Estado o para sus agentes, con relación a la Comunidad Internacional en su conjunto o con

<sup>4</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Labor Realizada en su 32º Periodo de Sesiones. Resolución aprobada por la Comisión en la sesión celebrada el 25 de julio de 1980, p. 31.*

<sup>5</sup> VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, traducción Antonio TRUYOL SERRA, cuarta edición, ed. Aguilar, Madrid, 1967, pp. 362 y 367.

<sup>6</sup> VIEIRA, Manuel - Herber ARBUET, *Los Conflictos Bélicos y las Convenciones Humanitarias que los Regular*, Documentación Internacional, vol. III, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1979.

respecto al beligerante o beligerantes contrarios. Los ejércitos beligerantes tenían la facultad, según el derecho consuetudinario, para juzgar y castigar, *fragante bello*, a los individuos pertenecientes a las fuerzas armadas del enemigo que fueran capturados y se les encontrara culpables de haber infringido las leyes de la guerra. En dichas convenciones no se contempló ninguna responsabilidad penal general que autorizara someter a juicio a los miembros del Gobierno del Estado enemigo o del Estado Mayor, como responsables por la conducción de las operaciones militares en la guerra. Los miembros individuales del Gobierno o del Estado Mayor podían ser juzgados por infracciones al propio derecho local, cuestión ajena al derecho internacional.

La cuestión de la responsabilidad internacional del jefe del Estado por actos realizados durante la guerra por sus agentes, fue agudamente debatida en la Conferencia de París de 1919. ¿Podía el ex Kaiser ser procesado y castigado por su participación en la promoción del conflicto armado? Los miembros norteamericanos de la Comisión Sobre Responsabilidad de los Autores de la Guerra sostuvieron que era regla del derecho internacional que el jefe del Estado no podía ser responsable criminalmente por su conducta con respecto a cualquier otra autoridad que no fuera su propio país. Los actos del jefe de Estado eran actos del Estado mismo, y como tales tenían carácter esencialmente político. Los miembros norteamericanos sostuvieron, por consiguiente, que el ex Kaiser no podía ser procesado.<sup>7</sup> Sin embargo, esta opinión no prevaleció y el artículo 227 del Tratado de Versalles estableció:

Las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex-Emperador de Alemania, por su suprema ofensa contra la moral internacional y la santidad de los tratados.<sup>8</sup>

A consecuencia de la negativa del Gobierno de los Países Bajos de entregar al fugitivo, el proceso no se realizó.

<sup>7</sup> Informe del Comité Jurídico Interamericano, actuando de acuerdo con la competencia que le fue conferida por la Resolución VI de la Conferencia Interamericana Sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, adoptada en la ciudad de México el 7 de marzo de 1945, OEA, 30 de julio de 1945, pp. 16 y ss.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 17.

También el Tratado de Versalles en su artículo 228, establece que el Gobierno Alemán reconoce el derecho de los Gobiernos Aliados y Asociados para someter a los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido hechos violatorios de las leyes y costumbres de la guerra y que a esas personas, si fueren encontradas culpables, se les aplicarían las penas establecidas por la ley (*laid down by law*).<sup>9</sup>

Por otro lado, el artículo 229 señaló que las personas culpables de hechos criminales contra los nacionales de una de las Potencias Aliadas y Asociadas serían sometidas a los tribunales militares de esa potencia; y que en caso de crímenes contra nacionales de más de una de las Potencias Aliadas y Asociadas serían sometidas a tribunales militares integrados por miembros de los tribunales militares nacionales correspondientes. Además se acordó que los culpables podrían ser juzgados por tribunales alemanes. El resultado final, sin embargo, fue que muy pocas personas quedaron sometidas a juicio y las disposiciones del Tratado de Versalles no tuvieron prácticamente efecto.<sup>10</sup>

Durante la Segunda Guerra Mundial en la Conferencia Tripartita de Moscú, del 19 al 30 de octubre de 1943, los Estados Unidos de América, Francia y la Unión Soviética, obrando por las entonces 32 Naciones Unidas, declararon el propósito de requerir que los oficiales, soldados y miembros del Partido Nazi que fuesen inculcados de atrocidades fueran enviados a los países en que habían cometido esos hechos, a fin de que pudieran ser juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de esos Estados. La declaración expresa además que, para los casos de los criminales cuyos delitos no tuvieren localización geográfica determinada, el castigo se aplicaría por decisión conjunta de los Gobiernos Aliados. Nada se dijo respecto de los crímenes cometidos individualmente por miembros de las fuerzas armadas fuera de las operaciones militares. Es de presumir que éstos serían juzgados en el país donde el delito se había cometido, ya fuera ante un tribunal militar o ante los tribunales penales ordinarios que tenían jurisdicción sobre tales hechos.<sup>11</sup>

Con el Tratado de Londres de 1945, se crea el Tribunal de Núremberg, como tribunal *ad-hoc* instituido después de perpetradas las infracciones, su Estatuto era un anexo del Acuerdo de Londres.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Dicho Estatuto en su artículo 6º establecía:

Los siguientes actos o uno cualquiera de ellos, son crímenes sometidos a la jurisdicción del tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual:

a) Crímenes contra la paz: Es decir, planeamiento, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una en violación de Tratados Internacionales, Acuerdos y Seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes;

b) Crímenes de guerra: Es decir, violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas: asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados, o cualquier otro propósito, de poblaciones civiles, de territorios ocupados, o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratamientos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares;

c) Crímenes contra la humanidad: Es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a la esclavitud, la deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antes dichos, son responsables por todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes.<sup>12</sup>

Cabe mencionar que se admitía el juicio en rebeldía como ocurrió en el caso de Bormann.<sup>13</sup>

### III. INMUNIDAD Y REFUGIO

En tiempo de paz, el jefe de Estado que se halla en territorio extranjero goza de ciertas inmunidades y privilegios, y entre ellos la inmu-

<sup>12</sup> OSCÓS SARD, Gisela A., "Nüremberg, 45 años después", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, ELD, núm. 14, México, 1990, p. 339.

<sup>13</sup> VIEIRA, Manuel A., *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1969, p. 288.

nidad de jurisdicción local. Razones de cortesía y aun de reciprocidad fundan ese tratamiento, que asegura libertad de acción al jefe de un Estado que transitoriamente se encuentra fuera de su país.

Durante la guerra, no existe inmunidad alguna: el jefe del Estado enemigo, si es capturado, se convierte en prisionero de guerra.

Ahora bien, pretender que el jefe de un Estado goce de inmunidad por la comisión de crímenes de guerra o contra la humanidad, sería injusto porque impediría esclarecer una imputación, y además sería odioso, pues se protegería a una persona, en razón del alto rango que ocupa.

Por esta razón, la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", establece en su artículo II, lo siguiente:

Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.<sup>14</sup>

Con base en dicha disposición debe concluirse, que sin importar el cargo o rango del individuo que cometa alguno de los crímenes mencionados, éste no goza del beneficio de inmunidad, ante lo cual cabe o procede su enjuiciamiento.

Otra cuestión que podría plantearse, es si dichos criminales pueden beneficiarse del refugio. Para responder a dicha pregunta, cabe recordar que el delito que se les imputa a esas personas no es de un delito político, conforme a lo establecido por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su Protocolo de 1967, o bien, conforme a las convenciones de Caracas sobre Asilo Diplomático o Territorial.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> SZÉKELY, Alberto, *op. cit.*, tomo III, p. 997.

<sup>15</sup> *Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada el 28 de julio de 1951. *Protocolo Sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptado el 16 de diciembre de 1966. Ambos pueden consultarse en SZÉKELY, Alberto, *op. cit.*, tomo I, pp. 393 y ss.; *Convención Sobre Asilo Diplomático*, adoptada en Caracas el 28 de marzo de 1954. *Convención Sobre Asilo Territorial*, adoptada en Caracas el 28 de marzo de 1954, en SZÉKELY, Alberto, *op. cit.*, tomo II, pp. 1090 y ss.

Por lo cual, no cabe el otorgamiento de asilo o refugio a un criminal de guerra, procediendo su extradición. Lo anterior es confirmado por la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual en su artículo III, señala:

Los Estados en la presente Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente Convención.<sup>16</sup>

En materia de extradición no se consideran como "delitos políticos", los crímenes antes mencionados, ni los atentados anarquistas o terroristas, toda vez que estos ilícitos afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto.

#### IV. RÉGIMEN ACTUAL

Después del enjuiciamiento de los criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial ante los Tribunales de Tokio y Nüremberg, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas inició la elaboración de un Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.<sup>17</sup>

La Comisión en su primer periodo de sesiones nombró como relator especial del Proyecto al señor Jean Spiropoulos.<sup>18</sup> El Proyecto codificaría los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y por las sentencias de dicho Tribunal.

El proyecto de Código se presentó a la Asamblea General en 1954, en su sexto periodo de sesiones. En dicha sesión se decidió mediante la resolución 897 (IX), que el Proyecto se encontraba íntimamente ligado con el problema de definir la agresión, por lo cual se encomendó a una Comisión Especial la tarea de preparar un informe sobre un Proyecto de definición de la agresión y se decidió aplazar el

<sup>16</sup> *Idem*, tomo II, p. 998.

<sup>17</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Labor Realizada en su 39º Período de Sesiones*, 4 de mayo a 17 de julio de 1987. Asamblea General Documentos Oficiales: Cuadragésimo Segundo Período de Sesiones, Suplemento núm. 10 (A/42/10), pp. 5 y ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

examen del Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad hasta que la Comisión Especial hubiese presentado su informe.<sup>19</sup>

En 1974, la Asamblea General aprobó por consenso la Definición de Agresión, mediante su resolución 3314 (XXIX). El primer artículo de dicha resolución define a la agresión como "el uso de la fuerza armada por un Estado en contra de la soberanía, e integridad territorial o independencia política de otro Estado, en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas".<sup>20</sup>

El artículo 3º de la mencionada resolución, señala cuáles son los actos que pueden considerarse como de agresión, independientemente de que haya o no una declaración de guerra.<sup>21</sup>

En 1981, la Asamblea General invitó a la Comisión a que reanudara su labor con miras a concluir el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y al año siguiente se nombró a un nuevo relator especial, el señor Doudou Thiam.<sup>22</sup>

Para 1985, la Comisión de Derecho Internacional cuestionó si el Proyecto debía contemplar las sanciones por los ilícitos cometidos e instaurar una jurisdicción penal internacional competente para juzgar a los criminales, ante lo cual se pidió a la Asamblea General que puntualizara su mandato.

Desgraciadamente, la falta de pronunciamiento sobre la cuestión planteada por la Comisión a la A. G. y la lentitud de la labor realizada por la Comisión, han provocado que hasta la fecha no se concluya con dicho Proyecto. A pesar de ello, existen otros instrumentos internacionales que dan base para el enjuiciamiento de los criminales de guerra y de los que cometen crímenes contra la humanidad.

Dichos instrumentos son: las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

De esta forma, en las cuatro Convenciones se establece:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> SZÉKELY, Alberto, *op. cit.*, tomo II, p. 708.

<sup>21</sup> *Idem*, pp. 708 y 709.

<sup>22</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, op. cit.*, p. 6.

penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Altas Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiéndoles hacer comparecer ante sus tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra Parte Contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ella cargos suficientes.

Cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.

En cualquier circunstancia, los inculcados se beneficiarán de las garantías de procedimiento y de libre defensa que no resulten inferiores a las prescritas en los artículos 105 y siguientes del presente Convenio.<sup>23</sup>

El siguiente artículo señala:

Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes, si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos, realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción o apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita o arbitraria.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Artículo 41 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas.

Artículo 50 del Convenio para mejorar al suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Artículo 129 del Convenio relativo al trato de prisioneros de guerra.

Artículo 146 del Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

<sup>24</sup> Artículo 50 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas.

Artículo 51 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Artículo 130 del Convenio relativo a los prisioneros de guerra.

Artículo 147 del Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

Por último se establece:

Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de las responsabilidades en que incurre ella misma u otra Parte contratante, respecto a las infracciones previstas en el artículo precedente.<sup>25</sup>

Como puede observarse las obligaciones de los Estados Parte son:

1. Tomar medidas legislativas necesarias, para establecer sanciones penales adecuadas, para aplicarse a las personas que hayan cometido u ordenado cometer los actos previstos como infracciones graves de la Convención.

2. Buscar a las personas acusadas de haber cometido tales delitos y someterlas a sus propios tribunales, fuere cual fuere su nacionalidad.

3. Adoptar todas las medidas necesarias para hacer cesar los actos contrarios a las disposiciones de las Convenciones, excluidas las infracciones de carácter grave.

Las acciones penales contra los mismos son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, conforme lo establecido por el artículo 1 de la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Dicha imprescriptibilidad se aplica no sólo a los crímenes de guerra, también se aplica a los crímenes de lesa humanidad, bien sea en tiempo de guerra o paz, definidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, así como en posteriores resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. También constituyen crímenes de lesa humanidad el ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aun si dichos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

En lo referente a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, se señala de igual manera que las Partes

<sup>25</sup> Artículo 51 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas.

Artículo 52 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Artículo 131 del Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra.

Artículo 148 del Convenio relativo a la protección de las personas civiles.

contratantes se comprometen a adoptar con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio.<sup>26</sup>

Estas Convenciones representan un progreso, pues al menos se deja de lado a la nacionalidad, aunque no encaran de frente una justicia internacional, sino que preceptúan una de carácter nacional.

Los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos durante la Guerra del Golfo Pérsico y con posterioridad a la misma por Sadam Hussein obligaban a los Estados afectados a iniciar un proceso contra el mismo.

Ante la falta de cumplimiento de dicha obligación, no queda más que la esperanza de que se concluya un tratado que instaure un Tribunal Internacional Penal que juzgue a los criminales de guerra y de lesa humanidad, con jurisdicción obligatoria.

<sup>26</sup> Puede consultarse el texto de la Convención en VIEIRA, Manuel A., *op. cit.*, p. 431.

## EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS: DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES DE PROCEDENCIA

Horacio RANGEL ORTIZ

SUMARIO: I. Terminología. 1. Denominaciones de origen. Concepto. 2. Indicaciones de Procedencia. Concepto. 3. Diferencias entre la denominación de origen y la indicación de procedencia. II. Las denominaciones de origen: 4. Antecedentes. 5. Tres ideas centrales: protección del consumidor, protección del productor y garantía de calidad. 6. Las características del producto han de tener su causa exclusiva o esencialmente en el medio geográfico. 7. Productos susceptibles de ser designados con una denominación de origen. 8. La titularidad de las denominaciones de origen. 9. Las denominaciones de origen, las denominaciones genéricas y las indicaciones de procedencia. III. Arreglo de Lisboa, del 31 de octubre de 1958, relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional: 10. Protección de la denominación de origen en el país solicitante. 11. Usurpación o imitación de la denominación de origen. 12. Transformación en una denominación genérica. 13. Duración de la protección. 14. Utilización anterior por terceros. IV. Las indicaciones de procedencia: 15. Las indicaciones de procedencia en el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial. 16. Las falsas indicaciones de procedencia en el Convenio de París. 17. Arreglo de Madrid, del 14 de abril de 1891, relativo a la Represión de las Indicaciones de Procedencia Falsas o Engañosas en los Productos. V. Las denominaciones geográficas y las marcas: 18. La prohibición de adoptar nombres geográficos como marcas no es absoluta. 19. Nombres geográficos considerados no aptos para constituir marca. 20. El empleo de nombres geográficos a título de marca está sujeto a condiciones particulares. VI. Trabajos preparatorios para la redacción de un anteproyecto de tratado en materia de indicaciones geográficas.

### I. TERMINOLOGÍA

Uno de los factores determinantes de la complejidad del tema consiste en la indeterminación o ambigüedad que ha imperado en la terminología correspondiente. Ordenamientos legislativos hay que lo mismo utilizan la expresión "denominación de origen" que "indicaciones de procedencia" o "nombres geográficos". Tal observación es aplicable



a leyes nacionales como a las que en el ámbito internacional reglamentan la materia a estudio. En la doctrina acontece un fenómeno similar, ya que para hablar de la institución, indiscriminadamente se le designa como "denominación de origen" o como "denominaciones de procedencia" o como "indicaciones de procedencia" o finalmente, como "denominaciones geográficas" o "nombres geográficos".<sup>1</sup>

Sin negar que pueda existir cierta interrelación entre esa variedad de denominaciones, conviene subrayar la que efectivamente exista, pero sin descuidar la mención de sus diferencias para que, en función de lo que tengan de común sea posible establecer si esa correlación es de género a especie, es de especie a especie, o, en último análisis, si se trata de acepciones que nada tienen que ver entre sí o de una

<sup>1</sup> A propósito de la complejidad para encontrar soluciones para la revisión del Arreglo de Lisboa o de la conclusión de un nuevo tratado sobre indicaciones geográficas. Véase RANGEL MEDINA David, "La protección internacional de las denominaciones de origen", en *Estudios sobre cuestiones relativas a la revisión del Arreglo de Lisboa o a la conclusión de un nuevo tratado sobre indicaciones geográficas escritos por consultores a invitación del Director General de la OMPI*, OMPI, TAO/S/5, enero 1979, p. 12. Sirve para ilustrar lo aquí dicho, el texto del artículo 208-A de la antigua Ley mexicana de la propiedad industrial, que tomando como patrón el concepto establecido en el Arreglo de Lisboa, en su primera parte definía la denominación de origen diciendo que es "la denominación geográfica de una región o de una localidad que sirve para designar un producto originario de los mismos y cuya calidad o características se deben exclusivamente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos". Hasta aquí, como puede verse, la definición reproduce casi literalmente el texto del tratado internacional. Pero la segunda parte del mismo precepto extiende el rubro más allá de los nombres geográficos o de localidades, al considerar también como denominación de origen "aquella que sin hacer referencia al nombre de un lugar determinado, se encuentra estrechamente vinculada a éste en virtud de factores geográficos, sociales, lingüísticos o culturales, de tal manera que sus características o prestigio se deban exclusivamente a dichos factores"; criterio que más que aclarar el contenido y concepto de denominación de origen entorpece su comprensión y aplicación. El asunto, sin embargo, lo aclara la exposición de motivos en esta forma: "Tomando en consideración las particularidades de nuestra cultura y desarrollo económico, se ha ampliado el concepto de denominación de origen para incluir, en el texto del Decreto, las denominaciones de origen impropias, es decir, las que sin identificar un lugar determinado son distintivas de uno o más productos estrictamente vinculados al territorio en que se producen en virtud de factores geográficos, sociales, culturales, vgr. la bebida alcohólica llamada "xtabentún", originaria de la península yucateca. En este caso hay el vínculo entre producto y territorio, de la misma manera que en una denominación de origen en sentido estricto aun cuando producto y territorio se identifiquen con una denominación distinta". Véase RANGEL MEDINA David, "El nuevo régimen de las denominaciones de origen en México", *La Propiedad Intelectual*, Revista trimestral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, AJO VI, núm. 2, 1973, p. 65.

simple cuestión de terminología, ajena o intrascendente al Derecho, en cuyo lenguaje no hay restricciones para el uso de vocablos sinónimos.<sup>2</sup>

Habrà pues que aclarar, que para los efectos del desarrollo del tema, bajo el rubro de "indicaciones geográficas" se examinará lo que aquí se llaman denominaciones de origen por un lado e indicaciones de procedencia, por otro. En vista de que en uno y otro caso (en tanto indicaciones *geográficas*) está presente la noción de la denominación geográfica, parece conveniente empezar por mencionar que la misma corresponde al nombre con el que se designa cualquier lugar del planeta, trátase de un continente como Asia; de un país, como Francia; de una región como Centroamérica; o de una ciudad como Tokio. Lo mismo puede referirse esa denominación geográfica a un fenómeno de la orografía, como el volcán Popocatepetl, que a un río, como el Amazonas o a un valle, como el de Loire. Es decir conforme a su pura acepción gramatical, y tomada aisladamente, la denominación geográfica podría ser extraña al orden jurídico en tanto equivalga a un simple nombre consignado por la Geografía, que no produce consecuencias jurídicas.<sup>3</sup>

### 1. Denominaciones de origen. Concepto

La denominación de origen es la denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad que sirve para designar un producto que es originario del lugar y cuya calidad o caracteres son debidos exclusivamente o esencialmente al medio geográfico, comprendiendo los factores naturales y los factores humanos.<sup>4</sup>

### 2. Indicaciones de procedencia. Concepto

La indicación de procedencia es el uso de un nombre geográfico sobre un producto, indicando simplemente, sin más, el lugar de producción. Es la indicación del lugar geográfico de residencia del fabricante que acostumbra a figurar en los productos que llevan marca, etiqueta o envase. En realidad, la indicación de procedencia es un

<sup>2</sup> RANGEL MEDINA David, "La protección internacional de las denominaciones de origen", *op. cit.*, p. 13.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Arreglo de Lisboa*, artículo 2, párrafo 1.

complemento de la marca, que permite al productor dar a conocer su residencia.<sup>5</sup>

### 3. Diferencia entre la denominación de origen y la indicación de procedencia

Para el profesor Carlos E. Mascareñas, la diferencia entre ambas es clara, evidente y concreta, pero es necesario insistir en ellas puesto que no se han ido delimitando los dos conceptos y ha existido entre ambas una gran confusión, tanto en la doctrina, como en las legislaciones nacionales, como en los tratados internacionales. De acuerdo con este autor, las diferencias que existen entre la indicación de procedencia y la denominación de origen son las siguientes:

a. No se hace uso de la indicación de procedencia como denominación del producto, mientras que sí se hace de la denominación de origen.

b. La indicación de procedencia se aplica a todos y a no importa qué producto de un lugar geográfico, mientras que la denominación de origen se aplica solamente a un tipo de producto, de calidad y características determinadas. La indicación de procedencia no indica, por consiguiente, una calidad y unas características en el producto (la indicación de procedencia designa simplemente el origen geográfico de un producto sin que el producto deba tener características o calidad determinadas).

c. Para el empleo de indicación de procedencia no es necesario que el lugar geográfico sea conocido a causa de sus productos típicos, como lo es cuando se trata de denominaciones de origen.

d. La denominación de origen es un signo distintivo de los productos, mientras que la indicación de procedencia no lo es.

e. La denominación de origen es, pues, una modalidad de la propiedad industrial y la indicación de procedencia no lo es.<sup>6</sup>

Como el propio profesor Mascareñas lo reconoció en su momento, el tema es complicado y difícil.<sup>7</sup> Así como para este autor una de las

<sup>5</sup> MASCAREÑAS Carlos E., "Las denominaciones de origen", en FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, t. II, Montaner y Simón, S.A. Barcelona 1962, p. 393.

<sup>6</sup> MASCAREÑAS, *op. cit.*, p. 393.

<sup>7</sup> MASCAREÑAS, *op. cit.*, p. 407.

diferencias entre denominación de origen e indicación de procedencia radica en el hecho que la primera es un signo distintivo y forma parte de la propiedad industrial, en tanto que la segunda no,<sup>8</sup> para otros autores como Chavanne y Burst, ambos forman parte de la propiedad industrial en tanto signos distintivos.<sup>9</sup> Estos autores señalan que las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia son dos signos distintivos compuestos de denominaciones geográficas que son asignadas a unos productos para diferenciarlos de otros productos.

<sup>8</sup> En el mismo sentido, David RANGEL MEDINA, "La protección internacional de las denominaciones de origen", *op. cit.*, pp. 27-28. El profesor Rangel Medina, igual que el profesor Mascareñas, opina que las indicaciones de procedencia *per se* no son elementos de la propiedad industrial: "...sería aconsejable reformar el artículo 1, párrafo 2) del Convenio de París para la Protección de la propiedad industrial revisado en Estocolmo en 1967, excluyendo las indicaciones de procedencia o suprimiendo la expresión "las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen" de las instituciones que son el objeto de la protección de la propiedad industrial según dicho precepto legal, ya que está demostrado que la disyuntiva "o" usada en esa parte del texto del Convenio no es correcta. Aun cuando nombres geográficos las dos, cada una de ellas tiene su propia connotación... Aceptada esta distinción, de primer impulso podría sugerirse que la modificación del texto legal se hiciera consistir en la sustitución de la conjunción disyuntiva "o" por la conjunción copulativa "y" de tal modo que la redacción del párrafo indicara: "La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes... las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen..." Mas ello implicaría reconocer a las indicaciones de procedencia *per se* el carácter de elementos de la propiedad industrial, lo cual no corresponde a la realidad, pues si bien es cierto que las leyes reprimen el empleo de falsas indicaciones de procedencia, o de indicaciones de procedencia engañosas, y que hay un instrumento administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, cual es el Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas, también es verdad que lo que dichos ordenamientos reglamentan, no es la indicación de procedencia en sí misma considerada, sino "una indicación falsa o engañosa" que lleven los productos, en virtud de la cual resulten indicados directa o indirectamente, como país o como lugar de origen alguno de los países o lugares situados en ellos, como establece el artículo primero del citado Arreglo. De ahí que la modificación más adecuada al Convenio de París, en la parte que se comenta, consistiría en excluir la frase "indicaciones de procedencia o" y dejar únicamente la expresión "denominaciones de origen", dentro de la enumeración que consigna el párrafo 2) del artículo 1 del Convenio". Véase también cómo a propósito de la "Precisión de la Terminología" este mismo autor estima que la indicación de procedencia o proveniencia en rigor debiera llamarse indicación *del lugar* de procedencia. RANGEL MEDINA, "La protección internacional de las denominaciones de origen...", *op. cit.*, p. 14.

<sup>9</sup> CHAVANNE Albert y BURST Jean-Jacques, *Droit de la propriété industrielle*, Deuxième édition, Dalloz 1980, pp. 329, 330 y 617). Gómez Segade también se refiere a las denominaciones de origen y a las indicaciones de procedencia como "signos distintivos". Véase GÓMEZ SEGADE, José Antonio, "Denominaciones de origen españolas para productos no vinícolas", *Actas de Derecho Industrial*, t. 8, 1982, p. 406.

Así, al referirse a las diferencias entre denominaciones de origen e indicaciones de procedencia, señalan que la denominación de origen es una denominación constituida por el nombre de un lugar en donde los productos gozan de una prolongada reputación y por ello constituyen un verdadero signo distintivo y una garantía de calidad para el consumidor. La indicación de procedencia, señalan, es una simple mención del lugar en el que un producto ha sido creado, ya sea que dicha creación haya tenido lugar por cultura natural, extracción o fabricación. Se trata simplemente de un dato indicativo que permite primordialmente al comprador saber si el producto es de origen local o proveniente del extranjero, afirman Chavanne y Burst.<sup>10</sup>

Baste mencionar lo anterior como un dato indicativo del carácter complicado que presenta el estudio, y sobre todo la aplicación en la práctica de las instituciones que versan sobre indicaciones geográficas, trátase de denominaciones de origen o de indicaciones de procedencia. Lo que hay que destacar por ahora y en lo que parece haber una mayor armonía es que en el caso de las denominaciones de origen estamos ante la presencia de un signo indicativo no sólo del origen de la mercancía, sino además de una determinada calidad, circunstancia esta última ausente en el caso de las indicaciones de procedencia que, como se ha visto, simplemente designan el origen geográfico del producto.

## II. LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN

### 4. Antecedentes

La denominación de origen constituye un signo distintivo de los productos, cuyas raíces se encuentran en el Derecho francés,<sup>11</sup> pero que han logrado reconocimiento en muchos otros países y a nivel internacional.<sup>12</sup>

Dice Fontbrune, evidentemente en un sentido muy amplio y genérico, que la noción de "denominación de origen" de alguna manera existe desde siempre y que procede del deseo del hombre de indivi-

<sup>10</sup> CHAVANNE y BURST, *op. cit.*, p. 617.

<sup>11</sup> AUBY Jean-Marie y PLAISANT Robert, *Le droit des appellations d'origine. L'appellation Cognac*, Librairies Techniques, Libraire de la Cour de cassation, Paris 1974, pp. 43-44.

<sup>12</sup> Véase GÓMEZ SEGADE José Antonio, "Denominaciones de origen españolas para productos no vinícolas...", *op. cit.*, p. 403.

dualizar los productos a través de un nombre geográfico. Si bien, de acuerdo con este autor, la noción de "denominación de origen" es muy antigua, su protección, por el contrario, es mucho más reciente. De acuerdo con este concepto amplio de denominación de origen, se afirma que existió de hecho antes de beneficiarse de un reconocimiento jurídico.<sup>13</sup>

A fines del siglo XIX y a comienzos del XX, se producen diversos fenómenos. Estando ubicados en un momento de desarrollo cada vez más intenso de los comercios internos y externos y de la demanda de productos reputados, se entabla una lucha. Por un lado existe un sector que desea conservar celosamente un derecho o nombre adquirido gracias a factores como las condiciones climáticas muy especiales, a la naturaleza de los suelos, a las maneras de cultivar los productos, o la de fabricarlos, lo que da a dichos productos un carácter único; por otro, la presencia de un grupo que se esfuerza, sin razón ni derecho, en utilizar injustamente denominaciones usurpadas, obteniendo con ello un aprovechamiento ilegal. Si a ello se agrega la destrucción casi total del viñedo en Francia a causa de la filoxera<sup>14</sup> hacia el año 1870, es fácil estimar que las consecuencias fueron considerables y dramáticas: al estar comprometido el suministro del mercado se acudía cada vez más a la elaboración de vinos en gran escala por medio de prácticas fraudulentas. Ante esta situación el poder político no podía quedar indiferente y decide intervenir.<sup>15</sup>

Una reglamentación abundante, a menudo desordenada y difusa, se va a elaborar poco a poco a principios del siglo XX, independientemente de la del derecho de marcas, con el fin de asegurar más probidad en las relaciones económicas y comerciales. Se tratará por una parte, de asegurar al consumidor que cuando compra un producto que se beneficia de una denominación de origen, éste sea verdaderamente auténtico, y por otra, procurar que el productor que se somete a las

<sup>13</sup> La noción de denominación de origen como hoy se le conoce fue dada por primera vez por el Arreglo de Lisboa del 31 de octubre de 1958. Véase DE FONTBRUNE Valérie, *Ejemplo de un sistema de denominación de origen: las denominaciones de origen controladas de vinos y aguardientes franceses*, junio de 1989, OMPI /MAO/CTG/89/2, p. 2.

<sup>14</sup> Género de insectos hemípteros muy pequeños, vecinos de los pulgones, que ataca la vid: la filoxera es oriunda de América.

<sup>15</sup> Véase DE FONTBRUNE Valérie, *Ejemplo de un sistema de denominación de origen: ...*, *op. cit.*, p. 3.

reglas estrictas de producción o de fabricación. no sea víctima de competencia desleal.<sup>16</sup>

Tres grandes fechas marcan la historia de las denominaciones de origen en Francia:

— La ley de 1º de agosto de 1905 sobre la represión de fraudes en la venta de mercancías y de falsificaciones de productos alimentarios y productos agrícolas;

— La ley de 6 de mayo de 1919 relativa a la protección de las denominaciones de origen;

— El decreto-ley de 30 de julio de 1935 que crea el I.N.A.O. (Institut des Appellations d'Origine) y las denominaciones de origen controladas —"appellations d'origine contrôlées"— (relativo a la defensa del mercado de vinos y al régimen económico del alcohol.

Efectivamente, la ley de 1º de agosto de 1905 sobre fraudes abrogó y reemplazó las leyes de 27 de marzo de 1851 y de 5 de mayo de 1855 que versaba sobre materias similares.<sup>17</sup>

Por lo que hace a los antecedentes más remotos de la ley de 6 de mayo de 1919 sobre denominaciones de origen, hay que apuntar que ya una vieja ley de 28 de julio de 1824, aún en vigor, establecía medidas correctivas.

Quienquiera que fijando, haciendo aparecer por adición, supresión o por alteración sobre los objetos fabricados el nombre de fabricante distinto al verdadero, o la razón comercial de una fábrica distinta de aquella en la que los productos han sido fabricados, o, en fin, el nombre de un lugar distinto al de fabricación...<sup>18</sup>

En la ley de 6 de mayo de 1919 el derecho a la denominación de origen se apoya en dos elementos: el origen geográfico y los usos. Ello constata la insuficiencia de esta legislación, pues adopta el principio que quienquiera que cultive o fabrique en un lugar determinado tiene el derecho de designar sus productos con el nombre correspondiente, de tal suerte que los más diversos artículos, sea por su naturaleza o por su calidad, pueden beneficiarse de la misma denominación.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> AUBY Y PLAISANT, *op. cit.*, p. 44.

<sup>18</sup> Véase AUBY Y PLAISANT, *op. cit.*, pp. 43-44.

Vista la denominación de origen como un derecho natural, por un lado, carece de cualquier valor comercial y por otro, no proporciona garantía alguna al público. En efecto, ambos elementos están íntimamente relacionados. Percibida de esta forma la denominación de origen, carece de valor comercial porque es susceptible de designar las más diversas mercancías y sin garantía para el público porque todo aquello a lo que se aplica no corresponde a alguna norma de calidad.<sup>19</sup>

Es en Francia donde la evolución hacia una nueva concepción de la denominación de origen, la de proporcionar una garantía de calidad, se consuma, no modificando la ley de 5 de mayo de 1919, sino agregando una nueva institución, especial para los vinos y aguardientes. Ese fue el objeto del decreto-ley de 30 de julio de 1935 por virtud del cual se instituyen las denominaciones de origen controladas y se crea el comité que más adelante habría de ser el I.N.A.O. Debe destacarse que desde el título de la ley de 30 de julio de 1935 (relativo a la defensa del mercado de vinos y al régimen económico del alcohol) resulta que el objetivo de esta reglamentación ya no es proporcionar a los propietarios el goce de sus denominaciones de origen, sino defender el mercado de vinos, esto es, de organizar la producción y la distribución del producto para asegurar prosperidad a los viticultores. La ley relativa a las denominaciones de origen controladas no es sino una pieza de una organización más compleja. Ello no obstante, una pieza importante en la medida que la calidad y la garantía de calidad proporcionadas al público son necesarias para permitir la comercialización del vino. De ello resulta que la noción de calidad y garantía de calidad dominan esta legislación.<sup>20</sup> La denominación de origen apa-

<sup>19</sup> Algunas de las disposiciones de la ley de 6 de mayo de 1919 fueron modificadas por la ley de 6 de julio de 1966, pero no en los principios. AUBY Y PLAISANT, *op. cit.*, pp. 58 y 59. Efectivamente, el gran paso se aprecia hasta la ley de 1935; sin embargo, una legislación intermedia establece un punto de demarcación entre dos periodos distintos: la ley de 22 de julio de 1927. Bajo la ley de 1919 incumbía al poder judicial la tarea de precisar quiénes tenían derecho a la denominación de origen. Si bien esta situación no es modificada por la ley de 1927, el legislador de 1927 previó que el juez, en la determinación de las nuevas condiciones requeridas para apoyar el derecho a la denominación, podía recurrir a los usos locales, leales y constantes... y otras cuestiones relacionadas. Véase ROUBIER Paul, *Le droit de la propriété industrielle*, Editions du Recueil Sirey, 22, Rue Soufflot, Paris (5e) 1954, t. II, p. 786.

<sup>20</sup> Artículo 22. Funciones. Se crea un instituto nacional de denominaciones de origen de vinos y aguardientes y se le dota de personalidad civil. Artículo 22, a) Este organismo determinará, después de escuchar la opinión de los sindicatos interesados, las condiciones de producción que deban satisfacer el vino de cada una

rece ahora como un título jurídico destinado a garantizar las calidades de origen del producto.<sup>21</sup>

El decreto-ley de 1935 representa además el triunfo del sistema de reglamentación administrativa en esta materia, pues de acuerdo con la ley de 1919, de estas cuestiones conocían sólo los jueces.<sup>22</sup>

##### 5. Tres ideas centrales: protección del consumidor, protección del productor y garantía de calidad

Un análisis sumario, hecho desde el punto de vista histórico de la reglamentación francesa, conduce a constatar la intervención de tres ideas centrales en la materia, que habrán de influir las legislaciones modernas sobre el tema.

La primera idea es la *protección del consumidor* contra el engaño, estando también presente la noción de la salud pública. Esta idea domina la ley de 1º de agosto de 1905 sobre fraudes, que no puede ser ignorada pero que juega tan sólo un papel accesorio en materia de denominaciones de origen. Ello es así pues, por indispensable que fuera, dicha ley no respondía a las necesidades comerciales sobre las cuales se funda la denominación de origen. La ley de 1º de agosto de 1905 fue insuficiente para permitir la protección de las denominaciones de origen. Debía adoptarse una legislación especial.

Una segunda idea es la *protección del productor*. La tierra que permite obtener productos apreciados por razón de su calidad, es, en el comercio nacional e internacional una ventaja que ni el interesado ni el Estado pueden ignorar. De ahí la necesidad, en primer término, de una delimitación que la ponga al abrigo de las usurpaciones, y en segundo, de instrumentar una política tenaz para obtener una protección de otros países que, no gozando de tal ventaja, están dispuestos a calificar de genéricas las denominaciones de origen caracterizadas por una gran notoriedad. Sin embargo, esta idea por sí misma es insuficiente, pues al no asegurar la perennidad de la calidad que ha permitido el gran renombre de la denominación, conduce al envilecimiento de la denominación y en última instancia, a su desaparición.

de las denominaciones de origen "controladas" establecidas en virtud del artículo 42. AUBY y PLAISANT, *op. cit.*, pp. 47, 48, 77 y 78.

<sup>21</sup> ROUBIER Paul, t. II, *op. cit.*, p. 794.

<sup>22</sup> Véase ROUBIER Paul, t. II, *op. cit.*, p. 755.

La tercera idea, que no está necesariamente vinculada a la segunda, pero que es su complemento indispensable, es la *garantía de calidad*. Ella tiene por consecuencia una reglamentación estricta y detallada de las condiciones de producción y de comercialización por los poderes públicos.<sup>23</sup>

##### 6. Las características del producto han de tener su causa exclusiva o esencialmente en el medio geográfico

Entre el producto y la denominación de origen existe una conexión geográfica y cualitativa: las características del producto han de tener su causa, exclusiva o esencialmente en el medio geográfico.

##### 7. Productos susceptibles de ser designados con una denominación de origen

Por estas razones, tradicionalmente las denominaciones de origen se han utilizado para distinguir productos vinícolas y aguardientes como las denominaciones de origen francesas Cognac y Champagne, la denominación de origen mexicana Tequila y otros similares que en la doctrina francesa algunos denominan "productos del suelo"<sup>24</sup> por su relación con el medio geográfico, particularmente con el "suelo" del que son extraídos y donde son producidos.

Sin embargo, cabe la posibilidad de extender el régimen de denominaciones de origen a otros productos agrarios<sup>25</sup> en tanto las características de dicho productos tengan su causa exclusiva o esencialmente en el medio geográfico, incluidos los factores naturales (como el clima y la materia prima) y humanos (como la mano de obra). En España, por ejemplo, el régimen de las denominaciones de origen se aplica lo mismo a productos vinícolas que

- al aceite de oliva (Borjas Blancas, Siurana, Sierra de Segura, Baena);
- al queso (Mahón, Roncal, Cabrales, Queso Manchego);
- al jamón curado (Jamón de Teruel);

<sup>23</sup> AUBY y PLAISANT, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

<sup>24</sup> Véase AUBY y PLAISANT, *op. cit.*, p. 1. Véase también RANGEL MEDINA David, "El nuevo régimen de las denominaciones de origen en México", *op. cit.*, p. 60.

<sup>25</sup> Véase GÓMEZ SEGADE José Antonio, "Denominaciones de origen españolas para productos no vinícolas", *op. cit.*, p. 403. Véase también AUBY y PLAISANT, *op. cit.*, p. 1: "La denominación de origen... se aplica a un producto del suelo, vinos, aguardientes, quesos...".

— a las judías secas, garbanzas y arroz (Calasparra, para el arroz producido en esta comarca).<sup>26</sup>

El interés económico de algunos productos ha provocado que las denominaciones de origen rebasen el campo de los productos vinícolas y agrarios. Así se han protegido, mediante la técnica de las denominaciones de origen, productos no agrarios, como aguas minerales, en tanto las características de dichos productos se derivan de la conjunción de los factores naturales y humanos. De acuerdo con estos criterios, se ha pensado que no hay razón para cerrar el paso a las denominaciones de origen de otros productos no agrarios, tales como la porcelana.<sup>27</sup> Si bien existe un consenso que cuando las características de algunos productos tienen su causa exclusiva o esencialmente en el medio geográfico (comprendidos los factores naturales y los factores humanos) no hay razón para impedir la aplicación del régimen de las denominaciones de origen para la protección de dichos productos y las denominaciones que sirven para designarlos, no reina el acuerdo a la hora de decidir si las denominaciones de origen pueden designar productos estrictamente industriales, que se basan de manera exclusiva o esencial en factores puramente humanos, tales como aceros, relojes, etcétera.<sup>28</sup>

Efectivamente, la ley define en abstracto la denominación de origen, y es la autoridad responsable de aplicar la ley<sup>29</sup> quien en concreto reconoce tales denominaciones de origen y fija las características que

<sup>26</sup> Véase GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio, "Denominaciones de origen españolas para productos no vinícolas", *op. cit.*, pp. 404-405.

<sup>27</sup> AREAN LALIN Manuel, "Extensión de las denominaciones de origen a las piedras ornamentales", *Actas de Derecho Industrial*, t. II, 1985-1986, pp. 575-577. Véase, sin embargo, AUBY y PLAISANT, *op. cit.*, p. 1: "La denominación de origen, que se aplica a un producto del suelo, vinos, aguardientes, quesos, se opone a la indicación de procedencia: ésta es el nombre de un lugar que designa un producto de donde es originario, pero en el que la calidad no tiene que ver con el suelo; siguen las reglas de los productos manufacturados, como la porcelana de Limoges y los aceros de Solingen."

<sup>28</sup> En Galicia, la Ley de protección de las piedras ornamentales parece adoptar una respuesta afirmativa en su artículo 1: "1. Los productos procedentes del granito, de la pizarra o de otras piedras ornamentales que tengan calidades y caracteres diferenciales debidos al medio natural y/o a su elaboración, quedan amparados por denominación de origen. 2. Se entiende por denominación de origen, a los efectos de esta ley, el nombre de la comarca, parroquia o lugar geográfico empleado para designar los productos que, extraídos y/o elaborados en esta zona, se refieren al apartado anterior." AREAN LALIN Manuel, "Extensión de las denominaciones de origen a las piedras ornamentales", *op. cit.*, pp. 575-577.

<sup>29</sup> Normalmente, el Ejecutivo,

debe reunir el producto para poder ser distinguido con la denominación de origen. Este es el sistema adoptado en diversos países como Francia, Bélgica,<sup>30</sup> México, etcétera.

#### 8. La titularidad de las denominaciones de origen

A diferencia de lo que ocurre con otros signos distintivos, la titularidad de las denominaciones de origen no corresponde a empresarios individuales. Tratándose de denominaciones de origen, la titularidad puede ser una *titularidad colectiva* de los empresarios de la correspondiente zona geográfica,<sup>31</sup> o bien puede corresponder al gobierno como ocurre en México en donde el gobierno es el titular de la declaración general de protección de una denominación de origen; emitida la declaración general de protección, el gobierno expide autorizaciones específicas a quienes acrediten ajustarse a los términos de la declaración general de protección.

#### 9. Las denominaciones de origen, las denominaciones genéricas y las indicaciones de procedencia<sup>32</sup>

En tanto las denominaciones de origen son el nombre mismo del producto así designado, se plantea el problema sobre si la denominación que sirve para designar un determinado producto en estas circunstancias constituye una denominación de origen o una denominación genérica. La cuestión es de importancia particularmente en aquellos casos en que se ha hecho un uso no controlado de una determinada denominación geográfica para referirse a un producto que no proviene de la región conocida con el nombre geográfico y que por tanto sus

<sup>30</sup> Véase GÓMEZ SEGADÉ José Antonio, "Las denominaciones de origen españolas para productos no vinícolas", *op. cit.*, p. 404.

<sup>31</sup> Como ha destacado, por ejemplo, en España el Tribunal Supremo, véase GÓMEZ SEGADÉ José Antonio, "Las denominaciones de origen españolas para productos no vinícolas", *op. cit.*, p. 404.

<sup>32</sup> Para un estudio sobre la degeneración de las denominaciones de origen y su transformación en denominaciones genéricas, incluyendo ejemplos, puede consultarse: AUBY y PLAISANT, *op. cit.*, pp. 71 y 72, DE FONTBRUNE Valérie, *La denominación de origen y su infracción: impacto sobre las políticas de producción y la protección del consumidor*, OMPI/MAO/CTG/89/3, junio 1989, pp. 2-18, ROUBIER Paul, t. II, *op. cit.*, pp. 802 y ss., BODENHAUSEN, George H. C., *Guía para la aplicación del convenio de París para la protección de la propiedad industrial*, Revisado en Estocolmo en 1967, BIRPI 1969 Ginebra, Suiza, p. 155.

características no son el resultado del medio geográfico, comprendidos los factores naturales y humanos.

Un "nombre geográfico" se convierte en una indicación genérica, dice Fernández Novoa, cuando ha perdido su carácter inicial (aludir al origen geográfico) para convertirse en la denominación de un género de productos; en este caso el nombre es geográfico sólo en apariencia y puede ser utilizado por todas las empresas que elaboran el producto del género correspondiente.<sup>33</sup>

Por ejemplo, ha sido objeto de crítica el reconocimiento provisional como denominación de origen a la denominación "Queso Manchego" (Orden Ministerial de 2 de julio de 1982), que en opinión del profesor Gómez Segade<sup>34</sup> no parece ser una denominación de origen, sino más bien una denominación genérica. Así, dice este autor, en las Órdenes que efectúan el reconocimiento provisional de las denominaciones de origen para productos no vinícolas, existen confusiones dogmáticas de relieve, que se manifiestan en normas jurídicas en principio erróneas. Por ejemplo, cuando se ha hecho un reconocimiento provisional se aclara que durante la fase provisional no podrá utilizarse la expresión "denominación de origen" en la comercialización de los productos. Y se añade que, en tanto no se apruebe definitivamente el Reglamento correspondiente de la denominación de origen, "podrá utilizarse el nombre geográfico como indicación de procedencia por las industrias situadas en la comarca".

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que el simple transcurso del tiempo no puede convertir una indicación de procedencia en una denominación de origen, porque tanto las denominaciones de origen como las indicaciones de procedencia poseen distinta relación con los productos.<sup>35</sup> En consecuencia ningún precepto legal puede establecer que un nombre geográfico puede pasar de indicación de procedencia a denominación de origen, por el simple mandato del legislador; y tampoco puede aceptarse que la indicación de procedencia constituya la primera fase de la denominación de origen, porque hay indicaciones de procedencia que nunca pueden convertirse en denominaciones de origen

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ NOVOA Carlos, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid 1984, p. 170.

<sup>34</sup> Véase GÓMEZ SEGADE José Antonio, "Denominaciones de origen españolas para productos no vinícolas", *op. cit.*, pp. 405-406.

<sup>35</sup> "Porque ambos signos distintivos poseen distinta relación con los productos", señala el profesor Gómez Segade, "Denominaciones de origen españolas para productos no vinícolas", *op. cit.*, p. 406.

de un producto, al carecer de influencia sobre la calidad del producto el origen geográfico del mismo. Por lo demás, para la defensa de los intereses de una denominación de origen, lo decisivo no es el reconocimiento en el interior de una denominación de origen cualquiera, sino conseguir su eficaz defensa, prestigio y respeto, sobre todo en los mercados exteriores.<sup>36</sup>

Hay que apuntar que la cuestión del uso de una denominación de origen como un término genérico ha sido uno de los temas más espinosos, especialmente en el ámbito internacional, ya que es natural que los beneficiarios del régimen de protección de las denominaciones de origen se opongan a utilidades del signo para designar genéricamente a un producto que ni proviene de la región geográfica designada, ni ha sido el resultado de los factores naturales y humanos propios de la región. Es pues evidente que este interés se oponga al de los productores y comerciantes de productos similares que han sido designados genéricamente con la denominación, quienes defienden su utilización genérica afirmando que ha perdido toda significación que aluda al origen geográfico.

En estos casos, dicen los defensores de la utilización genérica, se hace necesario e inevitable la utilización del nombre geográfico, pues no existe otra forma de referirse al producto. Esta postura es apoyada, además, en el hecho que el origen real del producto aparece en la etiqueta del producto (v. gr. Champagne de California), con lo que se elimina la posibilidad de engaño a los consumidores. De acuerdo con esta perspectiva, la cuestión del descrédito para el producto verdadero pasa a ser una cuestión secundaria. Se dice, por tanto, que en esos casos no debe existir monopolio alguno respecto del uso de la denominación.

Los adversarios de estas nociones han respondido que la lealtad del comercio internacional está necesariamente vinculada a la protección de las denominaciones de origen y que en realidad no hay monopolio alguno, sino simplemente el uso exclusivo de una denominación en armonía total con la geografía, agregando que la apropiación de la denominación en otros países no es sino una confirmación del valor de la denominación y del espíritu de usurpar un bien que pertenece a otro.<sup>37</sup> Insisten en que debe recordarse que la denominación de origen

<sup>36</sup> Véase, *Ibid.*

<sup>37</sup> Véase ROUBIER Paul, t. II, *op. cit.*, p. 803.

corresponde a los beneficiarios del régimen de protección de estos signos ubicados en una región en la que el suelo o el clima han sido determinantes en el reconocimiento de la protección: aquello que es donado por la naturaleza sobre un punto del globo no se encontrará en otro lugar y en consecuencia habrá engaño toda vez que se haga uso de la denominación para referirse a un producto que no proviene de la región.<sup>38</sup>

Efectivamente, pueden llegar a presentarse situaciones en las que, debido a la tolerancia y falta de control, una denominación de origen ha perdido toda significación en relación con el origen geográfico de un producto así designado y en las que el consumidor identifica el nombre geográfico como el nombre de un producto proveniente de un lugar distinto al que alude la denominación. Ello, desde luego, ha provocado que los auténticos beneficiarios de la denominación de origen se encuentren ante situaciones de hecho que han dado lugar a problemas como los que aquí se apuntan. Se trata de denominaciones de origen que han adquirido celebridad en los mercados internacionales justamente por razón de las calidades del producto original y que han sido utilizadas para designar productos en los que el método originario ha sido imitado a fin de satisfacer la clientela de otros países.

No es este el momento ni el lugar para examinar casos que involucren situaciones "consumadas" pues, como se ha visto, no reina la armonía en cuanto a la solución que debe darse a los problemas que dichas situaciones suscitan. Baste mencionar que una sana política de protección a los signos distintivos y de respeto a las reglas de la sana competencia debe incluir la represión de utilidades de nombres geográficos para nombrar un producto originalmente designado con la denominación de origen, a fin de evitar la degeneración de la denominación de origen y su eventual transformación en un término genérico, que por lo demás únicamente puede ocurrir como consecuencia de la tolerancia y falta de control en el uso de la denominación geográfica para aludir a productos distintos a los designados por la denominación de origen.

Sin desconocer que aun en las llamadas situaciones "consumadas" pueden aplicarse medidas correctivas que sean el resultado de soluciones negociadas entre las partes involucradas tendentes a una even-

<sup>38</sup> Véase ROUBIER Paul, t. II, *op. cit.*, p. 804.

tual regeneración del nombre, el hecho es que en el ámbito de lo preventivo deben reprimirse conductas que se aparten del ánimo que llevó al legislador francés y a sus seguidores al establecimiento de reglas estrictas en lo que hace a la adopción, utilización y respeto de las denominaciones de origen propiamente dichas, como hasta aquí han quedado expuestas.

Asimismo, reconociendo que la cuestión puede ser abordada desde distintas perspectivas, se estima que el criterio que debe prevalecer en la protección de las denominaciones de origen a nivel internacional deberá ser en el sentido que mientras el signo goce de la protección originalmente reconocida en el país de origen, por razón de que subsisten las condiciones que le dieron origen, deberá reprimirse toda utilización de la denominación de origen para referirse a un producto imitador.

### III. ARREGLO DE LISBOA, DEL 31 DE OCTUBRE DE 1958, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN Y SU REGISTRO INTERNACIONAL

La finalidad del Arreglo, concertado en 1958 y revisado en Estocolmo en 1967, consiste en dar protección a las denominaciones de origen, o sea, la "denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad que sirva para designar un producto originario del mismo y cuya calidad o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos" (artículo 2).<sup>39</sup>

Al 1º de enero de 1991 los 16 Estados siguientes eran parte de este Arreglo: Algeria, Bulgaria, Burkina Faso, Congo, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Gabón, Haití, Hungría, Israel, Italia, México, Portugal, Togo, Túnez.

Con excepción de Haití, México y Portugal —que únicamente se encuentran obligados por el Acta de Lisboa— los Estados restantes se encuentran obligados por el Acta de Estocolmo.<sup>40</sup>

Esas denominaciones son registradas por la Oficina Internacional (OMPI), en Ginebra, a petición de las autoridades competentes del

<sup>39</sup> OMPI, *Informaciones Generales*, Ginebra 1984, p. 31.

<sup>40</sup> Véase WIPO, *Industrial Property*, Geneva, 30th Year-núm. 1. January 1991, p. 13.



Estado contratante interesado. La Oficina Internacional comunica el registro a los Estados contratantes. Excepto en el caso de que un Estado contratante declare, dentro del plazo de un año, que no puede conceder la protección de una denominación registrada, todos los países miembros del Arreglo están obligados a proteger la denominación internacionalmente registrada mientras siga estando protegida en el país de origen.<sup>41</sup>

#### 10. Protección de la denominación de origen en el país solicitante

De lo anterior se sigue que una condición para que surja la protección internacional, esto es, para que una denominación de origen pueda ser registrada ante la Oficina Internacional, es precisamente el reconocimiento de la protección en el país solicitante, ya sea que dicho reconocimiento se haya otorgado por virtud de disposiciones legislativas o reglamentarias o como consecuencia de decisiones judiciales que reconozcan la protección.<sup>42</sup>

#### 11. Usurpación o imitación de la denominación de origen

El Arreglo de Lisboa dispone que la protección será asegurada contra toda usurpación o imitación, incluso si el verdadero origen del producto figura indicado o si la denominación se emplea en traducción o va acompañada de expresiones tales como "género", "manera", "imitación" o similares (artículo 3).

#### 12. Transformación de una denominación genérica

La cuestión de la transformación de una denominación de origen en una denominación genérica está prevista en los términos del artículo 6 del Arreglo en donde se establece que una denominación admitida a la protección en un país de la Unión del Arreglo de Lisboa no podrá considerarse que ha llegado a ser genérico en el mismo, en tanto se encuentre protegida como denominación de origen en el país de origen. De ello se sigue que en el caso de las denominaciones de origen se presupone el carácter de signo distintivo del origen del producto en tanto se cumpla con el requisito aludido.

<sup>41</sup> Véase OMPI, *Informaciones Generales*, op. cit., p. 31.

<sup>42</sup> Véase artículo 1 del Arreglo de Lisboa y artículo 1, apartado 5 del Reglamento para la Ejecución del Arreglo de Lisboa.

#### 13. Duración de la protección

Por lo que hace a la duración de la protección y del registro internacional, el Arreglo hace una remisión similar a la de la cuestión de la transformación en denominación genérica, al establecer que los efectos del registro internacional durarán tanto tiempo como subsista la protección en el país de origen. Normalmente el reconocimiento de la protección originaria está sujeto a que subsistan las condiciones que dieron origen al reconocimiento de la protección, incluidos los factores naturales y humanos. Esto significa que una vez efectuado el registro internacional no se requiere de renovación alguna para conservar su vigencia (artículo 7 del Arreglo).

#### 14. Utilización anterior por terceros

El Arreglo establece que si una denominación admitida a la protección en un país, previa notificación de su registro internacional, estuviere ya utilizándose por terceros en dicho país, desde una fecha anterior a la notificación, la administración competente de dicho país tendrá un plazo, que no podrá exceder de dos años, para poner fin a la referida utilización con la condición de informar de ello a la Oficina Internacional dentro de los tres meses siguientes a la expiración del plazo de un año estipulado para que las administraciones de los países declaren que no pueden asegurar la protección de una denominación de origen, cuyo registro internacional les haya sido notificado (artículo 5, apartado 6).

### IV. LAS INDICACIONES DE PROCEDENCIA

#### 15. Las indicaciones de procedencia en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial

Al 1º de enero de 1991 eran parte en este Convenio 100 países. De América Latina son parte en el Convenio Argentina, Brasil, México y Uruguay (sólo Uruguay y México han ratificado el Acta de Estocolmo); de la región del Caribe y América insular también son miembros Bahamas, Cuba, Haití, República Dominicana y Trinidad y Tobago (Industrial Property, enero 1991).

El concepto de indicación de procedencia aparece en la legislación internacional con su incorporación en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (artículo 1, párrafo 2): "La protección de la propiedad industrial tiene por objeto... las indicaciones de procedencia o las denominaciones de origen,..."

#### 16. Las falsas indicaciones de procedencia en el Convenio de París

Si bien el concepto de indicación de procedencia aparece incorporado en el texto del Convenio de París, en realidad es difícil afirmar que ésta se encuentre regulada en dicho instrumento, pues como señala el profesor Rangel Medina, lo que en realidad reglamenta, no es la indicación de procedencia en sí misma considerada, sino "la utilización directa o indirecta de una indicación falsa concerniente a la procedencia del producto..."<sup>43</sup>

El texto más reciente del artículo 10 del Convenio de París (Acta de Estocolmo 1967) se lee como sigue:

1) Las disposiciones del artículo precedente serán aplicadas en caso de utilización directa o indirecta de una indicación falsa concerniente a la procedencia del producto o a la identidad del productor, fabricante o comerciante.

2) Será en todo caso reconocido como parte interesada, sea persona física o moral, todo productor, fabricante o comerciante dedicado a la producción, la fabricación o el comercio de ese producto y establecido en la localidad falsamente indicada como lugar de procedencia, o en la región donde esta localidad esté situada, o en el país falsamente indicado, o en el país donde se emplea la indicación falsa de procedencia.

Los elementos principales de este artículo estaban incluidos ya en el texto original del Convenio de 1883, pero en aquella época la disposición se aplicaba únicamente a los productos que llevasen falsamente, como indicación de procedencia, el nombre de una localidad determinada y cuando esa indicación fuese unida a un nombre comercial ficticio o utilizado con intención fraudulenta.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Véase RANGEL MEDINA David, "La protección internacional de las denominaciones de origen", *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>44</sup> Véase BODENHAUSEN, *op. cit.*, p. 152 y WIPO, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property from 1883 to 1983*, International Bureau of Intellectual Property, Geneva 1983, pp. 52 y 53. De acuerdo con el antiguo texto

En posteriores revisiones (Bruselas 1900, Washington 1910, La Haya 1925, Londres 1934 y Lisboa 1958) se modificó el artículo en varios puntos, pero sólo la Conferencia de Lisboa logró darle un mayor alcance. Se aplica ahora a todas las utilizaciones directas o indirectas de una indicación falsa concerniente a la procedencia de productos, independientemente de que dicha indicación sea el nombre de una localidad determinada o que vaya unida a un nombre comercial ficticio o utilizado con intención fraudulenta. En su versión actual la disposición se extiende también a toda utilización directa o indirecta de una indicación falsa concerniente a la *identidad del productor*, fabricante o comerciante de los productos (primer párrafo).<sup>45</sup>

La utilización *directa* de una indicación falsa de procedencia se produce cuando resulta de las palabras utilizadas; la utilización *indirecta* de esa indicación se produce, por ejemplo, cuando se suministran los productos sin ninguna indicación de procedencia después de haber llevado a cabo una falsa publicidad en cuanto a la procedencia, o cuando se hace la indicación de procedencia mediante una imagen que sugiera tal procedencia,<sup>46</sup> como podría ser una reproducción del retrato de Sus Majestades Juan Carlos y Sofía, de la Tour Eiffel o de la bandera inglesa, ya fuera en el producto, la etiqueta del producto, los empaques del producto o en materiales publicitarios o de otro tipo asociados al producto, lo que sugeriría que la procedencia es España, Francia o Inglaterra.

El segundo párrafo del artículo se refiere a los casos en los cuales se indica falsamente como procedencia de los productos una *localidad*, una *región* o un *país* y, por lo tanto, sólo se aplica a las indicaciones *geográficas* falsas. En estos casos, se presenta la dificultad derivada del hecho que una indicación geográfica no suele ser de propiedad particular, de tal modo que, contrariamente a lo que ocurre con las marcas, los nombres comerciales y las indicaciones falsas sobre la identidad del productor, etcétera, no hay propietario ni ninguna otra persona que sea competente de manera obvia para oponerse al uso de indicaciones geográficas falsas. La disposición establece esa compe-

del artículo 10 del Convenio de París el producto podía llevar una falsa indicación de procedencia y no constituir una infracción por razón de que el nombre comercial no era falso. Véase ROUBIER Paul, t. II, *op. cit.*, p. 805.

<sup>45</sup> La disposición se extiende también a toda utilización directa o indirecta de una indicación falsa concerniente a la identidad del productor, fabricante o comerciante de los productos. BODENHAUSEN, *op. cit.*, p. 153.

<sup>46</sup> BODENHAUSEN, *op. cit.*, p. 152.

tencia reconociendo como parte interesada a todo productor, fabricante o comerciante dedicado a la producción, a la fabricación o el comercio del producto de que se trate y establecido en la localidad o en el país falsamente indicado o en la región en que esa localidad esté situada o en el país en el que se emplea la indicación falsa de procedencia. Está claro que los productores, etcétera, del primer grupo están directamente interesados porque pueden verse perjudicados por la indicación falsa de la localidad, la región o el país en el que están establecidos; los productores, etcétera, del segundo grupo, cabe suponer que están indirectamente interesados porque la utilización de una indicación falsa de procedencia en cualquier país puede considerarse como un acto de competencia desleal. Se ha pensado que, probablemente, los productores, etcétera, del último grupo podrán intervenir con mayor rapidez.<sup>47</sup>

Estrictamente hablando, la disposición que trata de las falsas indicaciones de procedencia es únicamente el artículo 10 del Convenio de París y no el artículo 9, que versa sobre productos que lleven ilícitamente una marca o un nombre comercial. Sin embargo, como el artículo 9 contiene una serie de medidas que las autoridades de los países miembros del Convenio de París están obligadas a aplicar en el caso de productos que ostenten ilícitamente una marca o un nombre comercial, el artículo 10 del Convenio hace una remisión a las medidas previstas en el artículo 9 para casos que involucren falsas indicaciones de procedencia.

Por lo tanto, en los casos de utilización de falsas indicaciones de procedencia a que se refiere el párrafo 1 del artículo 10 del Convenio de París, deberán aplicarse las siguientes medidas que son las previstas en el artículo 9 del Convenio, es decir:

- todo producto que lleve una falsa indicación de procedencia será embargado al importarse en los países de la Unión;
- el embargo se efectuará igualmente en el país donde se haya hecho la aplicación ilícita, o en el país donde haya sido importado el producto;
- el embargo se efectuará a instancias del Ministerio Público, de cualquier otra autoridad competente o de parte interesada, persona física o moral conforme a la legislación interna de cada país;

<sup>47</sup> BODENHAUSEN, *op. cit.*, pp. 154-155. Respecto de las reclamaciones que de modo directo podrían intentar los consumidores en circunstancias similares con apoyo en principios represores del fraude, véase ROUBIER Paul, t. II, *op. cit.*, p. 800.

- las autoridades no estarán obligadas a efectuar el embargo en caso de tránsito;
- si la legislación de un país no admite el embargo en el momento de la importación, el embargo se sustituirá por la prohibición de importación o por el embargo en el interior; y
- si la legislación de un país no admite ni el embargo en el momento de la importación, ni la prohibición de importación, ni el embargo en el interior, y en espera de que dicha legislación se modifique en consecuencia, estas medidas serán sustituidas por las acciones y medios que la ley de dicho país concediese en caso semejante a los nacionales.<sup>48</sup>

#### 17. Arreglo de Madrid del 14 de abril de 1891, relativo a la Reprimición de las Indicaciones de Procedencia Falsas o Engañosas en los Productos

Al 1º de enero de 1991, 30 Estados eran parte de este Arreglo.<sup>49</sup>

El Arreglo, concertado en 1891, ha sido revisado en Washington en 1911, en La Haya en 1925, en Londres en 1934, en Lisboa en 1958 y en Estocolmo en 1967.<sup>50</sup>

Este Arreglo surge para suplir lo que se estimaban como deficiencias en el Convenio de París en su versión más temprana. Entre esas deficiencias destaca la exigencia originalmente prevista en el Convenio de París en el sentido que la falsa indicación de procedencia debía ir acompañada de una indicación igualmente falsa de un nombre comercial o con intención fraudulenta para que el acto fuese reprimible en los términos de este Convenio.<sup>51</sup>

El descontento de los países insatisfechos con el artículo 10 del Convenio de París por lo que se estimaba una protección muy modesta dio lugar al nacimiento de un proyecto de Arreglo, que fue presentado

<sup>48</sup> Véase HERNÁNDEZ SUÁREZ Liliana Claudia. *Los signos engañosos en el Derecho marcario mexicano*, Universidad Iberoamericana, México, D.F. 1990, pp. 148-150.

<sup>49</sup> WIPO, *Industrial Property*, Geneva, January 1991. Algeria, Brasil, Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, República Dominicana, Egipto, Francia, República Democrática de Alemania, República Federal de Alemania, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Líbano, Liechtenstein, Mónaco, Marruecos, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, San Marino, España Sri Lanka, Suecia, Suiza, Siria, Túnez, Turquía y Reino Unido.

<sup>50</sup> OMPI, *Informaciones Generales*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>51</sup> En lo que se refiere al texto original del artículo 10 del Convenio de París, véase WIPO, *The Paris Convention... from 1883 to 1983*, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

a la Conferencia de Madrid en 1890. El proyecto tendía a una protección más amplia, pero naturalmente no podía ser aprobado por todos los Estados unionistas, por lo que únicamente fue firmado por unos cuantos países. Es así como fue creado, en el seno de la gran Unión, una Unión reducida para la represión de las falsas indicaciones de procedencia.<sup>52</sup>

El artículo 1 del Arreglo de Madrid estipula que los productos que lleven una identificación falsa o engañosa en virtud de la cual resulten designados directa o indirectamente como país o lugar de origen de alguno de los países que son miembros del Arreglo de Madrid, o algún lugar situado en alguno de ellos, tendrán que ser embargados al momento de su importación en cualquiera de estos países.

Con la incorporación de este texto en el Arreglo de Madrid los países signatarios superan la exigencia originalmente prevista en el Convenio de París consistente en que la falsa indicación de procedencia debía ir acompañada de una indicación igualmente falsa de un nombre comercial o con intención fraudulenta.

Sin embargo, como el propio texto del artículo 1 del Arreglo de Madrid lo dispuso, esta extensión de la protección era aplicable únicamente para los países miembros del Arreglo de Madrid y no para la totalidad de los países miembros del Convenio de París. Años más tarde, los inconvenientes que llevaron a la redacción del artículo 1 del Arreglo de Madrid habrían de ser tomados en cuenta para una reforma del Convenio de París hasta llegar al texto del artículo 10 de este Convenio como hoy se conoce. No existe duda, por tanto, que el espíritu y el texto del artículo 1 del Arreglo de Madrid influyeron decisivamente en la reforma del artículo 10 del Convenio de París.<sup>53</sup>

De acuerdo con lo previsto en el Arreglo de Madrid, el embargo también podrá efectuarse en los países donde se hubiese colocado la indicación de procedencia falsa o engañosa o en el lugar de donde se hubiese importado el producto provisto de tal indicación. Si la legis-

<sup>52</sup> ROUBIER Paul, t. II, *op. cit.*, pp. 804-805.

<sup>53</sup> En posteriores revisiones (Bruselas 1900, Washington 1910, La Haya 1925, Londres 1934 y Lisboa 1958) se modificó el artículo en varios puntos, pero sólo la Conferencia de Lisboa logró darle un alcance mucho mayor que antes. Se aplica ahora a todas las utilidades directas o indirectas de una indicación falsa concerniente a la procedencia de productos, independientemente de que dicha indicación sea el nombre de una localidad determinada o que vaya unida a un nombre comercial ficticio o utilizado con intención fraudulenta. Véase *supra* nota 46.

lación no admitiera el embargo al momento de la importación, esta medida será reemplazada por la prohibición de la importación. En defecto de estas dos medidas, deberán aplicarse las medidas que la ley del país en cuestión conceda en casos parecidos a los nacionales del país.

El artículo 3 del Arreglo de Madrid establece el derecho que tendrá el vendedor de un producto de indicar su nombre o su dirección sobre los productos que fueran objeto de su comercio, aun cuando ellos procedieran de un país diferente a aquel en que se realiza la comercialización. Sin embargo, es necesario en tales casos que la dirección y el nombre del vendedor sean acompañadas de una indicación precisa y en caracteres visibles del país o del lugar de fabricación o de producción del producto, o de cualquier otra indicación que fuese suficiente para evitar cualquier error sobre el verdadero origen de las mercancías.<sup>54</sup>

El artículo 3 bis del Arreglo de Madrid reprime el uso de las falsas designaciones al establecer la obligación de los países de prohibir el uso de cualquier indicación que tuviese carácter de publicidad y fuese susceptible de inducir al error al público sobre la procedencia de los productos. Ese uso podrá ocurrir con ocasión de la venta, la exposi-

<sup>54</sup> En relación con esta disposición y su asociación con las marcas véase el comentario de José Alonso Yagüe, quien sostiene que no existe falsa indicación de procedencia cuando con tal carácter se haga constar en una marca el nombre del lugar geográfico como punto de naturaleza de un producto vendido en otro distinto, siempre que se haga constar también el lugar de residencia y nombre de quien lo distingue con esa marca, en forma tal que el consumidor advierta la duplicidad de lugares, uno como naturaleza del producto y otro como residencia de quien lo lanza al mercado, y siempre también que el producto distinguido proceda realmente del lugar que con tal carácter se indique. ALONSO YAGÜE José Juan, *La propiedad industrial al alcance de todos*, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, España, 1952, p. 194. Según Mascareñas puede figurar en un producto un nombre geográfico que no sea el del lugar de producción y no constituir falsa indicación de procedencia, si de una manera clara y expresa se hace constar otra circunstancia que desvirtúe que la denominación geográfica indica el lugar de fabricación, elaboración o extracción del producto. Uno de estos casos es aquel en que se hace la indicación del lugar geográfico del comerciante, diferente al de producción, siempre que además se haga constar el lugar de procedencia del producto. MASCAREÑAS Carlos E., *Los delitos contra la Propiedad Industrial*, José Ma. Mosch-Editor, Barcelona, 1953, p. 124. Aquí hay que destacar una de las diferencias fundamentales entre el régimen del Arreglo de Madrid y el del Arreglo de Lisboa, pues el artículo 3 del Arreglo de Lisboa dispone que la protección será asegurada contra toda usurpación o imitación, incluso si el verdadero origen del producto figura indicado (o si la denominación se emplea en traducción o va acompañada de expresiones tales como "género", "manera", "imitación" o similares).

ción o el ofrecimiento de los productos referidos, pudiendo figurar sobre insignias, anuncios, facturas, tarjetas, papeles de comercio o cualquier otra clase de comunicación comercial.

Esta disposición amplía la del artículo 1 de este tratado, al prohibir el uso de indicaciones de origen falsas y actividades publicitarias o comerciales en cualquier de los países miembros del Arreglo.

El artículo 4 del Arreglo de Madrid establece que las autoridades judiciales de cada país decidirán cuáles son las denominaciones geográficas que no quedan sujetas a las disposiciones del Arreglo de Madrid por tratarse de denominaciones de carácter genérico para designar a los productos de que se trata. Esta disposición reconoce el hecho de que muchas denominaciones geográficas constituyen hoy en día denominaciones genéricas de los productos a los cuales se aplican, de tal manera que no existe posibilidad de engaño con relación al origen del producto por la utilización de esas denominaciones. Tales son, por ejemplo, los casos de las denominaciones "agua de colonia" (para aguas perfumadas), "cachemira" (para lanas), "tinta china" (referido a determinado tipo de tintas para escribir), "persiana veneciana" (referido a cierto tipo de persianas), etcétera.

En relación con esta disposición se ha dicho que no existe la falsa indicación de procedencia cuando se haga referencia a un producto con el nombre de un lugar geográfico que por el uso constante en el comercio haya adquirido carácter de genérico, empleándose, no ya para designar el origen del producto, sino su naturaleza, composición o forma especial de ser.<sup>55</sup>

#### V. LAS DENOMINACIONES GEOGRÁFICAS Y LAS MARCAS <sup>56</sup>

Las denominaciones geográficas vuelven a aparecer en los códigos que regulan otro sector de los signos distintivos, como son las marcas. Así, en la mayoría de las leyes de marcas se hace mención de las denominaciones geográficas como causa de no registrabilidad y como elemento cuyo empleo en el uso de las marcas es prohibido.

<sup>55</sup> ALONSO YAGUE, *op. cit.*, p. 194.

<sup>56</sup> Para un examen global de las reglas aplicables a la prohibición de adoptar signos engañosos como marcas (teoría general de los signos engañosos), incluyendo un análisis del régimen aplicable a los signos que pueden inducir a error en cuanto a la procedencia, véase HERNÁNDEZ SUÁREZ Lilliana Claudia, *Los signos engañosos en el Derecho marcario mexicano*, *op. cit.*, pp. 79 y 187.

Las referencias a las denominaciones geográficas pueden ser expresas o implícitas. Serán implícitas cuando se prohíba el registro como marca de denominaciones, signos o figuras susceptibles de engañar al público o inducir respecto de la procedencia u origen de los productos o servicios. En uno y otro caso se está en el campo de los signos engañosos.

De las distintas prohibiciones de registro de signos engañosos (v. gr. naturaleza, caracteres, calidad, etcétera) la que mayor complejidad presenta es la que se refiere a la prohibición de registrar como marca, falsas indicaciones respecto de la procedencia u origen. Ello se debe no sólo al carácter equívoco del término "procedencia" en el derecho marcario (en su acepción marcaria y en su acepción geográfica), sino además a la duplicidad de situaciones en las cuales una indicación de procedencia no es registrable como marca.

Puede así hablarse de dos hipótesis en las cuales la exclusividad marcaria está restringida para las denominaciones geográficas: el caso de los signos engañosos propiamente dichos y el caso de los signos no monopolizables.

En la primera hipótesis, el producto no proviene del lugar geográfico designado con el nombre que se utiliza como marca para distinguir ciertos productos, propiciando con ello el engaño en el público consumidor, quien adquiere un producto creyendo que dicho producto proviene del lugar geográfico al que se alude, precisamente por razón de que el lugar geográfico es reconocido por la reputación de los productos que ahí se elaboran.

En la segunda hipótesis, los productos que ostentan como marca una designación geográfica sí provienen del lugar geográfico al que se hace referencia, pero en este caso lo que se trata de evitar es que el nombre de una localidad sea monopolizado por un empresario, atrayendo y concentrando la atención de la clientela únicamente sobre su producto mediante aquel nombre que es del patrimonio común.<sup>57</sup>

#### 18. *La prohibición de adoptar nombres geográficos como marcas no es absoluta*

De acuerdo con Mathély,<sup>58</sup> la cuestión de saber si un nombre geográfico puede ser adoptado como signo distintivo es discutida con

<sup>57</sup> Véase RANGEL MEDINA David, *Tratado de Derecho Marcario*, Edit. L'ros de México, México 1960, pp. 417-418.

<sup>58</sup> MATHÉLY Paul, *Le Droit Français des Signes Distinctifs*, Librairie du Journal

frecuencia. A veces se sostiene que un nombre geográfico no es apto para constituir un signo distintivo. En efecto, en razón de su función natural que es designar un lugar, el nombre geográfico puede aparecer como no propio para cumplir la función de un signo distintivo, que es precisamente identificar una empresa o un objeto de industria o de comercio. En todo caso, en el ejercicio de una función distintiva existe el riesgo de que un nombre geográfico sea engañoso por la indicación o evocación falsas de una cierta procedencia.

Pero, en realidad, las cosas son diferentes. Existe en efecto una gran multitud de nombres geográficos. A pesar de esto último, la mayoría de ellos no tiene un verdadero significado geográfico, sea por sí mismos o por razón de las condiciones de su empleo. Por ello hay que entender que muchos nombres son desconocidos del público como designaciones del lugar o que aplicados a la designación de una empresa, de un producto o de un servicio, no evocan procedencia alguna. En esos casos, los nombres geográficos aparecen como siendo nombres de fantasía. No es pues posible rehusar pura y simplemente a un nombre geográfico la posibilidad de constituir un signo distintivo.<sup>59</sup>

Así, la regla para determinar si un nombre geográfico puede ser o no objeto de registro es relativa y no absoluta.<sup>60</sup> En el contexto de la prohibición de registro de nombres geográficos por ser signos engañosos, según César Sepúlveda, la prohibición de registrar los nombres geográficos obedece a la finalidad de proteger al público, pues éste podría confundirse en cuanto a la calidad u origen de las mercancías, cuando coincide con una calidad o disposición especial de la mercadería. Sin embargo, esta regla admite excepciones, así una marca constituida por nombres de lugares no habitados, como son montañas, ríos, mares, no conduce a confusión alguna del producto proveniente de esa montaña, río o mar, pudiendo constituir así una marca apta para el registro.

Según el profesor Carlos E. Mascareñas para que exista falsa indicación de procedencia es necesario que la designación del nombre geográfico sea hecha como lugar de producción sin serlo realmente. Así, teniendo presentes los principios aplicables a los nombres de fantasía

de Notaires et des Avocats, Paris, 1984, p. 865.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> SEPÚLVEDA César, *El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial*, Porrúa, Segunda Edición, México, 1981, p. 128.

y las reglas previstas en el artículo 3 del Arreglo de Madrid, en principio, toda indicación de un lugar geográfico con referencia a un producto deberá ser interpretada como indicación de procedencia, y, por tanto, toda designación, con referencia a un producto, de un lugar geográfico que no sea el de producción deberá ser considerada como falsa indicación de procedencia.<sup>61</sup>

#### 19. Nombres geográficos considerados no aptos para constituir marca

Hildegart Rondón de Sansó al considerar el uso de nombres geográficos no registrables señala que no puede registrarse una marca compleja cuyo elemento característico sea un nombre geográfico no registrable, así como tampoco una marca constituida por una etiqueta en la cual el elemento esencial característico sea un nombre geográfico indicativo de falsa procedencia. Cita como ejemplo la marca "*Cubana Sello Verde*" para distinguir bebidas alcohólicas. Esta marca no puede ser registrable, dice esta autora, por cuanto la palabra *Cubana* es el elemento que más se destaca en dicha marca, lo cual da a entender que los productos a los cuales se destina son de origen cubano, por lo cual induce a error sobre su procedencia.<sup>62</sup>

Apunta también que los nombres geográficos no pueden registrarse cuando sean indicativos de una procedencia falsa. Así, dice Rondón de Sansó, la marca *Scotland* no puede registrarse para distinguir ropa por cuanto este nombre es característico de una región geográfica, una de cuyas principales actividades es la industria del tejido y por cuanto en el mercado se conoce el nombre "escocés", aplicado a telas de cuadros y rayas formando cuadros de colores, se considera que dicha marca cae dentro de las disposiciones prohibitivas.<sup>63</sup>

El catedrático español Carlos Fernández Novoa, en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1979, señala que el registro de la marca *Veneto*, aplicada a productos como el calzado, cordelería, etcétera, fue negado por ser el nombre de una región, en la que existe una floreciente industria del calzado, con centros principales en *Verona* y *Vicenza*, que por sus rela-

<sup>61</sup> MASCAREÑAS Carlos E., *Los delitos contra la Propiedad Industrial*, op. cit., p. 124. Véase también el comentario del mismo autor *supra* nota 54.

<sup>62</sup> RONDON DE SANSE Hildegart, *Patentes y Signos Distintivos*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Venezuela, 1968, p. 50.

<sup>63</sup> *Ibid.*

ciones mercantiles exteriores, incluidas las sostenidas con España, es claramente conocida de un gran número de consumidores de los artículos de la clase que ampara calzado, cordelería, etcétera, con lo cual su mención evoca fácilmente una procedencia asentada en la buena reputación industrial de los productos correspondientes, y que hacen a tal denominación inapta para ser admitida a registro.<sup>64</sup>

20. *El empleo de nombres geográficos a título de marca está sujeto a condiciones particulares*

Como puede apreciarse, la solución razonable es admitir los nombres geográficos a título de signos distintivos, pero si un nombre geográfico puede en principio ser adoptado a título de signo distintivo, su empleo está sujeto a condiciones particulares.<sup>65</sup> Esas condiciones particulares bien pueden ser en opinión de Rangel Medina las siguientes:

— que el nombre geográfico no sea evocativo o indicativo del lugar de procedencia de los respectivos artículos y

— que tampoco sea una expresión que sirva de símbolo común para individualizar determinado género de productos o mercancía.<sup>66</sup>

A partir de estas condiciones particulares se pueden citar las siguientes excepciones a la prohibición de registrar como marca designaciones geográficas:

1a. Cuando el comercio no ha establecido una relación de origen entre la palabra geográfica y las mercancías, porque en ese lugar no se producen esos artículos en calidad y cantidad bastante para tener renombre en el mercado nacional o mundial.

2a. Cuando dicha palabra tiene connotaciones distintas.

3a. Cuando la marca es notoriamente conocida tanto en el país de origen como en otros países para distinguir los objetos para los que se solicita su registro.<sup>67</sup>

Sobra indicar que en la determinación sobre si un nombre geográfico puede o no ser adoptado como marca, lejos de estar ante reglas

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ NOVOA Carlos, "La adopción de un nombre geográfico extranjero como marca", en *Actas de Derecho Industrial*, t. II, 1975, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago, Editorial Montecorvo, S.A., p. 347.

<sup>65</sup> MATHÉLY, *op. cit.*, p. 866.

<sup>66</sup> RANGEL MEDINA, *Tratado...*, *op. cit.* p. 269.

<sup>67</sup> Véase RANGEL MEDINA, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 420-421.

matemáticas de aplicación inmediata a situaciones generales, invariablemente deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias de hecho.

VI. TRABAJOS PREPARATORIOS PARA LA REDACCIÓN DE UN ANTEPROYECTO DE TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE INDICACIONES DE PROCEDENCIA Y DENOMINACIONES DE ORIGEN

Para concluir sólo hay que decir que durante los meses de mayo y junio de 1990 tuvo lugar en Ginebra la primera sesión del Comité de Expertos sobre Protección Internacional de Indicaciones Geográficas. Las discusiones se basaron en un memorándum preparado por la Oficina Internacional titulado "Necesidad de un Nuevo Tratado y su Posible Contenido".<sup>68</sup> Dicho documento contiene un análisis histórico de los conceptos y terminología básicos en relación con la protección de indicaciones geográficas, los tratados multilaterales existentes sobre protección de indicaciones geográficas y los trabajos antes realizados en el seno de la OMPI tendientes a la adopción de nuevas disposiciones internacionales en esta materia. En el trabajo se destacan los inconvenientes detectados en los tratados multilaterales existentes y se investigan posibles enfoques que pudieran ser adoptados en un nuevo tratado multilateral, especialmente en lo relacionado con cuestiones tales como:

— objeto de la protección,

— condiciones para conferir la protección,

— extensión de la protección,

— mecanismos para hacer efectiva para protección,

— posibilidad de un mecanismo para la resolución de conflictos e

— instauración de un nuevo sistema de registro internacional.

El Comité acordó que la Oficina Internacional prepararía un anteproyecto de tratado, que sería presentado en el curso de la próxima sesión del Comité e incluiría alternativas en todos aquellos casos en

<sup>68</sup> El texto de la Parte II y la Parte III del Memorándum pueden consultarse en WIPO, *Industrial Property*, Geneva, 29th Year-núm. 9, September 1990, pp. 252 y ss.

que el Comité no haya llegado a un acuerdo.<sup>69</sup> Esta reunión está programada para tener verificativo del 2 al 5 de diciembre de 1991 (Segunda Sesión del Comité de Expertos sobre Protección Internacional de Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen), a la que están invitados a participar los Estados miembros de la Unión de París y, con el carácter de observadores, ciertas organizaciones.<sup>70</sup>

## EL JUICIO DE AMPARO A LA LUZ DE LA MODERNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Arturo F. ZALDÍVAR LELO DE LARREA

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas consideraciones sobre los conceptos de defensa constitucional, justicia constitucional y jurisdicción constitucional. III. Breve panorama comparativo de la justicia constitucional. IV. Algunos problemas contemporáneos del juicio de amparo. 1. Generalidades. 2. El concepto de autoridad para los efectos del amparo. 3. La suspensión del acto reclamado. 4. Otros problemas.

### I. INTRODUCCIÓN

En Europa, la justicia constitucional, es un fenómeno que nace en este siglo con la Corte Austriaca de 1920, inspiración del ilustre Hans Kelsen. La facultad controladora de la constitucionalidad de las leyes significaba la aceptación de un principio, novedoso por aquellas tierras, consistente en que el órgano legislativo estaba sujeto a límites, a través de una "legalidad superior" aplicada por una Corte Constitucional.<sup>1</sup> El desarrollo posterior de este principio exigió el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, vinculante para todas las autoridades del Estado.

Sin embargo, es a partir de la segunda posguerra cuando se inicia un gran crecimiento de la justicia constitucional a nivel mundial. Las terribles experiencias vividas por el hombre durante la absurda guerra que terminaba, exigían respuestas jurídicas y políticas contra la intolerancia, la opresión y la tiranía.

Tales respuestas fueron proporcionadas por los diversos países, a través de los siguientes elementos: a) una Constitución escrita vinculadora para todos los órganos del Estado; b) un procedimiento dificultado de reformas constitucionales; c) la adopción de una declaración

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Apuntes para una Fenomenología de la Justicia en el Siglo XX", en *Revista Judicial*, Costa Rica, año XII, número 45, diciembre de 1988, p. 26.

<sup>69</sup> WIPO, *Industrial Property*, Geneva 30th Year-núm. 1, January 1991 (Activities of the International Bureau. *The World Intellectual Property Organization 1900-Overview of Activities and Developments*, p. 38.

<sup>70</sup> WIPO, *Industrial Property*, Geneva 30th Year-núm. 1, January 1991, p. 100.



de derechos de los particulares frente al poder público en el mismo texto constitucional; d) el otorgamiento a tribunales judiciales del control de la Constitución, incluyendo la declaración de derechos.<sup>2</sup>

Como es sabido, estas instituciones no eran nuevas en nuestro continente. En los Estados Unidos de América, país en que nace la revisión judicial de las leyes,<sup>3</sup> la Suprema Corte Federal ejerció por primera vez su facultad controladora de la legislación en 1803, al fallar el famoso caso *Marbury versus Madison*.<sup>4</sup>

Sin embargo, en la autorizada opinión de Mauro Cappelletti, aun en ese país, la justicia constitucional sólo adquirió una importancia excepcional a partir de la *Warren Court* (1955-1969), en que la institución sirvió como instrumento efectivo contra la violación de los derechos humanos de los individuos y de las minorías por parte de las mayorías de los estados, y contra la inactividad de los grupos políticos federales en relación con esos mismos derechos.<sup>5</sup>

Como sea, debe reconocerse que en nuestro país la justicia constitucional cuenta con una larga tradición que se remonta a la primera mitad del siglo pasado. En efecto, la Constitución yucateca de 1841 es la primera Constitución en el mundo que consagra de modo expreso el control jurisdiccional de la constitucionalidad.<sup>6</sup>

A pesar de los tiempos difíciles por lo que atravesaba el país, el amparo logró desarrollarse como una institución propia del constitucionalismo mexicano. El 13 de agosto de 1849, Pedro Zámamo, Juez de Distrito en San Luis Potosí por ausencia del propietario, dictó la

<sup>2</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu? La Expansión y la Legitimidad de la Justicia Constitucional"; en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, número 17, mayo-agosto 1986, pp. 13-14.

<sup>3</sup> Cfr. GRANT, J. A. C.: *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963. Parcialmente en contra: CAPPELLETTI, Mauro: "El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado", en su obra *La Justicia Constitucional*, traducción de Luis DORANTES TAMAYO, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987.

<sup>4</sup> *Marbury V. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 1803.

<sup>5</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "Apuntes para una Fenomenología de la Justicia del Siglo XX", cit. p. 27 y "¿Renegar de Montesquieu? La Expansión y la Legitimidad de la Justicia Constitucional", cit. p. 14. No obstante, debe destacarse que en México la justicia constitucional se había fortalecido tiempo atrás, mediante el juicio de amparo.

<sup>6</sup> Cfr. HORN, Hans Rudolf: "Justicia Constitucional y Consenso Básico", en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus Treinta Años como Investigador de las Ciencias Jurídicas*, tomo III, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

que se conoce como *primera sentencia de amparo* por medio de la cual amparó a don Manuel Verástegui, sin importar la inexistencia de ley reglamentaria del artículo 25 del Acta de Reformas, en contra de la orden de destierro que en su contra dictó el gobernador del Estado.<sup>7</sup> Desde entonces, el juicio de amparo es un instrumento eficaz presente en la conciencia de los mexicanos. A ello se debe, en gran medida, su increíble expansión posterior como controlador de la legalidad y de la constitucionalidad.

Ante el singular desarrollo del amparo como figura procesal típicamente mexicana, suele pensarse que poco o nada puede ayudar el estudio de instituciones extranjeras a su perfeccionamiento. No es así. Ante un mundo cada vez más interdependiente es válido y necesario el aprovechamiento de las experiencias ajenas,<sup>8</sup> ya para enriquecernos, dentro de nuestra propia realidad, con los avances realizados en otros países, bien para no incurrir en la repetición de errores costosos. Desde luego que este análisis debe realizarse teniendo en cuenta las diferencias propias de cada país. El derecho no es algo aislado del fenómeno social.

Por otra parte, destaca la importancia del método comparativo, si se considera que ante problemas sociales similares, distintos estados con frecuencia intentan soluciones semejantes. Piénsese, como un ejemplo entre tantos, la resolución dictada en 1968 por la *House of Lords* de la Gran Bretaña, en el caso *Conway versus Rimmer*, en la cual, se negó el poder discrecional absoluto del ejecutivo para poner en conocimiento de las cortes documentos bajo el argumento de que constituyen secretos de Estado.<sup>9</sup> Así, un país en que no existe la institución de la justicia constitucional, se anticipó a la resolución, por demás importante, de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso *United States versus Nixon*, del año de 1974. Sentencia que, como es sabido, provocó la caída del Presidente Nixon.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en BARRAGÁN BARRAGÁN, José: *Primera Ley de Amparo de 1861*; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, pp. 107-108.

<sup>8</sup> Cfr. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "Por un Poder Judicial más Influyente en la Voluntad del Estado", en *Ideas Sobre la Suprema Corte*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Excelsior, México, 1990.

<sup>9</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "Apuntes para una Fenomenología de la Justicia en el Siglo XX", cit. p. 28.

<sup>10</sup> Cfr. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "La Suprema Corte de los Estados Unidos de América y las Cuestiones Políticas", en *Lex, Órgano de Difusión y Análisis*, año 2, número 7, Universidad Nacional Autónoma de México, 15 de junio de

El impresionante desarrollo de la justicia constitucional moderna, no sólo cuantitativo, sino sobre todo cualitativo; es decir, atendiendo a la naturaleza de los problemas a resolver y la forma como se enfrenta a ellos, es un fenómeno que no puede pasar inadvertido para el estudioso mexicano. En él podemos, sin duda, encontrar orientaciones necesarias para el perfeccionamiento de nuestras instituciones. Ningún instrumento de control puede abstraerse a la dinámica evolución de la justicia constitucional de nuestros días.

Aun países como Francia e Inglaterra que, por diversas causas históricas e ideológicas, se han considerado contrarios a la revisión judicial, han sentido el impacto de esta gran *revolución* del pensamiento jurídico contemporáneo.

Nos alejaría de nuestro propósito analizar las razones históricas, políticas e ideológicas del rechazo por parte de Francia e Inglaterra a la revisión judicial, causas que, por cierto, responden a diferente sustento teórico e histórico. Bástenos señalar que Francia, en parte, ha roto con su larga tradición contra el control jurisdiccional. En primer lugar, a través del *Conseil d'Etat*, órgano que cada vez se constituye más como un auténtico tribunal. Debiendo destacarse dos importantes facultades de dicho órgano: la posibilidad de controlar la conformidad de los actos administrativos no sólo con las leyes sino, también, con los principios generales derivados de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; así como, a partir de 1959, la facultad de controlar los reglamentos del ejecutivo a la luz de la Constitución y los principios generales aludidos.<sup>11</sup>

En segundo término, por medio del *Conseil Constitutionnel*, quien ejerce un control preventivo de la legislación. Este control presenta dos limitaciones: las personas afectadas por el proyecto de ley no tienen legitimación para impugnar el proyecto; por otro lado, solamente puede ser revisado durante un breve período entre su aprobación por el Parlamento y su promulgación. Con todo, el *Conseil* no ha sido inútil quimera. Debe resaltarse la decisión de 16 de julio de

1987; COX, Archibald: *The Court and the Constitution*; Houghton Mifflin Company, Boston, 1987, p. 2 ss., entre otros.

<sup>11</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "Apuntes para una Fenomenología de la Justicia en el Siglo XX", *cit.* pp. 28-29; CAPPELLETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu? La Expansión y la Legitimidad de la Justicia Constitucional", *cit.* pp. 26-27. Debe recordarse que en Francia hay un amplio sector de reserva reglamentaria, ámbito en el cual el ejecutivo puede expedir reglamentos sin la necesidad de ley previa emanada del legislativo.

1971, por medio de la cual prohibió la promulgación de una ley, aprobada por la mayoría del Parlamento, que pretendía establecer grandes limitaciones a la libertad de asociación garantizada en la Declaración de Derechos franceses.<sup>12</sup> Por otra parte, se sabe que existe un proyecto para implantar en Francia un auténtico sistema de justicia constitucional, por vía incidental y *a posteriori*.<sup>13</sup>

Por lo que hace a Inglaterra, el principio de supremacía absoluta del Parlamento, ha impedido cualquier desarrollo del control jurisdiccional de la legislación. Aquí el cambio ha llegado desde afuera, por medio de la llamada *justicia constitucional transnacional o supranacional*.<sup>14</sup> La cual, presenta dos vertientes: a) el derecho comunitario y b) la Convención Europea de Derechos Humanos.

Para los efectos de nuestro estudio, es importante enunciar dos principios del derecho comunitario, sostenidos por la Corte de Justicia de la Comunidad, a saber: a) el derecho comunitario tiene aplicación directa en los países miembros como si tratase de derecho nacional (*Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie Belastingen*, caso 26/62 [1963]); b) la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional (*Costa v. ENEL*, caso 6/64 (1964), reiterado en diversas decisiones posteriores). De acuerdo con estos principios, la ley nacional contraria al derecho comunitario debe ser rechazada por los tribunales; la interpretación final corresponde a la Corte de Justicia de la Comunidad.<sup>15</sup>

Por lo que respecta a la Convención Europea de Derechos Humanos, el gran comparatista Mauro Cappelletti afirma que, contrariamente a la opinión generalmente aceptada, Inglaterra dispone ya de una declaración de derechos escrita y vinculante, al haber ratificado la Convención Europea de Derechos Humanos, aceptando la cláusula opcional del artículo 25 de la Convención, que establece una auténtica justicia transnacional.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> De dicho proyecto dio noticia el profesor Mauro CAPPELLETTI en su conferencia magistral: *La Justicia Constitucional y Transnacional*, dictada el 30 de noviembre de 1990, en la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>14</sup> Las siguientes consideraciones son también aplicables a Francia.

<sup>15</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu? La Expansión y la Legitimidad de la Justicia Constitucional", *cit.* pp. 32-33; CAPPELLETTI, Mauro: "Justicia Constitucional Supranacional", en su obra citada, pp. 219-222.

<sup>16</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu? La Expansión y la Legitimidad de la Justicia Constitucional", *cit.* p. 34.

Si es tal la situación en el mundo por lo que a justicia constitucional se refiere, nuestro juicio de amparo no puede aislarse del proceso evolutivo imperante. No existen las instituciones acabadas. El amparo mexicano, a pesar de sus bondades, es perfectible. Su progreso no puede ni debe detenerse. El análisis comparativo puede servir de instrumento para cuadyuvar al perfeccionamiento de nuestro juicio constitucional. Pero, además, permitirá el análisis claro de sus innegables ventajas, confirmándose como la más importante aportación de México a la ciencia jurídica.

En este modesto estudio pretendemos establecer el alcance de los conceptos, usados comúnmente como sinónimos, de defensa, justicia y jurisdicción constitucionales. Después, esbozaremos de una manera breve, necesariamente superficial, los aspectos que distinguen los principales sistemas de justicia constitucional. Por último realizaremos un somero análisis de algunos aspectos problemáticos del juicio de amparo mexicano.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE DEFENSA CONSTITUCIONAL, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La *convención* terminológica sobre los vocablos a utilizar es siempre necesaria. Máxime cuando, como ocurre con frecuencia en nuestra ciencia, se utilizan con diferente contenido idénticas o similares denominaciones. Desde luego, la delimitación semántica que proponemos no tiene pretensiones de validez universal. Por lo demás, creemos que se ajusta, con algunas variantes, al contenido que la doctrina más autorizada otorga a los conceptos en cuestión.

En nuestra opinión, la defensa de la Constitución puede entenderse en un sentido amplio o estricto.

La defensa de la Constitución *lato sensu*, se integra por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y la evolución de las disposiciones constitucionales, tendiendo a la aproximación entre la Constitución formal y la Constitución material.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Constitución y su Defensa (Ponencia General)", en *La Constitución y su Defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 15-16. Si bien para el profesor Fix-Zamudio este concepto amplio es el único que debe llamarse defensa de la Constitución.

En este contexto, la defensa constitucional se integra por la protección constitucional y por las garantías constitucionales.<sup>18</sup>

La protección constitucional, comprende todos los instrumentos políticos, económicos, sociales y jurídicos incorporados en las normas fundamentales con el propósito de limitar el ejercicio del poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos constitucionales.<sup>19</sup> El distinguido maestro don Héctor Fix-Zamudio, a quien seguimos en gran parte de nuestra exposición, ha llamado a este sector "aspecto fisiológico", puesto que los instrumentos que lo integran tienen por objeto lograr el adecuado funcionamiento de los órganos del poder.<sup>20</sup>

Este sector se integra por la división de poderes, la regulación de los recursos económicos y financieros del Estado, la institucionalización de los factores sociales (grupos de interés, grupos de presión y partidos políticos), la supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma.<sup>21</sup>

El segundo sector, es decir, las garantías constitucionales, son los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas.<sup>22</sup> Tales garantías aparecen cuando el primer sector ha resultado insuficiente. Por tal razón, don Héctor Fix-Zamudio lo califica como el destinado a la corrección de los fenómenos de "patología constitucional".<sup>23</sup>

Las garantías constitucionales en sentido propio integran lo que hemos denominado defensa de la Constitución *stricto sensu*. Comúnmente a este sector se le designa, indistintamente, justicia constitucional.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> *Idem*; p. 17.

<sup>19</sup> Cfr. *Idem*; pp. 17-41.

<sup>20</sup> Cfr. *Idem*; p. 17 y FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1968, p. 14.

<sup>21</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Constitución y su Defensa", *cit.* pp. 17-41; sobre los partidos políticos *Vid.* DE OTTO PARDO, Ignacio: *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Cada uno de estos aspectos requiere un análisis particular que excedería los límites de este trabajo, por ello nos limitamos a enunciarlos.

<sup>22</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Constitución y su Defensa", *cit.* pp. 47.

<sup>23</sup> *Idem*; p. 18; *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, *cit.* p. 14.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro: trabajos citados; FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, *cit.*; GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*; Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, entre otros.

jurisdicción constitucional<sup>25</sup> y control de la constitucionalidad.<sup>26</sup> De su estudio se ocupa el derecho procesal constitucional.<sup>27</sup>

Cuando la mayoría de nuestros autores hablan de defensa de la Constitución se refieren, normalmente, a lo que hemos denominado defensa de la Constitución en sentido estricto o, más correctamente, garantías constitucionales.<sup>28</sup>

En la doctrina dominante, el término justicia constitucional comprende

El conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental.<sup>29</sup>

El concepto de jurisdicción constitucional se entiende reservado a los instrumentos de justicia constitucional que se encomiendan a tribunales encargados de resolver cuestiones constitucionales, de manera específica.<sup>30</sup> Por ello se afirma que en los Estados Unidos de América no existe la jurisdicción constitucional.<sup>31</sup>

Para nosotros, el término justicia constitucional en sentido estricto, supone que los instrumentos jurídico-procesales que tienen por objeto

<sup>25</sup> MIRKINE-GUETZEVITCH, B.: *Las Nuevas Constituciones del Mundo*; segunda edición, Editorial España, Madrid, 1931, p. 32; BIDART CAMPOS, Germán J.: *El Derecho Constitucional del Poder*, tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 311.

<sup>26</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe: *Derecho Constitucional Mexicano*; vigésima edición, Porrúa, México, 1984, p. 491; MERCADO LUNA, Ricardo: *Derecho Constitucional*; Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 179.

<sup>27</sup> Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, segunda edición, cuatro tomos, Astrea, Buenos Aires, 1989; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*; Civitas, Madrid, 1982.

<sup>28</sup> Vid., por todos, HERRERA Y LASSO, Manuel: "Normas Destructoras del Régimen Federal. El Artículo 108", especialmente capítulos IX, X, XI, XII y XIII, en su obra *Estudios Constitucionales*, segunda serie, Editorial Jus, S. A., México, 1964.

<sup>29</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, cit. p. 15.

<sup>30</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*; segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1970, p. 215; FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Constitución y su Defensa"; cit. pp. 47-48; FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, cit. p. 15.

<sup>31</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, op. cit. p. 215.

la efectividad de las normas fundamentales, en caso de incertidumbre, conflicto o violación, se encuentran otorgados a tribunales de cualquier tipo. Identificándose justicia constitucional *stricto sensu* con la jurisdicción constitucional. Por lo que hace a esta última, nos interesa, para considerarla como tal, la materia sobre la que versa más que la naturaleza del órgano jurisdiccional a la que está confiada.<sup>32</sup>

La justicia constitucional es, sin duda, la parte más dinámica e importante de la defensa de la Constitución.

Su impresionante desarrollo en todo el mundo hace que nos interese especialmente en ella. Los siguientes comentarios se refieren, de manera exclusiva, a la justicia constitucional.

En primer término, debe destacarse que la actividad del órgano controlador no se entiende en un sentido estático.

La justicia constitucional deja de ser, únicamente, un mecanismo para dar coherencia jurídica a un sistema constitucional, a la manera de la original *judicial review*, tal como la entendió Marshall en la célebre sentencia *Marbury versus Madison* de 1803.<sup>33</sup> La moderna justicia constitucional es un instrumento al servicio de los valores y principios que inspiran y legitiman al sistema constitucional.<sup>34</sup>

En atención a esta evolución, la justicia constitucional es dinámica en dos sentidos, a saber: actualiza el texto de la Constitución a las cambiantes circunstancias sociales y aplica los valores e ideales contenidos en el Código Fundamental, sobre todo, en tratándose de las llamadas normas programáticas, normas de principio, cláusulas abiertas o conceptos jurídicos indeterminados.<sup>35</sup> De tal suerte, la idea mera-

<sup>32</sup> También el profesor Néstor Pedro Sagües otorga prioridad al criterio material en tratándose de jurisdicción constitucional; Cfr. op. cit. tomo I, p. 11.

<sup>33</sup> Cfr. DE VEGA, Pedro: "De la Constitución y su Defensa. Algunas Peculiaridades del Ordenamiento Constitucional Español", en *La Constitución y su Defensa*, cit. p. 225.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Sobre las normas programáticas Vid. VEZIO, Crisafulli: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*; Milano, 1952; QUIROGA LAVIÉ, Humberto: *Derecho Constitucional*; primera reimpression, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 137-150; LUCAS VERDÚ, Pablo: *Curso de Derecho Político*, volumen II, tercera edición, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 430-432; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*; traducción de Héctor FIX-ZAMUDIO, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, pp. 322-324; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Civitas, Madrid, 1988, pp. 63-94; BIDART CAMPOS, Germán J.: *Teoría General de los Derechos Humanos*; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 425-427; ALONSO GARCÍA, Enrique: *La Interpretación de la Constitución*; prólogo de F. RUBIO LLORENTE, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 16-28, entre otros.

mente conservadora del *status quo* que iluminó instituciones como el Senado Conservador Francés y el Supremo Poder Conservador de nuestra Constitución Centralista de 1836 está completamente superada.

Lo anterior implica que la actividad de los órganos controladores, normalmente de carácter jurisdiccional, es de naturaleza política en un sentido técnico, esto es, como participante en la toma de decisiones esenciales de los órganos del Estado,<sup>36</sup> anteriormente, función ajena a los tribunales de cualquier tipo. Esto no quiere decir que el método de resolución de conflictos utilizado por los tribunales constitucionales sea político y no jurídico. Es bien conocida la afirmación de Otto Bachoff de que el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento la despoja de su carácter jurídico.<sup>37</sup> Es éste el problema toral de la justicia constitucional, cuyo análisis resulta imposible en una visión general como la que intentamos.

Con todo, las ideas expuestas entrañan una importante evolución en la interpretación de la Constitución que se realiza a través de la justicia constitucional. En efecto, lejos de aquella idea de la Revolución Francesa merced a la cual la labor interpretativa del juez es un simple acto automático de aplicación del derecho (la ley), el cual contiene todos los supuestos posibles en el mundo de lo fáctico.<sup>38</sup> La moderna interpretación constitucional es un acto, en gran medida, de creación del derecho,<sup>39</sup> pues, como ya se dijo, actualiza al texto constitucional a la realidad cambiante y realiza los valores fundamentales contenidos en la Constitución, en ocasiones, como meros ideales o programas.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial*; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 3.

<sup>37</sup> *Jueces y Constitución*; traducción de Roberto BERCOVITZ; Civitas, Madrid, 1987, p. 61.

<sup>38</sup> Cfr. MERRYMAN, John Henry: *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*; traducción de Carlos SIERRA, primera edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 35-42. Aún en este esquema, Kelsen demuestra que todo acto jurisdiccional es un acto aplicador y creador del derecho; Cfr. *Teoría General del Derecho y del Estado*; traducción de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ; tercera reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pp. 159-160.

<sup>39</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: *La Autoridad y los Poderes del Juez Constitucional en relación con su Fin Genérico (Naturaleza Tendencialmente Discrecional de la Provisión de Actuación de la Norma Constitucional)*, traducción de Santiago SENTÍAS MELENDO y Tomás A. BANZHIF, en su obra citada, pp. 115-191.

<sup>40</sup> Sobre la problemática de la interpretación constitucional la bibliografía es abundante, por lo cual, señalamos solamente algunos trabajos: CAPPELLETTI, Mauro: *op. cit.*, nota anterior; LUCAS VERDÚ, Pablo: *op. cit.*; BACHOFF, Otto: *op. cit.*; WROBLEW-

Esta interpretación evolutiva o creativa que es aceptada hoy uniformemente por los tribunales de la Europa continental, la viene realizando la Suprema Corte de los Estados Unidos de América desde 1803, fecha en la cual, como es sabido, se falla el famoso caso *Marbury versus Madison*.

A pesar de que la experiencia histórica ha demostrado la superioridad del control por órgano judicial sobre los controles de tipo político, no dejan de cuando en cuando de renacer las añejas críticas de Schmitt a la justicia constitucional esgrimidas en su célebre obra *Der Huter der Verfassung*.<sup>41</sup> Hoy mismo, es famosa la controversia entre el distinguido jurista italiano Mauro Cappelletti y el inglés Lord Devlin.<sup>42</sup>

Sin poder profundizar y con una finalidad meramente enunciativa, es posible resumir las críticas a la justicia constitucional, a dos aspectos: en primer término, se afirma que los jueces constitucionales no resuelven controversias jurídicas, puesto que los problemas políticos no son susceptibles de judicializarse; en segundo lugar, se dice que la justicia constitucional carece de legitimación democrática.<sup>43</sup>

Dando breve respuesta a las objeciones anteriores, debe decirse, en primer sitio, que si reconocemos a la constitución el carácter de norma

SKI, Jerzy: *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, traducción Arantxa AZURZA, Civitas, Madrid, 1988; ALONSO GARCÍA, Enrique: *op. cit.*; DWOR-KIN, Ronald: *El Imperio de la Justicia*, traducción Claudia FERRERA, Gedisa, Barcelona, 1988; BELTRÁN, Miguel: *Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*; Civitas, Madrid, 1989; FIX-ZAMUDIO, Héctor: "Algunos Problemas de la Interpretación en el Ordenamiento Mexicano", en *Revista Jurídica Veracruzana*, número 4, tomo XXI, octubre-noviembre-diciembre, Xalapa; LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*; tomo II, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953; BIDART CAMPOS, Germán J.: *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 399-427; QUIROGA LAVIÉ, Humberto: "Sobre la Interpretación Constitucional", en *La Interpretación Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1975; TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando: "Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Jurídica. (con especial referencia a la interpretación constitucional)", en *La Interpretación Constitucional, cit.*; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "Breves Notas Sobre la Naturaleza de la Interpretación Constitucional", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Herrera y Lasso 1890-1990*, Comité Ejecutivo 1989-1990 Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, México, 1990.

<sup>41</sup> Literalmente *El Defensor de la Constitución*, traducida por Manuel Sánchez Sartro como *La Defensa de la Constitución*.

<sup>42</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", en su obra citada; FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial; cit.*, p. 10.

<sup>43</sup> Cfr. SCHMITT, Carl: *op. cit.*; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *op. cit.*; pp. 157-174.

jurídica, la eficacia de la esfera de actuación de los órganos del Estado establecida, deliberadamente, en dicha norma jurídica puede y debe ser asegurada jurisdiccionalmente.<sup>44</sup> En efecto, es cierto, como afirma el profesor García de Enterría, "el Tribunal (Constitucional) decide conflictos políticos, pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos".<sup>45</sup>

Por otra parte, aunque esto requeriría una exposición bastante más amplia, pueden esgrimarse en favor de la justicia constitucional los siguientes argumentos sintetizados:

a) Frente al debilitamiento progresivo de las asambleas legislativas respecto del órgano ejecutivo, la jurisdicción constitucional es una limitante a dicho predominio.

b) El control jurisdiccional coadyuva al fortalecimiento de un régimen auténticamente democrático. La justicia constitucional evita la dictadura de la mayoría respetando, ante todo, la supremacía de la Constitución. Un sistema democrático requiere el respeto de las minorías. Aún más, en palabras de Giovanni Sartori, "los derechos de la minoría son la condición necesaria del proceso democrático mismo".<sup>46</sup>

c) El juez constitucional no podría, en un terreno pragmático, juzgar desatendiendo el sentido social, apoyado en meros criterios subjetivos, sin sostén metodológico jurídico alguno. La práctica demuestra que esto rara vez ha ocurrido. Como afirma Bachoff, el juez constitucional "está en contacto con el pueblo, con la opinión pública, en un diálogo permanente sobre el valor o la falta de valor, sobre la justicia o el error de la jurisprudencia".<sup>47</sup>

d) Los jueces, al provenir de una Constitución democrática, tienen carácter democrático, con independencia de su modo de nombramiento o elección.

e) Por último, el "Tribunal de la Historia" ha demostrado que el sistema que defendemos es, en palabras siempre actuales de don Emilio Rabasa, "el más llano, el más firme y el mejor consagrado por la experiencia".<sup>48</sup>

<sup>44</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *op. cit.*; p. 176.

<sup>45</sup> *Idem*; p. 178.

<sup>46</sup> *Teoría de la Democracia*; versión española de Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Tomo I, Alianza Universidad, México, 1989, p. 58.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, p. 60.

<sup>48</sup> "El Juicio Constitucional"; en su obra *El Artículo 14 y el Juicio Constitucional*, Porrúa, México, 1978, p. 179. Para los argumentos en favor de la justicia constitucional *Vid.* CAPPELLETTI, Mauro: "Necesidad y Legitimidad de la Justi-

Por otra parte, es un hecho que los tribunales constitucionales gozan de gran prestigio y que han ganado el respeto de la opinión pública. Esto se debe, en gran medida, a decir de Bachoff, a que los jueces con sabia autolimitación han entendido correctamente cómo trazar las fronteras entre derecho y política.<sup>49</sup>

El profesor Bachoff establece ciertos principios que las cortes constitucionales (federal y locales) han seguido en Alemania a fin de lograr lo anterior, lineamientos que, en mayor o menor medida, practican otros tribunales constitucionales, a saber:

a) Las cortes constitucionales parten de la base de que las leyes son *en caso de duda conformes a la Constitución*. Siguen el principio angloamericano de la *interpretación conforme a la Constitución*.<sup>50</sup>

b) Las ideas respecto a los fines políticos que tuvo el legislador no tienen que ser controladas por las cortes constitucionales ni en su exactitud ni en su oportunidad. No les corresponde decidir si la regulación concreta es la más adecuada a los fines o la más sensata.<sup>51</sup>

c) El legislador fundamenta sus decisiones en determinadas valoraciones. Suele darle preferencia a unas respecto de otras. En principio, la Corte no puede corregir dichas valoraciones, a menos que sean indubitadamente refutables o manifiestamente equivocadas, o cuando contradigan el ordenamiento de valores de la Constitución.<sup>52</sup>

d) Igualmente se comporta la Corte Constitucional con los *pronósticos* que coloca el legislador como fundamento de sus regulaciones.<sup>53</sup>

e) Las cortes constitucionales se consideran, guardando las proporciones, no sólo facultadas sino hasta obligadas a incluir las posibles *consecuencias* de sus decisiones en sus reflexiones.<sup>54</sup>

f) Las leyes inconstitucionales son, en principio, *nulas ex tunc*. Sin embargo, se ha ido atemperando este principio que lleva en muchos casos a consecuencia sumamente insatisfactorias.<sup>55</sup>

cia Constitucional", *cit.*; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *op. cit.*, pp. 175-205; SAGÜES, Néstor Pedro: *op. cit.*, tomo I, pp. 53-57, entre otros.

<sup>49</sup> "Nuevas Reflexiones Sobre la Jurisdicción Constitucional entre Derecho y Política", traducción de León CORTIÑAS-PELÁEZ, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XIX, número 57, Universidad Nacional Autónoma de México, México, septiembre-diciembre de 1986, p. 884.

<sup>50</sup> *Idem*; p. 845.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Idem*; pp. 845-846.

<sup>53</sup> *Idem*; p. 846.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Idem*; p. 847.

g) En los casos en los cuales la inconstitucionalidad de una ley fue considerada como excesiva, apareciendo como insoportable inclusive la vigencia solamente transitoria de ella, las cortes la han declarado nula pero, simultáneamente, y hasta la promulgación de una nueva ley que fuera conforme a la Constitución, adoptaron una regulación transitoria. En cierta medida pues, actuaron como legislador sustituto.<sup>56</sup>

### III. BREVE PANORAMA COMPARATIVO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Excedería los límites de este trabajo hacer un análisis, así sea superficial, de los diferentes sistemas de justicia constitucional en el mundo. Nos limitaremos a realizar una mera labor enunciativa de algunos de los más importantes.<sup>57</sup>

En los Estados Unidos de América surge el llamado sistema americano o difuso. Se lleva a cabo por distintos *writs* que integran la *judicial review* y la facultad controladora recae sobre cualquier juez. Opera, además, en vía incidental, también, mal llamada de excepción.

A pesar de que se ha sostenido, con influencia de las ideas de Alexis de Tocqueville en su clásico libro *La democracia en América*, que las sentencias que resuelven sobre la inconstitucionalidad de una ley tienen efectos particulares, desaplicándola al caso concreto. Tesis que influyó, como es sabido, en Rejón y en Otero para la estructuración del juicio de amparo. Lo cierto es que, a través del principio *stare decisis* las resoluciones de la Corte Suprema que declaran inconstitucional una ley adquieren prácticamente efectos generales, ningún órgano del Estado puede volver a aplicarla, solamente una enmienda constitucional puede superar el criterio jurisprudencial.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> *Idem*; p. 848.

<sup>57</sup> El distinguido maestro don Héctor FIX-ZAMUDIO se viene dedicando desde hace tiempo al estudio comparativo de la justicia constitucional, destacan sus trabajos siguientes: *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, cit., *La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales*; Civitas, Madrid, 1982; *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*; Miguel Ángel Porrúa, 1985; *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*; Porrúa, México, 1985. También debe mencionarse en este tema la obra del profesor español Juan José GONZÁLEZ RIVAS ya citada; VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar; *El Control de la Constitucionalidad de la Ley. Estudio de Derecho Comparado*; Porrúa, México, 1978; y respecto de América Latina a VÉSCOVI, Enrique: *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

<sup>58</sup> Cfr. CARRILLO FLORES, Antonio: *La Constitución. La Suprema Corte y los Derechos Humanos*; Porrúa, México, 1981, p. 238.

La facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso no fue consagrada expresamente por el constituyente de Filadelfia. Si bien, Hamilton infiere esta facultad, como lo haría después Marshall, de la potestad de los jueces para interpretar la ley.<sup>59</sup> Lo cual, por lo demás, tenía antecedentes en las ideas de Eduard Coke<sup>60</sup> y en la tradición de las colonias inglesas en América.<sup>61</sup>

Contra lo que generalmente se piensa, no es el caso *Marbury versus Madison* la primera ocasión en que un tribunal norteamericano declaró inconstitucional una ley. En efecto, aunque a nivel estadual, deben citarse el caso *Holmes contra Walton*, fallado por la Corte de Nueva Jersey en 1780; así como, dos años más tarde, el caso *Commonwealth contra Caton* sentenciado en el Estado de Virginia.<sup>62</sup>

Sin embargo, es el caso *Marbury versus Madison* el más famoso e importante de los fallados por la Corte Federal de los Estados Unidos de América, en el cual, como es sabido, su Presidente Marshall argumenta magistralmente la facultad de la Suprema Corte para declarar inconstitucional una ley del Congreso.

A partir de entonces, la Suprema Corte ha realizado una labor impresionante en el sistema constitucional de los Estados Unidos de América, de tal suerte, que resulta imposible entender la historia político-constitucional de dicho país sin analizar los precedentes de su máximo Tribunal.<sup>63</sup>

En contrapartida, el sistema austriaco o europeo continental se caracteriza por ser un mecanismo de control concentrado en un tribunal especializado, llamado Tribunal o Corte Constitucional, sus resoluciones tienen efectos generales o *erga omnes* y procede por vía de acción.

<sup>59</sup> *El Federalista*, LXXVIII, traducción de Gustavo R. VELASCO, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 332.

<sup>60</sup> Cfr. GHIGLIANI, Alejandro E.: *Del Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad*; Depalma, Buenos Aires, 1952, pp. 10-13.

<sup>61</sup> Cfr. *Ibidem* y GRANT, J. A. C.; *op. cit.*, pp. 29-31.

<sup>62</sup> Cfr. GRANT, J. A. C.; *op. cit.*, p. 31.

<sup>63</sup> Vid. BICKEL, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*; second edition, Yale University Press, New Haven and London, 1986; McCLOSKEY, Robert: *The American Supreme Court*; The University of Chicago Press, Chicago, 1960; COX, Archibald: *The Role of the Supreme Court in American Government*; second printing, Oxford University Press, New York, 1976; REHNQUIST, William H.: *The Supreme Court. How It Was, How It Is*, William Morrow and Company, Inc., New York, 1987; HUGHES, Charles Evans: *La Suprema Corte de los Estados Unidos*; traducción Roberto MOLINA y Vicente HERRERO, prólogo de Antonio CARRILLO FLORES, segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

Si bien, también tiene cabida la vía incidental. Cuando en un juicio común se plantea, incidentalmente, la inconstitucionalidad de una ley, el juez ordinario debe remitir la cuestión al Tribunal Constitucional para que resuelva sobre el particular.<sup>64</sup>

El sistema que nos ocupa tiene su origen en la Corte Constitucional creada en la Constitución Austriaca del primero de octubre de 1920, cuya inspiración se debe al ilustre jurista Hans Kelsen. Sistema perfeccionado en 1929.<sup>65</sup>

El modelo pronto fue seguido efímeramente por Checoslovaquia en 1920 y España en 1931. De manera definitiva, el ejemplo austriaco, con variantes, se ha institucionalizado en la Constitución Italiana de 1948, creándose la Corte Constitucional en 1956; en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la Constitución de Chipre de 1960, en la Constitución Turca de 1961, en la Constitución de Yugoslavia de 1963.<sup>66</sup> Así como en la Constitución Española de 1978.<sup>67</sup> También se

<sup>64</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado", traducción de Luis DORANTES TAMAYO, en su obra citada, pp. 87-106.

<sup>65</sup> Cfr. *Idem*; p. 61 y FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*; cit., p. 45.

<sup>66</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: *op. cit.*, supra, nota anterior; pp. 64-65. Sobre el sistema italiano Vid. PIZZORUSSO, Alessandro; *Lecciones de Derecho Constitucional*; traducción de Javier JIMÉNEZ CAMPO, prólogo de Francisco RUBIO LLORENTE, tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 1-72; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*; traducción y prólogo de Pablo LUCAS VERDÚ, tercera edición, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 565-614, GONZÁLEZ RIVAS, Juan José; *op. cit.*, pp. 53-63; FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*; cit., pp. 23-81; CAPPELLETTI, Mauro: "La Justicia Constitucional en Italia"; traducción de Héctor FIX-ZAMUDIO, en *Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, publicado por Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México, 1960. Sobre Alemania Federal Vid. STEIN, E.: *Derecho Político*, traducción de Fernando SAINZ; prólogo de Francisco RUBIO LLORENTE, Aguilar, Madrid, 1973, pp. 230-235; GONZÁLEZ RIVAS, Juan José; *op. cit.*, pp. 63-76; FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, cit., pp. 51-73; HORN, Hans Rudolf: "República Federal de Alemania: Justicia y Defensa de la Constitución", en *La Constitución y su Defensa*, cit.

<sup>67</sup> Sobre el sistema español Vid. entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *op. cit.*, FERNÁNDEZ VILLAVARDE, Luis A.: *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Español*, Montecorvo, Madrid, 1981; DE VEGA, Pedro: "De la Constitución y su Defensa: Algunas Peculiaridades del Ordenamiento Constitucional Español", cit.; GONZÁLEZ RIVAS, Juan José; *op. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *op. cit.*, SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*; Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, pp. 437-460; CANO MATA, Antonio: *Cuestiones de Inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986; ALZAGA, Oscar: *La Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

crearon tribunales constitucionales en Grecia (Constitución de 1968), Corea del Sur (reforma constitucional de 29 de noviembre de 1954) suprimido en 1962, Vietnam del Sur (reforma de 1960) derogado en 1967 e Irak (Constitución de 1968).<sup>68</sup>

Son estos los dos principales sistemas de justicia constitucional. Sus diferencias tienden a ser cada vez menores y mayores sus semejanzas.<sup>69</sup>

En Latinoamérica no puede hablarse de un sistema que caracterice y distinga de manera uniforme a sus regímenes de justicia constitucional. Con todo, es dable establecer ciertas peculiaridades que conforman un sistema diferente a los dos clásicos (americano y austriaco), si bien, con influencia clara, aunque en distinta proporción, de los citados modelos.

En nuestro concepto, en la mayor parte de América Latina los sistemas de justicia constitucional se integran por dos vertientes principales: el juicio, recurso o acción de amparo, con innegable influencia de nuestro admirable juicio de amparo, que protege todas las libertades excepto la física, y el *habeas corpus*, a la manera norteamericana, que tutela, precisamente, la libertad física. Recientemente se deja sentir también la influencia del sistema europeo continental.<sup>70</sup>

En Argentina, la justicia constitucional se integra por el amparo (de creación pretoriana a nivel nacional y legislativa en los ámbitos provinciales), el *habeas corpus* y el recurso de inconstitucionalidad.<sup>71</sup>

En Brasil, el *mandado de segurança* (traducido como mandamiento de seguridad o de amparo) con influencia mexicana, se complementa con el *habeas corpus* y el recurso de inconstitucionalidad.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, cit. pp. 158-163.

<sup>69</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro: "El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado", cit. p. 94.

<sup>70</sup> Para un análisis profundo sobre el particular Vid. FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Justicia Constitucional en América Latina", en *El Constitucionalismo en las Posttrimerías del Siglo XX*, tomo IV, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

<sup>71</sup> Vid. SAGÜES, Néstor Pedro: *op. cit.*; SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: *Juicio de Amparo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963; LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Acción de Amparo*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960; CREO BAY Horacio D.: *Amparo por Mora en la Administración Pública*; Editorial Astra, Buenos Aires, 1989; BIELSA, Rafael: *El Recurso de Amparo*; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1965; Bielsa, Rafael: *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*; Depalma, Buenos Aires, 1958; VANOSI, Jorge Reinaldo y Pedro Fermín UBERTONE: "Instituciones de Defensa de la Constitución en la Argentina", en *La Constitución y su Defensa*, cit.

<sup>72</sup> Vid. VÉSCOVI, Enrique: *op. cit.*; pp. 489-498; FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1964. pp. 305-365; ALUVIUM Arruda: "O mandado de



El artículo 49 de la Constitución Venezolana de 1961 consagra el amparo, que no ha sido reglamentado legalmente, y el artículo quinto transitorio establece el *habeas corpus*.<sup>73</sup>

Con diferentes matices, el amparo se encuentra regulado por la Ley de Amparo de Nicaragua de 28 de mayo de 1980; la Ley Panameña de *Habeas Corpus* y Amparo de 7 de diciembre de 1982; Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala de 8 de enero de 1986; Decreto constitucional número 19 de 15 de agosto de 1985 expedido por el Gobierno Militar Uruguayo;<sup>74</sup> Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador de 1960; Ley de Amparo de Honduras de 1965; Ley de Amparo número 1161 de 2 de junio de 1950 por lo que hace a Costa Rica. También deben señalarse Bolivia, Paraguay y Perú.<sup>75</sup>

No obstante, se deja sentir en algunos países la influencia del modelo austriaco. Con la peculiaridad de que no se abandona el sistema americano, sino que la creación de tribunales constitucionales lo complementa.

Así actualmente, existen la Corte Constitucional de Guatemala (artículos 268 a 272 de la Constitución de 1985); el Tribunal Constitucional Chileno (reestablecido por la Constitución aprobada por plebiscito de 11 de septiembre de 1980); el Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador (Constitución de 1978, perfeccionado por reformas de 1985); y el Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú (Constitución de 1980, artículos 296-304).<sup>76</sup>

segurança como Garantia Constitucional, No Direito Brasileiro", en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus Treinta Años como Investigador de las Ciencias Jurídicas*, tomo III, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988; SIDOU, Othon J. M.: "Mandado de Segurança: medio século de aplicação", en *Homenaje citado*; DA SILVA, José Alfonso: "Sistema de Defensa de la Constitución Brasileña", en *La Constitución y su Defensa*, cit.

<sup>73</sup> Vid. BREWER-CARIAS, Allan R.: "Situación Actual del Derecho de Amparo en Venezuela", *Homenaje citado* nota anterior; FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*; cit., pp. 288-289.

<sup>74</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor: *op. cit.*, nota anterior; pp. 10-14 y 291-294; sobre Guatemala Vid. GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: "La Constitución y su Defensa. Notas sobre el sistema de la República de Guatemala. Una Visión Histórico-Jurídica", en *La Constitución y su Defensa*, cit.; GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: "El Tribunal Constitucional. Nueva Institución de la Constitución Guatemalteca de 1985", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987.

<sup>75</sup> *Idem*; pp. 293-296.

<sup>76</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Justicia Constitucional en América Latina"; cit., pp. 484-490.

Últimamente se habla también de una justicia constitucional supranacional.<sup>77</sup> Si bien, la denominación es problemática.<sup>78</sup> Se trata de la protección de derechos metaconstitucionales (aunque la mayoría de las veces consagrados constitucionalmente) e inclusive, en algunos sistemas, tales derechos adquieren la categoría de supraconstitucionales. La defensa internacional de los derechos fundamentales del hombre adquieren cada día más importancia, sobre todo en Europa. Aunque el sistema interamericano avanza lentamente, a pesar de los múltiples problemas que lo aquejan. Para dicha justicia supranacional han sido de invaluable ayuda las experiencias a nivel nacional.<sup>79</sup>

#### IV. ALGUNOS PROBLEMAS CONTEMPÓRANEOS DEL JUICIO DE AMPARO

##### 1. Generalidades

De acuerdo a la clasificación adoptada, en nuestra opinión, la justicia constitucional *stricto sensu* en México se integra por tres instrumentos específicos, a saber: el juicio de amparo, el control difuso de la constitucionalidad (artículo 133) y la controversia constitucional (artículo 105). En sentido amplio debe incluirse, también, la respon-

<sup>77</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Justicia Constitucional Supranacional", en su obra citada; pp. 213 ss. y FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Constitución y su Defensa", cit.; pp. 76-83.

<sup>78</sup> Cfr. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Cuestiones de Terminología Procesal*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972, pp. 210-211.

<sup>79</sup> Vid. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *La Protección Procesal Internacional de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1975; EISEN, Marc-André: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; Civitas, Madrid, 1985; LAVIÑA, Félix: *Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987; FIX-ZAMUDIO, Héctor: "El Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año 1, núm. 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-abril de 1986; RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús: "El Sistema Europeo de Protección Internacional de los Derechos Humanos"; en *Cuaderno citado*; GROS ESPIELL, Héctor: "El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; año XIX, número 56, Universidad Nacional Autónoma de México, México, mayo-agosto de 1986; HITTERS, Juan Carlos: "Derecho Procesal Transnacional y Control Judicial Supranacional", en *Anuario Jurídico XV*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988; SEPÚLVEDA, César: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A. Un cuarto de Siglo de Evolución y de Empeños", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 56, cit. entre otros.

sabilidad de los servidores públicos del título cuarto de la Constitución General de la República.

Por razones que sería prolijo analizar, el juicio de amparo es el único instrumento de justicia constitucional que ha tenido una operatividad práctica en nuestro país.

El juicio de amparo es la institución más noble e importante en la historia de nuestro país. Motivo de legítimo orgullo para todos los juristas mexicanos. Con toda razón ha dicho don Felipe Tena Ramírez que el juicio de amparo es "la institución más suya, más noble y ejemplar del derecho mexicano".<sup>80</sup> Sin negar sus antecedentes, sobre todo hispánicos y norteamericanos,<sup>81</sup> el amparo se consolidó como una institución eminentemente mexicana.

Es innegable la influencia de la *judicial review* norteamericana en Rejón y Otero, creadores de nuestro juicio de amparo, sobre todo, a través de la obra de Tocqueville *La Democracia en América*.<sup>82</sup> Empero, desde sus orígenes, el amparo fue original. Así, la Constitución yucateca de 1841 es la primera constitución en el mundo que consagra el control jurisdiccional de la constitucionalidad de modo expreso,<sup>83</sup> adelantándose prácticamente ochenta años a la Corte Austriaca de Kelsen.

La amplitud del amparo mexicano es notable. Poco después de su establecimiento en la Constitución Federal de 1857 y a raíz de la interpretación cada vez extensiva del artículo 14 de dicha Carta Magna, el juicio de amparo fue adquiriendo su doble papel como controlador de la constitucionalidad y de la legalidad en su sentido más amplio.

Tal fenómeno expansivo no estuvo exento de obstáculos. De manera destacada debe citarse el intento del legislador ordinario para limitar los alcances del juicio constitucional a través del artículo octavo de la Ley de Amparo de 1869, que no admitía la procedencia del amparo en negocios judiciales. Intento frustrado, puesto que la Suprema Corte de Justicia el 29 de abril de 1869, al fallar el famoso caso de Miguel Vega, declaró, implícitamente, la inconstitucionalidad del citado artículo octavo, al ordenar al juez de distrito de Sinaloa que tramitara

<sup>80</sup> *Op. cit.*; p. 494.

<sup>81</sup> *Vid.* BARRAGÁN BARRAGÁN, José: *Temas del Liberalismo Gaditano*; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Antecedentes Aragoneses de los Juicios de Amparo*; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971; LIRA, Andrés: *El Amparo Colonial y el Juicio de Amparo*, primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1979; BURGOA, Ignacio: *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1989, pp. 32-92.

<sup>82</sup> Se consultó edición del Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

<sup>83</sup> *Cfr. supra* nota 6.

un amparo contra resolución judicial que previamente se había desechado. Es sabido, que tal resolución provocó, incluso, un enfrentamiento entre el Máximo Tribunal y el Congreso de la Unión.<sup>84</sup> No le falta razón a don Antonio Carrillo Flores cuando afirma que con esta sentencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación cambió su historia (al menos hasta enero de 1988) y que dicho fallo reviste, entre nosotros, una importancia similar al de *Marbury versus Madison* en los Estados Unidos de América.<sup>85</sup>

Con todo, la amplitud creciente del amparo era inevitable. Así lo reconoció Carranza estableciendo en el proyecto de Constitución de 1917, de manera deliberada, la consagración definitiva del juicio de amparo en su doble carácter de control de constitucionalidad y de legalidad.

La gran extensión del juicio de amparo provoca que se trate de una institución muy compleja, que ha incorporado, a decir del distinguido profesor don Héctor Fix-Zamudio, a través de una especie de federación procesal, cinco instrumentos diversos: *habeas corpus*; inconstitucionalidad de leyes; casación; contencioso-administrativo, y proceso social agrario.<sup>86</sup>

Este proceso evolutivo ha sido duramente atacado por algunos distinguidos tratadistas, quienes lo llaman *desnaturalización o degeneración* del juicio de amparo.<sup>87</sup> Para nosotros este fenómeno ha definido la estructura propia y original del amparo. Más que degenerarlo lo ha complementado y perfeccionado, ante la ausencia de un sistema fede-

<sup>84</sup> *Vid.* BURGOA, Ignacio: *op. cit.*, pp. 93-142; FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Suprema Corte como Tribunal Constitucional", en *Las Nuevas Bases Constitucionales y Legales del Sistema Judicial Mexicano. La Reforma Judicial 1986-1987*; Porrúa, México, 1987; MORENO CORA, Silvestre: *Tratado del Juicio de Amparo Conforme a las Sentencias de los Tribunales Federales*, México, 1902, pp. 782-788; CARRILLO FLORES, Antonio: "La Suprema Corte de Justicia Mexicana y la Suprema Corte Norteamericana, Orígenes Semejantes; Caminos Diferentes", en su obra *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987; BARRAGÁN BARRAGÁN, José: *Proceso de Discusión de la Ley de Amparo de 1869*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980; GAXIOLA, Jorge F.: "Los Efectos de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que Declara la Inconstitucionalidad de una Ley", en *El Pensamiento Jurídico de México en el Derecho Constitucional*, Librería de Manuel Porrúa, S. A., México, 1961.

<sup>85</sup> *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos, cit.*, p. 120 y *op. cit. supra* nota anterior.

<sup>86</sup> *La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales, cit.*; p. 125.

<sup>87</sup> *Cfr.* RABASA, Emilio: *op. cit.*

ral operativo y la cuestionable independencia de los jueces locales. No fue una solución especulativa sino un proceso histórico y pragmático. Coincidimos con don Ricardo Couto en que vivimos una época eminentemente realista y hacemos nuestra su concluyente defensa del amparo mexicano.

¿El amparo, extendido a los actos judiciales del orden civil, nos acerca más al ideal de justicia al que aspiran todos los pueblos, como una condición de su existencia misma?; ¿el amparo, extendido a aquellos actos, es, dentro de la deficiencia de las instituciones humanas, el mejor medio para la realización del Derecho, en todas sus manifestaciones? Esto es todo lo que debemos preguntarnos, y si la respuesta es afirmativa, como no puede menos que serlo, entonces no debemos vacilar sobre la conveniencia de darle aquella extensión.<sup>88</sup>

De tal suerte, el amparo mexicano, debido a la interpretación armónica de los artículos 14, 16, 103 y 107 constitucionales, protege todo el orden jurídico nacional de cualquier acto que agravie o un gobernado.<sup>89</sup> Nótese, sin embargo, que siempre debe existir la violación de una garantía individual. Cuando no hay tal violación, a pesar de vulnerarse la Constitución, no procede el juicio de amparo. Si bien, por medio de las garantías del 14 y 16 cualquier ofensa, por mínima que sea, puede ser alegada en el amparo, se requiere siempre la existencia del agravio.

No es necesario destacar la indiscutible influencia que el amparo mexicano ha ejercido en la protección constitucional en el mundo. Como ya se indicó, la mayoría de los regímenes latinoamericanos recogen, con diferentes matices, nuestro juicio de amparo. El prestigio de la institución mexicana se deja sentir en el amparo español consagrado en la Constitución de 1978. En el campo internacional, como es sabido, los artículos 18 y 8 de las Declaraciones Interamericana y Universal de los Derechos Humanos revisten un contenido claramente amparista.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> *Tratado Teórico Práctico de la Suspensión en el Amparo*, Porrúa, México, 1973, p. 36.

<sup>89</sup> Cfr. BURGOA, Ignacio: *op. cit.*, pp. 248-265.

<sup>90</sup> Cfr. CARRILLO FLORES, Antonio: *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, *cit.*, pp. 246-247; TENA RAMÍREZ, Felipe: "La Función del Amparo Mexicano en la Protección Internacional de los Derechos Humanos", en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

Nuestro juicio de amparo, a pesar de su excelencia, es, como toda obra humana, perfectible. Excedería los límites de este trabajo hacer un análisis amplio y detallado de los aspectos que ameritan reformas tendientes a mejorar la mecánica de la institución que nos ocupa. Asimismo, comentar las últimas reformas constitucionales y legales en esta materia, que tanta discusión han generado.<sup>91</sup> Bástenos destacar brevemente algunos aspectos que consideramos importantes y respecto de los cuales, en nuestro concepto, se hace imperiosa la evolución de nuestro juicio constitucional.

## 2. El concepto de autoridad para los efectos del amparo

Como es sabido, el advenimiento del Estado Social de Derecho generó, entre otras cosas, un crecimiento importante del aparato estatal. El Estado convertido en director y actor del proceso económico, y asumiendo como finalidad esencial la obtención de la justicia social, se ve precisado a recurrir a novedosas formas de actuación antes desconocidas. Así, surge la llamada administración pública paraestatal. Los estados modernos crean organismos autónomos o semiautónomos con diversas funciones y de muy variada estructura jurídica.

Estos organismos descentralizados, como es obvio, pronto irrumpieron en la esfera jurídica de los particulares. Sin discutir sus efectos positivos o negativos desde el punto de vista económico, lo cierto es que las citadas entidades paraestatales han significado, en mayor o menor grado, limitantes a la actividad individual, de igual o mayor envergadura que la intromisión de los órganos tradicionales del Estado.

A pesar de las nuevas corrientes de pensamiento y de actuación en el campo de la economía política, que han significado una disminución del sector paraestatal, es difícil imaginar un Estado moderno sin la existencia de entidades paraestatales. Las conquistas de las sociedades contemporáneas (seguridad social, salud, etcétera), que se antojan irreversibles, requieren de este tipo de unidades administrativas.

Ante esta realidad imperante, el Derecho no puede permanecer es-

<sup>91</sup> Vid. BURGOA, Ignacio: "Deterioro de la Suprema Corte", en *Excelsior* de 21 de junio de 1989; TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando: "El Poder y la Judicatura. (Breve comentario sobre la jurisdicción de amparo y la función judicial)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXI, número 63, Universidad Nacional Autónoma de México, septiembre-diciembre de 1988; Algunos de los criterios expuestos aparecen publicados en el volumen *Ideas sobre la Suprema Corte*, *cit.*

tático. Diferentes países realizaron adecuaciones para responder a estos retos, como ejemplos podemos señalar los siguientes:<sup>92</sup>

En el amparo argentino, a partir del caso *Samuel Kot* resuelto en 1958, se aceptó su procedencia contra actos de presión y de organismos descentralizados. Aunque la Ley Nacional de Amparo de 1966 limitó la procedencia a los actos de autoridad, se ha considerado que dentro de dicho concepto se encuentran incluidos los organismos descentralizados. Además, debe destacarse que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación número 17454 de 1967, establece un juicio sumarisimo que protege los derechos fundamentales cuando son lesionados por actos de particulares.<sup>93</sup>

En Bolivia y Paraguay se ha aceptado la procedencia del *recurso de amparo* contra actos de grupos de presión y, por mayoría de razón, como enseña don Héctor Fix-Zamudio, contra los provenientes de organismos descentralizados.<sup>94</sup>

En El Salvador, de conformidad con el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960, se acepta expresamente la promoción del amparo contra actos de organismos descentralizados que violen u obstaculicen los derechos otorgados por la Constitución.<sup>95</sup>

En Guatemala, el juicio de amparo procede contra la actuación de las entidades autónomas o semiautónomas del Estado, así como de asociaciones profesionales, según lo establece la Ley de Amparo, *habeas corpus* y de constitucionalidad; la cual, abre la puerta para que el amparo pueda ser promovido en contra de cualquier entidad no mencionada de modo expreso.<sup>96</sup>

También en el Derecho brasileño se ha entendido que los organismos descentralizados revisten el carácter de autoridad y, por ende, el *mandado de segurança* es medio idóneo para combatir sus actos.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Vid. FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Defensa de los Particulares frente a los Organismos Paraestatales", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXXIV, enero-junio 1984, números 133-134-135; ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "Necesaria Evolución del Concepto de Autoridad para los Efectos del Amparo"; en *Lex, Órgano de Difusión y Análisis*, año 2, número 9, Universidad Nacional Autónoma de México, 15 de septiembre de 1987.

<sup>93</sup> Cfr. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "Dos Fallos Fundamentales en el Amparo Argentino", en *Lex, Órgano de Difusión y Análisis*, año 3, número 15, Universidad Nacional Autónoma de México, 15 de noviembre de 1988.

<sup>94</sup> Cfr. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "Necesaria Evolución del Concepto de Autoridad para los Efectos del Amparo"; *cit.* p. 12.

<sup>95</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>96</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>97</sup> Cfr. *Idem*, p. 13.

No podríamos aspirar, en un trabajo de estas dimensiones, a realizar un análisis detallado de la evolución del concepto de autoridad para los efectos del amparo a la luz de los criterios de nuestro Poder Judicial de la Federación. Trabajo éste que, por lo demás, ha sido desarrollado con acierto por el respetado maestro don Genaro David Góngora Pimentel.<sup>98</sup>

Para los efectos de nuestro estudio, es suficiente recordar que en los criterios imperantes en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito los organismos descentralizados no son autoridades para los efectos del amparo, bajo el argumento de que carecen de *imperium*, por tener personalidad jurídica y patrimonio propios distintos de los del Estado.<sup>99</sup> Solamente cuando dichas entidades actúan como organismos fiscales autónomos es dable considerarlos como autoridades responsables en el amparo.<sup>100</sup>

El argumento anterior es incorrecto. En efecto, el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la administración pública federal será centralizada y paraestatal. Los organismos descentralizados son parte del Estado y sus actos imputables a Él. Las entidades descentralizadas de la administración pública no son particulares, ni su actuación se equipara a la de éstos. Lejos de ello, la actividad del sector paraestatal, con frecuencia, se asimila a la realizada por el aparato centralizado.

Así lo entendió el brillante jurista don Guillermo Guzmán Orozco en su labor como Magistrado de Circuito, tiempo en el cual, estableció, entre otros, el siguiente criterio:

*Autoridades. Quiénes lo son.* Este Tribunal estima que para los efectos del amparo, son actos de autoridad todos aquellos mediante los cuales funcionarios o empleados de organismos estata-

<sup>98</sup> *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*; segunda edición, Porrúa, México, 1989, pp. 1-21.

<sup>99</sup> Cfr. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David: *op. cit.*, pp. 8-12; ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "Necesaria Evolución del Concepto de Autoridad para los Efectos del Amparo", *cit.*, p. 12.

<sup>100</sup> Jurisprudencia 219, Apéndice 1917-1975, tercera parte, Segunda Sala, p. 492. También debe señalarse el criterio del Tribunal Colegiado del Octavo Circuito que consideró a la Comisión Federal de Electricidad como autoridad responsable, por ser la encargada de calcular y efectuar el cobro del impuesto especial sobre producción y servicios que grava el servicio de energía eléctrica. (Informe de 1984, tercera parte, p. 418).

les o descentralizados pretendan imponer dentro de su actuación oficial, con base en la ley y unilateralmente, obligaciones a los particulares, o modificar las existentes, o limitar sus derechos.<sup>101</sup>

Desafortunadamente, las tesis sostenidas por Guzmán Orozco no fueron adoptadas por los otros tribunales federales, imperando la tesis clásica de que los organismos descentralizados no son autoridades para los efectos del amparo.

En la evolución del juicio de amparo se hace necesaria la aceptación de los organismos descentralizados como autoridades responsables, en aras de lograr una mejor protección de los particulares frente a la actuación estatal. Ante un mecanismo gubernamental de fines del siglo XX, con todo lo que esto implica, es ilógico pretender imponer un concepto de autoridad propio del siglo pasado y de principios de éste, cuando el Estado tenía otra configuración y una actuación más limitada. El derecho debe progresar con la realidad. El orden jurídico pretende regir la vida de hoy. Las instituciones jurídicas no deben quedar estancadas en el pasado.

Por lo demás, convenimos con don Genaro David Góngora Pimentel, que la evolución en cuestión no requiere una reforma constitucional o legal, sino que el concepto de autoridad puede progresar a través de la interpretación del Poder Judicial de la Federación. "El derecho escrito y la jurisprudencia y los precedentes dictados —afirma Góngora Pimentel— son impotentes para encuadrar toda la vida social que constantemente se renueva. Los jueces que actualmente vivimos, no podemos leer la Constitución, ni la Ley de Amparo, ni la jurisprudencia que formó nuestro juicio más que como mexicanos actuales".<sup>102</sup> Mediante la interpretación es dable que el juez constitucional dote de contenido al continente *autoridad*; por tratarse de un concepto jurídico abierto que admite diversas acepciones dependiendo del momento histórico en que se interprete.<sup>103</sup>

El avance anterior debe buscarse sin perjuicio de la creación de un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en el cual se otorgue acceso a los particulares para impugnar los actos de las entidades del sector paraestatal.

<sup>101</sup> PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO: *Informe de 1981*, pp. 29-30; cfr. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David; *op. cit.*, pp. 9-12.

<sup>102</sup> *Op. cit.*; p. 18.

<sup>103</sup> Vid. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "Breves Notas Sobre la Naturaleza de la Interpretación Constitucional", *cit.*

### 3. La suspensión del acto reclamado

La suspensión del acto reclamado responde a dos ideas: la primera, conservar viva la materia del amparo y, la segunda, evitar al quejoso daños de difícil o imposible reparación mientras se falla el fondo del juicio constitucional.

La suspensión tiene el efecto de mantener las cosas en el estado en que se encuentran, no puede anular aquello que total o parcialmente se ha ejecutado. En palabras de don Juventino V. Castro: "ni los efectos del acto suspendido pueden continuar, ni los ya realizados pueden retrotraerse a una situación ya pasada y consumada totalmente".<sup>104</sup>

De tal suerte, nuestra doctrina tradicional sostiene que la suspensión en el amparo no tiene efectos restitutorios. Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia firme:

*Suspensión, efectos de la.* Los efectos de la suspensión consisten en mantener las cosas en el estado que guardaban al decretarla, y no el de restituirlas al que tenían antes de la violación constitucional, lo que sólo es efecto de la sentencia que concede el amparo en cuanto al fondo.<sup>105</sup>

Asimismo, la Corte ha sostenido que al dictar la resolución que otorga o niega la suspensión no debe analizarse, ni siquiera provisionalmente, la constitucionalidad del acto reclamado.<sup>106</sup>

El primer tratadista mexicano en levantarse contra la doctrina tradicional fue don Ricardo Couto en su clásico *Tratado teórico-práctico de la Suspensión en el Amparo*, complementado con su famoso estudio de noviembre de 1956: *De la Suspensión con Efectos de Amparo Provisional*.<sup>107</sup>

Las dos ideas más importantes defendidas por Couto son: que el problema de la suspensión debe ser analizado tomando en consideración aspectos relativos a la inconstitucionalidad del acto reclamado, y, que es necesario dotar a la suspensión de los efectos de un amparo provisional.

<sup>104</sup> *Lecciones de Garantías y Amparo*; Porrúa, México, 1979, p. 471.

<sup>105</sup> *Apéndice 1917-1985*, octava parte, p. 490. Véase también la tesis relacionada en la página 491 de la misma compilación.

<sup>106</sup> *Cfr. Idem*, p. 515.

<sup>107</sup> Ambos estudios se contienen en su obra citada nota 88.

En nuestro concepto, es necesario ampliar los efectos de la suspensión en el amparo.<sup>108</sup> La actual regulación nos parece inadecuada, fuente de graves injusticias y absurdos.

Debe destacarse que la idea, hasta ahora tabú, de que la suspensión nunca tiene efectos restitutorios es falsa, aun en el estado actual de nuestra institución de control. Basta atender el contenido de los artículos 130, 136 tercer párrafo y 174 de la Ley de Amparo.

La misma Suprema Corte ha tenido que buscar excepciones a la rigidez del principio referido, al sostener que en tratándose de actos de tracto sucesivo, la suspensión es procedente para el efecto de que no sigan verificándose en el futuro.<sup>109</sup> Por no hablar de la contradicción que habrá de resolver el Máximo Tribunal, en atención a la jurisprudencia del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito considerando a la clausura un acto de tracto sucesivo y, aceptando, por ende, la procedencia de la suspensión en su contra.<sup>110</sup>

La falta de efectos restitutorios de la suspensión provoca que, en ocasiones, el amparo no logre su finalidad protectora. En otras, por desgracia, arroja a los particulares al terreno de la corrupción y los hace presa de chantajes sin fin. Ante la realidad, el amparo debe modernizarse.

En otras figuras procesales ya se consagra una suspensión con ciertos efectos restitutorios. El artículo 58 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal establece un primer intento para aliviar las injusticias derivadas de una rigidez estricta en la aplicación de la suspensión. Reza en lo conducente, el precepto:

Cuando los actos materia de impugnación hubieren sido ejecutados y afecten a los particulares de escasos recursos económicos, impidiendo el ejercicio de su única actividad personal de subsistencia y entretanto se pronuncie la resolución que corresponda, las Salas podrán dictar las medidas cautelares que estimen pertinentes para preservar el medio de subsistencia del quejoso.

<sup>108</sup> ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "Necesidad de Ampliar los Efectos de la Suspensión en el Juicio de Amparo", en *Lex, Órgano de Difusión y Análisis*, año 2, número 10, Universidad Nacional Autónoma de México, 15 de noviembre de 1987. Sobre esta problemática véase también LOZANO TORRES, Luis: "¿Deben Ampliarse los Efectos de la Suspensión en el Amparo?", tesis de licenciatura, Escuela Libre de Derecho, México, 1988.

<sup>109</sup> *Apéndice 1917-1975*, octava parte, p. 34.

<sup>110</sup> *Informe de 1989*, tercera parte, p. 82.

Lo anterior, lejos de desnaturalizar la suspensión la perfecciona. Por ello, insistimos en que deben ampliarse los efectos de la suspensión en el amparo. Debe atenderse, como propone Couto, a la probable inconstitucionalidad del acto reclamado para el otorgamiento de la suspensión. Si dicho acto tiene la apariencia de ser contrario a la Constitución, la suspensión debe otorgarse.

No desconocemos que un cambio de tal naturaleza presenta grandes dificultades prácticas. De por sí la aplicación de la suspensión dentro de los cánones tradicionales es problemática. A pesar de todo debe enfrentarse el reto. Se requiere para ello, una cuidadosa y meditada reglamentación, cuyo análisis excedería los límites de este estudio general.

#### 4. Otros problemas

Existen otros aspectos problemáticos del amparo que, no obstante su gran importancia, por razones de espacio nos es imposible examinar, aun superficialmente. Nos limitaremos a enunciar brevemente algunos de los avances que proponemos:

a) Deben establecerse los efectos generales o *erga omnes* de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia que declaren inconstitucional una ley, cuando se integre jurisprudencia en este sentido.<sup>111</sup>

b) Deben establecerse serias modificaciones al amparo en materia penal que coadyuven a una mejor impartición de justicia y combatan la corrupción en este campo.<sup>112</sup>

c) Es necesario implantar una nueva reglamentación en materia de ejecución de sentencias de amparo, que supere las desventajas del sistema actual, tantas veces inútil.

d) En aras de la seguridad jurídica, es imperioso un más eficiente sistema para resolver las contradicciones de tesis de los tribunales federales.

<sup>111</sup> Cfr. CASTRO, Juventino V.: *Hacia el Amparo Evolucionado*, Porrúa, México, 1971; FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Declaración General de Inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IV, número 10-11, Universidad Nacional Autónoma de México, enero de 1971, pp. 53-98. En contra: ARELLANO GARCÍA, Carlos: "La Fórmula Otero y el Amparo contra Leyes", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 11, número 11, México, 1987, pp. 113-129.

<sup>112</sup> Cfr. ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo F.: "El Juicio de Amparo y la Corrupción Emanada de la Legislación Procesal Penal Mexicana" (Primera Parte), en *Lex, Órgano de Difusión y Análisis*, año III, número 12, Universidad Nacional Autónoma de México, junio de 1988; y la segunda parte publicada en el número 13 de la misma revista en julio de 1988.

## PROTECCIÓN JURÍDICA A LA VIDA

### SOBRE EL DERECHO A LA VIDA, EL ABORTO Y EL PROCESO INICIAL DE LA VIDA HUMANA: REFLEXIONES FILOSÓFICAS\*

Mauricio BEUCHOT

Para abordar con provecho el problema del aborto y del derecho a la vida, hay que hacerlo desde la noción misma de vida humana, y ésta ha de enfocarse desde el problema de la humanización u hominización. Hacia estas consideraciones de la ontogénesis, más en la ontología que en la genética, quiero dirigir mi atención. Puede tomarse a la ligera la declaración de alguien en contra del aborto, sobre todo si ese alguien es una institución. Tal se ve hacer con respecto a la Iglesia Católica, en cuya oposición al aborto ven muchos un anacronismo ignorante, o una postura reaccionaria y antiprogresista, o un ejercicio injustificado del poder. Pero todos esos epítetos y calificativos supondrían que quien se declara contra el aborto carece de argumentos para hacerlo y sólo adopta una postura impositiva y arbitraria. ¿Hay argumentos que respalden esa oposición al aborto? ¿Y cuáles son esos argumentos?

Demos por supuesto que lo que cuenta en definitiva es el caso concreto, la acción en situación; pero es igualmente necesario atender a los principios que pueden encontrarse para normar la acción. Los argumentos a final de cuentas requieren de principios para sus premisas más importantes, de modo que lo que se concluya sea una aplicación de ellos al caso concreto. Por ello conviene ver en qué principios se puede apoyar la argumentación que tiende a desechar el aborto. Yo, como filósofo tomista, trataré de presentar algunos de los argumentos que ofrece la Iglesia para mantener esa postura que a muchos ha parecido simplemente retrógrada, pero que lo es sólo en la medida en

\* Este artículo constituye un capítulo del libro *Metafísica y persona*, que ha sido publicado por la Universidad Autónoma de Querétaro.

que resulten retrógrados la preocupación por la dignidad del hombre, el respeto por la vida y la defensa de ésta como uno de los derechos humanos.

Uno de los razonamientos más importantes para oponerse al aborto, y que debe ser examinado en su fuerza y solidez argumentativas, tiene entre sus premisas el principio del respeto por la vida humana. Si aceptamos este supuesto de que la moral nos obliga a respetar la vida del hombre, hemos de tratar de conservar y promover la vida humana en sus diferentes estadios y manifestaciones. Alguien podría, claro está, rechazar este principio, o limitarlo, o matizarlo permitiendo que se quite la vida a determinados individuos en determinadas situaciones. Y entonces en ello se concentrará la discusión. Tal parece que no tiene caso defender el principio contra la negación total del mismo, ya que es suficientemente aceptado como principio, y sólo se discute su adecuada interpretación, a saber, cuándo hay vida humana, de qué manifestaciones de la vida humana ha de tratarse, y a qué individuos podría no aplicarse tal respeto debido a circunstancias especiales (y cuáles son éstas).

La discusión comienza a centrarse, pues, en el caso del aborto, no tanto en si merece respeto la vida humana, sino, aceptando dicho respeto, en el problema de cuándo hay en verdad vida humana. En efecto, la Iglesia se opone precisamente al aborto en la medida en que trunca y cercena un proceso que desembocaría en la vida humana plena, porque ya contiene en germen esa misma vida humana. Mas a muchos les parece que eso de ver vida humana en proceso es estirar demasiado el concepto de "vida humana", y que sólo puede hablarse de ella cuando hay plena seguridad de que algo es un ser humano, que tiene esa vida humana en propiedad. Lo malo es que a veces, para determinar si algo tiene vida humana, se confía demasiado en ciertas manifestaciones extrínsecas, fenomenológicas o empiriológicas, y muy poco se apela a los constitutivos intrínsecos de la persona, cognoscibles por consideraciones ontológicas, esto es, más plenamente filosóficas.

El punto de vista empiriológico o fenomenológico externo nos hace ver un ser humano, con vida propiamente humana, sólo allí donde las operaciones correspondientes a ese tipo de vida son muy ostensibles y manifiestas. Pero se corre el peligro de no alcanzar a ver los constitutivos esenciales del ser humano por falta de "exhibición", por falta de asideros empíricos para constatarla. Y entonces consideramos que no es un ser humano aquel que no alcanza a convencernos de su naturaleza por no contar con manifestaciones de la misma que alcancen

a hacerla evidente ante el tribunal de nuestra percepción. En concreto, suele faltarnos mucho la percepción de lo que escapa a lo constatable empíricamente, es decir, se nos escapa fácilmente lo que es entitativo, ontológico, o —con esa palabra tan temible y vilipendiada— metafísico. Esta capacidad de captar lo ontológico es una cosa que Santo Tomás de Aquino pondría como requisito para poder discutir sobre distintos modos y niveles de la vida humana; más adelante veremos por qué. Incluso la filosofía reciente (por lo menos algunos autores) ha tratado de "sensibilizar" al hombre actual respecto de los constitutivos ontológicos y metafísicos de las cosas, que no aparecen a primera vista, pero que están allí, en las cosas, que son inferidos como principios que guían la explicación de los fenómenos. Dado que los captamos después de una ardua reflexión, nos parecen principios y constitutivos meramente conceptuales, pero se dan en la realidad, la organizan y nos dirigen en nuestro manejo cognoscitivo de la misma.

Así, en la argumentación católica, por ejemplo de un Santo Tomás de Aquino, se encuentran esos elementos ontológicos que son la esencia y la existencia. La esencia es inmutable e igual, la existencia es la que actúa y manifiesta a la esencia de modos mudables y variados. Pero la esencia no pierde con ello su inmutabilidad y necesidad; por ejemplo, si centramos nuestra consideración del hombre en la esencia, la naturaleza o esencia humana será necesaria e inmutable, plena de derechos dondequiera que se encuentre, a pesar de que la existencia que hace concreta a dicha esencia no alcance a manifestar sus propiedades y derechos, ya que la existencia puede ser tan imperfecta o limitada que no llegue a darle toda su fuerza a la presentación de la esencia humana. Y tal es el caso del feto humano, según las diversas etapas de su formación, en el cual no siempre se alcanza a detectar la presencia cabal de la esencia o naturaleza humana debido a que su existencia o modo de actuación no presenta de modo palpable o convincente esa esencia humana presente en él. Y, así, quien no alcanza a detectar la naturaleza humana con ese esencialismo sano que reconoce en las cosas un aspecto de fijeza e inmutabilidad a pesar de su innegable flujo dinámico incesante, tiende a no ver en el feto las características de la naturaleza humana y le resulta fácil permitir su eliminación. Pero si se tiene la percepción ontológica de la naturaleza humana en el feto, a pesar de su constitución dinámica según el proceso existencial de su actualización, el aborto no se puede permitir. Es por lo que la Iglesia Católica lo condena.



En el proceso existencial de la constitución de la esencia no va cambiando ésta en sí misma, o su posesión por parte del ente en cuestión, sino la manifestación de dicha esencia por ese ente que la posee, por ejemplo, el ser humano. Así, puede hablarse de un camino por el que la esencia pasa de la potencia al acto, siempre por virtud de la existencia en la que se va actualizando. Hay un momento en el que se reúnen las condiciones para que el individuo en gestación pertenezca a la naturaleza humana, momento que se considera en la Iglesia como el de la implantación del óvulo fecundado en el útero; pues, si atendemos a la causalidad unívoca al nivel mismo de la física, aceptaremos que hay allí un individuo humano, ya que, como se dice, "el hombre engendra al hombre". Desde este momento, puramente físico (biológico), en el que vemos que el ente viene ya informado para ser lo que es, podemos pasar al nivel metafísico, y primero al nivel óntico, de las operaciones; éstas nos colocan al nivel del sujeto/individuo, con unas reacciones que son netamente humanas, que nos atestiguan su naturaleza humana (alma-cuerpo), e indican una conciencia individual; ésta última no ha de confundirse con las funciones vegetativas, sensitivas e intelectuales que van apareciendo paulatinamente. Esto nos hace pasar al nivel ontológico, en el que apreciamos la sustancia esencial, con las funciones mismas ya esenciales de hombre. En ese ente en gestación podemos ya detectar en devenir la plenitud del desarrollo humano, la madurez misma del hombre (en proceso), pues ésta no es accidental, sino plenamente esencial, con sus desarrollos accidentales ulteriores. Su información, su principio teleológico, su finalidad son desde el comienzo intrínsecamente operantes. El ente en potencia próxima está ya informado con los atributos de su naturaleza o esencia. Y de esta manera, aun cuando el feto en formación no parezca o no manifieste tener en acto la esencia humana, la tiene en potencia y en proceso, de acuerdo al correspondiente segmento de actualización que va alcanzando en su devenir existencial. ¡Cómo nos falta penetración ontológica para captar bien la onticidad del ente en potencia! Algunos se han acostumbrado a conceder onticidad sólo a lo que está ya dado, constituido, configurado por completo, y no alcanzan a ver la carga ontológica de ser en las cosas que existencialmente van avanzando poco a poco a su plena constitución actual. El ente en potencia es ente, aunque nos cuesta reconocerle su tipo de ser. La dilucidación de este modo de ser fue una de las grandes aportaciones filosóficas de Santo Tomás, en la línea de Aristóteles, pero inclusive más allá de él.

El propio Aquinate nos previene aquí con respecto al ser potencial. No es un ser simple, hay varios grados de potencia o potencialidad, y no podemos tomarlos indiscriminadamente como si tuvieran el mismo grado de ser. Una es la potencialidad en sentido muy amplio, de sola posibilidad lógica, de que algo no es contradictorio, de que no tiene impedimento para existir, pero que no por ello reúne las condiciones inmediatas para existir; es una potencia como mera posibilidad (potencia objetiva). Ciertamente ella no bastaría para considerar algo como en proceso para ser; por ejemplo, no están en el mismo grado de potencia el semen o el óvulo humanos y el feto ya implantado; uno es mera posibilidad, el otro está en potencia ya concretizada en un individuo, existiendo éste como ser humano aunque no plenamente manifestado. Contiene ya en sí una mayor virtualidad para llegar a ser lo que se espera de su naturaleza, con tal que no se impida el proceso existencial de su esencia. A esa potencia Santo Tomás la llama "potencia subjetiva" (subjetiva no en el sentido del sujeto cognoscente, sino en el sentido de que tiene un substrato o *subjectum* en el cual realizarse, que es su naturaleza). El óvulo fecundado se encuentra ya en potencia próxima de producir al hombre, si no se impide el proceso de su desarrollo. Y allí se encuentra ya la presencia ontológica de una persona humana, en potencia próxima, sí, pero en un camino decidido para alcanzar esa constitución y esa realización de la esencia humana. Ese individuo ya viene informado para ser lo que es. La Iglesia quiere respetar ese ser que se halla en proceso, en un devenir no meramente "posible", sino con una potencialidad próxima, con una virtualidad precisa de realizar en plenitud la naturaleza humana. Por eso no puede permitir sin más el aborto.

Se ha argumentado que la noción de persona en potencia es oscura y discutible porque se basa en la noción de potencia profesada por Aristóteles, y él mismo dice en su *Metafísica*,<sup>1</sup> que toda potencia para algo es también potencia para su contrario, y que por ello la persona en potencia es también no-persona en potencia. Pero eso no lo dice Aristóteles así, indiferenciadamente de toda potencia en general. Se está tomando ese texto fuera de su contexto, de manera descontextuada e inválida. En efecto, al objetar eso no se distinguen los diversos tipos y grados de potencia que hay para Aristóteles, y debido a esa simplificación la objeción pierde toda fuerza. Así, para el Estagirita la potencia próxima o virtual no está igualmente en potencia para su

<sup>1</sup> Aristóteles, *Metafísica IX*, 8, 1050b8.

opuesto como lo está la potencia remota. De manera indiferenciada no vale ese argumento textual (sobre todo, porque, como se ha dicho, no responde al contexto en el que Aristóteles lo enuncia), ya que el Estagirita sostiene que la potencia, mientras más próxima es para su acto propio está más alejada del acto opuesto. Una persona que tiene la justicia en potencia próxima o virtual, es decir, que se acerca decididamente a la virtud de la justicia por el empeñoso ejercicio de pequeños actos virtuosos en ese orden de lo justo, está más alejada de lo opuesto, esto es, de la injusticia, que la que aún se encuentra en potencia remota de la misma virtud, y que no hace ningún esfuerzo por ser justa. Y así sucede con cualquier virtud, la cual es una cualidad o accidente. Pero también, de manera semejante, en el orden de la sustancia, un ente en potencia no tiene (aún) la forma o esencia humana, por ejemplo, cuando está en potencia remota, pongamos por caso el semen; pero ya la tiene —como él mismo dice— incoada o incoativamente cuando se encuentra en potencia próxima de la misma.<sup>2</sup>

Utilizar *Met.*, IX, 8, 1050b8 ss. (como algunos han querido hacerlo) para invalidar el ente en potencia próxima es descontextuar lo que Aristóteles dice allí. Está hablando de otra cosa, es decir, de la potencia remota u objetiva solamente, no de la próxima y subjetiva. En efecto, en el mismo libro, en el c. 7, Aristóteles dice que va a investigar cuándo una cosa está en potencia y cuándo no. Y añade —siguiendo la biología de su tiempo, de los cuatro elementos—: «la tierra, por ejemplo, ¿es en potencia un hombre? ¿o no, sino más bien cuando ya se ha convertido en semen, o quizá ni siquiera entonces?», dando a entender que no cualquier grado de potencia basta para tener un ente dado. Agrega también que hay cosas que están en un estado rudimentario de la potencia, por ejemplo, para ser una casa, o para curarse, o para llegar a ser virtuoso, etcétera, y otras están en un dinamismo o proceso que ya las aproxima al acto. Esas que tienen ya una determinada naturaleza en devenir, y llegan a ella sólo con la única condición y requisito de que nada les interrumpa ese proceso. Pero ya no pueden ser otra cosa, i.e. no están en potencia para ser otra cosa, como si el ser algo y no serlo estuvieran equidistantes; ya no lo están.

<sup>2</sup> La potencia para lo opuesto puede ser sustancial o accidental. Es sustancial cuando aún no se tiene el acto correspondiente, que es la forma sustancial. Es accidental cuando, teniendo la forma que especifica, falta la manifestación operativa de la misma. En este sentido el feto es persona potencial en cuanto a la manifestación. Aun habría que decir no tanto que es una persona en potencia o persona potencial cuanto que es una persona ya en acto primero, con un potencial a manifestar.

Eso lo ve Aristóteles más claro en los entes biológicos, que tienen su principio de generación ya integrado. Y lo aplica al hombre mismo: “de las [cosas] que lo tienen en sí mismas [a saber, ese principio de generación, llegan al acto propio y determinado] cuantas, si no lo impide nada externo, serán por sí mismas; por ejemplo, el semen aún no [es un hombre con esta potencia próxima] (pues debe caer en otro y cambiar), pero cuando por su propio principio sea ya tal, es esto en potencia [próxima al acto]”.<sup>3</sup>

Además, en el caso del feto humano se cumple la exigencia aristotélica de que lo que está en potencia próxima pertenezca a la misma especie de lo que está en acto y lo generó; es decir, una potencia de este tipo no carece de forma ni esencia. Nos dice que, en el orden de la sustancia (en este caso, la sustancia biológica), “todo lo que se genera llega a ser algo a partir de algo y por obra de algo que es de la misma especie”.<sup>4</sup> Y esto lo dice partiendo del ejemplo del hombre; el feto humano pertenece ya a la misma especie del adulto que lo engendró: “*oion anthropos ex anthrópou*”: “como el hombre [se engendra] del hombre”. (Su expresión es: “*pan to gignómēnon gignetai ek tinós ti kai hypo tinos, kai touto éidei to autó*”, lo engendrado por otro es de su especie, esto es, con su forma y esencia, no carente de forma o de esencia por estar todavía en potencia subjetiva o próxima).

En 1050b8 Aristóteles está hablando de la potencia objetiva, no de la potencia subjetiva, es decir habla de la potencia entendida como pura posibilidad.<sup>5</sup> Y se ha querido utilizar este pasaje, descontextuándolo, para hacerlo válido de todo tipo de potencia. Aristóteles está en un contexto muy determinado, el de las sustancias eternas, y éstas son necesarias, no pueden ser contingentes. Por eso dice que nunca podrán ser entes en potencia, ni subjetiva ni objetiva; pero allí se refiere a la potencia objetiva, que es la posibilidad o no contradicción, la que se avecina a la contingencia —opuesta a la necesidad de las sustancias eternas—; y dice que lo que está de esa manera en potencia, a saber, en potencia objetiva o que tiene mera posibilidad, es al mismo tiempo potencia de la contradicción. Es lo que dicen sus propias palabras: “*pasa dinamis áma tes antifásēós estin*”. Nótese que habla de contradicción (antifasis), como opuesta a la posibilidad, pues lo posible es para él lo no contradictorio, y no habla aquí de con-

<sup>3</sup> Aristóteles, *Metafísica*, IX, 7, 1049a13.

<sup>4</sup> *Idem*, IX, 8, 1049b26.

<sup>5</sup> Ver nota 1.

triedad, que es la oposición conveniente a la potencia subjetiva. Y agrega que lo que no es posible que exista no puede existir en nada, y que lo que no es posible puede no estar en acto ("to dinaton" y "to me dinaton"); se refiere, pues, a lo posible, a lo que está en potencia objetiva, y no a lo que está en potencia subjetiva, la cual es más concreta y próxima. Y así, de la posibilidad o potencia lógica pasa a tratar —como es congruente— de la contingencia, o del ente contingente: aquel que puede existir o no existir, o que es posible ("to dinaton kai einai kai me einai"). De él simplemente dice que es contingente o corruptible ("fthartón"), y éste es el ente en potencia del que puede ser una cosa o su contradictoria (pero nótese que no su contraria), no porque esté en potencia próxima de ello, sino remota. Habla, pues, de posibilidad y no de potencia propiamente, esto es, allí está tratando de la potencia objetiva, y no de la subjetiva, que es la que hace el caso aquí.

Esta distinción entre potencia subjetiva o concreta y objetiva o como mera posibilidad se encuentra en el lib. V de la *Metafísica*,<sup>6</sup> al hablar de los tipos de impotencia correspondientes a los de potencia.

Por otra parte, se ha argüido que el propio Santo Tomás habló de etapas en la formación de ese ser humano en proceso, y que, tomándolo de Aristóteles, habló de que se presentan las condiciones materiales para la información anímica en el hombre a los cuarenta días y en la mujer a los ochenta. Dejando de lado lo rudimentario de la biología de su época y la fácil acusación de antifeminismo, el Aquinate de todos modos no pierde la conciencia de que antes de esa supuesta etapa hay un ser humano en proceso, y que sería poco cristiano aprovechar esos días para cortar dicho proceso. Sin embargo, la Iglesia ha aceptado pluralidad de opiniones sobre el momento de la individuación humana del producto en gestación; aunque la postura "oficial" la centra en la fecundación del óvulo, otros teólogos la centran en la implantación en el útero. De acuerdo con ello hablan de aborto en diferentes momentos de la gestación. Pero lo hacen para poder aplicar una salida a las situaciones conflictivas (como el caso de la violación). Con todo, me parece que nunca ha de perderse de vista el principio fundamental del respeto a la vida humana, que si entendemos bien, nos sensibilizará para ver esa vida humana en ciernes donde algunos no alcanzan a verla y se encuentra ontológicamente.

<sup>6</sup> Aristóteles, *Metafísica*, L.V, c. 12, 1019b21.

## CREACIÓN DE UN DERECHO DEL REFUGIADO: LAS EXPERIENCIAS RECIENTES DE MÉXICO Y BELICE

Jean-François DURIEUX

SUMARIO: I. *Introducción al derecho del refugiado*. II. *El éxodo centroamericano: una realidad poco normada*. III. *Génesis de las legislaciones mexicana y beliceña*. IV. *Aspectos formales*. V. *Definiciones*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL REFUGIADO

1. La rama del Derecho Internacional que se articula alrededor de la figura del refugiado y de la institución del asilo<sup>1</sup> es un edificio con dos vertientes. La primera, de comprobada antigüedad, rige relaciones entre Estados, en la tradición más clásica del Derecho Internacional Público. Inevitablemente, la existencia de un fenómeno de refugiados provoca tensiones y fricciones entre el Estado "productor" (o "expulsor") y el Estado receptor de estos refugiados, trátase de individuos aislados o de grupos numerosos. Se tuvo que establecer, por consiguiente, el carácter estrictamente humanitario de la concesión de asilo o protección a los refugiados, en virtud del cual este acto del Estado receptor no debe ser considerado como inamistoso por el Estado expulsor, y no le da a este último derecho a reclamar. Este precepto fundamental ha sido consagrado, a lo largo de la historia, por un sinnúmero de convenios bilaterales y tratados multilaterales, primeramente los relativos a la extradición.<sup>2</sup> Este mismo principio es el pilar del cele-

<sup>1</sup> En este artículo preferimos no utilizar la palabra "refugio", que por cierto no aparece en ningún instrumento internacional en la materia. El estatuto de refugiado regulado por instrumentos de carácter ya sea universal o regional, y el de asilado definido por el Derecho Interamericano, son dos modalidades de "asilado" en el sentido amplio —*asylum*, en inglés— utilizado aquí.

<sup>2</sup> Vale recordar que la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* estipula en su artículo 15 que: "No se autoriza la celebración de tratados para la

brado régimen del asilo tal como se ha desarrollado en esta región. Se pueden citar, a título de ilustración, las siguientes disposiciones de instrumentos vigentes en América Latina:

Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 1889.<sup>3</sup>

Art. 16: El asilo es inviolable para los perseguidos políticos.

Art. 23: Tampoco dan mérito a la extradición los delitos políticos y todos aquellos que atacan la seguridad interna o externa de un Estado, ni los comunes que tengan conexión con ellos.

Convención sobre Asilo Territorial de 1954.<sup>4</sup>

Art. I: Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno;

Art. II: El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos;

Art. III: Ningún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos.

Además, este principio ha encontrado formas de expresión jurídica en otras regiones también, como lo demuestra el artículo II (2) de la Convención por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, de 1969,<sup>5</sup> que dispone:

La concesión del derecho de asilo a los refugiados constituye un acto pacífico y humanitario y no puede ser considerado por ningún otro Estado como una falta de amistad.

extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano".

<sup>3</sup> *Tratado sobre Derecho Penal Internacional*, firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889, Documentos Oficiales de la OEA, OEA/Ser.X/1. Serie de tratados 34.

<sup>4</sup> *Convención sobre Asilo Territorial*, suscrita en Caracas el 28 de marzo de 1954, Doc. Of. de la OEA, OEA/Ser.X/1. Serie de tratados 34.

<sup>5</sup> Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones, Addis-Abeba, 10 de septiembre de 1969, Serie de Tratados de Naciones Unidas (UNTS), Núm. 14691, Vol. 1001, p. 45.

Lo que se halla establecido por estos instrumentos es el derecho del Estado de conceder el asilo a ciertas categorías de extranjeros, que comprende los siguientes aspectos:

- el derecho de admitir a una persona en su territorio;
- el derecho de autorizarla a permanecer;
- el derecho de negarse a expulsarla;
- el derecho de negarse a conceder su extradición hacia otro Estado, y
- el derecho de no restringir su libertad por enjuiciamiento u otras medidas.<sup>6</sup>

2. La segunda vertiente del Derecho Internacional del Refugiado se distingue de la primera por su enfoque, ya no en las prerrogativas del Estado sino más bien en la *persona* del refugiado, por lo que se inscribe dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este vasto y rico campo de Derecho Internacional constituido por los derechos del hombre, la debida protección a personas frustradas por la persecución, la guerra u otra forma de violencia, del vínculo "normal" y pacífico con el Estado cuyo territorio han abandonado, conforma la materia de un *corpus juris* que L. Franco caracterizó de la siguiente manera:<sup>7</sup>

- encuentra su génesis en los derechos humanos;
- es de índole esencialmente social, humanitario y apolítico;
- es un Derecho en gestación, en plena evolución (mientras, por ejemplo, el Derecho interamericano del Asilo está en una fase letárgica);
- cuenta con un órgano internacional especializado: la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), creada a fines de 1950 por la comunidad internacional para cooperar con los Gobiernos en la protección y asistencia a los refugiados, así como para vigilar la aplicación de los

<sup>6</sup> A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, 1972, Vol. II, p. 23 —la traducción es nuestra.

<sup>7</sup> Leonardo FRANCO, "El Derecho Internacional de Refugiados y su Aplicación en América Latina", *Anuario Jurídico Interamericano*, OEA, Washington, D. C., 1982, pp. 173 a 176.

instrumentos internacionales de mayor alcance sobre el Estatuto de los Refugiados. Entre éstos resaltan la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y el Protocolo de 1967.<sup>8</sup>

Entre la problemática de los derechos humanos y la de los refugiados, la vinculación se hace presente tanto a nivel de las causas del exilio como a nivel de su impacto. El refugiado es, de cierta forma, la manifestación concreta de una violación de los derechos humanos en su país de origen: la constante más segura de las varias definiciones jurídicas del "refugiado" que se han dado en los textos de los últimos cincuenta años es la referencia a una falla en el sistema de protección de los derechos fundamentales de la persona humana como causal de la busca de asilo. La terminología adoptada al respecto recurre a conceptos tales como: persecución, temor fundado de persecución, violación masiva de los derechos humanos, peligro por la vida o la libertad, riesgo de violación del derecho a la vida o a la libertad personal, amenazas contra la vida, seguridad o libertad. Se puede alegar, en este sentido, que el "derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país", afirmado por la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>9</sup> es el derecho humano último, la última garantía de la persona cuando se le han negado o violado todas las demás. Por lo tanto, la solución a la condición "anormal" de refugiado también reside en el restablecimiento del respeto a las garantías individuales en el país de origen, que propicie un movimiento de retorno o repatriación voluntaria.<sup>10</sup> Más aún, es en el campo de la prevención de flujos de refugiados, que ha suscitado en fechas recientes un interés redoblado de la comunidad in-

<sup>8</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951. Serie de Tratados de las Naciones Unidas (UNTS), Núm. 2545, Vol. 189, p. 137, denominada en adelante la Convención de 1951 o la Convención; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado en Nueva York el 31 de enero de 1967, Serie de Tratados de las Naciones Unidas (UNTS), Núm. 8791, Vol. 606, p. 267, denominado en adelante el Protocolo de 1967 o el Protocolo.

<sup>9</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y adoptada por la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS en su Resolución 217A(III), del 10 de diciembre de 1948, artículo 14(1).

<sup>10</sup> Véanse Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, anexo de la Resolución 428(V) de la ASAMBLEA GENERAL del 14 de diciembre de 1950, Capit. II, Art. 8(C); Resoluciones 37/195, 38/121, 39/140, 40/118, 41/124, 42/109, 44/137, 44/139, entre otras, de la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS; Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR Núm. 18(XXXI) y 40(XXXVI) sobre Repatriación Voluntaria.

ternacional,<sup>11</sup> que el Derecho Internacional organizado, incluidos los mecanismos de control previstos en los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos,<sup>12</sup> puede comprobar su pertinencia: más allá del loable fundamento de estos mecanismos en la dignidad del individuo, la prevención de movimientos de refugiados es del interés de cualquier Estado, puesto que ninguno puede encarar sin temor la afluencia masiva a sus fronteras de personas huyendo de una situación de violación a sus derechos básicos en el territorio de un Estado vecino.

Volviéndonos ahora hacia las consecuencias de tal exilio forzoso, vemos que aquí también el empeño del Derecho en la materia se ha dirigido hacia garantizar el respeto a los derechos básicos de esas víctimas que son los refugiados. Por carecer —por definición— de la protección del país de su nacionalidad, los refugiados necesitan de una protección sustituta, llamada protección internacional<sup>13</sup> pero de hecho siempre ejercida por un Estado, vecino o más distante del Estado de origen, con el beneplácito y a menudo el apoyo de la comunidad internacional. Obviamente, el primer derecho que se le debe reconocer a un refugiado es el de no ser devuelto al peligro del que ha huído —de allí que el principio de no-devolución, también conocido bajo su apelación francesa de *non-refoulement*, se considera como la piedra angular de la protección internacional a refugiados.<sup>14</sup> Más allá de la no-devolución, y de la admisión al territorio nacional, los Estados receptores de refugiados asumen obligaciones referentes al trato que se

<sup>11</sup> Véase Gregg A. BEYER, "Human Rights Monitoring and the Failure of Early Warning", *International Journal of Refugee Law*, Oxford, Vol. 2, Núm. 1 (1990), pp. 56 y ss., con sus respectivas notas (particularmente 20, 36) y anexos.

<sup>12</sup> Véase Jaime RUIZ DE SANTIAGO, "El Problema de los Refugiados en el Derecho Internacional Contemporáneo", en *Jurídica*, México, D. F., Núm. 18 (1986-87), pp. 436-448; Pedro NIKKEN, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos (su desarrollo progresivo)*, Madrid, IIDH, Civitas, 1987; Thomas BUERGENTHAL, "El Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1981, Washington, D. C.; Thomas BUERGENTHAL, "Los Derechos Humanos en el Sistema de Protección Regional", en *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos - Manual de Conferencias*, IIDH, 1990, San José, C. R., pp. 137 y ss.

<sup>13</sup> Véase Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cit.; G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 1983, pp. 20 y ss.

<sup>14</sup> Véase a GRAHL-MADSEN, cit., Vol. II, pp. 93 y ss.; G. S. GOODWIN-GILL, cit., pp. 101 y ss.; revista *Refugiados*, ACNUR, Ginebra/Madrid, Núm. 45, octubre, 1988; también en este número el artículo de J. A. PALMA, "La No-Devolución de los Refugiados: Principio Protector de la Vida".

les debe otorgar, basadas ya sea en convenciones o tratados internacionales ratificados, o en sus propias normas internas. Entre las primeras resaltan los Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos,<sup>15</sup> así como instrumentos específicamente dedicados a la reglamentación de la calidad de refugiado, tales como la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados referidos arriba y la también mencionada Convención de la Organización de la Unidad Africana del 1969.

Entre las segundas cabe destacar las garantías y libertades individuales inscritas en tan numerosas Constituciones nacionales, de las que derivan las disposiciones legislativas y reglamentarias rigiendo el estatuto de los extranjeros y, en particular, de esta categoría de extranjeros críticamente desprotegidos que llamamos refugiados.

## II. EL ÉXODO CENTROAMERICANO: UNA REALIDAD POCO NORMADA

1. Para resultar eficaz, un sistema de protección internacional a refugiados requiere en principio de una construcción jurídica alrededor de dos pilares: el primero es una definición teórica de quiénes son aquellos migrantes que necesitan una atención especial como "refugiados" —una definición que combine las características universales del refugiado y las particularidades del contexto regional que lo produce—. El segundo es de orden procedural, y consiste en mecanismos concretos de identificación de los refugiados dentro de movimientos migratorios a menudo más amplios y de diversas índoles.

2. En noviembre de 1984, ACNUR, la Universidad Nacional de Colombia y el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo organizaron, en la ciudad de Cartagena de Indias, un Coloquio sobre "La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá" que reunió a expertos gubernamentales, no-gubernamentales y académicos en la materia.

<sup>15</sup> Por ejemplo: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos anexos a la Resolución A. G. ONU 2200a(XXI) del 16 de diciembre de 1966; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José de C. R., el 22 de noviembre de 1969, Doc. Ofic. de la OEA, OEA/Ser.X/1, Serie de Tratados 34; *Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales*, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, CONSEJO DE EUROPA, Serie de Tratados Europeos Núm. 5.

Las conclusiones y recomendaciones de este Coloquio fueron inscritas en un documento titulado "Declaración de Cartagena sobre los Refugiados"<sup>16</sup> cuyo impacto, a los siete años de su adopción, sin duda ha trascendido el marco original de una reflexión académica.<sup>17</sup> Entre otros aportes de envergadura, la Declaración de Cartagena propuso una definición regional del "refugiado", sobre la que tendremos amplia oportunidad de volver. Esta definición, basada según la intención expresa de sus autores en la realidad de los movimientos de refugiados en el ámbito centroamericano de los años ochenta, ha seguido guiando la práctica de los Estados de la región y del ACNUR, así como todo el esfuerzo de cooperación internacional que la apoya, canalizando recursos hacia programas de ayuda a las víctimas desarraigadas por los conflictos. Hasta hace poco no había encontrado, sin embargo, ningún lugar en las legislaciones internas de los países directamente afectados. En total, el fenómeno específico del éxodo centroamericano quedó muy poco regulado —si por esto se entiende una construcción jurídica coherente como la descrita en el párrafo anterior—. Los países firmantes de la convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967<sup>18</sup> se han dotado de leyes y reglamentos apegados a estos instrumentos y a la definición del "refugiado" que éstos proponen: tal es el caso, por ejemplo, de Costa Rica, Guatemala y Nicaragua.<sup>19</sup> Inclusive en estos países, la práctica de acogida y protección de los refugiados centroamericanos (y, por supuesto, los programas de ayuda a repatriados) se desarrollaron a menudo dentro de un marco conceptual más amplio que lo fijado por las estrictas disposiciones legales.

<sup>16</sup> "La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", *Memorias del Coloquio en Cartagena de Indias*, Universidad Nacional de Colombia, 1986, pp. 332 y ss.

<sup>17</sup> La *Declaración de Cartagena* ha recibido el reconocimiento de una *Resolución* de la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (Res. 42/110, A/42/808), así como el aval de una *Resolución* de la ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (Res. AG/Res. 891 (XVII-87)). Véase también *Conclusión Núm. 37 (XXXVI)* del COMITÉ EJECUTIVO del ACNUR; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1984-1985* (OEA/Ser.L/V/IL.66, doc. 10, rev. 1, pp. 177 y ss.).

<sup>18</sup> Véase nota 8.

<sup>19</sup> COSTA RICA: *Decreto Ejecutivo 14845-G* del 29 de agosto de 1983; *Ley General de Migración y Extranjería del 13 de agosto de 1986*; GUATEMALA: *Acuerdo Gubernativo 422-90* del 16 de mayo de 1990; *Decreto-Ley 34-83* de 1983; NICARAGUA: *Decreto Núm. 52* del 21 de agosto de 1979.

3. El presente artículo se propone trazar los antecedentes de, y describir los procesos —iniciados con una simultaneidad notable— que han llevado dos Estados vecinos —México y Belice— a adoptar legislaciones específicas sobre refugiados. La comparación tiene mérito, no sólo por la vecindad, sino también por el hecho de que, cuando se inició el éxodo masivo de refugiados centroamericanos, a principios de los ochentas,<sup>20</sup> ni México ni Belice se habían adherido a las convenciones internacionales arriba mencionadas,<sup>21</sup> por lo que les faltó un marco jurídico básico para recoger este nuevo fenómeno. El interés particular de estas iniciativas legislativas paralelas —la mexicana y la beliceña— es que surgieron después de casi una década entera de práctica de la materia, siendo ésta la protección a refugiados centroamericanos.

### III. GÉNESIS DE LAS LEGISLACIONES MEXICANA Y BELICEÑA

1. Los tiempos de estas iniciativas paralelas tal vez se deban a que ambos Estados perciben, después de casi diez años de manejar las consecuencias de las crisis centroamericanas, buenas oportunidades para la resolución política de casi todos, si no todos, los conflictos productores de refugiados en la región; el sentido común político sugiere que es mucho más fácil legislar acerca de un problema "ya apagado" que mientras "arde"; y puede haber llegado el momento de abordar el fenómeno de refugiados de América Central en términos de soluciones (demandando una estructura sistemática) y ya no como una emergencia duradera (generalmente afrontada con respuestas pragmáticas y flexibles).

2. A nivel interno, ambas iniciativas llevan la huella de gobiernos recién instituidos: en Belice el "*People's United Party*" reinstalado de nuevo en el poder en septiembre de 1989, se distinguió inmediatamente del gobierno anterior por admitir el obvio aunque ciertamente preocupante hecho que el perfil étnico del país está cambiando rápidamente, y por promover el multiculturalismo como idiosincrasia nacional.

<sup>20</sup> Sobre la génesis de estos éxodos se puede consultar *Los Refugiados Centroamericanos*, ed. Universidad para la Paz/Universidad Nacional, HEREDIO, C. R., 1987.

Sobre situaciones actuales de refugiados en México y Belice, ver: OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *UNHCR activities financed by voluntary funds: Report for 1989-90 and proposed programmes and budget for 1991*, U.N. Doc. A/AC.96/751 (Part IV), pp. 20-25 y 30-34; también U. S. COMMITTEE FOR REFUGEES, "World Refugee Survey - 1989" in *Review*, pp. 69 y ss.

<sup>21</sup> Véase nota 8.

El gobierno se abocó específicamente a adherirse lo antes posible a los instrumentos internacionales de mayor alcance relativos a la condición de los refugiados, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.

En México, la administración de Carlos Salinas de Gortari utilizó un nuevo lenguaje y actitudes innovadoras en un gran número de cuestiones; entre ellas dio gran importancia al tema de los derechos humanos, al cual el de refugiados estuvo ligado desde un principio: la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) fue colocada bajo el abrigo de la recién creada Dirección General de Derechos Humanos, dentro de la Secretaría de Gobernación. Más tarde, en junio de 1990, esta Dirección se fusionó con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que cuenta con mayores aportes no-gubernamentales.

3. En el plan internacional y regional, la importancia de CIREFCA —la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos— como telón común para ambas iniciativas no debe ser subestimada. CIREFCA obviamente proporcionó una excelente caja de resonancia para los compromisos mexicanos y beliceños: durante la Conferencia en Guatemala en mayo de 1989, la delegación mexicana prometió estudiar el régimen legal aplicable a migrantes indocumentados, sugiriendo que podrían haber grandes componentes de refugiados entre este grupo, y tomar en cuenta este "nuevo fenómeno social"; y, por supuesto, no es coincidencia que el Ministro de Relaciones Exteriores de Belice depositara los instrumentos de adhesión a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 con el secretario general de las Naciones Unidas sólo minutos antes de la primera reunión internacional del Comité de Seguimiento de CIREFCA, celebrada en Nueva York a fines de junio de 1989.

4. En México, el proceso legislativo propiamente dicho se desarrolló con gran velocidad. La iniciativa presidencial presentada en el Senado el 29 de mayo de 1990, fue enmendada en Comisión y aceptada por unanimidad un mes después; pasó por la Cámara y sin ningún otro cambio también fue aprobada por unanimidad. Vale resaltar que estos sucesos sentaron un precedente de votación unánime en ambas Cámaras en este sexenio. El Decreto resultante de este proceso entró en vigor el 18 de julio, después de su publicación en el Diario Oficial.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> "Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley General de Población", *Diario Oficial de la Federación*, México, D. F., 17 de julio de 1990, pp. 3 y ss.

Sin embargo, mientras se escribe este artículo, las regulaciones necesarias para la aplicación de este Decreto se encuentran todavía en proceso de estudio y elaboración.

5. En Belice, la elaboración de un proyecto de ley sobre el estatuto de los refugiados comenzó tan pronto como se fijó la fecha tentativa de adhesión a la Convención y al Protocolo. Los servicios de una abogada canadiense fueron contratados, a partir de marzo de 1990, con el fin de asistir a la oficina del procurador general en la redacción de dicho documento. Tres borradores sucesivos fueron producidos por esta abogada y sirven de base al análisis que sigue en estas páginas.

6. Este artículo se limitará a estudiar aspectos formales y de definición de ambas legislaciones: áreas igualmente cruciales como son los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y los derechos y obligaciones de los refugiados, deberán ser reglamentadas por los gobiernos respectivos a través de regulaciones administrativas, cuyos contenidos, por el momento, son objeto de especulación.

#### IV. ASPECTOS FORMALES

1. En México, nunca pareció haber ninguna duda de que la manera más apropiada para incorporar la figura del refugiado al derecho interno era a través de enmiendas y adiciones a la Ley General de Población y sus reglamentos.<sup>23</sup> Durante este proceso, nunca estuvo a discusión la inclusión de disposiciones de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967, ya que la adhesión a estos instrumentos no estaba contemplada por el gobierno. Sin embargo, es justo decir que las organizaciones no-gubernamentales, tomando como base el compromiso expresado por el gobierno durante CIREFCA, demandaron constantemente durante el proceso que condujo a la adopción del Decreto, que la adhesión a la Convención y al Protocolo se incluyera dentro del "paquete" de protección a refugiados. Es digno mencionar también que, en la última fase de elaboración de la ley, prominentes miembros del Senado, de la Cámara y del Ejecutivo declararon públicamente que la legislación sobre refugiados debería ser vista como el primer paso hacia la ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes —siendo la razón fundamental que una vez incluida la figura del refu-

giado en las leyes internas, México no podría continuar manteniendo ninguna reserva sobre la "internacionalización" de su compromiso.

Como se verá en el capítulo que sigue, este enfoque —de culminar con la adhesión a la Convención— bien puede paradójicamente aventajar al enfoque adoptado por Belice, ciertamente mucho más tradicional —es decir, la adhesión a instrumentos internacionales seguida de la adopción de una ley sobre refugiados.

2. La opción de promulgar una Ley autónoma sobre refugiados no fue considerada por los legisladores mexicanos. En cambio, el consenso general sentía que la Ley General de Población era el instrumento ideal para una "adecuación jurídica"; así pues, el precedente sentado por las regulaciones existentes para el otorgamiento de asilo político jugó un papel importante. En efecto, México se ha unido a otros países latino-americanos —como pionero en muchas ocasiones— en la elaboración de instrumentos regionales sobre asilo político en sus dos concepciones, diplomático y territorial; y hace ya tiempo que incorporó en la legislación mexicana los mecanismos necesarios para la concesión del asilo político, últimamente dentro de la Ley General de Población y sus reglamentos.<sup>24</sup> Hace sentido pues, el leer el Decreto en conjunción con estas disposiciones, ya que el objetivo de estas últimas es el de reconocer la presencia en México de personas necesitadas de protección, quienes, sin embargo, no cumplen con los lineamientos creados para definir al asilado político de acuerdo con la tradición interamericana. De aquí la solución lógica de añadir la categoría de "refugiado" a las ya contempladas en la Ley General de Población bajo la sección de admisión de extranjeros como no-inmigrantes.

A pesar de la lógica, la metodología adoptada podría tener dos puntos débiles: el primero, una propensión a simplemente extender a los refugiados el sistema de protección existente para los asilados políticos sin hacer suficiente caso a las necesidades específicas de aquéllos y a los criterios internacionales establecidos para atenderlas; y el segundo, una tendencia natural a manejar únicamente los principios generales dentro de la Ley (la Ley General de Población es muy amplia y abarca temas tan variados como planificación familiar e integración social de grupos marginados, además de asuntos migratorios), dejando muchos aspectos cruciales de la condición del refugiado —como los

<sup>23</sup> "Ley General de Población", *Diario Oficial de la Federación*, México, D. F., 7 de enero de 1974; "Reglamento de la Ley General de Población", *D. O.*, 17 de noviembre de 1976.

<sup>24</sup> "Ley General de Población", *cit.*, artículos 35 y 42(V); "Reglamento", *cit.*, artículo 101.



procedimientos de determinación— para ser definidos administrativamente sin posibilidades de debate público.

3. En Belice, el asunto se presentó desde una perspectiva diferente, ya que la adopción de una legislación interna sobre refugiados (antes tan inexistente como en el caso de México) fue secundaria, tanto cronológicamente como en la lista de prioridades del gobierno, a la ratificación de la Convención y del Protocolo. Si bien la incorporación de la Convención a la legislación interna teóricamente podría haber sido hecha a través de enmiendas a algunas leyes ya existentes (principalmente la Ley de Inmigración de 1958),<sup>25</sup> el gobierno deliberadamente siguió la vía alterna de una Ley de Refugiados distinta. Esta decisión debía realzar la especificidad de la protección a refugiados y del asilo dentro de una amplia problemática de inmigración, un enfoque correcto de principio y políticamente conveniente debido a las profundas discrepancias del electorado beliceño en materia de inmigración. Una confusión generalizada de la opinión pública entre refugiados centroamericanos y trabajadores migrantes de temporada de estos mismos países debía también ser enfrentada.

Cuando el ACNUR discutió por primera vez con el gobierno de Belice los posibles contenidos de una Ley de Refugiados —en marzo de 1990— parecía que estos servirían tres propósitos:

a) incorporar formalmente la Convención y el Protocolo al ordenamiento jurídico de Belice: de acuerdo a los estándares de "common law" prevalecientes en Belice, una convención internacional no puede ser parte del derecho interno, o sea no puede ser ejecutada internamente, hasta que haya sido sujeta de una legislación interna "habilitadora". En la práctica, las "leyes habilitadoras" de Belice son usualmente breves e incluyen principalmente reservas eventuales a algunas disposiciones del instrumento internacional, que se anexa en toda su extensión. Vale la pena notar, al respecto, que la adhesión de Belice a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 se dio sin reservas:

b) identificar áreas potenciales de conflicto entre las estipulaciones de la Convención y las provisiones legislativas y reglamentarias ya

<sup>25</sup> *Immigration Ordinance*, 1st January 1958, *The Laws of Belize*, chapter 121; véase también: "Immigration (Amendment) Act, 1987", *Official Gazette*, 4 July, 1987; *Aliens (Registration) Ordinance*, 14 December 1968, *The Laws of Belize*, chapter 125.

existentes, y hacer valer la procedencia de aquéllas a través de una cláusula "no obstante"; y

c) interpretar, según se requiera, los términos de la Convención y dar contenidos concretos a sus artículos recomendatorios o de formulación general.

4. Como será demostrado por el siguiente análisis, lo que eventualmente resultó del proceso de elaboración no alcanzó las expectativas originales. El segundo borrador representa, efectivamente, una versión severamente amputada del primero, del cual afortunadamente pudieron ser rescatados algunos elementos en el tercer borrador, que puede de nuevo perder algunos al ser transformado en proyecto de ley. El encojamiento de la esencia de estos borradores se debe más a consideraciones políticas que jurídicas: el *People's United Party*, cuya membresía puede no ser unánime en asuntos de inmigración incluyendo la de refugiados, goza de una reducida mayoría en el Parlamento, y prefiere evitar el voto de desconfianza al que automáticamente conduciría un rechazo del Proyecto de Ley sobre Refugiados. Es por esto que se encuentra ansioso de presentar al debate un texto lo menos controversial posible. Esto ha resultado, a través de los varios borradores, en la dilución de disposiciones sobre asuntos potencialmente conflictivos como son el empleo, la residencia y la naturalización de los refugiados, que personal gubernamental y no gubernamental, así como ACNUR, querían que quedaran bien asentados en este Proyecto de Ley, ya que éstas eran precisamente las áreas que debido a falta de marco jurídico, habían ocasionado la mayoría de los problemas ocurridos en años anteriores.<sup>26</sup>

5. Durante el proceso de elaboración, ni siquiera quedó claro si la Convención y el Protocolo terminarían formalmente incorporados al ordenamiento legal interno. En el segundo borrador, tres elementos abogaban en favor de una respuesta positiva a esta cuestión: el título de la Ley propuesta rezaba: "Una Ley que provea por los refugiados y que permita que se apliquen en Belice la Convención sobre el Esta-

<sup>26</sup> Según informes internos del ACNUR, las autoridades de Belice han adoptado actitudes bastante volubles en estas cuestiones. Desde el 1988, se les exige a los refugiados conseguir permisos de trabajo en la misma forma que a cualquier extranjero; también existe una política no-escrita según la cual la residencia como refugiado no puede llevar a la naturalización, así como la práctica de exigir que los refugiados que postulen a la residencia permanente renuncien a su estatuto de refugiados.

tuto de los Refugiados (...) y el Protocolo (...); su artículo 17 estipula que el refugiado "deberá gozar de los derechos y cumplir con las obligaciones contenidas en los artículos de la Convención (...) expuestos en el Apéndice I"; y los textos completos de la Convención y del Protocolo estaban anexos al proyecto. Por otro lado, podría argumentarse que ninguno de estos elementos por sí solo sería lo suficientemente fuerte como para sin duda alguna establecer el carácter "habilitador" de la legislación. Un decisivo paso adicional hacia la incorporación está, por lo tanto, sugerido en el tercer borrador, en la forma de un nuevo artículo (3), que reza:

"La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados del 31 de enero de 1967, anexos a esta Ley como apéndices I y II, deberán ser leídos junto con esta Ley y formarán parte de ella."

Sin embargo, es posible que se abra de nuevo el debate sobre este punto particular durante las próximas semanas o meses, tanto en el Gabinete como en el Parlamento.

## V. DEFINICIONES

La definición de quién deberá ser considerado como refugiado constituye una parte substancial tanto del Decreto de México como del texto a ser presentado al Parlamento en Belice. Es, obviamente, un aspecto crítico de cualquier legislación sobre refugiados, y destinado a provocar preguntas desafiantes en países como éstos, con un largo historial de aceptación de refugiados (y, por consecuencia, de exclusión de otros de esta categoría) fuera de un marco legal sistemático.

### A. México

1. Antes de aprobarse el Decreto, la estructura legal de México contenía por lo menos dos referencias al concepto de refugiado —el Acuerdo Presidencial del 22 de julio de 1980 (estableciendo COMAR) y el Decreto Presidencial del 5 de octubre de 1982 aprobando el Acuerdo de Sede entre el gobierno de México y el ACNUR—,<sup>27</sup> sin embargo

<sup>27</sup> "Acuerdo por el que se crea la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados", *D. O.*, 22 de julio de 1980; "Decreto por el que se aprueba el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados", *D. O.*, 13 de enero de 1983.

no fue propuesta una definición de la palabra. A través de su historia, la COMAR ha registrado como refugiados (o personas bajo su competencia), a algunos miles de salvadoreños (de 1980 a 1983) y a cerca de 46,000 guatemaltecos. Desde 1983 la atención de COMAR ha sido enfocada exclusivamente hacia este último grupo que suman actualmente 42,000 personas en tres Estados del Sureste de la República —Campeche, Chiapas y Quintana Roo—. <sup>28</sup> Esta cifra, como admitido por el gobierno, no representa la totalidad de la población de refugiados centroamericanos en México. <sup>29</sup>

Ni siquiera abarca a todos los ciudadanos guatemaltecos que buscan refugio cruzando la frontera mexicana de 1981 a 1983 y que compartían características comunes —origen campesino; desplazamiento súbito, de hecho precipitado; entrada masiva o en grupos; necesidad de ayuda de emergencia— que podrían considerarse como los criterios implícitos de la COMAR para el reconocimiento de la calidad de refugiado, durante esos años. No se puede negar, por ejemplo, que muchos miles de "refugiados" guatemaltecos han estado viviendo la mayor parte de estos años en el sur de Chiapas, en la diócesis de Tapachula, recibiendo asistencia de la iglesia local sin haber sido registrados por COMAR. En algún lugar, en alguna ocasión, límites irracionales fueron fijados, creándose una población de refugiados estática, únicamente afectada por el crecimiento/disminución natural y los movimientos de repatriación voluntaria. <sup>30</sup>

A pesar de que pequeños grupos de recién llegados fueron regularmente admitidos en asentamientos de refugiados principalmente como

<sup>28</sup> Las estadísticas de COMAR para diciembre de 1990 mencionan a 11,302 refugiados en el Estado de Campeche, 7,198 en Quintana Roo y 22,842 en Chiapas. El número total de 41,342 incluye a más de 13,000 niños refugiados nacidos en territorio mexicano, y por consiguiente de nacionalidad mexicana acorde a la Constitución.

<sup>29</sup> Fuentes gubernamentales, sin embargo, no han arriesgado ninguna estimación de cuántos entre los 350,000 o más centroamericanos desplazados en México calificarían como refugiados. Véase U. N. doc. CIREFCA/89/7, pp. 5-8.

<sup>30</sup> Bajo un programa organizado de repatriación voluntaria, evaluado regularmente por una Comisión Tripartita (México-Guatemala-ACNUR), unos 5,500 refugiados guatemaltecos regresaron voluntariamente a su patria entre mediados de 1986 y octubre de 1990. Según fuentes gubernamentales guatemaltecas, 7,000 más se hubieran repatriado espontáneamente, aunque se trata de una cifra difícil de comprobar.

Véase: UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, CENTRAL AMERICA: *Conditions of Guatemalan Refugees and Displaced Persons*, Washington, D. C., July 1989, doc. GAO/NSIAD-89-150; también: B. MANZ, *Repatriation and Reintegration: An Arduous Process in Guatemala*, Center for Immigration Policy and Refugee Assistance, Georgetown Univ., 1988.

reunificaciones familiares, conceptos definicionales nunca fueron una grave preocupación para la COMAR, y mucho menos para las autoridades migratorias u otras que nunca cuestionaron el papel tutelar exclusivo de COMAR con los refugiados guatemaltecos. En su carácter de miembro de la delegación mexicana ante el Coloquio de Cartagena de 1984 sobre la Protección Internacional de Refugiados en Centroamérica, México y Panamá,<sup>31</sup> el entonces coordinador de COMAR, mientras enfatizaba en la imposibilidad de una elegibilidad individual en una situación de afluencia en gran escala a lugares inhóspitos de la selva, ofreció como justificación *a posteriori* de que México diera "asilo provisional" a estos grupos, la necesidad de "otorgar protección y asistencia elemental a grupos de personas que afirmaban venir huyendo de situaciones de violencia en los poblados o regiones de las que eran originarios; casi ninguno de ellos manifestó su deseo de regresar a su país".<sup>32</sup>

2. Así pues, en un intento por recoger, a través de una definición aceptable, su experiencia con refugiados centroamericanos, el gobierno mexicano, con razón, se basó en su reconocida práctica de muchos años de tratar como refugiados a un grupo de campesinos guatemaltecos. Igualmente se podía anticipar que tomara en cuenta el marco legal existente para la identificación y protección de asilados políticos (ver IV 2 arriba y V 4 abajo), la categoría conceptual disponible más cercana a la de refugiado.

Respecto a la primera referencia, como hemos visto, cuestiones de definición nunca habían sido prominentes, sin embargo el marco propuesto por la Declaración de Cartagena pareció útil para describir, *a posteriori*, la respuesta mexicana a la afluencia de guatemaltecos a principios de los 80's.

Este no era únicamente el punto de vista de COMAR sino de la generalidad, como se ilustra en los documentos a nuestra disposición. Un primer borrador de modificación a la Ley General de Población señaló en su introducción: "de interés especial para México, por su inmediatez, es el caso de los campesinos indígenas guatemaltecos que tuvieron que huir a nuestro territorio, obligados por la inestabilidad y los conflictos internos, para resguardar su vida y su integridad física"

<sup>31</sup> Ver para. II 2, arriba.

<sup>32</sup> "La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá", *cit.*, p. 106.

y que "la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984 ofrece la definición más actual de la figura jurídica del refugiado".

Esta definición fue ligeramente enmendada en un segundo anteproyecto, eliminando cualquier referencia al elemento indígena, y abarcando a otras nacionalidades aparte de la guatemalteca. Cartagena no era mencionada allí.

La propuesta de un consorcio de organizaciones no-gubernamentales,<sup>33</sup> en su declaración introductoria, hace referencia a la participación de México en "diversas resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas para extender el mandato del ACNUR a las personas que han abandonado masivamente su país de origen huyendo de desórdenes internos o conflictos armados (. . .)"; al apoyo de México en recomendaciones de adhesión a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967; y a su adherencia a la Declaración de Cartagena, "sin duda el instrumento que mejor conyuga la tradición de asilo latinoamericano y lo más avanzado y positivo de la concertación internacional en torno a la problemática de los refugiados del área centroamericana".

La iniciativa presentada por un grupo de legisladores del Partido de Acción Nacional,<sup>34</sup> mientras alaba la contribución de la Declaración de Cartagena, en los mismos términos que el primer borrador (que en sí es un interesante reflejo del actual consenso político en este tema), da mucho más énfasis a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967, cuya normatividad "es ya parte del *jus cogens* internacional". Sin embargo, en la parte substancial adopta, como las demás propuestas, la última parte de la llamada definición de Cartagena, referente a: "personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Más de 20 ONGs mexicanas trabajando con o para refugiados conforman CONONGAR, la Coordinadora Nacional de ONGs de Ayuda a Refugiados, que surgió en 1989 dentro del contexto de las preparaciones para CIREFCA. El documento puede ser conseguido en la CONONGAR a la dirección siguiente: Apartado 24-349, México, D. F.

<sup>34</sup> Turnada a la Comisión de Gobernación y Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados el 30 de noviembre de 1989.

<sup>35</sup> *Conclusión Núm. 3 del Coloquio de Cartagena*, "La Protección Internacional", *cit.*, pp. 335-336.

La iniciativa presidencial del 29 de mayo de 1909 confiere mucho peso a la Declaración de Cartagena, a través de la cual una definición del fenómeno de refugiados que surgió en América Latina a principio de los 80's "fue aprobada", encontrando su mejor aplicación en el caso "de los campesinos guatemaltecos refugiados en México".

Propone pues, la misma definición arriba mencionada, menos por la última parte: el concepto de "otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público", ciertamente el concepto más vago de los cinco mencionados en Cartagena, fue convenientemente desechado. Cuando la Comisión del Senado encargada del dictamen sobre la iniciativa oyó los comentarios del ACNUR y de las organizaciones no-gubernamentales, decidió reintroducir este concepto faltante para que "la fracción VI del artículo 42 propuesto se apegue más a la Declaración de Cartagena, así como a la Convención de 1951 sobre el estatuto de refugiados y su Protocolo de 1967 (sic), que han dado marco doctrinario a la materia".<sup>36</sup>

3. Con esto, y la propuesta del Senado aprobada e incorporada en el Decreto sin cambio alguno, los elementos verdaderamente regionales e innovativos de la definición de Cartagena se introdujeron en la legislación interna de un país latinoamericano, un evento que hasta la fecha sólo se había producido en Ecuador.<sup>37</sup> Sin embargo, no escapará a la atención del lector que no toda la definición de Cartagena ha sido incorporada a las leyes mexicanas.

En efecto lo que Cartagena recomendó "para su utilización en la región" era una definición más amplia pero incluyendo elementos de la Convención y del Protocolo, mientras que la adoptada por México parece no tomar en cuenta motivos como raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas, ni el concepto de temor de persecución.

No sólo esta nueva legislación no toma en cuenta estos elementos sino que específicamente excluye del ámbito de refugiados los dos más importantes, persecución y opiniones políticas. El artículo 2 del Decreto, enmendando el artículo 42 de la Ley General de Población reza:

<sup>36</sup> Comisiones Unidas Segunda de Gobernación y Primera Sección de Asuntos Legislativos de la Cámara de Senadores, Dictamen del 25 de julio de 1990, L. D. 61/9012 P. O.

<sup>37</sup> "Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967", Registro Oficial Núm. 782, 30 de septiembre de 1987.

"no quedan comprendidas en la presente característica migratoria aquellas personas que son objeto de persecución política prevista en la fracción anterior". Esta aparente denigración del concepto más aceptado de la palabra refugiado —como una persona huyendo de persecución política— no refleja una falta de deseo de proteger a esta persona, sino que proviene de un deliberado intento por mantener paralelos dos sistemas complementarios de protección: el tradicional, basado en la concesión de asilo político; y el nuevo, basado en el concepto de refugiado. Como aludido arriba (par. IV 2), los resultados no son totalmente satisfactorios, por dos razones: en lo teórico, la co-existencia de ambos sistemas parece ignorar el concepto generalmente aceptado que el refugiado es el género y el asilado político, una especie; y en la práctica, esto puede repercutir en el desamparo de un amplio sector de la población refugiada en México.

4. La Ley General de Población no contiene una definición detallada del asilado político. Su artículo 42 (V), no alterado con las recientes modificaciones, dispone la admisión temporal de extranjeros "para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas en su país de origen". Los reglamentos de la Ley General de Población (artículo 101) se refieren a "extranjeros que llegan a territorio nacional huyendo de persecución política". El concepto tiene, sin embargo, otras bases en la Ley Mexicana; a saber, un gran número de convenciones y tratados regionales en la materia que México ha ratificado.

Mientras un análisis profundo del concepto de asilado en el Derecho interamericano se saldría del contexto de este artículo, podría ser provechoso el recurrir a una erudita recapitulación de sus elementos constitutivos, por el ahora canciller del Uruguay, doctor Héctor Gros Espiell: <sup>38</sup> "El asilado territorial es (...) la persona que se refugia en un Estado como consecuencia de que es perseguida por el hecho de imputársele la comisión de 'delitos políticos', de delitos políticos concurrentes en que no procede la extradición o por ser perseguida 'por motivos políticos'. (...) La Convención de Caracas sobre Asilo Territorial (artículo 3) (...) habla de personas 'que sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan

<sup>38</sup> H. GROS ESPIELL, "El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados", en *Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, UNAM, México, 1982, pp. 139 ss.

ser considerados delitos políticos, o personas perseguidas por motivos o delitos políticos'."

Hay una clara convergencia entre estas disposiciones y el artículo I de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en la medida en que el concepto de persecución "por opiniones políticas" en este último ciertamente cubre situaciones donde la comisión de delitos políticos es o podría ser invocada por las autoridades del país de origen. Sin embargo, aparte de que los motivos de raza, religión, nacionalidad y pertenencia a determinado grupo social se encuentran fuera de la terminología interamericana sobre el asilo, otra fisura conceptual divide los dos sistemas de protección: el asilado político es el enjuiciado o el perseguido; en contraste, el refugiado es el que puede demostrar un *fundado temor* de persecución (o de acción judicial que ascienda a persecución).<sup>39</sup> Este es un criterio mucho más flexible, cuya aplicación requiere a la vez de una más amplia evaluación de las circunstancias objetivas —no necesariamente en relación directa con el individuo en cuestión— y de la valoración de un elemento subjetivo —temor— en la persona que se dice refugiado.

De hecho, los individuos que tengan fundados temores de persecución por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1 de la Convención de 1951 son protegidos, en México, contra la devolución forzosa al peligro, en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>40</sup> que es parte de la ley suprema de la nación. En efecto, el artículo 22 (8) de dicha Convención proporciona la prohibición más poderosa en el Derecho Internacional vigente, al estipular que: "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas".

Sin embargo, la protección contra la devolución bajo este artículo no acarrea automáticamente la concesión de asilo político —tampoco conlleva necesariamente el otorgamiento de la calidad de refugiado tal como la define el Decreto.

5. "Contrastadas la doctrina y nuestra legislación nacional, la figura del refugiado tendría que adoptar perfiles especiales: el ingreso y

<sup>39</sup> Convención de 1951, *cit.*, artículo 1 A(2); véase también ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, Ginebra, 1988, paras. 56 a 60.

<sup>40</sup> Ver nota 15.

la permanencia legales en el país por esta calidad migratoria sólo se concedería cuando el motivo de la persecución o de la amenaza de los valores de vida, seguridad o libertad no fuera político. No porque en este caso no procediera de por sí el otorgamiento de la protección del gobierno mexicano, sino porque los perseguidos por razones políticas que se presentaran en territorio nacional podrían invocar en su favor la figura del asilo político territorial, circunstancia ajena a los refugiados guatemaltecos".<sup>41</sup>

No puede haber ilustración más clara del hecho que deseamos destacar: con sus mentes puestas, por una parte, en la experiencia mexicana en materia de asilo en el sentido interamericano y, por otra parte, en la protección proporcionada recientemente a campesinos guatemaltecos, los legisladores no alcanzaron a encontrar la figura "intermedia" del refugiado según la Convención de 1951.

Esta figura quedó dentro de un vacío —que debe llenarse— entre los elementos más innovadores de Cartagena y la definición tradicional de un asilado. La práctica del Decreto nos dirá hasta qué punto esta laguna puede resultar perjudicial para los refugiados centroamericanos y otros en México, particularmente aquellos de extracción urbana. De todos modos, tenemos aquí un argumento muy fuerte a favor de la ratificación por México de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967.

6. Aparte de la irreducible dicotomía entre la condición de asilado y la de refugiado que, al fin y al cabo, es más una cuestión de forma que de fondo, la exclusión de los beneficios de la condición de refugiado no atrajo el interés de los legisladores, ni tampoco de las organizaciones no-gubernamentales críticas.

Al ser el reconocimiento de la condición de refugiado un acto declarativo y no constitutivo,<sup>42</sup> la discrecionalidad de admitir a un extranjero, que se deduce de la primera parte del artículo 42 de la Ley General de Población, no maneja satisfactoriamente la cuestión de saber si tal reconocimiento puede resultar innecesario, o inmerecido, en circunstancias especiales. ¿Debe una persona, que antes de su llegada a México ha cometido un crimen grave no político, ser reconocida como refugiada?<sup>43</sup> Es interesante notar que el ya citado Decreto Ecuato-

<sup>41</sup> *Propuesta de Adecuación Jurídica*, preparada por la SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN y COMAR, 1º de junio de 1989; también: *Iniciativa del PAN*, ver nota 34.

<sup>42</sup> Véase: GOODWIN-GILL, *cit.*, p. 20 y nota 1; ACNUR, *Manual, cit.*, para. 28.

<sup>43</sup> Convención de 1951, artículo 1 F(b).

riano<sup>44</sup> aplica los motivos de exclusión del artículo 1 F de la Convención de 1951 a todos los solicitantes de la condición de refugiado, incluyendo aquellos que calificarían bajo los criterios de Cartagena adoptados por México. Evidentemente, esto fue olvidado por los legisladores mexicanos, una laguna que podría crear dificultades prácticas (esperemos que sólo en casos muy excepcionales) para la autoridad responsable de la determinación de la condición de refugiado.

Por otra parte, los textos mexicanos se han dirigido, en varias formas, al tema de la cesación de la condición o calidad de refugiado.

Obviamente, esta condición termina con la repatriación voluntaria organizada, particularmente cuando la repatriación está supervisada a través de mecanismos tripartitas, como es el caso del retorno de los refugiados guatemaltecos desde México:<sup>45</sup> en tales instancias, no cabe duda de que el retornado se ha "acogido voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad", como lo prevé el artículo 1 C (1) de la Convención de 1951. Los primeros anteproyectos de reforma legislativa enfatizaron mucho la repatriación voluntaria, posiblemente porque el Gobierno —más específicamente la COMAR— deseaba dejar constancia de que la piedra angular de su política en materia de refugiados había sido y seguía siendo la promoción de la repatriación voluntaria como solución ideal al problema de los refugiados; sin embargo, los términos utilizados podían interpretarse como dejándole al refugiado —y exclusivamente a él— la decisión de terminar su condición de refugiado. Esos anteproyectos contienen una disposición que le permite al refugiado prorrogar su permiso de estancia indefinidamente "hasta en tanto él mismo considere que están dadas las condiciones que le garanticen seguridad personal a su regreso".

Las organizaciones no-gubernamentales proponen una cláusula muy similar.

La iniciativa del Partido Acción Nacional da un paso atrás al proponer que "a los refugiados se les podrá renovar su permiso de estancia *cuantas veces sea necesario*, en tanto no se *considere* que están dadas las condiciones que les garanticen seguridad a su regreso" (énfasis añadido); retiene, sin embargo, la frase "la repatriación será un acto de estricta voluntad personal".

Con la iniciativa presidencial, el péndulo parece columpiarse al otro extremo, ya que ésta se limita a declarar que "la Secretaría de Gober-

<sup>44</sup> Ver nota 37.

<sup>45</sup> Ver nota 30.

nación renovará su permiso de estancia en el país, cuantas veces  *juzgue conveniente*" (énfasis añadido). Esto pareció dar al Ejecutivo una discreción aún más amplia que en el caso de asilo político, el cual es otorgado "por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurran" —una disposición de la que se elaboran reglamentos que estipulan que "al desaparecer las circunstancias que motivaron el asilo político, dentro de los treinta días siguientes, el interesado abandonará el país".<sup>46</sup> El ACNUR, COMAR y las ONGs señalaron a la Comisión dictaminadora del Senado el tono excesivamente drástico de la iniciativa respecto a la duración de la protección acordada a los refugiados, mencionando los comendables intentos de borradores anteriores de incorporar el concepto de repatriación voluntaria. Esta petición no fue completamente exitosa, ya que la cuestión ni siquiera fue discutida dentro de la Comisión y en el texto del Decreto solamente un cambio ambiguo de adjetivos fue concedido: "La Secretaría de Gobernación renovará su permiso de estancia en el país cuantas veces  *lo estime necesario*" (énfasis añadido).

Ciertamente, parte del contexto permite una interpretación favorable de la "necesidad" así establecida, especialmente el "sentido humanitario y de protección que orienta la institución del refugiado" subrayado en el artículo segundo del Decreto, así como otras adiciones introducidas por el Decreto a la Ley General de Población, a efectos de que "en el ejercicio de (sus) facultades, la Secretaría de Gobernación velará por el respeto a los derechos humanos".<sup>47</sup>

Por otra parte, es muy posible que los reglamentos por adoptar reproduzcan la cláusula arriba mencionada sobre la cesación de las circunstancias que motivaron la concesión de la calidad de refugiado, por la que el Estado busca protegerse de una eventual percepción del asilo (ya sea acordado a refugiados o asilados políticos) como compromiso abierto; aquí serán necesarios procedimientos claros para prevenir el abuso de discreción en lo que definitivamente debe permanecer como un mecanismo de recurso excepcional.

Otras instancias de cesación de la condición de refugiado son explícitamente previstas por el Decreto —de nuevo muy similares a las

<sup>46</sup> "Ley General de Población", artículo 42 (V); "Reglamento", *cit.*, artículo 101 (VII) (f).

<sup>47</sup> Artículo 7 de la "Ley General de Población", tal como enmendado por el "Decreto por el que se reforma...", *cit.*, artículo 2.

aplicadas a asilados políticos—. Sin embargo, éstas se relacionan más a la calidad migratoria del individuo que a su intrínseca "condición" de refugiado: <sup>48</sup> el refugiado que abandona el territorio nacional sin permiso de las autoridades pierde todo derecho de reingreso bajo la misma calidad migratoria; similarmente, cualquier delito del fuero común cometido por un refugiado acarrea la pérdida de su calidad migratoria; sin embargo, la Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue procedente para continuar su legal presencia en el país.<sup>49</sup> En cualquiera de las dos situaciones, la protección básica otorgada a un refugiado contra la devolución está garantizada por la siguiente cláusula: "el refugiado no podrá ser devuelto a su país de origen, ni enviado a ningún otro país, en donde su vida, libertad o seguridad se vean amenazadas".<sup>50</sup> El historial de esta última cláusula —una bienvenida reafirmación del principio de *no-devolución*— es interesante, ya que los borradores anteriores, incluyendo la iniciativa presidencial, la mencionaban en relación con el artículo 33 de la Constitución mexicana que entre otras establece la prerrogativa presidencial de hacer abandonar el territorio nacional "inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente". En el caso de un refugiado —incluyendo también a un asilado político, aunque sorprendentemente no se pensó en corregir de la misma manera la sección correspondiente de la Ley General de Población— esta discreción presidencial es necesariamente limitada en uno de sus aspectos, siendo el destino de la expulsión. Así pues, la iniciativa presidencial especificaba que "en el supuesto de que el Ejecutivo de la Unión estimase necesario hacer uso de la facultad exclusiva que le otorga el artículo 33 constitucional, el refugiado no podrá ser devuelto a su país de origen".

Como hemos visto, el Decreto omitió esta importante precisión, posiblemente porque los parlamentarios sentían que no se debía restringir el ámbito de una disposición constitucional a través de una norma legislativa; ciertamente, cualquier tal intento carecería de consecuencias

<sup>48</sup> Ver nota 25 sobre el carácter declarativo del reconocimiento de la condición de refugiado; también J. C. HATHAWAY, *The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950*, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 33 (1984), p. 350.

<sup>49</sup> "Ley General de Población", artículo 42 (VI), introducido por "Decreto por el que se reforma...", *cit.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

legales, si bien hubiera guiado el ejercicio de la discreción presidencial bajo el artículo 33.

Al parecer, ningún poder puede impedir la devolución, por orden presidencial, de un refugiado indeseable dentro de la normatividad actual, y las únicas garantías con las que cuenta el refugiado son la de motivación legal establecida por el artículo 16 constitucional y el deber general de la autoridad de actuar razonablemente. Otras implicaciones del carácter absoluto del artículo 33 serán aludidas en nuestras conclusiones.

### B. Belice

7. Al obtener su independencia en 1981, Belice heredó el problema de refugiados: miles de salvadoreños, en su mayoría de origen rural, habían estado llegando desde 1979 a lo que entonces era Honduras Británica, al parecer a raíz de la creciente violencia en los departamentos de Cabañas, Chalatenango y Santa Ana en el norte de El Salvador. El representante de Belice en el Coloquio de Cartagena de 1984, declaró que si bien las fronteras de su país tradicionalmente "habían sido cruzadas por migrantes legales o ilegales" que se integraban espontáneamente, el Gobierno había decidido tratar a este nuevo flujo como un flujo de refugiados porque estaba "perdiendo control" frente a números difíciles de manejar y por ende se encontraba imposibilitado de ayudar a estos refugiados en forma adecuada.<sup>61</sup> Otro factor determinante en la calificación del nuevo fenómeno migratorio enfrentado por Belice, debe haber sido el hecho que ACNUR estaba, en los tiempos de la independencia beliceña, fortaleciendo su presencia y desarrollando programas de asistencia sin precedente en la región, como resultado del éxodo salvadoreño.

Como suele ocurrir, el carácter urgente del problema (un flujo migratorio desde un país en situación de guerra civil) y la disponibilidad de por lo menos un elemento de solución (el recurrir a la solidaridad internacional) impidió un abordaje global del fenómeno "refugiados" en términos conceptuales: así es que, a los tres años después de su independencia, Belice todavía limitaba el uso de la palabra "refugiado", en sus relaciones con el ACNUR, a ciudadanos salvadoreños.

<sup>61</sup> *La Protección Internacional...*, *cit.*, p. 92 (traducción libre).

En 1982, un ambicioso proyecto de asentamiento rural fue diseñado, bajo el inspirador nombre de "Valle de Paz" para 160 familias de refugiados, además de 40 familias campesinas beliceñas. Desafortunadamente, los documentos de proyecto y otra correspondencia al respecto entre el gobierno de Belice y el ACNUR en las fases de preparación y ejecución del programa no nos aclaran los criterios, ni siquiera implícitos, que se aplicaron para la identificación de "refugiados salvadoreños" en el proceso de designación de beneficiarios de este proyecto.

En abril de 1984, el gobierno decretó una amnistía de 90 días, como incentivo para que se declararan extranjeros indocumentados. Tres tipos de residencia fueron ofrecidos: permanente, provisional y como refugiado. A pesar de que esta última alternativa nunca fue legislada, una serie de criterios fueron puestos a disposición de oficiales de migración y de la Oficina para Refugiados, a fin de ayudarlos a determinar quién podría beneficiarse de esta categoría. El ministro de Gobernación declaró que los verdaderos refugiados eran aquellos "que huían del sufrimiento y derramamiento de sangre debido a los conflictos armados en América Central" y "un refugiado es una persona que pide posada. Una persona oprimida o perseguida que, debido a sus sufrimientos huye de su país en busca de seguridad. Dentro del contexto actual centroamericano donde los conflictos abundan —muerte, terror, masacres y persecución desenfrenada— miles de personas huyen para proteger sus vidas y las de sus seres queridos".<sup>52</sup>

Esta intensa declaración fue gratamente acogida por el ACNUR, a pesar de que la residencia como refugiado era fundamentalmente temporal, ya que por primera vez se implicaba una aceptación oficial de la presencia en Belice de refugiados no salvadoreños, que fue seguida de un permiso otorgado al ACNUR para incluir a refugiados guatemaltecos en sus programas de asistencia.

De ahí en adelante, la Oficina para Refugiados continuó entrevistando a solicitantes de asilo y haciendo recomendaciones sobre su elegibilidad como refugiados al ministro responsable de Inmigración, quien a su vez delegó la toma de decisiones al director de Inmigración y Nacionalidad.

Un reporte interno del ACNUR mencionó que los criterios de determinación no estaban formalmente definidos y que, a pesar de que se

<sup>52</sup> Mensaje a través de la radio del Ministerio de Asuntos Internos, Hon. V. H. COURTENAY, 27 abril 1984. Todas las traducciones del inglés son libres.

asumía que éstos deberían ser los de la Convención de 1951, los aplicados en la práctica se acercaban más a situaciones de flujos masivos. Con el paso del tiempo y debido al cambio de gobierno en 1985, más rígido en cuestiones de migración, la incertidumbre sobre los criterios gubernamentales de elegibilidad se acentuó. La importancia de los elementos de "Cartagena" para la determinación de la calidad de refugiado, obvios en la declaración de amnistía, se perdió a favor de rigurosos criterios relacionados con la persecución.

8. Se tuvo que esperar hasta principios de 1988 para la creación de procedimientos más estructurados y para que se recurriera a criterios de determinación más identificables. Para entonces, 3 910 centroamericanos (2 796 salvadoreños, 1 095 guatemaltecos y 19 nicaragüenses) tenían residencia como refugiados, incluyendo los cerca de 500 salvadoreños asentados en el "Valle de Paz".

La pieza central de estos nuevos procedimientos era el Comité de Elegibilidad, establecido a través de arreglos administrativos en la Oficina para Refugiados, de los cuales no parece haber acuerdos por escrito. El ACNUR, cuyo oficial de programas en Belice era miembro de este Comité, jugó un importante papel en la elaboración de una metodología de trabajo, basándose en su Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado.<sup>53</sup> Era tan grande la necesidad de establecer criterios de elegibilidad claros, y el prospecto de elaborar una guía original se vislumbraba tan problemático, que lo más natural fue acogerse a un instrumento ya existente, cuya utilidad había sido comprobada en varias partes del mundo, ya que es basado en "la información reunida por la Oficina del Alto Comisionado desde que la Convención de 1951 entró en vigor, y en los procedimientos y las prácticas de que se sirven los Estados para determinar la condición de refugiado; en el intercambio de opiniones entre esa Oficina y las autoridades competentes de los Estados contratantes así como en las publicaciones dedicadas a este tema".<sup>54</sup> Además, podría argumentarse que el ofrecimiento del Manual de Procedimientos como guía para el Comité de Elegibilidad sirvió para preparar el terreno para la adhesión de Belice a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967, un objetivo sistemáticamente perseguido por el ACNUR. Por otra parte, el Manual maneja —únicamente— la determinación de la condición de refugiado bajo estos instrumentos de alcance universal.

<sup>53</sup> Ver nota 39.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 1-2.



Al adoptar Belice los criterios de la Convención para la definición del refugiado, restringió su percepción oficial del fenómeno centroamericano y dio la espalda a su práctica de antaño en la que, de acuerdo al ACNUR, los criterios utilizados se acercaban más a los concernientes a situaciones de flujos en gran escala.

En consecuencia, lo que este procedimiento ganó en equidad y transparencia, lo perdió en capacidad para considerar debidamente la realidad de los refugiados en Belice.

9. Los efectos negativos de esta situación no tardaron en manifestarse en conflictos de criterios entre el representante del ACNUR y otros miembros del Comité de Elegibilidad. Sin poder cuestionar la validez de las disposiciones del Manual de Procedimientos, el ACNUR tampoco podía estar de acuerdo en el rechazo de una solicitud de refugiado basada en elementos como amenazas a la vida, libertad y seguridad a raíz de "la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".<sup>55</sup>

Como antes mencionado, estos elementos son reconocidos como válidos por las oficinas del ACNUR en México y Centroamérica para extender su protección a las personas o grupos afectados. El representante del ACNUR en el Comité de Elegibilidad se encontró pues con la insostenible alternativa de 1) hacer caso omiso de la guía que él mismo había puesto en manos de sus colegas del Comité, o 2) sentirse absurdamente legalista por permitir que los criterios de la Convención de 1951 fueran estrictamente aplicados en un país que aún no había ratificado dicha Convención.

Mientras solicitantes de asilo continuaban presentando sus peticiones a la Oficina de Refugiados, a un ritmo de 150 por mes durante 1988, siendo muchos rechazados por no calificar como refugiados según los lineamientos aplicados por la mayoría del Comité de Elegibilidad, el ACNUR mantenía que éstos se encontraban bajo su mandato.

De esta manera se creó —en la práctica pero otra vez no en la ley— la categoría de "desplazado bajo protección del ACNUR", satisfaciendo los criterios de Cartagena pero no los de la Convención de 1951. Aparte de utilizar una terminología equivocada —estos desplazados son y deben ser llamados refugiados— esta distinción sirvió de poco

<sup>55</sup> Ver nota 35.

en ausencia de reglamentos específicos sobre la condición de "desplazado".

Lo siguiente fue observado por el autor al regreso de una misión a Belice en septiembre de 1988:

En el contexto actual, la etiqueta "desplazado" en un expediente individual de la Oficina de Refugiados no acarrea ningún efecto legal. Un "desplazado" es, en esencia, un "caso rechazado", y órdenes de abandonar el territorio son expedidas a estas personas. No existe más que un frágil acuerdo verbal que los casos identificados como "desplazados" son del interés del ACNUR y por lo tanto no deben ser devueltos. La solución a largo plazo resta en el reconocimiento por parte de las autoridades de su responsabilidad sobre los "desplazados"; mientras tanto una influencia mayor del ACNUR sobre los procedimientos de elegibilidad podría contribuir a reducir el número de casos así clasificados.

Mientras que este último objetivo sólo pudo ser alcanzado parcialmente (según el ACNUR 118 familias fueron categorizadas como "desplazadas" para fines de 1989), al menos la nueva administración mostró mayor flexibilidad en el otorgamiento de residencia para miembros de este grupo. Si bien, durante la elaboración del proyecto de ley sobre refugiados, este tema ha sido discutido, aún no hay señales claras de la tan deseada transferencia de responsabilidad sobre los desplazados al gobierno de Belice, y ha persistido durante todas las facetas de elaboración de la legislación la amenaza de que éstos permanezcan en un limbo jurídico a pesar de ella.

10. El primer borrador de proyecto de Ley intentó una amplia definición yuxtaponiendo elementos de la Convención de 1951 y de la Declaración de Cartagena, es decir, por una parte, fundados temores de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas; y por otra parte amenazas a la vida, seguridad o libertad como resultado de violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público (sección 3 (1) propuesta).

Además, la subsección 2 de la sección 3, y la 4, reproducen las cláusulas de exclusión y cesación del artículo 1 (F) y 1 (C) de la Convención de 1951 literalmente. Este borrador se propone facultar al ministro responsable en materia de refugiados para accionar, según se requiera, un procedimiento que permita la aplicación de cláusulas de

cesación de la condición de refugiado o la cancelación de la misma basándose en "motivos para creer que una persona que ha sido reconocida como refugiado no debería haber sido reconocida como tal". Las cláusulas de exclusión y cesación y el procedimiento de cesación/cancelación han de hecho sobrevivido el segundo y tercer borradores del proyecto de Ley.

Sin embargo, como era de esperarse, el peso de las consideraciones políticas no recaerá en dichas sutilezas legales —todas, efectivamente, dentro de las normas de la Convención, pero más bien en la definición de refugiado ampliada por los conceptos de Cartagena.

Oficiales de Relaciones Exteriores afirmaron, señalando la definición, que el Proyecto de Ley debería únicamente hacer referencia general a la Convención y al Protocolo, sin siquiera citar sus artículos, por temor a que el Parlamento, durante el debate, examinara detenidamente y punto por punto la definición de refugiado. Se pensaba que esto sería contraproducente ya que, como se menciona arriba, el gobierno quería mantenerle a esta cuestión un perfil relativamente bajo y deseaba que el Proyecto de Ley se aprobara como una consecuencia inevitable, pero anodina, de la adhesión del país a los instrumentos internacionales en la materia. Comprendiendo las tácticas políticas involucradas, el ACNUR sin embargo argumentaba que el hacer una referencia general a algunos artículos de la Convención, únicamente podría tener validez si ésta formara parte del Derecho interno (un punto sujeto a dudas, como se explicó arriba) y que sería una lástima no tomar ventaja del proceso legislativo para recoger, en términos legales, la totalidad de la experiencia de Belice en el manejo del fenómeno centroamericano de refugiados —en otras palabras, ACNUR no estaba dispuesto a olvidarse de Cartagena.

11. Haciendo un esfuerzo por conciliar estos puntos de vista, el segundo borrador ofreció una alternativa y el esbozo de un compromiso.

La primera parte de la alternativa presentada al Ministro, se apegaba estrictamente a las preocupaciones de su personal, y no iba más allá de reproducir el Art. 1 A(2) de la Convención, enmendado por el Protocolo de 1967, excepto por una indispensable cláusula que asegure que las personas reconocidas como refugiados antes de la aprobación de la Ley de Refugiados, retendrán dicha condición (como hemos visto, muchos de ellos, incluyendo al primer grupo de refugiados reconocidos oficialmente —los pioneros del Valle de Paz— probablemente no calificarían bajo los criterios de la Convención).

La segunda alternativa trató de mantener un balance de los enfoques minimalista y maximalista por los que el gobierno y el ACNUR se culpaban mutuamente. Declarando que:

"Un refugiado es una persona que

- (a) ha sido determinada como refugiado por el Comité de Elegibilidad, de acuerdo a la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, tomando en consideración también las circunstancias de violencia de índole política en la región, incluyendo la violación masiva de los derechos humanos, o
- (b) fue reconocida como refugiado por el gobierno de Belice antes de la entrada en vigor de esta Ley".

Al final, el Ministro se mostró sensitivo a la especificidad regional y decidió aprobar la ampliación de la definición contenida en la Convención. La siguiente redacción, sin duda el mejor compromiso posible, fue pues incluida en el tercer borrador:

"Un refugiado es una persona que

- (a) debido a fundados temores de ser perseguida por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas:
  - (i) se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;
  - (ii) careciendo de nacionalidad y encontrándose fuera del país de residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;
- (b) es reconocida como refugiado por el Comité de Elegibilidad, tomando en consideración circunstancias de violencia de índole política en la región, incluyendo la violación masiva de los derechos humanos, que hayan amenazado la vida, seguridad o libertad de la persona, obligándola a abandonar el país de su nacionalidad o residencia habitual;

(c) fue reconocida como refugiado por el gobierno de Belice antes de la entrada en vigor de esta Ley".

Así pues, esta nueva redacción abarca elementos de la Convención para el reconocimiento de refugiados debido a fundados temores de persecución por uno de los cinco motivos ya conocidos, así como, en forma concentrada, los innovativos ingredientes de Cartagena: éxodo forzoso causado por amenazas a la vida, seguridad o libertad a raíz de "circunstancias de violencia de índole política, incluyendo la violación masiva de los derechos humanos".

Cierto es que la frase "violencia de índole política" no es muy satisfactoria desde el punto de vista legal, pero debe ser leída a la luz de la preocupación gubernamental de encontrar una fórmula que uniera dos ideas básicas:

- el tipo de protección vislumbrado por la Ley de Refugiados acoge a víctimas de la violencia, pero
- no se extiende a individuos cuya migración se debe a desórdenes económicos.

En este sentido, no se puede decir que el texto adoptado excluya actos de violencia cometidos e.g., por cuerpos militares disciplinados (supuestamente no involucrados en política); ni tampoco excluirá a individuos o grupos indiferentes o no involucrados en política, que se se vean afectados por violencia indiscriminada. Tal vez una versión más extensa y apropiada para la abreviación "violencia política" podría ser: violencia por motivos políticos y/o violencia en el marco de tensiones políticas, donde el adjetivo "política" se aplicaría:

- al contexto del cual ha surgido la violencia, y/o
- a los motivos detrás de, o los objetivos perseguidos por las acciones que han generado la violencia, más bien que a la violencia en sí, sus víctimas o sus autores.

Esta lectura del texto permite cubrir aquellos elementos de la definición de Cartagena que distinguidos juristas designaron como "elementos de derecho humanitario" —viz. conflictos internos, agresión extranjera, violencia generalizada y graves disturbios del orden públi-

co,<sup>56</sup> además de la violación masiva de los derechos humanos, que se encuentra explícitamente mencionada.

12. Otro progreso notable sobre borradores anteriores contenido en el borrador No. 3 es la introducción de la misma combinación de elementos de la Convención y de Cartagena en la cláusula de *no-devolución* propuesta en la fracción 16 —sin duda alguna una herramienta eficaz de protección que reza: "No obstante disposiciones en otras leyes, no se negará la entrada a Belice, ni se expulsará del país a ninguna persona que, de no ser admitida o de ser expulsada o devuelta en cualquier forma, se vea obligada a regresar o permanecer en un país donde su vida, libertad o seguridad personal sea amenazada debido a su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, o debido a violencia de índole política en la región, incluyendo la violación masiva de los derechos humanos".

Como puede verse, la protección propuesta en esta cláusula va tan lejos como la contenida en el Art. 22(8) de la Convención Americana de Derechos Humanos arriba mencionada.<sup>57</sup> Ciertamente, la negativa de entrada o rechazo en la frontera está equiparado sin ambigüedad a una devolución; la utilización de "shall", en el texto inglés original, sin excepción alguna, hace que la prohibición de la devolución sea más fuerte que en cualquiera de los artículos pertinentes de la Convención.<sup>58</sup> La fracción 17 propuesta, de acuerdo con disposiciones de la Convención,<sup>59</sup> estipula que el Ministro puede, por razones de seguridad nacional u orden público, expedir una orden de expulsión a un refugiado "siempre y cuando éste no sea expulsado a un país donde, de acuerdo con la fracción 16, no pueda ser regresado", y este refugiado "tendrá el derecho a apelar" como dispuesto en la ley general sobre extranjeros en Belice.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> H. GROS ESPIELL, S. PICADO, L. VALLADARES LANZA. "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina", U. N. doc. CIREFCA/89/9, reproducido en *International Journal of Refugee Law*, vol. 2 (1990), pp. 83 ss.

<sup>57</sup> Ver nota 15.

<sup>58</sup> *Convención de 1951*, artículo 33, particularmente para. 2.

<sup>59</sup> *Ibid.*, artículo 32.

<sup>60</sup> *Aliens Ordinance, 1910, as amended*, Sect. 8, 9, 14. *The Laws of Belize*, Chapter 124.

## VI. CONCLUSIONES

1. Estas conclusiones son necesariamente tentativas: mucho queda por hacerse hasta que las herramientas de protección a refugiados que en México y Belice se han venido forjando sean verdaderamente operacionales. En Belice, falta todavía el paso crucial de aprobación de la propuesta de Ley, y persiste el velo de inseguridad sobre la incorporación de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 al ordenamiento jurídico interno; por otro lado, el proyecto actual es bastante más completo que el Decreto mexicano, particularmente en lo concerniente a procedimientos de elegibilidad. Sin embargo, en ambos países, únicamente la elaboración de reglamentos ejecutorios arrojará algo de luz a la condición propiamente dicha —el paquete de derechos y obligaciones— de los individuos reconocidos como refugiados.

2. En el plano definicional, defensores de la Declaración de Cartagena seguramente encontrarán motivos para celebrar en esta doble ratificación de la relevancia de ésta al fenómeno de refugiados en Centroamérica. Sin embargo, ninguno de los dos sistemas conceptuales es completo: el texto de Belice se acercó a las recomendaciones de los autores de Cartagena "para utilización en la región", pero al final de cuentas no se atrevió a enumerar los elementos verdaderamente novedosos que Cartagena había propuesto; en México, en contraste, la primera parte de la definición de Cartagena, retomando los elementos de la Convención/Protocolo, es la que ha sido dejada a un lado. Aquí, para cerrar el círculo de la protección a refugiados, será necesario que, o la institución del asilo político territorial sea revitalizada y aplicada más generosamente a refugiados centroamericanos, o que México se una a los Estados partes de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967. Lo ideal sería que estos dos pasos fueran adoptados.

3. Estos desarrollos jurídicos en dos países con una cantidad relativamente importante pero ampliamente desconocida de refugiados, tiene que animar grandes esperanzas en la creación de una jurisprudencia sobre los llamados fundamentos de Cartagena para el reconocimiento de refugiados. Ciertamente factores como violencia generalizada, conflictos internos o violación masiva de los derechos humanos, por nombrar algunos, han sido casi únicamente aplicados en determinaciones

*prima facie* en situaciones de flujos masivos<sup>61</sup> y necesariamente, en la región, fuera de cualquier marco legal, ya que ningún país los poseía en su arsenal de normas interno. La práctica del ACNUR sobre elegibilidad individual en base a estos términos, ha permanecido confinada a los registros internos de la organización.

Es un enorme reto para las autoridades, de Belice y México, responsables de la resolución de futuras solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado. Tan grande es este reto que nos gustaría verlo compartido con las Cortes. Desafortunadamente, es poca la probabilidad que puntos de definición del refugiado sean derivados a la magistratura. En Belice la más alta instancia concebida para el procedimiento de elegibilidad es un Comité de Apelaciones de Refugiados nombrado por el Ministro,<sup>62</sup> cuyas decisiones no están sujetas a revisión judicial. Si bien se prevén disposiciones para la suspensión de procedimientos legales por entrada o presencia ilegal en contra de refugiados potenciales, se supone que la Corte Penal debe derivar la cuestión de determinación de la calidad de refugiado a las autoridades administrativas, sin hacer ningún pronunciamiento propio al respecto.

La correspondiente cláusula de no-penalización en el Decreto mexicano es aún más restringida, ya que únicamente cubre sanciones por entrada ilegal a territorio mexicano, que podrán ser aplicadas por la Secretaría de Gobernación: estas sanciones administrativas no son apelables en las Cortes. De hecho, el control de las Cortes mexicanas sobre acciones o decisiones administrativas se limita generalmente al procedimiento de *amparo*. Teóricamente, un solicitante de asilo quien, como extranjero, tiene derecho a las garantías individuales establecidas en la Constitución,<sup>63</sup> podría invocar su derecho a la seguridad personal para solicitar *amparo* contra una orden de expulsión y en esta ocasión resolver su condición de refugiado ante la Suprema Corte. Desgraciadamente esta perspectiva es considerablemente reducida por la

<sup>61</sup> Por la misma razón, motivos tales como la agresión extranjera o graves disturbios del orden público, ya estipulados por la *Convención de la Organización de la Unidad Africana*, *cit.*, no han dado lugar a ninguna jurisprudencia significativa en el África. Sin embargo, no se justifica el limitar la aplicación, ya sea de la definición de la O.U.A. o de la de Cartagena, a grupos de personas por oposición a individuos: de hecho, la propia terminología ("personas" en Cartagena, "cada persona" en la *Convención de la O.U.A.*) sugiere una determinación individual, cada vez que sea factible.

<sup>62</sup> Tercer borrador, Sec. 8 propuesta.

<sup>63</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, artículo 33.

misma Constitución, artículo 33, que faculta al Ejecutivo proceder, por medio de un decreto o acuerdo presidencial, con la expulsión de un extranjero indeseable sin que el juicio de *amparo* pueda ser interpuesto por este último.<sup>64</sup> Si bien es cierto que el Ejecutivo hace un uso muy restringido de esta facultad, probablemente no estará muy deseoso de permitir que el poder judicial supervise sus responsabilidades en el área de control migratorio.

## NOCIÓN ONTOLÓGICA, JURÍDICA Y FORMAL DE LA PERSONA HUMANA Y EL DERECHO A LA VIDA

Salvador MIER Y TERÁN

SUMARIO: I. Noción de persona. 1.1 Noción ontológica de persona. 1.2 Persona en sentido jurídico. 1.3 Persona en sentido formal. II. El hombre es persona. 2.1 Iniciación de la persona. 2.2 Nasciturus y persona. III. Naturaleza humana, legislación positiva, Derecho natural. IV. La vida como derecho natural. 4.1 Concepto y descripción. 4.2 Algunas propiedades del derecho a la vida.

### I. NOCIÓN DE PERSONA

#### 1.1 Noción ontológica de persona

##### 1.1.1 Preámbulo: origen y etimología

Es ya clásica la definición de persona sustentada por Boecio en *De duabus naturis: persona est rationalis naturae individua substantia*.<sup>1</sup> Esta definición es recogida y analizada, siglos después, por Tomás de Aquino.

Es un hecho, por demás conocido, que el estudio de la noción de persona, fue suscitado por intereses teológicos. No obstante, hay que dejar claro, desde el primer momento, que la noción de persona no es de suyo una noción para cuya comprensión y aceptación se necesite la fe. La noción ontológica de la persona no es una noción teológica. Es una noción, sí, que presupone una apertura intelectual a la dimensión espiritual.

En cuanto al origen etimológico del término "persona", es el mismo Boecio quien nos dice que:

el nombre de *persona* parece haber sido derivado de otro origen: a saber, de aquellas *personas*, que en las comedias y tragedias

<sup>1</sup> BOECIO, Severino, *Sobre la persona y las dos naturalezas contra Eutiques y Nestorio*, cit. por FERNÁNDEZ, Clemente, *Los filósofos medievales*, Madrid, 1979, pág. 553.

<sup>64</sup> *Ibid.* Véase: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, México, 1985, pp. 91-92. La doctrina no es unánime sobre este punto, sin embargo. Ver un comentario en Ignacio BURGOA, *Derecho Constitucional Mexicano*, 4ª ed., México (Porrúa), 1982, pp. 134 a 144.

representaban a aquellos hombres que les interesa (representar). Ahora bien, *persona* viene de *personando*, acentuada la penúltima. Si se acentúa la antepenúltima, aparecerá claramente que se deriva de *sono*; y vendría de *sono* porque una superficie cóncava se refuerza más y se devuelve con más intensidad el sonido. Los griegos llaman también *πρόσωπον* a esas personas, porque se ponen algo adelante de la cara y ocultan el rostro a la vista de los demás. Pero, como puestas esas caretas, los actores representaban en las tragedias o comedias a los que querían representar, por ejemplo, a Hécuba, o a Medea, o a Simón, o a Crems, por eso llamaron *persona* también a los demás hombres a los cuales se les reconocía certeramente en la forma que presentaban; llamaron unos y otras, los latinos *persona*, y los griegos *ὑπόστασις*.<sup>2</sup>

Cabe anotar, cómo desde su misma etimología la noción de persona va asociada a la de "dignidad". La dignidad es una preeminencia o excelencia; así, el actor es el sujeto que desempeñaba "un papel", una dignidad.

### 1.1.2 Análisis de la noción

La definición de persona como substancia individual de naturaleza racional está constituida fundamentalmente por elementos propios de la metafísica aristotélica, alguno de los cuales será interpretado y enriquecido por la metafísica tomista. Y es, por ende, en este contexto eidético donde la noción de persona tiene su verdadera dimensión.

La filosofía de Aristóteles y de Tomás de Aquino ilumina la noción de persona y ayuda a comprender por qué debe ser defendida con tan gran denuedo su dignidad, por qué no puede ser instrumentalizada, por qué no puede ser atacada injustamente, etc. Por tal razón, nos permitimos hacer un breve análisis filosófico de sus elementos.

No obstante, cabe advertir que la dignidad de la persona humana ha sido defendida no sólo por el realismo metafísico, sino también por doctrinas como el idealismo trascendental de E. Kant, el existencialismo de G. Marcel o el personalismo de E. Mounier, Denis de Rougemont y Maurice Nendocelle, entre otros.

a) La persona es, antes que nada, substancia. Pero el término substancia es un término análogo: "Según el filósofo —escribe Tomás de Aquino—, el término substancia se emplea con dos acepciones. Unas

<sup>2</sup> *Ibidem*.

veces se llama substancia a la *quiddidad* o esencia de las cosas (*quidditas rei*) que expresa la definición, que es el sentido en que decimos que *la definición expresa la substancia de los seres*, y esta substancia es a la que los griegos llamaron y nosotros podemos llamar *esencia*. En otro sentido, llámase substancia, al *sujeto* o *supuesto* que *subsiste en el género de substancia*, y este sujeto tomado en general se puede denominar o con un nombre que signifique intención o concepto y de este modo se llama *supuesto*, o también con tres nombres significativos de cosas reales, que son *realidad de naturaleza, substancia e hipóstasis*".<sup>3</sup>

El texto es claro: el término substancia indica, al incluirse en la noción de persona, la dimensión real, concreta y singular del designado por la noción en cuestión. Y para evitar el equívoco, que la ambivalencia del concepto substancia pudiese ocasionar, Boecio agrega el adjetivo *individua*. Así, la noción de persona no designa algo abstracto y universal, como la "humanidad". Persona se aplica al individuo, y sólo al individuo. Toda persona es individuo, y no cabe —en sentido ontológico— aplicar la noción de persona al Estado, la sociedad, o algún otro fenómeno, por ejemplo, de tipo asociativo.

La persona es substancia en cuanto existe en sí misma y no en otro, en cuanto es portadora de determinada naturaleza y en cuanto es sujeto de accidentes.<sup>4</sup> Así, la persona no puede ser subordinada —al modo de accidentes— a otra realidad. Por tanto, la persona, cuando "forma parte" de algo, no lo hace perdiendo su substancialidad, es decir, es substancia independientemente de la realidad en que se inserte. Es portadora de determinada naturaleza porque la persona tiene una esencia. Es importante señalar —aunque líneas después abundaremos poco más en el tema— que la persona "tiene" su naturaleza de un modo completo. Por último, la persona es substancia, y en cuanto tal, sustenta accidentes. La persona es portadora de accidentes, pero la personalidad no se reduce a esos accidentes.

Consideramos fundamental la distinción entre la substancia personal y sus accidentes. Para mostrar su verdadera distinción —no es una mera sutileza racional— basta apelar a la propia conciencia y a la experiencia sensible: aunque son evidentes los cambios en la persona humana —tamaño, color, relaciones, etc.— resulta igualmente evidente que permanece un sustrato.

<sup>3</sup> S. TH. I, q. 29, a. 2.

<sup>4</sup> 3 Sert. d. 5, q. 2, a. 1, ad 2.

Tampoco puede objetarse —y ya lo han intentado algunos filósofos existencialistas— que la persona carezca de naturaleza, por ser toda ella un proyecto. Esto no pasa de ser una metáfora (aunque fundada en su perfectibilidad), pues resulta patente que la persona humana sólo puede hacer un proyecto vital dentro de un determinado marco.

Por lo anterior, concluimos que corresponde a la persona ser substancia, y por ello mismo, individuo, pues "aunque lo universal y lo particular se halla en todos los géneros, sin embargo, el individuo se halla de un modo especial en el género de substancias porque la substancia se individualiza por sí misma y los accidentes, en cambio, por su sujeto".<sup>5</sup>

El concepto de persona reclama intrínsecamente la individualidad. Es un concepto que sólo adquiere sentido pleno en el individuo real y concreto, en el verdaderamente subsistente.

No obstante, advirtamos cómo no todo individuo es subsistente. De este modo, los accidentes, aunque individualizados, no son subsistentes.

b) El término "naturaleza" aparece en la definición de Boecio —según la interpretación de Tomás de Aquino— para designar la dimensión formal, y al mismo tiempo, activa, de la noción de persona. Naturaleza significa —en uno de sus múltiples sentidos— "la esencia de la cosa en cuanto principio de operación, ya que ninguna cosa puede despojarse de su propia operación".<sup>6</sup> De este modo decimos que un ser obra según su naturaleza: *operatur sequitur esse, et modus operandi sequitur modus essendi*. Es decir, existe una correlación entre las propias operaciones y la propia esencia o naturaleza. La actividad es la manifestación dinámica de la esencia. Y así decimos que un ser humano no se comporta racionalmente —en sentido más o menos figurado—, cuando alguno de sus actos no manifiesta su racionalidad.

Hacemos dos observaciones relativas al concepto de naturaleza:

i) Al ser la naturaleza la misma esencia considerada en cuanto principio de actividad, podemos inferir que si la esencia no puede tenerse de un modo disminuido (no se es más o menos animal, no se es más o menos hombre) tampoco la naturaleza se puede tener de un modo disminuido. En todo caso, son las operaciones (actos segundos) "producidas" por la naturaleza específica (acto primero), las que pue-

den manifestarse defectuosas. Por ejemplo, las operaciones de un ave, v. gr. volar, pueden ser defectuosas, y no por ello decimos que es "menos ave", que otra. Ambas bestias son igualmente aves, aunque una de ellas se manifiesta imperfecta respecto a su operatividad.

ii) Es necesario tener especial cuidado al manejar el principio *operatur sequitur esse, et modus operandi sequitur modus essendi*, porque, si bien es cierto que inferimos la naturaleza de un ser por sus manifestaciones operativas (así conocemos que un ente es vivo, porque tiene *operaciones vitales*), no podemos negar —sin más— a un ente determinada naturaleza porque no se manifiesta según tal naturaleza.

La naturaleza es principio de operación, pero tener un principio de operación no significa obrar de un modo continuo e ininterrumpido. Es de la naturaleza de la mayoría de las aves volar, y sin embargo no siempre están volando. Es de la naturaleza del hombre razonar, y mientras duerme no razona. Y no por ello decimos que el ave no es ave cuando no vuela, ni que el hombre no es hombre cuando está inconsciente.

La naturaleza permanece presente, como principio de actividad, aunque no se traduzca continuamente en actos. Sólo podemos hablar de un cambio de naturaleza, cuando las disposiciones estructurales de un ente se presentan verdaderamente diversas al estado anterior. De este modo, podemos afirmar que un animal ya no lo es —ha cambiado de naturaleza— cuando en el cuerpo se incoa la putrefacción.

c) Un tercer elemento de la definición de persona, es el referido a la especificación del carácter racional de su naturaleza. La persona es racional. La racionalidad y la subsistencia son las dos notas fundamentales y especificantes de la persona. Son estas dos notas las que le confieren su dignidad:

La persona significa una cierta naturaleza con un modo de existir. Pero la naturaleza que la persona incluye en su significación es de todas las naturalezas la más digna, a saber, la naturaleza intelectual según su género. Igualmente el modo de significar que importa la persona es el más digno, a saber, que algo sea existente por sí.<sup>7</sup>

Es la racionalidad o inteligencia lo que distingue a la persona de una mera substancia; la racionalidad constituye a la persona en cuanto

<sup>5</sup> S. TH., I, q. 29, a. c.

<sup>6</sup> AQUINO, Tomás de, *El Ente y la Esencia*, México, 1979, pág. 23.

<sup>7</sup> AQUINO, Tomás de, *De Potentia*, q. 9, a. 3, Turin, 1966.

persona, y por ello, es causa de su dignidad o perfección, así como origen y raíz de todas las propiedades estrictamente personales. La racionalidad es el constitutivo propio de la persona, es su constitutivo formal, porque es una determinación de la naturaleza o esencia. La racionalidad es el constitutivo formal de la persona.<sup>8</sup>

La naturaleza racional se da en el hombre como capacidad de deducir unas verdades de otras. El término *racional* se toma aquí en el sentido de la capacidad de discurrir, inexistente en los animales infrahumanos y que no se da tampoco en Dios, aunque en el caso del máximo entendimiento la inexistencia de esa capacidad no es realmente ninguna imperfección. Sin necesidad de discurrir, Dios tiene un conocimiento absoluto y cabal de toda la realidad en la integridad de sus aspectos.

La posesión de la capacidad de razonar o, lo que es lo mismo, la actitud para discurrir, confiere al hombre el rango de la persona en lo que atañe a la naturaleza que este nivel exige, pero no por virtud de la necesidad de transitar desde unas evidencias inmediatas hasta otras que necesitan fundamentarse en ellas, sino precisamente porque la capacidad de razonar presupone el conocimiento intelectual sin mediación ni rodeo, de los principios de toda demostración, así como la noticia intelectual —no pura y simplemente sensorial— de lo que son las cosas sobre las cuales versan nuestros razonamientos. Por ello es por lo que el rango a nivel ontológico del hombre puede y debe considerarse como el de una persona en lo que atañe a la naturaleza necesaria para llegar realmente a esa preeminencia o dignidad.<sup>9</sup>

La naturaleza racional es, en definitiva, la fuente de la dignidad personal. Ello porque —como se desprende del párrafo anterior—, la vida intelectual trasciende el orden sensible. Con la vida intelectual se entra en el dominio propiamente espiritual sin duda alguna, la espiritualidad de la persona es el punto neurálgico de nuestra exposición. Es la espiritualidad de la persona la causa de la excelencia de su ser, por encima de los demás entes de la naturaleza.

La existencia de entes racionales es un hecho evidente. Hasta el más craso materialismo se ve impelido a reconocer esta evidencia. Pero reconocer la espiritualidad de la persona es ya bien distinto. La mutua implicación de inteligencia y espiritualidad fue bien estudiada en el

medievo. No es nuestro propósito demostrar aquí la espiritualidad de la persona. Compete esto a la antropología filosófica. Bástanos con apuntar, cómo la aplicación del principio "el modo de obrar sigue al modo de ser" nos lleva a reconocer, dada la espiritualidad de las operaciones intelectivas —la aprehensión de universales y la reflexión—, la naturaleza espiritual del principio que origina dichas operaciones.<sup>10</sup>

La racionalidad es la propiedad que permite a la persona estar abierta a la naturaleza circundante. Por aquélla es capaz de intelegir —en mayor o menor proporción— el orden del universo; es capaz de reconocerse a sí misma como miembro del cosmos, y como un ser dotado de finalidad. La racionalidad de la persona la abre radicalmente al ser, hasta tal punto que —refiriéndose al entendimiento humano— Tomás de Aquino llega a afirmar: "lo que puede ser, se puede entender".<sup>11</sup> Esta radical apertura de la persona a la naturaleza es una clara consecuencia de su naturaleza espiritual.

La persona, precisamente por ser racional, es libre, pues "sólo la criatura racional tiene el dominio de sus actos, moviéndose libremente a obrar".<sup>12</sup> La libertad —y particularmente la propia de la persona humana— está intrínsecamente ligada a la racionalidad. No hay libre querer si no hay un previo conocimiento racional.

La libertad, autodeterminación de la persona a un bien concreto, es una nítida manifestación de la racionalidad. La voluntad que libremente se mueve dista de ser un apetito puramente sensible. Resulta suficiente para demostrar tal hecho, el que la persona tenga la capacidad de querer algo que rebase los límites de lo estrictamente corpóreo.

No pretendemos hacer aquí un análisis del libre arbitrio, pero sí queremos subrayar la importancia de esta capacidad para reconocer en su justo término la dignidad de la persona.

La libertad refuerza, en cierta manera, la individualidad de la persona:

pero de manera todavía más especial y perfecta se halla lo particular e individual en las sustancias racionales, que son dueñas

<sup>10</sup> AQUINO Tomás de, *Summa contra Gentiles*. Libro II, cap. 49, Madrid, 1963. Para ampliar los argumentos, en favor de la inmortalidad del alma humana, pueden consultarse también entre otros autores: GILSON, Etienne, *Elementos de Filosofía Cristiana*, Madrid, 1969, págs. 261 y ss. NICOLÁS DERISI, Octavio, *Los Fundamentos metafísicos del orden moral*, Madrid, 1969, págs. 65 y ss.

<sup>11</sup> AQUINO, *Summa contra Gentiles*, cit., Libro II, cap. 98.

<sup>12</sup> *Idem.*, Libro I, cap. 3.

<sup>8</sup> Cfr. FORMET, Eudaldo, *Ser y persona*, Barcelona, 1983, págs. 52 y 53.

<sup>9</sup> Cfr. MILLÁN PUELLES, Antonio, *Léxico Filosófico*, Madrid, 1964, pág. 120.



de sus actos y no se limitan a obrar impulsadas, como sucede a las otras, sino que se impulsan a sí mismas. Y las acciones están en los singulares. Por este motivo, los singulares de naturaleza racional tienen entre las demás sustancias un nombre especial, que es el de la persona. Por tanto, la definición de persona *sustancia individual*, indica lo singular del género de sustancia, y se añade *de naturaleza racional*, para significar lo singular de las sustancias racionales.<sup>13</sup>

Precisamente por ser racional, y por ende libre, la persona es sujeto de deberes y de derechos, que están determinados por la naturaleza personal y por la situación concreta en que se encuentra.<sup>14</sup>

### 1.1.3 Consecuencias

Ya hemos indicado —al menos de un modo implícito— algunas de las consecuencias que se siguen de la naturaleza de la persona. Nos permitimos abundar un poco más en algunas de ellas.

#### A) Dominio de sí mismo

Ya Aristóteles escribía que es libre el hombre en cuanto se pertenece a sí mismo, en cuanto es causa de su propio actuar.<sup>15</sup> Por el contrario, quien no se determina a sí mismo para obrar, no obra libremente. Sólo los entes dotados de racionalidad son capaces de obrar libremente, es decir, de autodeterminarse a sí mismos en orden a su obrar. Y dado que son causas de su obrar, son responsables y dueños de su obrar, y en cierta manera de su propio ser.

La persona se domina a sí misma por la razón; este dominio tiene su expresión a través de la libertad. Por esta dimensión de la racionalidad, la persona no sólo es consciente de sus finalidades, sino que es capaz de autodirigirse a esas finalidades, sin estar fatalmente determinada.

El dominio sobre el propio ser es la nota fundamental de la persona. Por eso ser persona denota dos cosas que son como las dos caras del dominio sobre el propio ser. La persona es dueña

<sup>13</sup> S. TH. I, q. 2a., a. 1c.

<sup>14</sup> VERNAUX, *Filosofía del Hombre*, Barcelona, 1963, pág. 234.

<sup>15</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, Madrid, 1965, I, 2, 981, b 26.

de sus actos ontológicamente, esto es, por la razón es capaz de dominar el curso de sus actos. Pero a la vez es dueña de su propio ser, en el sentido de que se autopertenece a sí mismo y es radicalmente incapaz de pertenecer a otro ser. Un dominio ontológico y, al mismo tiempo, un dominio moral, el cual necesariamente es dominio jurídico, porque, el ser y los actos de la persona, por pertenecerle, son derecho suyo frente a los demás.<sup>16</sup>

El animal, al no pertenecerse no es dueño de nada. Se limita a ser una pieza más de la naturaleza. En cambio, la persona se domina a sí misma. El dominio de sí engendra en los demás una deuda, es decir, los otros deben respetar ese dominio que cada persona tiene sobre sí. Como el dar —en términos de justicia— comprende el respetar, cuando decimos que a la persona hay que "darle" sus derechos, estamos diciendo que se le respeten y protejan todos sus derechos naturales.

La persona —por ser dueña de sí misma— es incapaz de ser pertenencia ajena en sentido ontológico.<sup>17</sup>

Este dominio que de sí misma tiene la persona, la hace un sujeto digno.

Dicha dignidad se concreta en derechos que le son debidos de un modo natural, es decir, por el sólo hecho de ser persona. Pero al mismo tiempo, la mencionada dignidad personal engendra en la persona el deber de mantenerse a la altura de su dignidad ontológica al hacer uso de la libertad. Todo deber natural consiste en una exigencia que responde objetivamente a la manera sustancial de su ser. La operatividad —conducta— de la persona no se identifica con su naturaleza, por ello mismo, la conducta puede no adecuarse —no ser con-digna— al ser sustancial propio de la persona. Es decir, la libertad posibilita un desfaseamiento entre la conducta y la naturaleza.

Así como el deber general engendrado por la naturaleza personal, ordena adecuarse a la propia esencia y todas sus exigencias, hay también un derecho general, el cual resume los diversos derechos de toda persona humana: el de ser tratado cabalmente como persona humana. Abundaremos al respecto en el siguiente inciso.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, 1981, pág. 116.

<sup>17</sup> Cfr. HERRERA JARAMILLO, Francisco José, *El derecho a la vida y el Aborto*, Pamplona, 1984, págs. 66 y 67.

<sup>18</sup> MILLÁN PUELLES, *Léxico... cit.*, pág. 466.

Respecto al dominio de sí mismo, queremos hacer todavía una precisión más: la distinción entre dominio y uso de dominio. Hervada nos dice al respecto:

para evitar confusiones conviene distinguir entre el uso del dominio y el dominio en su radicalidad. Toda persona humana se pertenece a sí misma y en virtud de su misma ontología es incapaz radicalmente de pertenecer a otra persona. Este dominio radical se manifiesta en el dominio real, libre de sus actos. Ahora bien, esta manifestación puede venir obstaculizada por enfermedades y defectos (dementes, subnormales, etcétera); en estos casos cabe una tutela o cuidado, pero no un verdadero y propio dominio —pertenencia en sentido estricto— sobre la persona; en su radicalidad ontológica, toda persona —aunque padezca las enfermedades o defectos mencionados— se pertenece a sí misma.<sup>19</sup>

El uso de dominio es un acto concreto, mientras que por dominio no entendemos otra cosa sino una faceta de la naturaleza personal. Lo que constituye en sujeto digno a la persona no es el uso del dominio, sino el dominio que —al menos potencialmente— toda persona posee en cuanto tal. La naturaleza, y no sus manifestaciones, hacen de la persona un sujeto superior a cualquier otro en el orden natural.

#### B) La persona como fin

Ya desde la antigüedad ciertos pensadores han sostenido que algunas personas pueden ser mediatizadas, desconociendo así su dignidad fundamentada en su capacidad de autodominio. El Derecho romano —por ejemplo— considera al esclavo poco más digno que una bestia. Y, por sorprendente que pueda parecernos, dados sus postulados antropológicos, el mismo Aristóteles negaba a algunos individuos la capacidad de dirigirse a sí mismos.<sup>20</sup>

Aristóteles nos dice que el esclavo es "un instrumento destinado a asegurar la vida".<sup>21</sup> Ahora bien, el esclavo así concebido no es un instrumento de producción, sino de acción, siendo esta acción la vida. Sin embargo, por mucho que Aristóteles mitigue la esclavitud, continúa dándose una mediatización de algunas personas.

<sup>19</sup> HERVADA, *Introducción...* cit., pág. 64, nota 25.

<sup>20</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro I, cap. I a 4, México, 1983.

<sup>21</sup> *Idem.*, 4, 1253, b 31.

Este considerar a la persona —por lo menos a algunas— como medio, y no como fin, no es exclusivo de la sociedad antigua, prototípica del modo de producción esclavista. La filosofía hegeliana también parece desconocer, en algunos momentos, la dignidad de la persona, al contemplar la posibilidad de considerarla como medio. Es elocuente al respecto el siguiente fragmento de la *Filosofía de la Historia*:

El Estado es la realidad concreta en la cual el individuo tiene y goza de su libertad (...).

El Estado es, por tanto, el centro de los restantes aspectos concretos: Derecho, arte, costumbres (...). En el Estado, la libertad se hace objetiva y se realiza positivamente (...). Sólo en el Estado tiene el hombre existencia racional (...). El hombre debe cuanto es al Estado. Sólo en éste tiene su esencia. Todo el valor del hombre, toda su realidad espiritual, la tiene mediante el Estado (...). Podría decirse que el Estado es el fin, y los ciudadanos son sus medios (...).<sup>22</sup>

Pero también la postura contraria —la persona como fin— ha tenido grandes representantes, aun dentro del idealismo. Es por demás conocida la postura kantiana.

Según Kant —siempre dentro del inmanentismo— la persona nunca debe ser tratada como medio. Lo dice claramente en los *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres*, donde al reconocer la necesidad de la existencia de leyes prácticas y objetivas, afirma que éstas han de basarse en "la representación de lo que necesariamente es fin para todo el mundo, porque es un fin en sí mismo, y por tanto puede servir como norma práctica general. La base de este principio es que la naturaleza racional existe como fin en sí mismo".<sup>23</sup>

Resulta aún más nítido en la formulación del imperativo categórico: "obra de modo que en cada caso te valgas de la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de todo otro, como fin, nunca como medio".<sup>24</sup>

No es este el lugar para exponer el contexto eidético del imperativo kantiano, ni de los puntos en que con él diferimos. Tan sólo hemos

<sup>22</sup> HEGEL, George Wilhelm Friederich, *Filosofía de la Historia Universal*, Buenos Aires, 1946, págs. 86 y 87.

<sup>23</sup> KANT, Emmanuel, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres*, Buenos Aires, 1973, pág. 111.

<sup>24</sup> *Idem.*, págs. 111 y 112.

pretendido ejemplificar cómo hay posturas antípodas, que en algunos puntos coinciden al defender la dignidad de la persona.

Reforzando el marco filosófico en el cual nos hemos desenvuelto, sostenemos la tesis: "la persona creada es fin en sí misma, pero de modo relativo". Expliquemos la tesis propuesta:

a) La persona es fin en sí misma, ya que toda finalidad terrena, de uno u otro modo, se refiere a ella. La persona tiene superioridad sobre los demás entes del universo, en virtud de la razón, que implica espiritualidad. "Es la forma más alta del ser, el ser *en libertad*, desplegándose según toda su riqueza y manifestando su potencia de expansión. Sin duda, al nivel de nuestra experiencia, la persona siempre está limitada subjetivamente, pero goza de una infinitud objetiva: de derecho, y en cuanto dotada de una naturaleza espiritual, es *captora del ser total*".<sup>25</sup> Así, en la persona, el *esse* revela su doble carácter de acto existencial (que pone al sujeto en su individualidad acabada e incommunicable) y de plenitud, que de suyo trasciende toda determinación (de ahí, una capacidad ilimitada de progreso y la indiferencia dominadora con respecto a todo valor finito).<sup>26</sup>

Mediatizar a la persona implica desconocer fácticamente su naturaleza autodominadora, sujetarla al dominio de otro. Tener razón de medio es perder la capacidad de ser fin en sí mismo. De aquí que mediatizar a la persona es atentar contra su dignidad ontológica.

La persona no debe ser tratada como una cosa. Por el contrario, los demás entes se ordenan a ella.

b) Pero, apunta Herrera Jaramillo, "no puede ser la persona fin en sí misma de modo absoluto, pues la realidad de la participación en el ser indica que el hombre es finito y, como sabemos, sobre lo finito no puede haber una absoluta finalidad, pues ésta sería incompleta".<sup>27</sup>

Esta relatividad de la persona humana como fin, queda puesta de manifiesto en cuanto ella misma alcanza su fin como un objeto distinto de ella misma.

Si, pues, hablamos de último fin en cuanto al objeto mismo, todos los seres tienen el mismo fin último que el hombre, porque Dios constituye en verdad el último fin del hombre y de todas las creaturas; pero, si nos referimos al último fin en cuanto a su consecución, no participan las creaturas irracionales del fin del

<sup>25</sup> AQUINO, Tomás de, *Summa contra Gentiles*, cit., II, cap. 98.

<sup>26</sup> FINANCE, Joseph, *El conocimiento del Ser*, Madrid, 1971, pág. 4865.

<sup>27</sup> HERRERA JARAMILLO, *El Derecho...* cit, pág. 91

hombre. Porque el hombre y los seres intelectuales alcanzan su fin conociendo y amando a Dios; lo cual no compete a las demás creaturas que alcanzan el último fin por participación de alguna semejanza de Dios, según que existen, viven o conocen.<sup>28</sup>

Así pues, la persona humana no es fin absoluto por razón de su finitud, que conlleva:

- una dependencia al modo del efecto respecto a su causa; y
- una dependencia teleológica, la del agente respecto al fin.

Sin embargo —por paradójico que pueda sonar— esta doble dependencia, salvaguarda la dignidad de la persona creada.

En razón de la primera dependencia, sólo el agente tiene *de iure*, dominio sobre ella, y nadie más. Por tanto, ninguna otra persona de similar naturaleza debe tomarse la prerrogativa de dominarla.

En razón de la finalidad, la persona finita es depositaria de un proyecto vital, que no debe ser truncado ni alterado, sino por quien lo dispuso a alcanzarlo. La finalidad trascendente de la persona creada apuntala indefectiblemente su dignidad. Arrogarse el derecho de disponer sobre ella, equivale a desconocer el orden natural, o a constituirse en reordenador absoluto de la naturaleza. Ambas proposiciones son igualmente absurdas.

Por el contrario, la función de la comunidad social, ha de ser facilitar al máximo a la persona su perfeccionamiento, mismo que se alcanza en el fin último de esta perspectiva —humanismo metafísico lo llama Lombardi Vallauri— si "ve en el hombre, y sólo en él, un ser personal dotado de un alma que no procede de la mezcla de elementos materiales y de energía física, sino que es simple y espiritual (...). Su rango ontológico lo hace merecedor de protección con independencia de su actual capacidad de sentir y del grado de desarrollo alcanzado, los derechos al embrión humano desde el momento de la concepción, mientras que le son negados al animal adulto".<sup>29</sup>

## 1.2 Persona en sentido jurídico

Ya apuntamos en el inciso 1.1, cómo la noción ontológica de persona conlleva —aún no hemos visto de qué modo— el ser sujeto de

<sup>28</sup> S. TH., I, II, q. 1, a. 8c.

<sup>29</sup> LOMBARDI VALLAURI, Luigi, "Manipulazioni genetiche e Diritto", en *Rivista di Diritto Civile*, 1985, pág. 6.

derecho. En el presente inciso, plantearemos dos cuestiones íntimamente ligadas con la noción ontológica de persona:

- Origen natural de la juridicidad de la persona, y
- El hombre como sujeto de derechos.

### 1.2.1 Origen natural de la juridicidad de la persona

Definamos, previamente, la noción jurídica de persona como ser sujeto de derecho. Ahora bien, cabe plantear al respecto dos opciones atinentes a si el origen de ésta es positivo, o es natural. Si tomamos como premisa la noción ontológica de persona, nos parece que concluiremos necesariamente el carácter natural de la noción jurídica de ella. Esta argumentación tiene dos partes: en primer lugar, distinguir las nociones ontológica y jurídica de persona, respectivamente. En un segundo lugar, mostrar cómo la noción jurídica de la persona se infiere necesariamente de la noción ontológica de persona. Veamos:

A) Persona en sentido ontológico y persona en sentido jurídico son dos nociones distintas, pero no contrapuestas.

Son dos nociones distintas, porque ambos conceptos designan diversos aspectos. La noción ontológica de persona —como lo dice su nombre— se refiere a los principios últimos, a los constitutivos fundamentales de la persona. A saber, ser sustancia individual de naturaleza racional. Ya en el análisis previamente hecho de esta noción, hemos subrayado cómo a la persona en sentido ontológico le corresponde ser una naturaleza racional subsistente. Vimos, también, cómo la personalidad ontológica implica indefectiblemente la incomunicabilidad (no poder ser asumido por otro), la autodeterminación, la apertura a la trascendencia, el conocimiento intelectual, la imposibilidad ontológica de pertenecer a otro.

Por el contrario, en sentido jurídico significa ser sujeto de derecho. Ser sujeto de derecho no se identifica con ser sustancia individual de naturaleza racional, sino en el individuo concreto de quien ambas nociones se predicán. La noción de persona en sentido jurídico no designa directamente el modo de existir (ser en sí mismo y no en otro), ni hace inmediata referencia a la individualidad, ni se refiere explícitamente a la esencia (naturaleza) del sujeto en cuestión. La noción jurídica de persona señala el ser sujeto de débito. Esto es, a la persona en sentido jurídico, algo (un derecho) le está atribuido por título de justicia. Con la noción jurídica de persona, señalamos no la dimensión metafísica, sino la dimensión jurídica de la persona ontoló-

gica. Esta dimensión jurídica aparece cuando reconocemos que en la persona ontológica, por el mismo hecho de serlo, existe algo que le es debido, algo que por ser portadora de una naturaleza racional, le corresponde. Con lo dicho, nos parece suficientemente delineada la diferencia entre ambos conceptos. Se apunta también ya la relación entre ellos. Dedicamos algunas líneas más al respecto.

B) Si bien hay que afirmar taxativamente la distinción entre persona en sentido ontológico y persona en sentido jurídico, habrá que afirmar con igual fuerza, la íntima conexión entre ambos conceptos. Esta relación interconceptual se manifiesta en dos puntos:

a) Tanto la noción ontológica de persona como la jurídica, se unifican en el sujeto real y concreto de quien ambas se afirman. El caso es análogo al de la distinción entre los trascendentales *bonum* y *verum*. Ambas nociones significan distintos aspectos del ser. Pero ni el *bonum* ni el *verum* tienen idéntico contenido eidético, pues entonces estaríamos en un caso de crasa sinonimia. No obstante, ambos conceptos son mutuamente convertibles, en cuanto se predicán de lo mismo, a saber, el ser, pero mostrando dos perspectivas distintas. De modo similar, persona en sentido jurídico y persona en sentido ontológico, aunque distintas por su contenido conceptual, se unifican por afirmarse del mismo individuo concreto.

Sin embargo, conviene adelantar que esta unificación no es accidental, como sí puede serlo entre los conceptos "músico" y "médico", si ambos se afirman del mismo hombre. La relación entre la noción ontológica y la jurídica de persona no es pura coincidencia; existe una cierta implicación. A evidenciarla dedicamos el siguiente párrafo.

b) La tesis puede resumirse, *grosso modo*, en que el concepto ontológico de persona precontiene su noción jurídica. Es decir, la subjetividad jurídica se infiere de la condición ontológica de la persona. De forma tal que la persona en sentido jurídico bien puede entenderse en términos de corolario o de explicitación de la noción ontológica de persona. En terminología filosófica escolástica, se diría que la noción jurídica de persona es un propio esencial —valga la redundancia— de la noción ontológica de persona. Para hacer patente cómo el concepto ontológico de persona conlleva el ser sujeto de derecho, retomemos la noción ontológica de persona.

Existir como sustancia individual de naturaleza racional es el modo —lo hemos dicho ya— más excelente de ser. Ello, porque portar la

racionalidad implica la espiritualidad. La persona es dignísima porque es espiritual. A su vez, ser sujeto espiritual implica dos puntos:

i) Una naturaleza preeminente, pues es subsistente e incommunicable. Es decir, ningún otro puede asumirla de un modo absoluto. Y si no puede ser ontológicamente asumido por ningún otro, y es más digna que cualquier ser puramente corpóreo, e igualmente digna que cualquier otro de sus semejantes, pues porta la misma naturaleza espiritual, que es la fuente de dicha dignidad, podemos concluir acertadamente que la persona se pertenece a sí misma en su propio ser.

Obviamente este dominio de su propio ser, entendido en términos de autopertenencia ontológica, no es un dominio absoluto. Sustentar esta postura —nos referimos al caso de la persona humana— equivaldría a considerar al ser humano como ontológicamente autosuficiente. Lo cual es manifiestamente falso, dado que ninguna persona humana se otorgó a sí misma su naturaleza ni la tiene desde la eternidad. El tener un comienzo en el tiempo es signo manifiesto del carácter no absoluto de dominio que sobre su propio ser corresponde a la persona.

No obstante el carácter relativo de esta autopertenencia ontológica, puede y debe asegurarse que nadie puede adjudicarse la pertenencia ontológica que de sí misma tiene la persona. Ella se autopertenece, y se le debe respetar tal autopertenencia. Somos deudores naturales de cualquier persona, pues a ella le corresponde, en cuanto persona, autopertenecerse.<sup>30</sup>

Es interesante percatarnos que se puede hablar de la persona como sujeto de derecho, sin haber mencionado aún la ley positiva (la ley natural sí está debajo de nuestra argumentación). La persona se autopertenece a sí misma, o lo que es lo mismo, tiene el derecho a que se le respete el dominio de su propio ser independientemente de que la ley positiva lo reconozca o no. La persona —según este contexto— es sujeto de débito, así sea un esclavo o el César, pues no es la ley positiva la que otorga al hombre su naturaleza. Y puesto que la naturaleza ontológica de la persona conlleva la autopertenencia de su ser, el hombre es persona en sentido jurídico de un modo natural y necesario, reconózcalo o no la ley positiva vigente. Como bien señala Lombardi, la autopertenencia, este poder decir "mío" y decirlo de "mi vida", es una consecuencia de la reflexividad y de la espiritualidad humana.

<sup>30</sup> LOMBARDI VALLAURI, Luigi. "Le culture riduzionistiche nei confronti della vita", "Il valore della vita", en *Vita e Pensiero*, Milán, 1985, pág. 64.

ii) Un segundo aspecto implicado por el ser del sujeto espiritual, es la libertad. En efecto, aunque la naturaleza de la persona marca un fin como tendencia, la persona se autodetermina libremente hacia este fin. Es la misma persona quien se dirige *hacia* su finalidad última. Ella pone los medios, pertinentes o no, y por tanto puede o no alcanzar dicha finalidad.

La libertad de la persona brota de su espiritualidad, pues si lo corpóreo está determinado (basta mirar el mundo para cerciorarse de ello), la espiritualidad nos hace espontáneos. No es éste el lugar para demostrar y explicar la libertad humana, tomémosla como un hecho y dato de experiencia.<sup>31</sup>

Ahora bien, la libertad —de nuevo nos referimos a la persona humana— constituye a la persona en principio y dueño de sus actos. De este modo, la persona tiene dominio sobre su actuar, pues no obra necesariamente de un modo determinado. Ni las leyes físicas ni los instintos constriñen su actuación de un modo absoluto, como si lo hacen en el caso de los demás seres. La persona es capaz de dominar el curso de sus actos, a ello le llamamos dominio moral.

Lo anterior apuntala el carácter natural de la noción jurídica de persona, pues si la persona es por naturaleza causa libre de sus actos, y por ende responsable de ellos y dueño, se le debe —de un modo igualmente natural— respetar tal pertenencia. En este sentido, dar a la persona lo que naturalmente corresponde equivale a respetar esta pertenencia de los propios actos.

Con lo dicho, parécenos suficientemente mostrado que la noción jurídica de persona es natural, ya que viene implícita en la noción ontológica de persona, la cual es natural. Por tanto, si partimos de la existencia de personas ontológicas, necesariamente concluiremos que son sujeto de derecho de un modo natural. Así que es erróneo afirmar que la noción jurídica de persona —sujeto de derecho— es de origen positivo. Al contrario, la noción ontológica de persona es presupuesto fundamental de la noción jurídica de persona.

<sup>31</sup> "La libertad de arbitrio, que es la que propiamente atribuimos a la voluntad, no consiste (...) en pura indeterminación (...) lo único que se exige es que su determinación no sea unívoca para el ser que la hace, de tal manera que éste pueda haberse determinado de otra forma. La actividad libre no surge *por casualidad* (...) supone una relación de *causalidad*. Cuando el sujeto hace lo que ha decidido hacer es cuando propiamente actúa con libertad. Pero esto supone que el sujeto puede libremente decidir qué va hacer" (cfr. MALLÁN PUELLES, Antonio, *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, 1962, pág. 379).

### 1.2.2 El hombre como sujeto de derecho

Advirtamos, primeramente, que este subinciso es en esencia un corolario del subinciso anterior: no diremos nada que no esté ya contenido implícitamente en el anterior planteamiento.

Si en el anterior subinciso hemos mostrado cómo la noción jurídica de persona encuéntrase contenida virtualmente en la noción ontológica de persona, de modo tal que de la noción ontológica podemos deducir la noción jurídica, en este apartado pretendemos mostrar que todo hombre es persona. El argumento podría presentarse de un modo por demás sencillo: toda persona ontológica es persona jurídica. Todo hombre es persona ontológica, entonces todo hombre es persona jurídica.

Sin embargo, si el silogismo es por demás claro y correcto, ya en la práctica jurídica se ha desconocido con alguna frecuencia que todo hombre es persona en sentido jurídico. En nuestra opinión esto ha sido ocasionado, en la mayoría de los casos, por dos razones:

- Por una concepción jurídica iuspositivista,
- Por una confusión entre el concepto *jurídico* de persona y el concepto *normativo-formal* de ella, no derivado necesariamente de un marco teórico iuspositivista, sino de una comprensión deficiente de ambas nociones.

a) Para el iusnaturalismo la ley natural es un hecho que no procede de factores culturales, sino de la estructura psicológico-moral del ser humano. Es la naturaleza humana —en palabras de Hervada—, quien proporciona la regla fundamental del obrar humano, porque siendo la que constituye al hombre como hombre, es criterio de lo que al hombre corresponde como tal. Así, la ley natural no es sino el conjunto de preceptos de la razón natural que regulan el obrar humano en orden o los fines del hombre.<sup>32</sup>

Como posturas antípodas, se encuentran aquellas doctrinas según las cuales la llamada "ley natural" es un producto cultural, o un fenómeno psicológico creado por la sociedad o una simple convención. Pero esto es imposible, pues como dice Hervada: "la conciencia del deber obedece necesariamente a una estructura natural de la razón práctica. Por lo demás es claro que si los juicios deónticos obedecen a una estructura natural de la razón práctica y hay un núcleo funda-

mental de tales juicios que son independientes de la sociedad —lo cual es evidente— existe una ley natural.

Nos parece indispensable hacer una aclaración respecto al término "derecho" a fin de evitar confusiones:

la palabra derecho se aplica a las normas, a la cosa justa y a la facultad moral de exigir. El problema reside en determinar cuál de estas cosas es el derecho en sentido primario y cuáles se llaman derecho por derivación, o más científicamente por analogía. ¿Cuál es el significado analogante de la palabra derecho y cuáles los analogados? La cuestión es importante, porque de su respuesta depende la idea última que se tenga del derecho y de la función propia del jurista. Para la concepción normativista, el derecho es, ante todo norma —conjunto de normas—, siendo la función del jurista interpretar y aplicar la ley; el jurista es un legista. Para el realismo jurídico en cambio, el derecho o *ius* es ante todo la cosa justa porque el arte del jurista es el arte del reparto justo de las cosas, averiguar en cada caso qué es lo justo, esto es, saber determinar en cada caso qué cosa o cosas le son debidas a un sujeto. El objeto del arte del derecho es, pues, la cosa justa, lo justo; de donde lo justo, el derecho, es lo que especifica dicho arte y, en consecuencia, el sentido primario del derecho —el analogante— es el de lo justo o cosa justa. Todo lo demás es derecho en relación con este sentido primario.<sup>33</sup>

A lo largo de este trabajo utilizaremos el término derecho para referirnos a la cosa y cuando le demos otro sentido (subjetivo-facultad, objetivo-norma) lo especificaremos.

Y si el derecho tiene como sujeto a la persona; el derecho natural se da en la persona. Precisamente desde esta perspectiva, surge la noción jurídica de persona: la persona es naturalmente sujeto de derecho.

Por ello decir que la ley positiva vigente es la que otorga al hombre el ser persona en sentido jurídico, equivale a desconocer fácticamente la naturaleza ontológica de la persona humana, pues cuando se reconoce —con todas sus consecuencias— la naturaleza ontológica de la persona humana, nos conduce a afirmar que todo hombre es sujeto de derecho.

<sup>32</sup> HERVADA, Javier, SANCHO IZQUIERDO, Miguel, *Compendio de Derecho Natural*, T. I, Pamplona, 1980, pág. 204.

<sup>33</sup> HERVADA, *Introducción...* cit., págs. 143 y 144.

b) De mayor complejidad es la segunda razón: confusión entre el sentido jurídico de persona y su noción normativo-formal.

En el inciso 3, abundaremos sobre la distinción, necesidad, fundamento y alcance de estos conceptos. Nos limitaremos, de momento, a recoger algunos rasgos de este tópico.

Si persona en sentido jurídico es ser sujeto de derecho, persona en sentido normativo-formal es algo más complejo, en razón de su artificialidad.

En efecto, dada la dimensión práctica del derecho, esta disciplina se ve en la necesidad de regular de un modo eficiente las relaciones jurídicas entre los hombres.

La ley natural expresa las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre, pero ésta no señala más que un orden fundamental, por ello mismo aquélla no expresa más que el orden fundamental de los fines; más allá de este orden fundamental, las leyes que rigen la sociedad son producto de la opción libre y de la inventiva del hombre.<sup>34</sup>

Por ello, la ley positiva no tiene potestad de desconocer —so riesgo de perder su obligatoriedad, y convertirse en pseudoley— la ley natural.

Así, aunque la vertiente práctica de la ciencia jurídica elabora una noción de persona para su desempeño igualmente práctico, no crea una noción antagónica a la noción jurídica de persona y mucho menos a la noción ontológica, siempre y cuando no se niegue el estatuto de persona en sentido ontológico y jurídico a ningún sujeto de naturaleza racional, ni se obre en contra de la ley natural.

La noción normativa-formal es distinta de la noción jurídica de persona. La persona en tanto portadora de una naturaleza racional (persona ontológica), si conlleva de un modo igualmente natural algunas cosas (*ius*), que le son debidas.

Aparece aquí la dimensión jurídica de persona. A la persona en sentido jurídico hay cosas que le son debidas de un modo natural, reconózcalo o no una ley positiva. La noción normativa de persona no corresponde a la jurídica, porque aquélla es creada —ciertamente con fundamento— por la ley positiva, en tanto que la jurídica —la persona en cuanto se le deben cosas— es anterior a la ley positiva.

<sup>34</sup> HERVADA, *Introducción...* cit., págs. 164 y 165.

### 1.3 Persona en sentido formal

En los incisos anteriores se han analizado las nociones ontológica y jurídica de persona. Se ha insistido en el carácter real de ambas. Es decir, ni el sentido ontológico ni el jurídico de persona son artificiales. No son creaciones o nociones implementadas o instrumentadas por alguna disciplina, son aspectos reales de algo concreto y real.

En el presente inciso, abordaremos someramente la noción formal o normativa de persona. De hecho, las nociones anteriores han sido estudiadas para compararse con esta tercera noción.

Todo hombre es persona —en sentido ontológico— en cuanto que es individuo de naturaleza racional. Por ser portador de dicha naturaleza, la persona humana es sujeto natural de una serie de derechos. Es decir, existen una serie de cosas que le son realmente debidas. Persona ontológica y persona en sentido jurídico son realmente inseparables.

Todo esto se dice en un plano ontológico y en un plano de Filosofía de Derecho. Cada disciplina tiene nociones que le son propias, y que son válidas en su campo y en las disciplinas a ella subordinadas. Pero estas nociones no pueden ser aplicadas —sin más— fuera del plano del cual surgieron.

Ahora bien, las disciplinas prácticas —en la medida en que tienen un componente técnico, es decir “productivo”—, en sentido amplio pueden crear o inventar nociones para operar de un modo más eficiente. Sin duda alguna, estas nociones operativas no son una quimera o concepto inventado arbitrariamente, sin ningún referente real. Pero ello no impide que sean nociones más o menos ficticias. Estas ficciones no son inválidas, siempre y cuando se muevan y se apliquen en el campo para el que fueron creadas. Las matemáticas cuentan con numerosas nociones de este tipo. Pensemos, por ejemplo, en la irrealidad de la noción de *punto*: un lugar en el espacio, pero carente de dimensiones. Pensemos igualmente en los números elevados a una potencia “-n” (negativa).

Estos conceptos son ficticios —cualquier matemático lo reconoce— pero no son inválidos en el terreno de las matemáticas, sólo serían inválidos y falsos, si pretendiésemos extrapolar a otro campo —sin hacer alguna precisión.

El Derecho, como otras disciplinas, puede utilizar para su funcionamiento nociones de esta índole. En concreto, el Derecho civil, se vale

de un concepto de persona que no equivale ni a la noción ontológica ni a la noción jurídica de la misma, a las que ya nos hemos referido. Veamos:

El Derecho civil contempla la posibilidad de existencia de dos clases de personas: física y moral. Tradicionalmente los civilistas afirman que la personalidad —para los efectos del Derecho civil— se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte. Los fenómenos asociativos, denominados personas morales, tienen su origen en un acuerdo de voluntades realizado según ciertos requisitos formales.

A) La personalidad a la que se refiere la noción formal de persona y a la que se refiere el Derecho civil (*ex art. 22*), no se identifica con las dos nociones de persona anteriormente estudiadas. Por el contrario, en tanto que las dos primeras tienen un origen natural, la tercera noción tiene un origen formal (artificial, si se quiere).

Este carácter artificial de la noción de persona queda puesto de manifiesto por dos puntos:

a) El origen de la personalidad contemplada por el Derecho civil no corresponde al origen de la personalidad ontológica que ostenta todo aquel individuo de naturaleza racional, independientemente de si haya sido dado a luz, o de si haya sido presentado vivo ante el Registro Civil. En este sentido, tan persona era el último esclavo del Imperio romano, como el mismo César. Mientras tanto, la personalidad formal depende de requisitos formales, que obviamente no otorgan la naturaleza ontológica a un ser. Ni el ser presentado vivo ante el Registro Civil<sup>35</sup> ni el haber vivido 24 horas convierten a un ser en persona ontológica. Tan persona humana es un niño de 23 horas de nacido, como uno de 24. No obstante, el Derecho civil no reconoce la personalidad formal del primero. ¿Es entonces antinatural el Derecho civil? Lo veremos más adelante.

b) En cuanto a su extensión, la personalidad de la que trata el Derecho civil va más allá de la noción ontológica de persona. Sólo el

<sup>35</sup> El Artículo 22 del Código Civil para el D. F., establece que "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". El artículo 337 del mismo ordenamiento señala que "para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil (...)".

individuo de naturaleza racional puede válidamente reputarse como persona ontológica. Un accidente metafísico de relación —sea una corporación, una sociedad, un Estado, etcétera—, no es persona ontológica porque carece de la dimensión sustancial, esencial a la personalidad ontológica. En cambio la personalidad formal es extensiva a los fenómenos denominados personas morales. Éstos tienen personalidad jurídica en cuanto que son sujetos ante la ley de derechos y obligaciones.

B) Si bien la noción formal de persona no se identifica con las dos anteriores (ontológica y jurídica), ello no significa que desconozca los derechos naturales de la persona ontológica.

Esto es claro si retomamos la idea de los diversos planos epistemológicos: uno es el plano ontológico, otro el plano de la Filosofía del Derecho, y otro es el plano del Derecho en cuanto disciplina práctica. Son planos distintos, pero no contrapuestos. No hay antagonismo entre las nociones de estos planos en la medida que cada uno de ellos se mantenga en su respectivo campo. El Derecho civil no es una disciplina filosófica, y por tanto, sus nociones tampoco lo son aunque, a veces, presupongan algunas de estas nociones. El Derecho Civil no juzga sobre la personalidad ontológica, porque no es de su competencia. De ahí que cuando el Derecho civil sólo reputa al ya nacido la personalidad formal, no está afirmado que el *nasciturus* carezca de naturaleza racional. Tan sólo está indicado que a partir de cierto momento o de cierto trámite, se adquiere personalidad formal; pero no se juzga sobre la dimensión ontológica del *nasciturus*. No es de su competencia hacerlo. La noción formal de persona en la medida que no se desquicia, es decir en la medida en que no desborda los límites o el marco jurídico-formal para el que fue creada, no atenta contra la naturaleza.

No va en contra de los derechos naturales porque no los niega. No se mueve ni aplica en ese plano. El plano del Derecho Natural —lo veremos en el inciso 3— se refiere a la finalidad natural en tanto que el plano de los derechos positivos se refieren al orden de los medios. Y como la noción formal de persona es una noción positiva, no está refiriéndose al orden de fin. Son dos órdenes distintos, pero no contrapuestos; mientras el orden de los medios legales —el orden positivo— no modifique el orden de los fines naturales, las creaciones de orden positivo son perfectamente válidas.

Por ello mismo, pretender deducir de un Código civil si un feto es persona ontológica, es sacar las cosas de su término. Un Código civil



es perfectamente válido en su terreno, pero no en el campo metafísico: no es su plano.

El Derecho no puede ni debe pronunciarse sobre Filosofía, del mismo modo que ninguna otra ciencia —excepto la Metafísica— juzga sobre sus principios. Los supone, al menos de un modo implícito.

Esta noción, sin ser ontológica, es necesaria en orden a la regulación jurídica-positiva de la sociedad. La noción ontológica de persona y su respectiva dimensión natural de juridicidad, no versa sobre el plano de las finalidades naturales. Por ello, es indispensable regular este orden de los medios que la misma naturaleza no ha determinado. Este es el papel del Derecho, y por ende, de la noción formal de persona.

La noción ontológica de persona indica las notas que definen al individuo racional, pero no indica —no es su plano— a qué edad puede un individuo gozar del derecho positivo del voto.

Otorgar personalidad en sentido formal a toda persona ontológica, y sólo a ella, conllevaría graves desórdenes, para el óptimo funcionamiento de la sociedad. En cambio, al implementarse la noción formal de persona, el goce de los derechos queda regulado. Pero esta regulación no implica un desconocimiento de los mismos, de igual modo que la ley positiva no anula la ley natural.

## II. EL HOMBRE ES PERSONA

Advirtamos, primeramente, que dado que el concepto de persona en sentido ontológico es un concepto filosófico, no corresponde al Derecho ni a la Medicina, en cuanto tales, estudiarlo. El Derecho presupone a la persona en sentido ontológico, y la Medicina no estudia explícitamente la dimensión espiritual del ser humano.

### 2.1 Iniciación de la persona

Podemos hablar de persona humana desde el momento en que el sujeto en cuestión es portador individual y subsistente de una naturaleza racional.

Ahora bien, ¿en qué momento podemos afirmar que un sujeto, en concreto, el *nasciturus*, tiene alma espiritual? Durante la Edad media, fueron diversas las respuestas que al tema se dieron. Sin duda alguna

llama la atención la respuesta de Tomás de Aquino, para quien el embrión humano tenía, en un primer momento alma vegetativa, posteriormente animal, y finalmente espiritual. El Doctor de Aquino aducía como argumento en su favor, la falta de proporcionalidad entre la materia (el cuerpo) y la forma (el alma espiritual), pues los conocimientos científico-experimentales del siglo XIII no habían llegado aún a los adelantos que en materia de genética y de embriología tiene nuestro tiempo.

El tópico de la animación del embrión y el inicio de la vida humana adquiere cara al aborto, a la fecundación *in vitro*, a la manipulación genética y la experimentación en embriones humanos, una particular importancia, puesto que si el embrión es ya un portador subsistente de una naturaleza espiritual, tenemos que defender categóricamente su estatuto personal en sentido ontológico y en sentido jurídico, y por lo mismo se autopertenece y no debe ser instrumentalizado.

Ahora bien, los actuales conocimientos médicos y biológicos nos muestran que ya desde la fertilización de la célula femenina por el espermatozoide se constituye un nuevo ser, distinto de las células que se unieron, siquiera pueda haber fenómenos gemelares. En palabras del profesor Lejeune, miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia,

la célula primordial es comparable al magnetofón cargado con su cinta magnética. Tan pronto el mecanismo se pone en marcha, la obra humana es vivida estrictamente conforme a su propio programa y si nuestro organismo es precisamente un volumen de materia animada por una naturaleza humana, esto se debe a esta información primitiva, y sólo a ella. El hecho de que el organismo humano habrá de desarrollarse durante sus nueve primeros meses en el seno de la madre no modifica en nada esta contestación, como lo muestran claramente los experimentos realizados con huevos de gallina.<sup>36</sup>

La biología contemporánea ha demostrado que en la célula recién fecundada se encuentra ya toda la información genética de una naturaleza humana subsiste. Una vez que el óvulo ha sido fertilizado no resta más que un ulterior desarrollo.

<sup>36</sup> LEJEUNE, Jerome, *El Comienzo del Ser Humano*, nota técnica IPADE, México, pág. 3.

El embrión comienza entonces una serie de divisiones mióticas y se transforma en mórula (hasta el estado de 12-16 células, mórula temprana). Este estadio suele corresponder con la entrada del embrión en el útero. Comienza después la formación de una cavidad —con contenido líquido— dentro de este grupo de células, y se llega al estadio llamado blastocisto. El blastocisto se adhiere a la cavidad uterina o endometrio y empieza a invadir los tejidos maternos para la formación de la placenta. Según los estudios de Biggers, son necesarios 3 días para recorrer las trompas. Como la implantación tiene lugar 6 días después de la fertilización, el embrión está suelto en el útero un término medio de 3 días, mientras se va desarrollando hasta el estadio de blastocisto.<sup>37</sup>

Todo el desarrollo que sigue a la fusión de los dos gametos es el desarrollo de un nuevo miembro de la especie. Entre la célula femenina recién fecundada, una mórula de 12-16 células, y un embrión de varios meses no hay un desarrollo cualitativo, sino un desarrollo cuantitativo.<sup>38</sup>

Evidentemente el embrión, desde su concepción y hasta su nacimiento, mantiene una relación de dependencia con la madre, pero esta dependencia no es argumento válido para negarle al embrión el estatuto de persona humana. Dependencia y personalidad ontológica no son dos conceptos excluyentes. Es patente que el ser humano es dependiente de muchos elementos hasta el último día de su vida: depende del medio ambiente, de los alimentos, de otros hombres, y no por ello su dignidad como persona humana se ve anulada, ni su individualidad se ve restringida, ni su subsistencia sufre menoscabo alguno.

Obviamente el embrión no es autárquico, pero la falta de autarquía no es argumento suficiente para negarle su dignidad como persona humana. El óvulo fertilizado, continúa —y no tememos ser reiterativos— dependiendo del organismo de la madre para sobrevivir —lo cual no anula la subsistencia metafísica del *nasciturus*—, dado que el producto de la concepción no cuenta sino hasta meses después con el suficiente desarrollo orgánico, pero

el óvulo fertilizado ha adquirido plena capacidad para alcanzar su desarrollo completo —es un nuevo individuo— por un meca-

<sup>37</sup> Cfr. BIGGERS, J. D., *In Vitro Fertilization* cit. por RODRÍGUEZ LUÑO, Angel, LÓPEZ MONDÉJAR, Ramón, *La fecundación 'in vitro'*, Madrid, 1985, pág. 39.

<sup>38</sup> Cfr. *infra*, Cap. II.

nismo de extrema complejidad, determinado ya desde la fecundación, sin que las relaciones funcionales entre el organismo de la madre y el feto afecten en nada a este determinismo, como está demostrado con la experimentación. Las relaciones entre el organismo de la madre y el del embrión se establecen desde el momento de la implantación, es decir, cuando el blastocisto se fija en el endometrio. Pero lo evidente es que la implantación no atañe nada a la capacidad del organismo embrionario para terminar su desarrollo.

Por la implantación y el desarrollo de la placenta en una fase ulterior, el embrión dispone de un medio adecuado que garantiza el aporte de sustancias nutritivas y respiración celular. Pero esto no es nada esencial en cuanto a la potencialidad y la predeterminación del desarrollo, según el plan establecido en la fecundación. Suponer que el embrión no vive propiciamente hasta la implantación, resulta tan pintoresco como sería suponer que el feto no vive hasta que respira aire atmosférico. Más claro, cuando impiden el desarrollo embrionario evitando la implantación, lo que hacen es lo mismo que impedir el desarrollo del recién nacido por falta de oxígeno y nutrición. Presentar las cosas de otra manera es incompatible con la realidad de los hechos biológicos.<sup>39</sup>

Es decir, entre el cigoto fecundado y el feto viable no hay sino un proceso de maduración. El cigoto, formado a partir de la célula sexual femenina y masculina, tiene 46 cromosomas —23 aportados por la madre y 23 por el padre— que son el contenido genético de la célula, que gobierna toda función celular. Así pues, el cigoto, por tener una carga cromosómica, tiene ya determinados sus rasgos físicos: color del pelo, de la piel, etcétera, e incluso algunas enfermedades físicas.

Antes de la implantación, el cigoto se mueve por el movimiento peristáltico de las trompas de Falopio. Durante ese trayecto —unos días tan sólo— el cigoto empieza a dividirse, sin nutrirse aún de la madre. Lo cual es sumamente importante, pues demuestra cómo desde el primer instante madre y concebido son distintos. Una vez implantado, una de las capas de la mórula empieza a formar lagunas de sangre, que se convierten en la placenta. La placenta junto con el cordón umbilical, es el órgano que sirve de comunicación con la madre. El cordón umbilical tiene dos arterias y una vena; por ellas corre la sangre del nuevo ser, que dada la insuficiencia para purificarla y oxigenarla por él mis-

<sup>39</sup> JIMÉNEZ VARGAS, Juan, *A qué se llama Aborto*, Madrid, 1975, págs. 47 y 48.

mo es la madre quien lo hace por él, como a un hombre nefrítico la diálisis le purifica la sangre, sin quitarle por esta asistencia su carácter de persona. Sin duda alguna un cigoto o un embrión de 3 o 4 meses, por ejemplo, no han alcanzado la autosuficiencia. Su organismo no cuenta con el desarrollo orgánico para poder sobrevivir, si bien es cierto que su corazón late al poco tiempo, su sistema nervioso, sus riñones, o su hígado, entre otros, aún no están conformados por completo.

El feto no es viable sino hasta las 28 semanas de concebido, o bien cuando tiene más de 500 gramos de peso.<sup>40</sup> Ahora bien, ¿qué hace viable a un feto? La madurez de sus órganos. Pero la madurez orgánica de un recién nacido es bien relativa. Por ejemplo, hay órganos como el hígado que aún no están lo suficientemente conformados para cumplir todas sus funciones. Tal es el caso de la ictericia fisiológica que se presenta en algunos recién nacidos, ocasionada porque el hígado del niño no puede llevar a cabo aún el metabolismo de bilirrubinas. Y aún más, los caracteres sexuales secundarios no aparecen sino hasta la pubertad. Por ello mismo, no podemos confundir viabilidad, madurez somática, o autarquía fisiológica, con personalidad humana.

El cigoto no es viable por falta de madurez. Pero la madurez fisiológica no se identifica con la esencia de hombre. Un niño recién nacido depende de sus semejantes para sobrevivir, y esta dependencia se da porque el niño está incapacitado fisiológicamente para sobrevivir. La madre ya no le "presta", por así decirlo, sus pulmones, sin embargo no es capaz de asimilar cualquier alimento, y mucho menos aún de conseguirlo.

Insistimos de nuevo, la dependencia no anula la individualidad del concebido. De nuevo se trata de un dato experimental, y no sólo de una tesis filosófica. El cigoto, es ya distinto de la madre. Esto lo ha demostrado la inmunología contemporánea.

Los glóbulos blancos de la sangre son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño del organismo y de poner en marcha los mecanismos de defensa para destruirlo. Cuando el blastocisto se implanta en el endometrio, el sistema inmunológico materno reacciona para expulsar al intruso, pero el nuevo ser humano está dotado de un delicado método de defensa ante esta reacción. Esto demuestra que el producto de la concepción, no es parte del cuerpo de la madre.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Cfr. PRITCHARD, Jack A., *Obstetricia*, México, 1980, págs. 474 y 475.

<sup>41</sup> Cfr. HERRERA JARAMILLO, *El Derecho...* cit., p. 163.

Por lo anterior, hay que reconocer que el cigoto es en acto un ser humano. Bastaría, tan sólo, para demostrarlo, el hecho de que los gametos femenino y masculino, una vez que han alcanzado las características óptimas para la fecundación, son células cuya duración es muy limitada separadamente. No son células conformadas para sobrevivir. No así el cigoto, que además de contar con un patrimonio genético nuevo y distinto del de los padres, está conformado —si está en el ambiente adecuado— para sobrevivir y desarrollarse.

Como dice Lombardi Vallauri, el embrión no es un ser humano en potencia, sino un ser humano con potencialidad. El modo en que el embrión es un humano consciente, es un modo diverso a como el mármol es una estatua en potencia. Del mármol, el escultor puede sacar cientos de formas y figuras distintas. En cambio, del óvulo fecundado sólo saldrá un hombre. El mármol es de suyo inerte, y frente al artista es pura pasividad. El mármol no proporciona sino un sustrato material, en cambio, el cigoto es activo, hasta el punto de que el organismo materno se limita a proporcionarle los elementos de los que él no puede proveerse por sí mismo. Mientras que en el mármol la forma actuante es extrínseca, en el embrión es intrínseca. La potencia del embrión es mucho más que una potencia pasiva, es una potencia activa. El embrión tiene, en sí, el poder de hacerse pasar de la potencia al acto. El medio ambiente que lo rodea le da, no la esencia o forma, sino la materia.<sup>42</sup>

A la dignidad humana de embrión, cabría aún una objeción hecha por Hoult. Este autor confirma en 1985, que la vida humana pasa por tres fases:

- 1) En la primera, en el útero, el embrión tiene una vida protoplásmica, pues depende de su madre.
- 2) Ya cuando ha nacido, el niño tiene además una vida orgánica en la que depende de sí mismo, con que permanece hasta el último día de vida.
- 3) Tras la muerte cerebral, perdura algún tiempo, la vida protoplásmica. Pues tras la muerte de los seres pluricelulares, algunas células siguen siendo sustancia viva. Tal es la vida del embrión.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> LOMBARDI VALLAURI, "Manipulazioni..." cit. pp. 8 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. HOULT, P. L., "The meaning of human life", en *Nature*, Londres, 1985, págs. 316 y 480.

Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, "Ética de la Investigación", en *Deontología Biológica*, Revista de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1985, p. 61.

La objeción es por demás errónea, por cuanto son radicalmente distintas la célula viva de un ser cerebralmente muerto, a la de un embrión. El embrión tiene una unidad funcional, y supone cierta organización; mismas que han perdido, o están en vías de perder, las células del cadáver. En el embrión hay subordinación operativa, correlación entre partes y funciones parciales, y sobre todo las funciones tienden a hacerse cada vez más complejas y a permanecer.<sup>44</sup>

En definitiva, dice Serra:

Puesto que la ontogénesis, es decir, la constitución del sujeto en su forma específica e individual, se realiza a través de una aparentemente lenta *fenogénesis*, durante la cual se va modelando el organismo, sería anticientífico e ilógico fijar puntos a lo largo de la curva del desarrollo del sujeto, antes de los cuales él no sería o sería menos hombre. La biología, respetando sus propios límites, se detiene aquí. Pero ante sus conclusiones caen, nos parece, muchos falsos conceptos o mixtificaciones abusivamente deducidas de incompletas observaciones pseudo-psicológicas o pseudo-metafísicas.<sup>45</sup>

## 2.2 Nasciturus y persona

El no-nacido es persona en sentido ontológico y en sentido jurídico. Así pues desde el momento de la concepción, podemos hablar con toda propiedad, de persona en sentido ontológico y en sentido jurídico.

La cuestión es, pues, mostrar que el no-nacido es una substancia individual de naturaleza racional y como consecuencia de ello, que es sujeto de derechos.

a) El *nasciturus* es substancia individual —creemos—, porque subsiste en sí mismo y no en otro. Este punto es particularmente delicado, por cuanto el no-nacido presenta claras relaciones de dependencia. Pero ser substancia no es lo mismo que ser autárquico. De serlo, con razón se concluiría que el no-nacido es un accidente del cuerpo de la madre.

Suponer que el no-nacido es accidente de la madre porque depende de ella, equivale a sostener que sólo aquel ser que se basta a sí mis-

<sup>44</sup> Cfr. HOUTL, "The meaning...", cit., p. 62.

<sup>45</sup> SERRA, A., *La realidad biológica*, cit. por RODRÍGUEZ LUÑO, LÓPEZ MONDÉJAR, *La fecundación...* cit., pp. 97 y 98.

mo de un modo absoluto, es substancia. Pero de conceder esta premisa, tendríamos que negar —por lo pronto— el estatuto substancia a todo ser vivo, desde un vegetal hasta el ser humano, pues ni el vegetal vive sin la tierra ni el ser humano sin los alimentos.

Ser accidente significa ser en otro, existir en un sujeto. Pero esto debe ser entendido en un sentido metafísico, y no topológico. Ser accidente implica participar de la esencia individual del sujeto en que se inhiere, en definitiva, conlleva unidad ontológica con el sujeto. Pero el no-nacido, aunque topológicamente hablando está en el cuerpo de la madre, tiene una individualidad distinta. Se trata de una evidencia experimental, pues el patrimonio genético del no-nacido y de la madre son distintos. Por lo tanto, podemos afirmar, que el *nasciturus* y la madre son dos substancias individuales distintas.

b) El no-nacido tiene naturaleza racional. Esta afirmación puede parecer a algunos desmentida por la evidencia sensible, ya que es manifiesto que el no-nacido no se expresa racionalmente. Además de que por este camino terminaríamos negando la naturaleza racional de los niños, entre otras —lo cual es ya bastante respuesta para contestar la objeción—, conviene recordar la noción de naturaleza.

En el primer inciso de este trabajo, advertimos que aunque la naturaleza es principio de operación, tener tal o cual naturaleza no implica estar operando siempre.

Si un ente opera racionalmente, se puede inferir legítimamente que posee una naturaleza racional. Pero sería ir contra las más elementales leyes orgánicas negar la naturaleza racional porque no se exteriorizan operaciones racionales, máxime cuando se sabe que tiene el patrimonio genético propio de un ser racional. De los perros nacen perros, y de los hombres nacen hombres, y si esto último no se manifiesta racionalmente no hay motivo para desconocer su naturaleza racional. Por el contrario, hay que suponer legítimamente que existe algún impedimento para tal manifestación; Tomás de Aquino es esclarecedor al respecto:

Una cosa es decir que uno tiene potencia para obrar antes de tener la naturaleza por la que obra, y otra decir que tiene potencia, cuando, teniendo la naturaleza es impedido de obrar activamente (...). El niño es inteligente, es potencia, no como si todavía no tuviese la naturaleza para entender, sino como teniendo impedimento para entender por diversos movimientos existentes en él, como se dice en el libro VII de la *Física*. Luego, si se dice que es capaz de entender, no es precisamente porque el entendi-

miento posible, que es principio de entender, pudo unírsele, sino porque, teniéndolo ya, está impedido para su propia acción; de donde quitado el impedimento, inmediatamente entiende.<sup>46</sup>

El concebido, así pues, es de naturaleza racional, ya que, al pertenecer a la especie humana, su esencia como principio de operación es racional. Volvemos a enfatizar que el hecho de no estar presente aún el uso de razón —como tampoco lo está, por cierto, en el niño de dos años— no significa que no sea un ser racional. Su principio de operación racional está inscrito, por así decirlo, desde el momento de la concepción, y se irá manifestando a lo largo de la vida del individuo.<sup>47</sup>

Nos parece claro, por lo expuesto, que el concebido es una substancia individual de naturaleza racional, es decir, es persona en sentido ontológico.

Ahora bien, dado que como ya hemos visto, el concepto de persona en sentido jurídico está contenido en el concepto ontológico de persona<sup>48</sup> inferimos correctamente que el concebido es persona en sentido jurídico.

El no nacido es persona en este sentido ya que tiene unos derechos naturales, es decir, cosas suyas atribuidas por la naturaleza. Desde el momento de la fertilización, el cigoto es titular de todo derecho inherente a su condición de ser humano.<sup>49</sup>

En resumen, el no-nacido, aunque no tenga uso de dominio ni uso de razón, sí tiene de un modo actual la naturaleza humana; y dado que la naturaleza humana sólo existe a modo de persona, el no-nacido es persona ontológica, y por lo mismo, puede ser contemplado desde la perspectiva de lo debido, es decir, desde el punto de vista jurídico.

Y aunque aun en el supuesto caso extremo de que no se pudiese demostrar apodícticamente que el *nasciturus* es persona, sino que "subsistiese la duda —dice Lombardi—, esto bastaría para excluir intervenciones destructivas o instrumentalizantes, del mismo modo que yo debo abstenerme de disparar en la obscuridad a una figura humana que no distingo bien y que podría ser un hombre".<sup>50</sup>

<sup>46</sup> AQUINO, *Summa contra Gentiles*, cit., II, cap. 60.

<sup>47</sup> HERRERA JARAMILLO, *El Derecho...* cit., pág. 167.

<sup>48</sup> HERVADA, *Introducción...* cit., pág. 122.

<sup>49</sup> HERRERA JARAMILLO, *El Derecho...* cit., pág. 120.

<sup>50</sup> LOMBARDI VALLAURI, "Manipulazioni..." cit., pág. 9.

### III. NATURALEZA HUMANA, LEGISLACIÓN POSITIVA, DERECHO NATURAL

Al inicio del presente trabajo, recogimos la definición de naturaleza, según la cual recibe el nombre de naturaleza la misma esencia en cuanto principio de operación. Es decir, la noción de naturaleza, señala la dimensión dinámica —operativa— de la esencia. Por ello mismo, hacíamos ver también cómo existe una estricta vinculación entre la naturaleza y el modo de operar. El modo de obrar viene dado por el modo de ser. Ahora bien, todo ser obra por un fin, ya sea consciente o inconscientemente,<sup>51</sup> por lo tanto, el fin viene dado de igual modo que el modo de obrar, por la naturaleza. Es la esencia misma —en su dimensión natural— la que marca la finalidad última de un ser.

Esta idea es de particular importancia en el caso de la persona humana, pues por la dignidad de ésta, su último fin es igualmente digno.

Pero esta finalidad —dice Ocariz— la alcanzan las criaturas espirituales a través de su libre obrar, por medio del cual toda persona debe orientarse total e incondicionalmente hacia Dios: ha salido de su principio y vuelve a Él como fin; así, en la antropología tomista, la dignidad de la persona humana —fundada en su semejanza con Dios— se eleva, por su creciente proximidad a Dios, por el conocimiento y el amor.<sup>52</sup>

De aquí que, a pesar de que el fin de la persona humana viene determinado como tendencia, no viene determinado necesariamente como consecución. O lo que es lo mismo, aunque naturalmente queremos poseer el Sumo Bien, no necesariamente lo alcanzaremos. El hombre no es libre en relación a la inclinación tética, es libre sólo en relación a los medios. Es decir, necesariamente tenemos la tendencia al Infinito Bien, pero la libertad abre al hombre la posibilidad de elegir medios no pertinentes a la consecución del fin. Y como el fin se alcanza por los medios, es posible —tremenda posibilidad— que el hombre no alcance su fin último. Si esta posibilidad se da, tenemos un verdadero fracaso ontológico y ético.

De lo expuesto, podemos concluir —con palabras de Hervada— que "la naturaleza humana proporciona la regla fundamental del obrar

<sup>51</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Ética...* cit., p. 1 y 2.

<sup>52</sup> FABRO, CORNELIO, OCÁRIZ, Fernando y otros, *Las razones del tomismo*, Pamplona, 1980, p. 24.

humano, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio de lo que al hombre corresponde como tal".<sup>53</sup> La naturaleza humana marca el fin último del hombre, y la consecución del fin último es la óptima y correcta actualización del ser del hombre.

Con estos presupuestos, podemos ya introducir la noción de la ley natural:

por ley natural, se entiende, en propiedad del lenguaje, el conjunto de preceptos de la razón natural que regulan el obrar humano en orden a los fines del hombre (...); la ley natural manifiesta en forma de deber las exigencias naturales del ser del hombre, que se resumen, en definitiva, en la obtención de sus fines naturales, esto es, la realización del individuo y el desarrollo humano de la sociedad.<sup>54</sup>

Así pues, cuando decimos que la ley natural es la participación en la creatura racional de la ley eterna —siendo la Ley Eterna la misma Sabiduría Divina—, lo que significamos es que Dios manifiesta su voluntad al otorgar a los entes una determinada naturaleza, y por ende, una finalidad y un modo proporcional a fin de poder alcanzarlo.

La ley natural no es sino una expresión o un modo de captar racionalmente ese orden hacia los fines, marcados por Dios mismo.

La adecuación o no adecuación de un acto humano hacia la finalidad última es lo que determina el que un acto sea bueno o malo. Es interesante señalar cómo es connatural al ser humano el emitir juicios valorativos sobre los actos, o lo que es lo mismo, no hay indiferencia ontológica universal, porque algunos actos son medios pertinentes a la finalidad última, mientras que otros no lo son. Esta pertinencia de los actos humanos como medios para alcanzar la finalidad última está estrechamente vinculada —no identificada ni reducida— a la ley natural.

"El punto de partida —dice Hervada— para comprender la ley natural reside en advertir que no se trata de una teoría, sino de un hecho. Lo que llamaremos ley natural no es otra cosa que la explicación científica de ese hecho de experiencia, que es un dato natural del hombre".<sup>55</sup> Esta ley racional —valga la redundancia— que expresa el orden de las tendencias a los fines propios de la persona humana, no es algo

abstracto o ideal, es un hecho concreto en cuanto manifiesta el orden racional de algo igualmente concreto: la naturaleza humana.

En este punto, ya se puede ver que la ley natural y las inclinaciones naturales son algo distinto en el ser humano. La ley natural es la regulación racional de una inclinación natural. "Las inclinaciones naturales se ofrecen —nos dice Arntz— al hombre únicamente como materia, en la que él mismo debe poner un orden racional".<sup>56</sup>

Ello no significa que inclinación natural sea algo antagónico a racionalidad, pero sí conviene advertir que por la libertad, el hombre es capaz de seguir una inclinación natural de un modo irracional. En este caso, el canon de racionalidad viene dictado por la adecuación y proporción al fin último. Por ello mismo, la ley natural obliga, ya que alcanzar la finalidad propia y específica es una obligación. Santo Tomás de Aquino hace el siguiente comentario: "la ley no es otra cosa que el plan de la obra y el plan de una obra cualquiera se toma del fin, quien es capaz de ley la recibirá de aquél por quien es conducido al fin, tal como la reciben el obrero del arquitecto y el soldado del jefe del ejército".<sup>57</sup> Así entendida la ley natural es expresión de la dignidad humana, pues ella señala la ordenación al fin que es Dios, pues, —ya lo hemos dicho— "entre los actos humanos, son óptimos aquéllos por los cuales se une el hombre en Dios".<sup>58</sup>

Sin duda alguna, el nervio de nuestra exposición es lo teleológico. El criterio máximo que rige el obrar del hombre es la adecuación al fin último, o sea la adecuación a la finalidad que viene dada en la naturaleza de la persona humana. De aquí la importancia de una recta comprensión de la naturaleza humana. Tanto la disciplina del Derecho como la Medicina no estudian, sino presuponen, la esencia del hombre, y por lo mismo ni el Derecho ni la Medicina, ni otras disciplinas o ciencias particulares, tienen como objeto de su saber el fin último del hombre. No obstante —y esto es lo serio— sí presuponen una visión del hombre con relación a su dimensión télica.

Los derechos —seguimos de nuevo a Hervada— que dimanar de la dignidad humana nos aparecen, así, como función de la Ley Natural, existen en función de ella, que es tanto como decir que existen en función de los fines del hombre. El Derecho Natural primario y fundamental del hombre es su ser finalista; su

<sup>53</sup> HERVADA, *Introducción... cit.*, p. 143.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 144.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 139.

<sup>56</sup> BOCKLE, F., y otros, *El Derecho Natural*, (controversia), Barcelona, 1971.

<sup>57</sup> AQUINO, *Summa contra Gentiles*, cit., III, p. 114.

<sup>58</sup> *Idem*, III, p. 3.

ser, sí, pero un ser ordenado a sus fines, de donde puede decirse que el Derecho Natural fundamental de la persona humana es su fin, lo que es tanto como decir que ese derecho primario y fundamental es cumplir la Ley Natural. Fuera del cumplimiento de la Ley Natural no hay derecho.<sup>59</sup>

Así pues, existe un trinomio naturaleza-ley natural-derecho natural, que conviene distinguir. Los dos primeros elementos del trinomio (naturaleza y ley natural) nos parecen ya suficientemente distinguidos y relacionados. Abordemos tan sólo el tercer elemento.

El término derecho tiene dos acepciones más o menos análogas, por un lado "la cosa que le está atribuida a alguien por algún título —lo justo o lo suyo de la fórmula de la justicia— recibe el nombre de *ius* o derecho, en virtud de una cualidad que la sitúa en el mundo de lo jurídico: esa cosa es debida en sentido estricto, o sea constituye una deuda".<sup>60</sup> En esta acepción, el derecho es algo bien concreto, realmente propio de un individuo, de modo que cuando "lesionamos" el derecho de otro, no estamos sólo violando una norma abstracta y etérea. Estamos quitándole algo bien concreto (una cosa) a un individuo igualmente concreto.

Por otro lado, derecho tiene una acepción, que sin perder su relación con la noción anterior, es distinta. Veamos:

Lo primero que nace en el plano de las relaciones humanas, lo primero en el plano jurídico, es el deber o la deuda; por eso la cosa es derecho, ante todo, en cuanto es debida. Y porque los demás le adeudan, el titular del derecho puede exigir. La facultad de exigir o derecho subjetivo aparece en un segundo momento respecto de la deuda.<sup>61</sup>

De modo que cuando decimos que el hombre es sujeto de derechos, estamos afirmando que al hombre realmente le pertenecen —bajo título de justicia— una serie de cosas, y simultáneamente decimos que, por pertenecerle esas cosas, tiene facultad de exigir las.

Además de esta distinción entre el derecho como la cosa debida y el derecho como facultad para exigir tal cosa, conviene distinguir entre norma jurídica y derecho:

<sup>59</sup> HERVADA, *Introducción*, . . . , p. 152.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 45.

Desde el punto de vista del arte del derecho, arte de lo justo —dice Hervada—, es claro que no cabe confundir la norma con el derecho. Aunque la norma recibe el nombre de derecho, la norma no es el derecho sino su regla. La norma es la regla del derecho, siendo el derecho, como tantas veces hemos dicho, la cosa justa. La norma recibe, pues, el nombre de derecho (derecho objetivo) por atribución analógica, es decir, por traslación del lenguaje.<sup>62</sup>

Esta precisión es sumamente importante, pues algunos ambientes intelectuales se encuentran impregnados de la noción normativa del derecho, que se origina por identificar el derecho con la norma (derecho objetivo). De modo tal, que en la concepción normativista del derecho se considera el derecho como conjunto de normas, perdiéndose así el sentido realista del derecho (el *ius* como cosa). Santo Tomás no sigue la concepción normativista, aunque —acomodándose al uso de la época, con precedente en la doctrina romana— llame *ius* a las leyes, pero no es éste el sentido propio de *ius*.<sup>63</sup>

Así pues, el término derecho presenta tres sentidos: la cosa debida, la facultad que exige la cosa debida (derecho subjetivo) y la regla del derecho (derecho objetivo). De los tres sentidos, el primordial es el de derecho como cosa.

Teniendo en cuenta esta distinción, la pregunta por la relación entre Ley Natural y Derecho Natural puede plantearse en términos de qué relación hay entre derecho objetivo (natural y positivo) y derecho como la cosa. O sea, cuál es la relación entre la norma jurídica y la cosa (el *ius* debido por naturaleza).

Antes que nada, hay que explicar que no toda la Ley Natural es norma jurídica. Seguiremos de nuevo a Hervada:

La ley natural y el Derecho Natural —en el sentido de *norma jurídica* que estamos analizando— no pueden separarse, pero tampoco deben confundirse. No toda ley natural es derecho natural. El derecho natural es aquella parte de la ley natural que se refiere a las relaciones de justicia; esto es, la ley natural se llama derecho natural en cuanto es regla de derecho y sólo bajo este aspecto (. . .). En otras palabras, el derecho natural es una

<sup>62</sup> *Idem*, p. 134.

<sup>63</sup> Cfr. HERVADA, SANCHO IZQUIERDO, *Compendio*, . . . cit., pág. 208.

regla natural de derecho, que regula relaciones de justicia legal, distributiva y conmutativa.<sup>64</sup>

La ley natural es un género, del cual el derecho objetivo natural es una especie. Así todo lo que se aduce para fundamentar o atacar la totalidad de la ley natural, se aplica al derecho objetivo natural. Hay que decir que la diferencia específica de la especie derecho objetivo natural y la dimensión de justicia, de ningún modo es común a toda ley natural. Zimmerman es de la misma opinión cuando afirma: "mientras que la 'ley moral natural' afecta a la totalidad de la vida moral o a todas las virtudes, el derecho natural tiene que ver solamente con un orden que, como tal, es independiente del restante contenido de los mandatos de la *lex naturalis*".<sup>65</sup>

Tomás de Aquino es claro al respecto: *quod vocatur iustum. Et hoc quidem est ius*.<sup>66</sup> Derecho es lo justo, y la ley natural desborda el ámbito de la justicia. "Derecho (*ius, sive iustum*) es algo que le corresponde a un hombre en relación con otros, que se le debe, por tanto, en él por parte de otros".<sup>67</sup>

Ahora bien, el derecho objetivo —como Tomás explica claramente— tiene una propiedad por la cual se distingue de los restantes campos de la moralidad. El derecho objetivo, el orden de las relaciones de un hombre para con otro, no depende del talante o de los motivos del que obra sino exclusivamente de aquello que él hace para corresponder a las exigencias de la misma ordenación entre las personas a las cuales afecta. La medida de una acción justa es este orden 'objetivo', de ninguna forma el talante ('subjetivo') del que obra. Según esto no es decisivo el cómo de la acción, sino solamente su resultado. Acerca de esto dice Tomás: Porque la justicia está ordenada al otro, no versa sobre la materia total de la virtud moral. Sino solamente sobre las acciones exteriores y cosas, por razón de la propiedad de su objeto, es decir, en cuanto según ellas un hombre se relaciona con otro.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> HERVADA, *Introducción...* cit., pág. 171.

<sup>65</sup> ZIMMERMAN, "Tomás de Aquino y el *Ius Naturale*", en *Anuario Filosófico*, vol. XI, Pamplona, 1978, p. 174.

<sup>66</sup> AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, pág. 57, a. 1a.

<sup>67</sup> *Idem*, a. 1c.

<sup>68</sup> ZIMMERMAN, Tomás... cit., pp. 173 y 174.

El derecho objetivo natural viene siendo pues, la regla del derecho, de la cosa, que se le debe al hombre por el solo hecho de tener la naturaleza humana. Se objeta al derecho objetivo natural el ser abstracto, y así Bergbohm afirma: "toda representación de un Derecho, llámese como se quiera, fuera del positivo, está desprovista de todo contenido objetivo fijo y determinado, formado, necesaria y exclusivamente, por opiniones filosóficas y creencias morales".<sup>69</sup>

A esta objeción hay que responder negando desde el primer momento el carácter abstracto de la ley natural.

A veces se ha dicho que los preceptos de la ley natural son abstractos. La ley natural —y con ella el derecho natural— sería un conjunto de principios de carácter abstracto, que señalarían las directrices generales de las leyes positivas. Frente a tal afirmación hay que decir que los preceptos de ley natural no son abstractos sino concretos.<sup>70</sup>

Evidentemente, la enunciación de la ley natural, puede ser universal y abstracta, pero no así el contenido. Es decir, es distinto el modo de enunciación de la ley natural misma. Es algo similar a lo que sucede cuando se dice que la esencia del hombre es abstracta; es abstracta en la enunciación "humanidad", pero es concreta porque significa algo concreto. Así la ley natural no es un conjunto de preceptos abstractos, es abstracta sólo en cuanto nosotros así la enunciamos.

Y por ello la norma jurídica que se refiere a las cosas justas por naturaleza no es abstracta en su contenido —son cosas lo que se deben, no ideas— sino tan sólo el modo de enunciarlas. Así se entiende que se afirme: "el derecho natural no es una teoría o una filosofía que se enfrente a otra teoría o filosofía distinta. El derecho natural es el derecho real y concreto que surge de que hay cosas que corresponden al hombre real y concreto ante los demás hombres reales y concretos, en virtud de su condición de ser humano".<sup>71</sup>

De lo dicho, se sigue que es absolutamente impropio decir que la ley humana positiva es la concreción de la ley natural, y que el derecho objetivo positivo es la concreción del derecho objetivo natural. La distinción y vinculación de ambas dimensiones —lo natural y lo posi-

<sup>69</sup> BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., por CATHREIN, Victor, *Filosofía del Derecho: El Derecho Natural y el Positivo*, Madrid, 1958, pp. 195 y 196.

<sup>70</sup> HERVADA, *Introducción...* cit., pp. 157 y 158.

<sup>71</sup> HERVADA, SANCHO IZQUIERDO, *Compendio...* cit., p. 17.



vo— ha de situarse más bien en otro terreno: el de los fines y el de los medios.

La ley natural —y por ello el derecho objetivo natural— se refiere a la finalidad del hombre. Expresa el orden fundamental de la finalidad humana. Reiteramos, la ley natural no se expresa sino de un modo fundamental. Pero fundamental no es lo mismo que abstracto. La ley natural es una ordenación racional de finalidades naturales, por el contrario "la idea fundamental sobre la ley humana o positiva que, para nuestro objeto, deba ser puesta de relieve es que esa ley se refiere sólo al orden de los medios, no al orden de los fines".<sup>72</sup>

La ley positiva regula los medios, no los fines, y mientras la ley positiva no desconozca las finalidades —o sea que los medios sean los adecuados al fin— puede ordenar de muy diversos modos. Legislar positivamente es legislar sobre los medios, y como dentro de cierto ámbito indicado por finalidades naturales, caben diversos medios para un mismo fin, la legislación positiva puede variar. De este modo si la ley natural expresa racionalmente la tendencia del hombre al trabajo, la ley positiva puede regular esta tendencia racional al trabajo de muy diversos modos.

"Hay una relación clara entre la ley natural y ley positiva: los enunciados de la ley positiva se originan a partir de las prescripciones de la ley natural. La razón es obvia: el orden fundamental de la tendencia del hombre a los fines naturales es la ley natural; luego es evidente que el orden humano, o ley positiva de ese proceso tensional, se extrae a partir del orden natural o ley natural".<sup>73</sup> Sin embargo, de un mismo precepto de la ley natural, pueden extraerse muy diversos preceptos de ley positiva. Pero, insistimos de nuevo, no es que la ley natural sea algo abstracto, que vaya a ser concretizado por la ley positiva. La ley natural expresa la finalidad, y las leyes positivas indican los diversos caminos —léase medios— que pueden usarse para alcanzar tal finalidad.

Es obvio, por tanto, que una ley positiva, que desconoce la ley natural, que se dirige contra ella, pierde *ipso facto* el carácter de ley, exactamente por la misma razón por la cual un medio carece de sentido cuando no se ordena al fin. Una ley positiva que va en contra de un precepto de ley natural no es ley. Se convierte, por el contrario, en un desorden. Es, por ende, un pretender alterar el orden de los

<sup>72</sup> HERVADA, *Introducción...* cit., p. 166.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 166.

fines, en cuanto ella misma busca —como medio— una finalidad que va contra el orden natural.

La ley positiva obliga en cuanto, promulgada por la legítima autoridad, conduce a una finalidad natural. Una ley positiva que vaya en contra de la ley natural es una pseudoley y no obliga, pues no es ordenación racional de los medios y porque, en definitiva, se arroga la capacidad de cambiar o tergiversar las finalidades naturales.

Una ley positiva que desconoce el orden natural, es una pseudoley; es antinatural porque no da las cosas —concretas y reales— a quien se las debe, cosas que la misma naturaleza ya ha dado.

Pero dentro del ámbito de la ordenación racional a las finalidades, la ley humana positiva puede regular de diversos modos la ley natural. Así, pues, la ley positiva puede crear conceptos jurídico-formales que regulen la ley natural. Lo que no puede —bajo pena de perder su naturaleza— es crear un concepto normativo que atente o desconozca un precepto de ley natural. Por ello, las presunciones y ficciones jurídicas —si respetan el orden de finalidades expresado por la ley natural— son perfectamente aceptables como instrumentos técnicos posibilitantes del necesario dinamismo político y social.<sup>74</sup> Negar la legitimidad de los conceptos normativos del Derecho, es consecuencia de un desconocimiento del sentido de la ley natural. Los conceptos normativo-formales útiles en el arte del derecho no desconocen necesariamente la ley natural, por el contrario, pueden moverse dentro del ámbito en que la ley natural no legisla, regulando así, de un modo perfectamente lícito.

Sin embargo, debe tenerse siempre presente, que ningún concepto normativo formal de Derecho puede constituirse en fuente de ley natural. La ley natural —y con ella los derechos naturales— viene otorgada por la misma naturaleza, y no por el Estado o la comunidad.

Por ello, el Derecho —en cuanto disciplina con una vertiente práctica— puede crear instrumentos para regular, por ejemplo, los derechos inherentes a la condición de persona humana. De este modo, es completamente lícito que el Derecho hable de personas morales, o que para algunos efectos de ley positiva no reconozca personalidad en sentido normativo-formal a un hombre, sino hasta transcurrido cierto periodo de tiempo. Pero no puede desconocer lo que es de ley natural, personalidad ontológica y subjetividad jurídica, en este caso: "La per-

<sup>74</sup> Cfr. LORCA NAVARRETE, José, *El Derecho Natural hoy. A propósito de las ficciones jurídicas*, Madrid, 1978, p. 93.

sonificación —dice Doral— no puede ir más allá de los límites impuestos por la naturaleza misma de la persona humana o de las cosas. De aquí también que la capacidad jurídica pueda ser limitada por el ordenamiento, pero éste nunca puede destruir la base natural de la personalidad".<sup>75</sup>

En resumen, debemos afirmar que:

- a) La naturaleza humana es el fundamento de la ley natural. De hecho, la ley natural no es sino la expresión de la finalidad de la naturaleza humana.
- b) El derecho natural —en el sentido de la cosa debida— es una consecuencia de la misma naturaleza humana. Así pues, ninguna ley positiva puede negar a otro esta cosa debida. Hacerlo sería ir en contra de la misma naturaleza.
- c) La legislación positiva, puede regular el modo en que estos derechos —cosas reales— le son "dados" a cada quién. Pero esta regulación tiene como límite a la naturaleza humana: no puede la legislación positiva negar un derecho natural; ni tampoco puede ser tal el modo de regular un derecho natural, que otros derechos naturales se lesionen.

Nos parece que, a modo de corolario, es oportuno citar a Cicerón, quien hace 2,000 años escribió:

Es absurdo pensar que es justo todo lo determinado por las costumbres y las leyes de los pueblos. ¿Acaso también si son leyes de tiranos? (...) Hay un único Derecho que mantiene unida la comunidad de todos los hombres, y está constituido por una sola ley, la cual es el criterio justo que impera o prohíbe; el que la ignora, esté escrita o no, es injusto (...), que si todos los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería justo el robo, justa la falsificación, justa la suplantación de testamentos, s'empre que tuvieran a su favor los votos o los plácemes de una masa popular (...) y es que para distinguir la ley buena de la mala no tenemos más norma que la de la naturaleza. No sólo lo justo y lo injusto sino también todo lo que es honesto y lo torpe se discierne por la naturaleza. La naturaleza nos dio así un sentido común que esbozó en nuestro espíritu, para que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que todo

<sup>75</sup> DORAL, José A., "Concepto filosófico y concepto jurídico de persona", en *Persona y Derecho*, vol. II, Pamplona, 1975, p. 130.

esto depende de cada uno y no de la naturaleza, es como de locos.<sup>76</sup>

#### IV. LA VIDA COMO DERECHO NATURAL

##### 4.1 *Concepto y descripción*<sup>77</sup>

Intentamos en este epígrafe analizar la existencia de un derecho natural: el derecho a la vida, considerado por los diferentes autores como "el más esencial y primero de los derechos del hombre, hasta el punto que es un derecho previo y básico, en orden al cual los restantes derechos surgen como complementarios".<sup>78</sup>

En efecto, escribe Pacheco:

El bien más importante que puede tener una persona humana es la vida misma, y sin ella, no es posible siquiera hablar de otros derechos. Por tanto, el derecho a la vida se presenta como un derecho esencial desde el punto de vista del sujeto, y como uno de los pilares básicos, quizá el más importante de todo el orden jurídico (...). Sin derecho a la vida, todos los demás posibles derechos resultan inútiles. Como el derecho a la vida deriva en forma primaria y directa de la naturaleza humana, debemos afirmar que todo aquél que tenga esa naturaleza tiene derecho a vivir.<sup>79</sup>

Por su parte, Arámburu afirma que:

Todo derecho supone el derecho a la vida, sustentáculo en el que todos se afirman y sin el cual ninguno tendría realidad. Todo otro derecho ha de apoyarse, como en su base natural, en el derecho a la vida, de cuya efectividad penden necesariamente, pues de nada valdría que se diga a la persona: tienes derecho a que nadie ofenda tu dignidad ni manche tu honor, ni cercene tu libertad, ni lesione tu patrimonio, pero no a la vida que tales dere-

<sup>76</sup> CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, I, Madrid, 1979, p. 17.

<sup>77</sup> Nos limitaremos a exponer brevemente el derecho a la vida, es decir, la vida como justa y debida que origina en los demás la obligación de respetarla y protegerla. Para el estudio de los deberes del individuo respecto a su propia vida, véase: HERRERA JARAMILLO, *El Derecho...* cit., pp. 206 y ss.

<sup>78</sup> DÍAZ DÍAZ, Joaquín, "El derecho a la vida", en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, septiembre de 1974, p. 1.

<sup>79</sup> PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, México, 1975, p. 78.

chos comporte. De ellos gozarás mientras tu vida sea tolerada; sólo hasta que otro más fuerte que tú o la fuerza colectiva de la sociedad determine quitártela.

Los derechos nombrados no se han establecido por la naturaleza sino como otros tantos medios congruentes a los deberes prescritos para el cumplimiento del fin humano, y ante todos el deber de propia conservación, de mantenimiento de la propia vida, porque ella es el principio necesario de la actividad con la que el ser personal ha de practicar los deberes por los cuales cumple su fin, guardando así el orden natural.<sup>80</sup>

De aquí que los diferentes ordenamientos jurídicos se hayan preocupado de recoger y salvaguardar este principalísimo derecho mediante el despliegue de una enorme diversificación de disposiciones jurídicas positivas de carácter internacional (Declaración de Derechos Humanos)<sup>81</sup> y local (Constituciones políticas, códigos penales, códigos civiles, leyes sanitarias, etcétera), en las que paulatinamente vamos observando, lamentablemente, figuras y resquebrajamiento que, por diversas razones —a nuestro entender nunca justificadas— desprotegen, particularmente a los más necesitados y débiles, de su principal derecho.<sup>82</sup>

El concepto y la descripción del derecho a la vida presenta, sin embargo, algunas dificultades técnicas que intentaremos resolver en los sucesivos párrafos.<sup>83</sup>

Conviene percatarse al hablar de derecho a la vida, de la particular riqueza que este concepto tiene en la persona humana. Para Lombardi la vida humana tiene tres dimensiones fundamentales: vida en sentido biológico, vida dinámico concienal, vida en sentido existencial (metafísico).<sup>84</sup> Adquiere particular importancia esta triple dimensión de la vida humana, por cuanto lo que se defiende es la vida en su sentido integral, y no en una de sus dimensiones. De hecho, si el hombre no tuviera la dimensión vital existencial que lo abre a la tras-

<sup>80</sup> ARÁMBURU, Mariano, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1928, p. 138.

<sup>81</sup> *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, ONU, 1948, Nueva York, artículo 3.

<sup>82</sup> Resulta paradójico pensar que en los Estados Unidos, para algunos ejemplo de civilización y democracia, de Estado de Derecho cuya salvaguarda comporta todo un despliegue sorprendente de medidas de seguridad de diversa índole, el lugar más inseguro para vivir sea el vientre de la propia madre.

<sup>83</sup> Para mayor precisión terminológica, *cfr. infra* 4.2.

<sup>84</sup> *Cfr. LOMBARDI VALLAURI, La culture... cit.*, págs. 52 y 53.

endencia, perdería la excelstitud de su dignidad, y con ella, su subjetividad fisicalista o concienal. Así pues, no podemos admitir un reduccionismo fisicalista o concienal en que la vida humana sea concebida sólo biológicamente, o —en el otro caso— confundida con la conciencia de sí.<sup>85</sup>

“El derecho a la vida aparece como una evidencia primaria que viene avalada por la existencia de ciertas conductas provitales, pero que viene, también, puesto en entredicho por la aparición fenoménica de otras ciertas conductas antivitales. Ante esta situación se hace preciso un esfuerzo reflexivo que intente mostrar la fundamentación del derecho a la vida, explicando el valor positivo de toda conducta provital justificando el valor negativo de cualquier conducta antivital”.<sup>86</sup>

Es preciso tomar en cuenta cuanto hemos descrito sobre la persona humana y su dignidad, pues fuera de este contexto, el derecho a la vida se nos presenta como algo lúdico y banal y que, en la persona humana (el hombre) individual y concreta, que es el titular del derecho a la vida, *ser* y *vivir* designan lo mismo ya que no se puede *ser* persona humana (hombre) sin *vida*.

Se trata ahora de analizar si la vida humana es un verdadero derecho en sentido estrictamente jurídico y hemos de apoyarnos en los principios fundamentales:

a) Entendemos por derecho, decíamos,<sup>87</sup> la cosa justa que es debida —el vínculo obligacional es de justicia y consiste en dar a cada uno lo suyo— a su titular en virtud de un título.

b) Hay cosas —ya lo decía Pacheco— que son verdaderos derechos naturales del hombre y que el título de esos derechos es la misma naturaleza del hombre.<sup>88</sup> En otras palabras, son cosas —esas— que le son debidas por el simple hecho de ser persona y están, por tanto, inherentes a esa condición. Ya explicamos cómo una de las características de la persona es que domina su propio ser, se autopertenece y por tanto, aquellas cosas connaturales a ella, son *suyas*, le pertenecen a título natural (*ex natura sua*). Por eso escribe Herrera Jaramillo<sup>89</sup> en una magnífica monografía que “el hombre, por el hecho de ser persona, es titular de unos derechos naturales, preexistentes a la ley po-

<sup>85</sup> *Idem.*

<sup>86</sup> PUY, Francisco, “Fundamento ético-jurídico del derecho a la Vida”, en *Persona y Derecho*, T. II, Pamplona, 1975, pág. 96.

<sup>87</sup> *Cfr. supra* 3.

<sup>88</sup> *Cfr. supra* 1.1.2.

<sup>89</sup> HERRERA JARAMILLO, *El Derecho... cit.*, pág. 133.

sitiva; en la base de esos derechos está el derecho a la vida, esto es, el derecho a ser y a existir. Si el hombre, por ser persona, tiene dominio sobre su propio ser —es dueño de sí—, resulta evidente que tiene el derecho a la vida, pues la vida y el ser son en el hombre —que es viviente— lo mismo. Es imposible hablar de dominio sobre el propio ser sin hablar, simultáneamente, del dominio sobre la propia vida; la vida es el derecho más básico de la persona humana; sin éste, los demás derechos, tanto naturales como positivos, no podrían tener consistencia. Para ser titular de un derecho, primero hay que ser, por eso el fundamental de los derechos es el derecho a la vida (...). Si no se tiene el derecho a ser, no hay posibilidad de tener ningún derecho". Más adelante continúa diciendo que: "la vida humana entra en la esfera jurídica de cada hombre; esa vida atribuida por la naturaleza a cada miembro de la especie humana es un derecho, y genera un deber de respeto y protección por parte de los demás".<sup>90</sup>

El primer obstáculo que debemos soslayar en la exposición de nuestro tema es la identidad que existe entre *ser* y *vivir*. Quizá el planteamiento que hace Pérez Bueno nos pueda servir para introducirnos en la primera dificultad en este tema: "en términos rigurosamente exactos se puede decir que *el derecho a la vida no existe* (...). Gramaticalmente, la frase *derecho a la vida* resulta poco feliz y poco exacta. Decir 'uno tiene derecho a una cosa' vale tanto como decir que puede exigirla. Gramaticalmente, el *derecho a* indica una exigencia jurídica. Si la frase se tornase en todo su rigor significaría que el hombre tiene derecho a la creación... La vida... no puede ser de nuestro derecho sino en cuanto la tenemos por liberalidad del autor de la naturaleza. Sin vida no se puede hablar de derechos del hombre; la vida es, por tanto, el hecho —hecho superior al ser que la posee— originario de todos los derechos de la persona humana. Puede haber y hay derechos sobre la vida, pero no derecho a la vida porque antes de vivir no existe en el hombre derecho ninguno, por la sencilla razón de que sin la vida no hay hombre".<sup>91</sup>

Coincidimos parcialmente con el autor citado. En efecto quien todavía no es hombre, quien todavía no ha sido creado *no es* y al *no ser*, sencillamente no puede ser sujeto de derechos y por tanto no le es debido nada: no puede tener derecho a ser creado, a pasar del no ser

<sup>90</sup> *Idem.*, pág. 134.

<sup>91</sup> Cfr. PÉREZ BUENO, Fernando, *Las garantías jurídicas de la vida*, Madrid, 1920, págs. 33 y 35.

al ser, y en este sentido la apreciación es correcta, sin embargo, una vez que *es* —y por tanto que *vive*— sí se puede decir que la vida sea un *derecho*, una *cosa justa* y, por lo tanto exigible.<sup>92</sup>

En este momento conviene detenernos brevemente y explicar que el acto de justicia (que consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho —*ius suum cuique tribuere*—) no atribuye las cosas, sino que sigue al hecho de que ya están repartidas y por eso, dice Pieper: "la justicia es acto segundo. La justicia presupone el derecho. Si algo se le debe a un hombre como suyo, el hecho mismo de que se le deba no es en sí obra de la justicia".<sup>93</sup> Tomás de Aquino lo explica de la siguiente manera: "siendo el acto de justicia dar a cada uno lo que es suyo, al acto de justicia precede otro acto por el cual alguien hace suyo algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que el retribuyente le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual primeramente alguien hace suyo algo, no puede ser un acto de justicia".<sup>94</sup> De aquí que Hervada diga que "en sí mismo, el acto por el cual una cosa que no estaba atribuida —de ninguna manera y bajo ningún aspecto— a un sujeto, se le atribuye, no es un acto de justicia (esto no es dar al otro lo suyo, sino hacer suya una cosa, darle una cosa todavía no suya). Podrá ser un acto de buen gobierno, un acto de liberalidad (...) pero no un acto de justicia. La justicia tiene ocasión de ejercerse sólo después de que algo ha sido atribuido a alguien, es decir, cuando alguien puede decir (...) que ese algo es suyo.

"Por eso se ha dicho con razón que el acto de justicia es un acto segundo. Depende siempre de un acto primero, que es el que, atribuyendo las cosas, crea el derecho, lo suyo".<sup>95</sup>

Por esto, al plantearse Pieper el derecho a la vida<sup>96</sup> afirma, con Santo Tomás, que "el acto mismo de creación no es un acto de justicia que por concepto alguno le fuese debido a nadie".<sup>97</sup>

En este sentido es preciso distinguir entre un supuesto derecho a ser creado que evidentemente no existe, y un derecho a que la per-

<sup>92</sup> Cfr. HERVADA, *Introducción... cit.*, pág. 95.

<sup>93</sup> PIEPER, Josef, *Justicia y Fortaleza*, Madrid, 1968, pág. 17.

<sup>94</sup> AQUINO, *Summa contra Gentiles*, cit., III, cap. 27.

<sup>95</sup> Cfr. HERVADA, *Introducción... cit.*, págs. 24 y 25.

<sup>96</sup> "¿Quién va a dudar, por ejemplo, de que haya un derecho a la propia vida?" (cfr. PIEPER, *Justicia... cit.*, pág. 18).

<sup>97</sup> *Non igitur crenis ex debito iustitiae procedit* (cfr. AQUINO, *Summa contra Gentiles... cit.*, II, 28).

sona en cuanto que es tenga, respecto a los demás, un derecho a seguir *siendo*; esto es, que las demás personas no puedan violentar ese bien —la vida—, ese derecho, esa cosa justa y debida a *título de naturaleza*.

Hemos dicho que el derecho a la vida es un derecho natural<sup>98</sup> y en este sentido es importante advertir que los derechos naturales no son unos derechos abstractos, teóricos; algo así como ideales de justicia o principios axiológicos: son —dice Hervada— "cosas reales y concretas, verdaderamente debidas a su titular. Cuando hablamos de derechos naturales no nos referimos a un enunciado abstracto, sino a lo justo natural, o sea, a aquellas cosas reales y concretas que están verdaderamente atribuidas a una persona a título de naturaleza humana. Los derechos de los que venimos hablando son derechos reales y concretos. Así, por ejemplo, el derecho a la vida no tiene nada de abstracto; la vida de cada hombre es tan real y concreta como real y concreto es cada hombre; y es real y concretamente suya respecto de cada hombre. El atentado homicida no ataca a una abstracción, sino a una realidad concreta".<sup>99</sup>

De lo anterior podemos obtener ya una primera conclusión: decir que existe un derecho a la vida no significa exigir la creación de la vida humana; significa que los demás deben respetar y proteger la vida de cada persona y es ésta la forma de satisfacer la deuda.

Pueden plantearse otras dificultades a la existencia del derecho a la vida, que son expuestas y resueltas con claridad por Herrera Jaramillo<sup>100</sup> por lo que nos limitaremos a hacer un breve resumen:

a) Al hablar del derecho a la vida decimos que ésta es debida por los otros a un titular. Ahora bien, la vida está constituida por un propio, ontológico independiente de la voluntad y, dado que nadie está en posibilidad de dar o entregar a otro la vida humana y lo imposible no obliga, no puede haber derecho a la vida, en sentido jurídico estricto.

<sup>98</sup> Es oportuno señalar, para una mejor comprensión de la exposición, que también existen derechos positivos o justo positivo (también consideramos en el sentido realista, es decir, como cosa justa debida a otro) que serán "cosas que están atribuidas a un sujeto por título convencional (derivado de la convención o voluntad humana)" y así, el origen del derecho positivo, de la cosa justa positiva "no es la naturaleza, sino un acto constitutivo de la voluntad humana".

Además, "el derecho positivo es un verdadero derecho —al igual que lo es el natural—, porque la voluntad humana es capaz de verdadera y propia atribución de las cosas (...)" y "el título positivo da origen a un verdadero derecho" (cfr. HERVADA, *Introducción... cit.*, págs. 107 y 108).

<sup>99</sup> HERVADA, *Introducción... cit.*, pág. 105.

<sup>100</sup> Cfr. HERRERA JARAMILLO, *El derecho... cit.*, pág. 105.

*Respuesta:* La justicia es el *dar* a cada cual lo suyo, pero ese *dar* no es sólo entregar, sino *respetar, proteger, etc.* Dar significa, en la fórmula de la justicia, toda acción u omisión en cuya virtud una cosa pasa al —o permanece en el— efectivo poder de aquel a quien tal poder corresponde legítimamente, esto es, en virtud de un título jurídico.<sup>101</sup>

b) Para que exista un derecho es necesario que haya un sujeto y un objeto. En el supuesto de que existiera el derecho a la vida, resultaría que sujeto y objeto son lo mismo, pues como dice Santo Tomás "el vivir para los vivientes es su mismo ser".<sup>102</sup> Luego no puede hablarse, en propiedad, del derecho a la vida, ya que no se diferencian sujeto y objeto.

*Respuesta:* Si bien es cierto que entre el ser del hombre y su vida hay una identidad real, no es menos cierto que cabe establecer una distinción de razón. En efecto, respecto de su vida, el hombre puede actuar como *sujeto* que usa de su derecho (v. gr. la legítima defensa) y como *objeto* de protección o ataque en relación a ella. El hombre aparece como sujeto de derecho y, a la vez, bajo la perspectiva de objeto o término de la actividad (protectora o lesionadora) de los demás. Por tanto, la vida humana, en cuanto puede ser realmente objeto de la actividad ajena, y su respeto y protección son debidos al hombre en justicia, se constituye en un verdadero derecho.

Desde una óptica, el hombre es sujeto y objeto, a la vez, del derecho a la vida, pero, desde otra perspectiva, observamos una distinción entre sujeto (el hombre) y objeto (la vida).

c) La necesidad de defender la vida humana es tan evidente que no necesita expresarse como derecho: todos los hombres convienen en la necesidad de defenderla y es superfluo hablar de un derecho a la vida.

*Respuesta:* El que la necesidad de la defensa de la vida humana sea evidente, no significa que el derecho a la vida no exista: es un derecho natural que se conoce fácilmente por la razón práctica. Además, no está tan claro que todos convengan en respetar la vida humana y de aquí la necesidad que la legislación positiva reconozca el derecho a la vida tal y como es: universal, sin discriminación alguna por razón de edad, sexo o condición, y que lo proteja, además, adecuadamente.

<sup>101</sup> Cfr. HERVADA, *Introducción... cit.*, pág. 32.

<sup>102</sup> S. TH., I, q. 18, 2c.

d) Para que haya un acto de justicia —entendida como dar a cada uno lo suyo— es imprescindible que la cosa debida pueda estar, o esté, en poder de quien no es titular, que es obligado por la justicia a dar a su titular la cosa.

Ahora bien, la vida humana siempre está en poder del viviente, y éste, al ser persona, está incapacitado ontológicamente, para ser pertenencia ajena. Por eso es inexacto afirmar que existe un derecho a la vida, pues la cosa justa, en este caso la vida, sólo puede estar en poder del viviente respectivo, no de otro.<sup>103</sup>

*Respuesta:* Es cierto que cada hombre posee y vive su vida. Pero esto no quiere decir que la vida humana no pueda ser interferida por los demás. La vida humana está constituida por un principio que es independiente de la voluntad, sí, pero la voluntad humana puede poner fin a esa vida. De ahí que, bajo este aspecto, la vida humana puede estar en poder de otros, pues el poder de causar la muerte es indiscutible. De lo anterior se deduce que la vida humana es un derecho, esto es, se le debe a su titular; deuda que se satisface respetando (omisión de cualquier acto atentatorio contra la vida humana) y protegiendo (coadyuvando al desarrollo natural de la vida de cada ser humano):

En otro orden de ideas, podríamos decir que negar el derecho a la vida implica negar la obligación que los demás tienen de respetarla —¿por qué la habrían de respetar?—, lo que llevaría, con facilidad, a concluir que los demás tienen derecho a no respetarla.

Diremos, por último, que el derecho a la vida es un derecho humano, y como tal, es preexistente a la legislación positiva: "por derechos humanos se entiende convenientemente aquellos derechos que el hombre tiene por su dignidad de persona —o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana—, que *deben ser* reconocidos por las leyes; en caso de que estos derechos no se reconozcan, se dice que se comete injusticia y opresión. E incluso se advierte que la falta de reconocimiento —el hecho de que no se respeten los derechos— genera la legitimidad del recurso a la resistencia, activa o pasiva. Si se trata de derechos que *deben ser* reconocidos, cuya contravención genera injusticia e incluso el derecho a la resistencia, la conclusión parece evidente: por derechos humanos entendemos los que preexisten a las leyes positivas. Por eso, de estos derechos se dice que se *declaran*;

<sup>103</sup> LOMBARDI VALLAURI, *Le culture...* cit., pág. 65.

Expresivamente lo dice LOMBARDI: "la mia-vita è tutta la mia vita... E la mia-vita è la vita mia e di nessun'altro, e questa mia e nessun'altra mai identica v'ita".

y de ellos se dice también que se *reconocen* —no que se otorgan o conceden— por las leyes positivas".<sup>104</sup>

#### 4.2 Algunas propiedades del Derecho a la Vida<sup>105</sup>

##### 4.2.1 Universal

El derecho a la vida —que según lo expuesto es un derecho natural— lo tienen todos los individuos de la especie humana. Afirmar la universalidad del derecho a la vida supone afirmar que su fundamento está en la misma naturaleza humana y no en aspectos accidentales como son el haber nacido, la salud, la viabilidad, la utilidad, la edad, etc., que sería tanto como fundamentar este derecho en aspectos accidentales.

El carácter universal del derecho a la vida se encuentra reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.<sup>106</sup> En efecto, además de que el artículo 3º dice que "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", el artículo 2º hace explícito, de modo claro, el carácter universal de este derecho. Dice: "Artículo 2, 1. *Toda persona* tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de *cualquier otra índole*, origen nacional o social, posición económica, *nacimiento o cualquier otra condición*".<sup>107</sup> Al respecto, Hervada y Zumaquero<sup>108</sup> hacen, acertadamente, el siguiente comentario:

<sup>104</sup> HERVADA, Javier, "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", en *Persona y Derecho*, T. IX, Pamplona, 1982, pág. 244.

<sup>105</sup> Recogemos algunas de ellas, y otras igualmente ciertas, como son su *irrenunciabilidad*, su *inalienabilidad*, sólo las mencionamos, ya que sólo se pueden explicar desde la óptica de la Ley Moral Natural y de las relaciones del hombre con Dios, lo que desborda los límites de este trabajo. Recomendamos al lector, entre otros a TOMÁS DE AQUINO (*Summa theologiae*, II-II, q. 64). Sin embargo no está de más decir que el carácter irrenunciable del derecho a la vida está recogido, por ejemplo, en la Declaración de Derechos de Virginia (cfr. HERVADA, Javier, ZUMAQUERO, José María, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona, 1978, pág. 261).

<sup>106</sup> Cfr. HERVADA, ZUMAQUERO, *Textos internacionales...* cit., págs. 135 y ss.

<sup>107</sup> Lo subrayado en nuestro.

<sup>108</sup> Cfr. HERVADA, ZUMAQUERO, *Textos Internacionales...* cit., pág. 140, nota 234.

"*Toda persona*, es decir, todo ser humano. Persona se toma aquí, no en sentido jurídico sino ontológico, como se deduce de los textos inglés y francés: *everyone, chacun*.

"El artículo 2 representa una de las piezas fundamentales sobre la universalidad de los derechos humanos. Ninguna condición del hombre, sea individual (sexo, raza, color, etc.), sea social (nacionalidad, bienes de fortuna, alcurnia, etc.), es origen o límite de los derechos humanos. El titular de estos derechos (*Everyone is entitled to all the rights and persons set forth in this Declaration*) es todo ser humano, en sí mismo considerado, independientemente de cualquier condición. Tampoco, por descontado, la condición de nacido o no nacido".

No quisiéramos dejar de mencionar que, posteriormente, el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución 1386 (XIV) proclamó la *Declaración de los Derechos del Niño*, y en su preámbulo trata de "los derechos fundamentales del hombre" y de "la dignidad de la persona humana". También se refiere, ahí mismo a que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Comentando este último punto, Hervada y Zumaquero<sup>109</sup> hacen notar que "antes de nacer el niño ya es titular de los derechos inherentes al ser humano; y principalmente del derecho a la vida. Lo que está de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con la Declaración de los Derechos del Niño no es la legalización del aborto, sino todas aquellas medidas —también penales— que tienden a garantizar la vida del niño ya concebido; esto es, aquellas medidas tendientes a otorgar una protección especial al niño antes y después de su nacimiento".

En síntesis, el derecho a la vida es universal porque todo individuo de la especie humana, esto es, toda persona, lo tiene en cualquier tiempo y lugar por el hecho de ser persona.

#### 4.2.2 Preexistente a la legislación positiva

Preexiste a la legislación positiva ya que su fundamento es el género humano, que a su vez es preexistente a la legislación. La vida humana no la crea la legislación: la tiene el hombre desde el momento en que es ser humano, esto es, desde la fecundación.

<sup>109</sup> *Idem.*, pág. 351.

En este sentido, Hervada dice que: "es claro que los derechos humanos —derechos del hombre, derechos inherentes o derechos naturales— se entienden como derechos que el hombre posee en virtud de sí mismo, preexistentes a las leyes positivas, las cuales se consideran justas si respetan esos derechos e injustas y opresoras si son contrarias a ellos".<sup>110</sup>

Hay que afirmar, pues, de un modo taxativo, que el orden natural es anterior al orden positivo. Es la naturaleza —y por tanto los derechos naturales— el fundamento del orden positivo. Este axioma, que parece tan obvio, ha sido puesto en duda por diversas corrientes filosóficas modernas contemporáneas. El existencialismo de Sartre, que desconoce la existencia de una naturaleza humana determinada; el neopositivismo lógico del Círculo de Viena (Carnap, Neurath, Schlick), para el cual "naturaleza", "esencia", "finalidad", son términos que carecen de sentido, es decir, son voces vacías, fruto de pseudoteorías científicas; el idealismo trascendental de Kant, que niega la posibilidad de conocer científicamente la dimensión ontológica de la persona humana. De aquí la importancia de conocer y explicar los principios filosóficos del Derecho, pues según estos principios se construirá el sistema propiamente jurídico.

#### 4.2.3 Reconocido

Con esto queremos decir que, por ser —según hemos visto— un derecho preexistente a la legislación positiva, aquel debe ser reconocido por ésta. La ley no *concede* el derecho a la vida: sólo lo reconoce.

Así, afirma Fernández-Galiano: "el ordenamiento jurídico debe *reconocer* la existencia de los derechos humanos y esa es la práctica usual en los textos constitucionales contemporáneos. Ahora bien, reconocer equivale a constatar la existencia de los mismos, una existencia previa y anterior a toda ley positiva: en la misma noción de reconocimiento yace implícita la idea de que tales derechos no traen su origen del ordenamiento jurídico, el cual se limita a dar fe de que existen, proclamando su vigencia. En una palabra los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el Derecho Positivo.

<sup>110</sup> HERVADA, "Problemas... *cit.*, pág. 245.

"Además de reconocerlos, el *Derecho del Estado* debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, es decir, asegurar a los particulares que toda conducta que signifique un desarrollo de sus libertades naturales será tutelada por el orden jurídico y, en consecuencia, protegida de posibles ataques o impedimentos".<sup>111</sup>

#### 4.2.4 Imprescriptible

"El derecho a la vida —escribe Herrera Jaramillo— no se adquiere ni se pierde por el simple transcurso del tiempo. Por lo tanto es imprescriptible. Se adquiere este derecho por el mero hecho de ser un individuo de la especie humana, esto es, persona, y se pierde con la muerte, mas no con el paso del tiempo. Esto obedece a que el derecho a la vida se funda en la naturaleza humana, que es la misma en todo el transcurso del tiempo".<sup>112</sup>

Es la naturaleza humana el fundamento del derecho a la vida, y si bien aquélla no está excluida de la temporalidad —pues el hombre es un ser histórico—, esta temporalidad no implica que la naturaleza humana se vaya adquiriendo o perdiendo gradualmente. La naturaleza humana —y todo lo que conlleva— no se adquiere ni pierde paulatinamente. Por ello mismo, si a la naturaleza humana le es debido el derecho a la vida (hechas todas las precisiones respectivas), esta cosa debida no puede prescribir, mientras se tenga la naturaleza humana. Mientras se pertenece a la especie humana —desde el primer instante hasta el último— se tiene derecho a la vida.

Esta imprescriptibilidad contrasta con los derechos positivos, que por no emanar necesariamente de la naturaleza pueden iniciarse o terminar cuando así lo disponga en modo legítimo la autoridad.<sup>113</sup>

#### 4.2.5 Incondicional

Hemos repetido ya que el fundamento del derecho a la vida es la naturaleza humana, por lo que no se puede condicionar un derecho a cualquiera que participa de esa naturaleza sin cometer una injusticia.

<sup>111</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, *Derecho Natural, Introducción Filosófica al Derecho*, Madrid, 1977, pág. 169.

<sup>112</sup> HERRERA JARAMILLO, *El Derecho...* cit., pág. 187.

<sup>113</sup> Cfr. MONROY CAMPERO, Gerardo, *Consideraciones en torno a la vida como derecho en algunas disposiciones de la legislación mexicana*, México, 1987, pág. 7.

Como ejemplos de condicionamientos se pueden mencionar la edad, salud, viabilidad, etc., o, en los temas que nos ocupan, la implantación en el endometrio, el surco neural, etc., etc.

Desde el momento de la concepción hasta el momento de la muerte, hay vida humana, hay un titular del derecho a la vida independientemente de los accidentes que le rodeen. La naturaleza humana y por lo tanto el derecho a la vida, no están disminuidos por ninguna condición. Entendemos por condición, cualquier tipo de circunstancia, acontecimiento o accidente, ya sea individual o social, exterior o interno. Es decir, mientras haya un titular —mientras haya personalidad ontológica— habrá una cosa que le es debida: la vida. Ni la edad, ni la salud, ni la viabilidad, ni la implantación en el endometrio, constituirán la esencia del ser humano, y por tanto, no pueden negarle al portador de tal naturaleza, unos derechos que le son naturalmente debidos.



no, vive o muere. No obstante, alargar la vida por este medio sigue siendo una empresa elástica con límites para los transplantes. En cuanto al testar a los órganos humanos o artificialmente por medio de la tecnología del futuro, cuando las cosas se pongan serias, la muerte por razones del material de la vida por...

## DONACIÓN DE ÓRGANOS: LA BÚSQUEDA INCIERTA DE LA INMORTALIDAD

Gisela A. Oscós Said

SUMARIO: I. De cómo todo puede transplantarse, II. Las fronteras prácticas de la inmortalidad. III. Los sistemas jurídicos ante la donación de órganos. IV. Los límites jurídicos: 1. Sobre la naturaleza y comerciabilidad del cuerpo humano. 2. El consentimiento, condición sine qua non de la disposición de órganos. A. El consentimiento maduro y madurado. B. Los menores de edad e incapacitados. C. El consentimiento informado. D. Las formalidades del consentimiento. E. El consentimiento en la disposición de órganos de cadáveres. F. La omisión del consentimiento: a) Quiénes pueden suplir el consentimiento, b) La excepción en caso de necropsia. G. Otros sistemas para la disposición de órganos. H. El voluntarismo alentado como opción al caso mexicano. 3. El cadáver y la muerte. V. Los límites éticos.

### I. DE CÓMO TODO PUEDE TRANSPLANTARSE

Hace treinta años, nadie creía posible aventurarse más allá de las transfusiones de líquido sanguíneo o de los trasplantes de algunos órganos pares que no ponían en especial riesgo al ser humano; mas desde que el 3 de diciembre de 1969, Christian Barnard realizara la primera operación de trasplante de corazón, la aventura médica no se ha detenido: los implantes simultáneos de dos órganos a un mismo individuo, los trasplantes de órganos impares y no regenerables; los diversos experimentos para lograr el trasplante de partes cerebrales y la implantación en el útero materno de embriones provenientes de otras mujeres o de un vaso de precipitados, han demostrado que el hombre busca ávidamente los caminos hacia la inmortalidad.

La tecnología médica pretende crear órganos mecánicos, prótesis elaboradas en todo tipo de material, dotándolas de funcionamiento y movilidad casi humanos. Entretanto, la preferencia por la *provisión natural* de órganos sigue prevaleciendo y se buscan donantes huma-

nos, vivos o muertos.<sup>1</sup> No obstante, alargar la vida por este medio sigue siendo una quimera: el obstáculo más fuerte para los trasplantes, estriba en el rechazo a los órganos, humanos o artificiales, por incompatibilidad inmunológica del organismo. Aunque las cirugías resulten exitosas, la muerte por rechazo del material es frecuente, por lo que intentar la sobrevida por medio del trasplante, suele ser un breve sueño.

Para los miles de requirentes de órganos, lo preferible sería obtenerlos de donantes vivos, sanos y capaces. Esto es por el momento impensable, al menos por lo que toca a órganos impares no regenerables que necesariamente deben obtenerse de cadáveres; pero es posible en el caso de órganos pares o de ciertos tejidos que sí se renuevan, como la sangre y la médula ósea, la piel, músculos y cartílagos, que pueden ser obtenidos incluso del propio cuerpo del receptor (autoplastia).

Por ello, en todo el mundo hay largas listas de requirentes que aguardan incluso por años a algún donante cuyos órganos resulten finalmente compatibles con su sistema inmunológico. La significativa desproporción entre la demanda y la oferta en el mercado de órganos, y la ingente necesidad de los mismos, han provocado que se coloque en un plano muy ulterior la valoración de la *calidad* de la vida humana. Un sinfín de problemas éticos y morales en torno a los trasplantes, donantes y receptores, han sido dejados de lado por los sistemas de salud y legislativos en la urgencia por cubrir rápidamente estas necesidades. El Estado ahora no sólo deberá garantizar las condiciones de vida de los individuos, sino incluso *posibilitar la provisión de vida*, mediante un sistema por el que esos individuos puedan obtener de otros, la materia vital.

<sup>1</sup> En un artículo publicado recientemente, se hace relación de la *materia prima* que aporta un ser humano: "un cuerpo puede proveer: 1 corazón o 4 válvulas cardíacas; 2 pulmones; 2 riñones; 1 hígado; 1 páncreas; 2 articulaciones de la cadera; 1 mandíbula; 6 huesecillos del oído; 2 córneas; médula ósea; huesos de las extremidades y costillas; ligamentos, tendones y piezas de cartilago; piel; vasos sanguíneos". Christine GORMAN, "Matchmaker, Find me a Match", en *Time International*, no. 24, June 17 1991, p. 36; cfr. con el artículo 30 del *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos*, publ. D.O.F. 20 de febrero de 1985, reformado por decreto publ. en D.O.F. 26 de noviembre de 1987; en trece fracciones no limitativas, se comprenden todos aquellos materiales que pueden ser donados lícitamente según nuestra legislación.

## II. LAS FRONTERAS PRÁCTICAS DE LA INMORTALIDAD

Aunque quisieran obviarse, existen argumentos jurídicos, políticos, morales, sociales y éticos tras la tecnología del trasplante y los sistemas permisivos de la donación de órganos y tejidos, dados los avances técnicos que han logrado situar al hombre en una posición ventajosa sobre sí mismo con relación a límites que anteriormente eran infranqueables. Para algunos, parar mientes en estas cuestiones sólo propende a obstaculizar el irrefrenable progreso de la ciencia al servicio del hombre, con réplicas que suenan obsoletas y arcaicas.<sup>2</sup>

Sin embargo, hay casos en que se está a punto de transponer los límites de zonas más delicadas que no siempre se aprecian a primera vista.

Hace poco, un matrimonio concibió una hija con el único fin de extraerle médula ósea para transplantársela a otra hija, enferma de leucemia, y salvarle la vida. Aunque el procedimiento empleado es bastante sencillo y no reportó peligros específicos para ambas, lo cierto es que no puede pasarse por alto el hecho de que se planeó dar vida a un ser humano, no como un *fin en sí mismo* sino como *medio*, para dotar de materia vital a otro. Ese pequeño ser, concebido *ex-profeso*, no tuvo oportunidad de manifestar su consentimiento frente a la disposición que sus padres hicieron de una parte de su cuerpo. Si de la operación hubiesen resultado complicaciones, habrían sido sus propios padres quienes las hubiesen sometido a una situación de peligro indeseada —quizá con resultados fatales—, asumiendo un derecho sobre su cuerpo —sobre su vida— que no tenían, con el fin de devolver la

<sup>2</sup> En ese sentido, entre otros, se expresa Gert KUMMEROW: "El derecho a la integridad física, a los poderes que el ser humano puede desplegar sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de otros seres humanos, y la eficacia de los actos negociales cuyo objeto gravita sobre esos puntos de incidencia, no han podido liberarse del influjo de argumentos procedentes de confines extraños al Derecho Positivo... la considerable expansión [de los]... conceptos de orden público, buenas costumbres, orden social... obedece en gran medida a la recepción de ese tipo de argumentación por los organismos jurisdiccionales, con la premeditada finalidad de frenar la eficacia de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, o los derechos que otros ostentan sobre sus partes". "Perfiles Jurídicos de los trasplantes en seres humanos", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 3a. época, mayo-junio 1970, no. 33, pp. 21 y 22; este tipo de opinión es ampliamente defendido por el cuerpo médico, que en un interés sincero por la sanidad colectiva y el ascenso de la técnica médica, soslaya otro tipo de imperativos, cuya importancia es innegable.

salud a otro ser ya existente.<sup>3</sup> Por muy encomiable que sea el esfuerzo de unos padres por salvar a un hijo, moralmente no resulta plausible el medio empleado.

Se han presentado múltiples casos en los que personas necesitadas de órganos se enfrentan a la negativa de sus parientes cercanos para donárselos, —lo que es frecuente y entendible— no obstante que dichos órganos podrían ser los únicos compatibles a su alcance. A pesar de que no se podría reprobar la actitud de quienes se niegan a dar sus órganos, en Estados Unidos se han llegado a plantear demandas legales con la pretensión de obtener una orden judicial que obligue a los posibles donantes a la cesión de sus tejidos.<sup>4</sup> Frente a semejante absurdo, si se llegaran a obtener mandamientos judiciales de tal tenor, se estaría coaccionando a los sujetos a la entrega de órganos y tejidos, pese a su derecho a no consentir en ello.

En los casos en que se mantienen en forma artificial los cuerpos de quienes están considerados clínicamente muertos, —con auxilio de mecanismos y aparatos diversos— se abre la posibilidad de que se les deje en ese estado en forma indefinida para que provean constantemente ciertos tejidos renovables. La cuestión podría presentarse, aún sin haberse obtenido el consentimiento de la persona, o bien, por medio de la autorización de sus familiares.<sup>5</sup> Tal vez en esa forma sería justificable el gasto que ocasiona al Estado la manutención de un individuo que quizá no se recupere jamás y a quien sus órganos "no le son de ninguna utilidad". Bajo esta mira podría colocarse asimismo a los incapaces mentales permanentes, facultándose a sus representantes legales para disponer de sus órganos y tejidos no "indispensables", para cederlos, por ejemplo, a familiares capaces, con una expectativa de vida promedio, remediando así alguna deficiencia orgánica. Con ello se resuelve un problema práctico, pero queda en duda la justificación ética y jurídica de tal proceder.

Como los anteriores, una serie de casos concretos evidencian una problemática ético-jurídica que en ocasiones podría diluirse y enmascararse con argumentos sofistas que recuerdan la roca Tarpeya y

<sup>3</sup> El caso ha sido referido varias veces en la prensa internacional durante el último año. La fuente utilizada es, Lance MORROW, "When One Body can save another", en *Op. cit., supra*, nota (1), pp. 30-34.

<sup>4</sup> Vid. los casos referidos por Robert STEINBROOK: "Unrelated volunteers as bone marrow donors" en *The Hastings Center Report*, vol. 10, no. 1 feb. 1980, pp. 11-14.

<sup>5</sup> Cfr. con Arthur L. CAPLAN, "Organ Transplants: the costs of success", en *The Hastings Center Report*, vol. 13, no. 6 dec. 1983, pp. 23-32.

nociones que quieren emparentar con falsos sentimientos humanitarios, alejándose de los genuinos propósitos. Se busca el mejoramiento del género humano, obteniendo las piezas de compostura de entre sus propios elementos, lo que es formidable; pero habría que preguntarse si puede obtenerse el material de aquellos seres que han dejado de tener una *vida de primera clase*, para asegurársela a los restantes, en una lucha por sobrevivir, cifrada sobre desbalances y que sacrifica los derechos humanos de unos, para proteger los de otros.

En vista de que, al parecer *todo se puede donar* o podría hacerse, habría que analizar *cómo se debe donar*. Habría que discernir si todo individuo puede hacer donación de sus partes, si pueden hacerlo sus familiares o el Estado; si la sociedad es acreedora de los órganos y tejidos de aquellos de sus miembros que ya no los usarán más o de quienes pueden prescindir de ellos. Habría que pensar si en los años que siguen, la humanidad defenderá el establecimiento de *verdaderos campos de cultivo* para poder levantar *cosechas de órganos humanos*, en forma ilimitada. Y tal vez, por último, habría que preguntarse si éste es el estadio de avance anhelado, minimizante de la calidad de la persona humana y amnésico de toda consideración ética.

### III. LOS SISTEMAS JURÍDICOS ANTE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

Con respecto a la remoción, donación y trasplante de órganos, los sistemas legales pueden agruparse según lo siguiente:

A) Sistemas que no regulan la donación y trasplante de órganos humanos. En la actualidad, son los menos, dados los avances técnicos y la necesidad de que la legislación de cualquier Estado, por atrasado que esté, vaya a la par con la tecnología en la medida de lo posible. Estos sistemas sin provisión específica al respecto, suelen:

1) considerar ilícito el trasplante de órganos para fines terapéuticos; con lo cual sólo admitirían la remoción de órganos a partir de cadáveres cuyo destino sea la docencia o la investigación;

2) regular la remoción de órganos de sujetos vivos mediante la integración de normas de Derecho Civil (familia, contratos, sucesiones), de Derecho Penal (lesiones, homicidio) y bajo los parámetros generales del orden público, interés y moral sociales y las buenas costumbres.

Así ocurre en algunos países de África y el Asia musulmana. La tendencia es lograr la incorporación legislativa de este rubro en todos los

sistemas sanitarios, para lo cual, resultan invaluable los esfuerzos que llevan a cabo diversos organismos internacionales y, asociaciones sanitarias de tipo privado.

B) Sistemas que regulan la remoción, donación y trasplante de órganos humanos. En la actualidad, la mayoría de los Estados Occidentales (europeos y americanos) cuenta con una normativa definida al respecto, que sin embargo aún guarda diversidad. Por ello, este grupo, a su vez, admite subclasificaciones:

1. En cuanto al origen del material del que se dispone:

a) Sistemas que distinguen entre material proveniente de sujetos vivos y de cadáveres. Estas legislaciones recomiendan el uso de material extraído de cadáveres para fines terapéuticos, docentes y de investigación, pero admiten la disposición a partir de personas vivas, siempre y cuando:

— se destinen únicamente para fines *terapéuticos*, con lo cual se excluye la disposición *ex-profeso* de material de vivos para la docencia y la investigación; solo en los casos en que se separen vísceras y tejidos por situaciones diversas (amputación o ablación necesarias de órganos o miembros, por enfermedad, accidentes o lesiones), podría destinarse el material desprendido a la docencia e investigación.

— exista una justificación médica que demuestre la urgencia y compatibilidad del trasplante (avalada con exámenes y probanzas físico-psíquicas, hechas a los eventuales receptor y donante);

— no se trate ni de órganos únicos, imprescindibles, o de material no regenerable;

— no se ponga al disponente (donante) en igual o mayor peligro que el que enfrenta el receptor necesitado, o se le incapacite por causa de la remoción;

— el disponente sea un sujeto capaz, mayor de edad, y esté conscientemente informado de todas las situaciones y riesgos que su disposición implica;

— En algunos sistemas, se exige como requisito que el donante guarde con el receptor del órgano, un grado específico de parentesco por consanguineidad, con la intención de dar mayores garantías a la compatibilidad de tejidos y con ello al éxito de la operación quirúrgica; en casos excepcionales, se permite que el receptor sea el cónyuge, concubino, hijo o padre adoptivo del donante;

— En general se excluyen como donantes, a los reclusos, mujeres encinta, (salvo situaciones especialísimas); a los incapacitados y me-

nores. En estos dos últimos supuestos, algunos sistemas permiten la remoción de órganos supliendo las deficiencias de la manifestación de voluntad por la de los representantes legales, con lo que se haría nugatorio cualquier intento de protección a este grupo de individuos.

— El requisito fundamental para que la donación sea válida, ya en el caso de órganos extraídos de vivos o de cadáveres, radica en la libre expresión de la voluntad del donante, que siempre y en todo caso, podrá ser revocada sin expresión de motivos, y sin responsabilidad alguna.

En algunos sistemas, el consentimiento debe ir acompañado de una orden judicial que lo avale.

b) Sistemas que sólo consideran lícita la donación proveniente de cadáveres o en su caso, restringen el tipo de órganos de donantes vivos de que se puede disponer. Este era el caso de los Estados Unidos sujetos al *Uniform Anatomical Gift Act* y del Reino Unido, bajo el *Human Tissue Act* de 1961, en los que no existían provisiones referidas a la remoción de tejidos de donantes vivos. En Italia, las donaciones de órganos vivos se limitan a los riñones y se requiere de una orden judicial. Es cierto que este tipo de medidas pretenden proteger la situación de los donantes, al promover por vía indirecta que la obtención de tejidos sea preferentemente de cadáveres o muy limitada con respecto a vivos. Pero tal vez se desea facilitar precisamente la cuestión del consentimiento, que resulta más problemática, en apariencia, en el caso de vivos que de cadáveres.

2. En cuanto a la forma de disposición del material humano:

a) Sistemas fundamentados en la voluntad del disponente originario (donador) y en algunos casos, en la de los disponentes secundarios (causahabientes del donador y diversas autoridades). Ante la reunión de todos los requisitos señalados en la clasificación antecedente (*supra* B,1), el accionador básico de la donación de órganos es la voluntad o el consentimiento del donante.

b) Sistemas en los que el Estado suple el consentimiento del disponente originario, ante la omisión de éste. En los sistemas en los que el valor del consentimiento del disponente originario tiene una relevancia secundaria, o cuando aquél no ha llegado a hacer expresión de la voluntad y no se suple esta laguna por el consentimiento de los disponentes secundarios, el Estado adquiere una función supletoria, como si fuese el último o único detentador de los residuos corporales de sus gobernados. En estos sistemas, el Estado puede incluso dispo-

ner de *motu proprio*, sobre los tejidos y componentes de los sujetos muertos, si las necesidades terapéuticas, docentes y de investigación lo requieren, en vista de que la demanda de órganos supera el abastecimiento voluntario de los mismos —como está sucediendo—.

En tales casos, subyace la noción de que el Estado, asumiendo actitudes perfeccionistas o paternalistas<sup>6</sup> con relación a sus gobernados, debe vigilar, detectar y proveer todas las necesidades colectivas, sustituyendo aún los deseos y acciones individuales, puesto que es el único que puede coordinar y desarrollar el avance social, sin dejar de considerar, en apariencia, a los sujetos individuales. Bajo un enfoque paternalista, el Estado protege y garantiza a los individuos frente a acciones provenientes aún de ellos mismos, cuyas consecuencias serían nocivas y de permitir las, entorpecerían la realización del *plan de vida de cada individuo*, ignorándolo éste. Con un espíritu perfeccionista, el Estado determina por medios variados la forma de dar satisfacción a los ideales de vida de los sujetos, haciendo por ellos la elección de lo que conviene o es mejor para sus intereses.

Así, ante la conflictiva de un mercado desequilibrado de órganos, en el que la demanda rebasa sin proporción alguna la oferta, y frente a la ineficacia de un puro voluntarismo de los donantes, el Estado, por medio de dispositivos legales que así lo facultan, toma los materiales de aquellos sujetos que no se han manifestado como voluntarios, en una presunción *iuris tantum* de que su intención silente es ceder sus órganos y tejidos.

#### IV. LOS LÍMITES JURÍDICOS

¿Cuáles son los límites de la posibilidad de disposición de órganos ajenos? Se ha analizado la naturaleza jurídica del cuerpo y sus partes componentes, preguntándose si éstos son propiedad del individuo como uno más de los atributos de la personalidad; qué derechos tienen los causahabientes sobre los restos de una persona, y si el Estado puede tener atribuciones sobre los órganos y tejidos de los cadáveres con el fin de proveer a las necesidades sociales que ahora surgen.

<sup>6</sup> Cfr. Carlos S. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Argentina, Ed. Paidós, 1984, especialmente pp. 21 y 142.

#### 1. Sobre la naturaleza y comerciabilidad del cuerpo humano

Es discutible la naturaleza jurídica del cuerpo y sus partes, así como el aspecto de su comerciabilidad. En estos puntos, el análisis ha sido cauteloso y propende a asegurar una categoría excepcional al régimen de dominio sobre el cuerpo.

La noción teológica cristiana del *derecho sobre sí mismo* (*ius in seipsum*) hace del ser el curador y administrador de su cuerpo, y lo faculta con una serie de potestades sobre el mismo en razón de su libre albedrío, que nunca serán ilimitadas al grado de disponer de la vida misma o de ponerla en situación de riesgo.<sup>7</sup> La idea teológica fundamental en este punto, se resumiría en no poder definir "... las esferas de disposición del hombre respecto de su vida y de su cuerpo... como derecho de propiedad en sentido jurídico... Lo que entendemos por derecho de propiedad... es un derecho relativo; es una relación en sentido filosófico y en sentido jurídico... mas el ser del hombre o su vida son el mismo hombre en cuanto vivo y existente; no hay pues relación entre el hombre y su ser, su cuerpo o su vida, tampoco respecto de los miembros corporales. Es imposible en estos casos hablar de relación en sentido filosófico o de relación jurídica; por consiguiente es imposible hablar de propiedad".<sup>8</sup>

Con posterioridad, el cuerpo fue analizado predominantemente como "bien" o "cosa", distinguiéndose la situación del cuerpo vivo y del cadáver.

En el supuesto de *cadáveres*, autores como Fadda y Bensa —en las notas y comentarios que realizaron al *Derecho de las Pandectas* de Windscheid—, se manifiestan contrarios a la posibilidad de considerarlos bienes apropiables, pues ello se opone a las nociones de orden público, sanidad pública y moralidad social. Las únicas facultades ejercitables sobre el cadáver son las que el propio sujeto hubiera dispuesto en vida y que no violenten los principios del citado orden público.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Cfr. Pedro Domingo SOTO, *De Iustitia et iure*, Libro IV, cuestión 1, art. 5; Padre MOLINA, *De Iustitia et iure*, tomo 1, tratado 1, disp. XI, col. 21 B; GÓMEZ DE AMEZCUA, *Tractatus de potestate in seipsum*.

<sup>8</sup> DE LUGO, *De iustitia et iure*, T.I, disp. X sect. I, n. 9, en paráfrasis de Javier Hervada. "Transplantes de órganos" en *Persona y Derecho*, Facultad de Derecho, U. de Navarra, vol. 11, 1975, p. 205.

<sup>9</sup> Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSA, "Notas a los libros I (*Del diritto in genere*) y II (*Del Diritti in generale*)", de la obra *Diritto delle Pandette* de Bernardo Windscheid, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1943, vol. IV, pp. 138 a 151.

El carácter extra comercial del cuerpo, se fundamenta en que sobre el mismo no se pueden ejercer derechos privados de tipo patrimonial, puesto que el cadáver es objeto de derecho privado no patrimonial, noción de origen consuetudinario, cuyo contenido radica en la potestad de decidir la manera y forma de su destino último. En postura diversa, se ha dicho que con la muerte "...el cuerpo... se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero... ni sea susceptible de apropiación...".<sup>10</sup>

Tratándose de un organismo vivo, se ha hablado del cuerpo humano como de un atributo de la personalidad;<sup>11</sup> esto es, sobre el organismo humano se ejercen los derechos de la *personalidad*, como conjunto de derechos subjetivos que tienen por objeto las características que le son esenciales a la persona, fundadas en la personalidad misma. Así el individuo vería protegidas sus facultades físico-psicoespirituales como una "manifestación del modo de ser de la persona"<sup>12</sup> que descarta toda forma de intromisión ajena. Mas de esta forma, el objeto de la tutela jurídica no sería *la persona* sino uno de sus *atributos*, con lo cual se provoca la confusión entre derecho subjetivo y facultad, por una parte; y por la otra, entre sujeto y objeto: "No puede considerarse como derecho por sí mismo, a aquello que es fundamento de todos los otros derechos".<sup>13</sup>

Cuando se separan ciertas partes del cuerpo de un sujeto vivo, la posibilidad de apropiación, disposición y comerciabilidad de éstas parece adquirir un rango *sui-géneris* por lo que dichos actos serían permisibles, en vista de sus causas y fines, siempre y cuando no se contravirtiesen el orden público ni las buenas costumbres.<sup>14</sup> Sobre este

<sup>10</sup> Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, primer tomo, parte general, vol. I, Bosch, s.a., pp. 548 y 549.

<sup>11</sup> La cuestión relativa a los Derechos de la personalidad es añeja y en ella han intervenido, afirmándola, una serie de autores —entre otros, FERRARA (*Tratado de Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1932); C. GANGI (*Personae físicas e persona jurídica*, A. Giuffré, Milano, 1948); J. Díez-Díaz (*¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?*, Reus, Madrid, 1963); J. CASTÍN TOBEÑAS (*Los Derechos de la Personalidad*, Reus, Madrid, 1952); y entre los nacionales, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (*El patrimonio pecuniario o moral. Los Derechos de la Personalidad*, Cajica, Puebla, 1971) —similar a los que la niegan—; SAVIGNY (*Sistemas de Derecho Romano Actual*, C. S. Góngora, Madrid, s. a.); THON (*Norma jurídica e diritto Soggettivo*, CEDAM, Padova, 1951); ENNECERUS (*Tratado de Derecho Civil*, op. cit. supra (10)); para ahondar sobre este punto es conveniente remitirse a ellos.

<sup>12</sup> Antonio DE CUPIS, *I diritti della personalità*, A. Giuffré, Milano, 1958, pp. 16 y ss.

<sup>13</sup> FADDA Y BENZA, *Op. cit.*, supra, nota (9), p. 126.

<sup>14</sup> DE CUPIS, *Op. cit.*, supra, nota (12), p. 77.

punto, se ha señalado: "algunas partes del cuerpo se convierten en cosas al ser separadas del cuerpo vivo...".<sup>15</sup>

Otros sectores opinan que, dada la entidad de los bienes objeto de la donación, debería adscribirse a éstos un valor patrimonial, o en todo caso no sería ilícito hacerlo.<sup>16</sup>

En tal orden de ideas, los órganos, tejidos, partes y componentes del cuerpo humano, ¿pueden ser poseídos? Es indudable que el hombre *se compone de* o en alguna manera *posee* —sin calificativa jurídica ulterior— sus partes orgánicas; y lo hace con *exclusividad*, por definición lógica, —aunque este parece ser el argumento que se discute en el presente asunto—; con los órganos nace, con ellos le es posible al ser la realización de la vida. Sin embargo, ante la lógica, resulta chocante la idea de considerar las partes humanas como bienes en el comercio o susceptibles de apropiación, sobre los que se pueden ejercitar los derechos que se tiene sobre cualquier otro bien. No obstante, la persona y sus partes no son bienes, sino la persona misma, pese a que lo anterior parezca tautológico. No puede distinguirse a la persona de las partes que necesariamente la componen, —el cuerpo y la esencia racional, ninguna de las cuales es contingente respecto a la otra y al individuo como totalidad—, bajo las categorías de escisión a las que ordinariamente se recurre para distinguir la parte del todo, referido a las cosas. "...La persona requiere precisamente de la fusión de un elemento espiritual con un elemento corpóreo y la muerte pone fin a esta fusión y con ello, a la persona...".<sup>17</sup>

El cuerpo es la expresión material de la persona, es la persona misma y no un mero *bien* de la persona.<sup>18</sup> A la protección de la persona y de los derechos interpersonales que ejerce respecto a su medio, se dirige el Derecho, en todas sus instancias.

<sup>15</sup> ENNECERUS, *et al.*, *Op. cit.*, supra, nota (10), *loc. cit.*

<sup>16</sup> Filósofos y juristas de distinta formación se han pronunciado a favor de ello, aunque siempre con matices, *v.gr.*, Javier HERVADA, quien apunta: "No es rechazable por principio cualquier compensación económica. Es cierto que pueden tener lugar graves abusos si se exige una retribución; pero sería exagerado juzgar ilícito por Derecho Natural cualquier retribución o exigencia de la misma. El caso es análogo al de la transfusión de sangre; es un mérito del donante rechazar una compensación, pero aceptarla no es necesariamente un acto ilícito", *Op. cit.*, supra, nota (8), p. 251.

<sup>17</sup> DE CUPIS, *Op. cit.*, supra, nota (12), p. 77.

<sup>18</sup> "...el cuerpo del hombre vivo no es una cosa, ni tampoco un objeto. A él pertenece también aquello que en los conceptos del tráfico, es considerado como miembro o parte de la personalidad humana..." ENNECERUS *et al.*, *Op. cit.*, supra, nota (10), p. 548.

En nuestra legislación, el art. 22 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y federal para toda la República, establece que las personas físicas adquieren capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte. El art. 24 dispone que la persona física mayor de edad, tiene la facultad de disponer libremente de su *persona* y sus *bienes* (principio que reitera el art. 647), salvo las limitaciones que establece la Ley.<sup>19</sup> Si se considera que los órganos y tejidos corporales son *bienes*, en atención a esta disposición podrían realizarse todo tipo de actos jurídicos lícitos sobre ellos. Paradójicamente, el mismo artículo es útil para autorizar la libre disposición de los órganos aunque no se estuviese de acuerdo en caracterizarlos como *bienes* con respecto al individuo, puesto que faculta a disponer libremente de la *persona*: dado que los órganos y tejidos no son otra cosa que la persona misma, el artículo es fundamento para la cesión y disposición *lícita* de partes corpóreas, en atención a las limitaciones del orden público, buenas costumbres y moral social.

El art. 747 del C.C. determina que "pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio y los artículos 748 y 749 señalan que están fuera del comercio por su naturaleza, las cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente; y por disposición de la ley, están excluidas del tráfico comercial las cosas irreductibles a propiedad particular.

Respecto al primer punto, —la posesión en exclusiva de los órganos— si hace no demasiado tiempo era posible decir que los órganos y partes orgánicas eran *posesión exclusiva* del individuo, dado que sin ellas la persona no sería tal, esto no puede seguirse defendiendo con la misma facilidad, en virtud de la tecnología de trasplante moderna. Por el contrario, gracias a la medicina actual, un mismo órgano puede llegar a ser parte del cuerpo de varias personas, y poseído en tal virtud, por lo que el elemento de exclusividad se ha relativizado y debe interpretarse en relación a un momento actual de posesión, en su referencia al cuerpo. Con ello, dada la redacción del 748, podría caber duda respecto a si los componentes humanos están o no en el comercio.

En cuanto al segundo punto —la exclusión por disposición de Ley—, dentro de la legislación específica mexicana sobre la materia —Ley

<sup>19</sup> Estas limitantes serían las establecidas por el sistema normativo para amparar los intereses y el bienestar colectivo y jurídico; así, los principios a los que se refieren los artículos 8o. 16o. 1830 y 1831 del C.C.; y limitaciones específicas, como las que se refieren al estado de interdicción o las señaladas, *v.gr.*, por el art. 390 del mismo código.

*General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control Sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos*<sup>20</sup> (en adelante la Ley y el Reglamento) — hay algunas disposiciones que han hecho prohibición respecto a la comerciabilidad del material orgánico humano, pero con tan poca claridad y fortuna que la laguna permanece y la confusión aumenta. En el reglamento se dispone:

Artículo 21: La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito.

Lo que es concidente con el artículo 24-IX del mismo ordenamiento y con el artículo 8o. de la *Norma Técnica No. 323 para la Disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos*.<sup>21</sup>

Como puede apreciarse, la norma citada sólo obliga a la gratuidad de las disposiciones de los órganos y tejidos cuando se destinen a fines terapéuticos; por lo tanto, la disposición con fines de docencia o investigación podría, en apariencia, ser hecha a título oneroso. El artículo 346 de la Ley, en este sentido, prescribe que:

Para la utilización de cadáveres de personas conocidas o parte de ellos (*sic*), con fines de docencia e investigación, se requiere permiso del disponente originario, mismo que no podrá ser revocado por los disponentes secundarios. . .

Cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que respecta a la *disposición* de su cadáver, las personas a las que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta ley, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación, en los términos que al efecto señalen las disposiciones aplicables.

De esta forma, el propio disponente originario es el que señalaría, al momento de expresar su voluntad respecto al destino de sus restos, si esta disposición de órganos o tejidos deberá ser a título gratuito u

<sup>20</sup> Ley General de Salud, publ. *D.O.F.* 7 de febrero de 1984, reformado por Decreto publicado en *D.O.F.* de 14 de junio de 1991; Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, publ. *D.O.F.* de 20 de febrero de 1985, reformado por Decreto publ. *D.O.F.* de 26 de noviembre de 1985.

<sup>21</sup> Publ. en *D.O.F.* de 14 de noviembre de 1968; reformada por *D.O.F.* de 28 de septiembre de 1990.

oneroso. No obstante que el art. 21 del Reglamento pareciera permitir la retribución a cambio de la cesión de órganos dispuesta de la forma apuntada, un contrato oneroso cuyo objeto sean los órganos y partes corporales, parecería a primera faz como contrario al orden público y las buenas costumbres, por lo que podría anularse con base en los artículos 1830 y 1795 del Código Civil. En confirmación de esta interpretación, el artículo 320 de la Ley señala que se considera ilícita la disposición de órganos, tejidos y componentes cuando ésta se efectúe en contra de la Ley y el orden público.

Por lo que hace al segundo párrafo del artículo 348 (correspondiente en lo esencial al artículo 81 del Reglamento), si no le es dado al propio sujeto disponer a título oneroso de sus restos o sus órganos, —estando vivo o mediante disposición *post-mortem*—, no tendrían tal facultad los disponentes secundarios del fallecido, a los que el artículo sólo permite consentir sobre el destino del cadáver y sus partes;<sup>22</sup> pues si de alguna forma se convierte el cadáver en un bien cosificado esto no implica que pueda ser apropiable ni objeto de un contrato a título oneroso, y los sucesores del difunto no se convierten en causahabientes de su cuerpo.<sup>23</sup> Así lo confirma el artículo 336 de la Ley, que a la letra dice:

Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración.

<sup>22</sup> Esta facultad sería discutible también, pues la falta de expresión de voluntad del *de cuius* en este aspecto, no debería ser suplida por sus causahabientes, quienes no podrían colocarlo en el tráfico jurídico ni estarían facultados para elaborar los "negocios dirigidos a dedicar el cadáver a fines pedagógicos o a autorizar la separación de órganos o tejidos con miras a su aplicación a fines terapéuticos. Los herederos... sólo tendrían libertad para decidir sobre la forma y el modo en que deba darse sepultura a los despojos", KUMMEROW, *Op. cit.*, *supra*, nota (2), p. 65.

<sup>23</sup> "...con su muerte, el cuerpo (el cadáver) se convierte en una cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero (como lo revela también el deber de enterrar), ni sea susceptible de apropiación. Asimismo, algunas partes del cuerpo se convierten en cosas al ser separadas del cuerpo vivo". ENNECERUS, *et al. Op. cit.*, *supra*, nota (10), pp. 548 y 549: "De un modo casi general deben considerarse admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo, para fines científicos; en cambio, de acuerdo con la opinión dominante, un contrato oneroso de semejante contenido habría de considerarse nulo como contrario a las buenas costumbres. Las disposiciones de última voluntad sobre el cadáver... se deben considerar válidas en concepto de modos o de disposiciones sobre la ejecución del testamento... Las negociaciones jurídicas de los parientes o de los terceros sobre el cadáver, que no se refieran al funeral, a la autopsia o a cosas parecidas, se deben considerar en general, ... como nulos en concepto de inmorales. La persona del hombre exige respeto, aún después de la muerte", Enneccerus, en nota al texto número (8), *loc. cit.*

De vuelta al Reglamento, otro artículo se refiere al punto en estudio.

Artículo 22: Se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.

En este caso, la prohibición respecto a la mercantilización de los órganos es terminante, y abarca el destino para fines terapéuticos, docentes y de investigación, puesto que el precepto no hace distinción alguna; deja fuera la posibilidad de que la voluntad de los disponentes, tanto originarios como secundarios, se imponga a la norma; sin embargo, la prohibición de realizar *actos de comercio* con los componentes humanos, no excluye el tráfico privado de órganos, distanciado de intenciones especulativas y mercantiles sobre los mismos.

Estas normas no son reproducidas por la Ley, en la que continúa faltando un dispositivo expreso que prohíba la comercialización de los componentes orgánicos y obligue a que las cesiones sean a título gratuito. El único artículo en ese tenor, es el 332 que señala:

La sangre humana sólo podrá obtenerse de *voluntarios* que la proporcionen gratuitamente y en ningún caso podrá ser objeto de actos de comercio.<sup>24</sup>

y que es coincidente en lo esencial con el Reglamento, en su artículo 39:

La sangre en ningún caso podrá ser objeto de actos de comercio.

La Ley establece sanción administrativa (art. 421) y tipifica como delito, la contravención de esta prohibición (art. 462-II).

Resulta curioso que ni en el proyecto de reforma a la Ley, presentado hace unos meses,<sup>25</sup> ni en los dictámenes del caso, ni en el decreto apro-

<sup>24</sup> Múltiples usuarios han informado que en ciertos hospitales públicos y privados, al requerirse de una intervención quirúrgica, se pone como *condición* (independientemente del costo que la operación importe), la presentación de uno a varios donantes de sangre, de tipo sanguíneo indistinto; aunque no se use la sangre para el paciente en cuestión, los "voluntarios" deben donarla. Según se investigó, no existe ninguna norma técnica sanitaria o similar que fundamente estas prácticas, que de ninguna forma alientan la donación voluntaria y que entrañan una grave ilicitud.

<sup>25</sup> "Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud", *Iniciativa Presidencial presentada ante el Congreso de la Unión*, 23 de noviembre de 1990. Expediente de la Presidencia de la República, en 49 fojas, s.a., s.p.i.



bado recientemente, se haya incorporado una norma que hiciese explícita la prohibición de comerciar con órganos y tejidos, y que se mantuviese intacto este artículo que sólo se refiere al tejido sanguíneo. Como uno de los problemas más serios suscitados por la tecnología de trasplantes, no se puede dejar de reconocer la existencia de mercados clandestinos del material orgánico humano, en los que los precios del mismo llegan a ser elevadísimos, pese a que los donantes perciban cantidades ridículas a cambio o hagan cesión gratuita de los mismos.<sup>26</sup> Una de las principales intenciones de toda legislación sobre donación y trasplante de órganos debe ser la gradual supresión de los mercados irregulares de material orgánico, en los que de la forma más aberrante se coloca precio a la piel y carne de los seres humanos; con una normativa que inhiba esa posibilidad, se dotaría de mayor seguridad jurídica y médica a los demandantes y oferentes, se alentaría la donación voluntaria de órganos, se haría accesible la tecnología de trasplantes a cualquiera que lo solicite —al no tener que “comprar” indignamente a precios incosteables el material para vivir— y sobre todo, se construiría un sistema de donación de órganos cuyas bases serían la verdadera solidaridad y el desinterés.

Es de proponerse, así, la incorporación a la Ley, —y no sólo al Reglamento— de normas que sin lugar a dudas prohíban la disposición de órganos y tejidos, a título oneroso, ya sea para fines terapéuticos, docentes y de investigación, y que expresamente se refieran a la prohibición del comercio de todo tipo de material humano (órganos, tejidos, células germinales, *preembriones*, embriones, fetos, productos y cadáveres, aplicando la nueva terminología del reformado artículo 314 de la Ley).

<sup>26</sup> En India, un riñón de donante vivo cuesta 1,500 dólares, una córnea 4 mil y un trozo de piel se vende por cincuenta dólares; en ese país y en Pakistán, existen secciones de anuncios en los diarios en las que se ofrecen órganos con tarifas determinadas; en Hong Kong se envían cartas de circulación privada, en las que se ofrecen “viajes redondos” que incluían tarifa aérea a China para operaciones de trasplante de riñón en donantes vivos; esto suscitó una investigación sanitaria, descubriéndose que se realizaron más de dos mil operaciones clandestinas en China Popular, utilizando riñones provenientes en muchos casos de prisioneros ejecutados. Christine GORMAN, “Trading flesh around the globe”, en *Op. cit., supra*, nota (1), p. 37.

## 2. *El consentimiento, condición sine qua non de la disposición de órganos*

Como se ha podido percibir de la tipología referida en el apartado III (*supra*), el valor que se atribuye al consentimiento de los donantes, marca la línea divisoria entre los diversos sistemas que legislan sobre trasplante y donación de material orgánico humano.

En tal sentido, el consentimiento se constituye como una institución jurídica autónoma, especial, y no como un contrato o acuerdo de voluntades, ni como acto unilateral, pues al expresarlo, se le “consiente” una cosa a un tercero, que será aprovechada por esa otra voluntad, por lo que el acto es bilateral.<sup>27</sup>

### A. El consentimiento maduro y madurado

El nivel de consentimiento requerido para la validez de la disposición de los órganos propios, debe tener los añadidos de la madurez emotiva y no sólo de la física. Cuando se precisa en forma inmediata de un órgano ajeno, hay una serie de circunstancias afectivas y humanitarias que deben ser relativizadas y sopesadas en su justa medida, pues de otra forma pueden orillar a la toma de decisiones precipitadas —aunque siempre nobles y altruistas—, que viciarían la libertad y autonomía de la decisión. Por ello, decidir con anticipación sobre la voluntad de donar órganos, sería un acto prudencial, que infortunadamente no es dable prever en todos los casos.

El consentimiento debe ser manifestado, entonces, con plena capacidad, libre de todo tipo de coacción ya sea violenta, subliminal, e incluso afectiva<sup>28</sup> características que no siempre se reúnen en los casos de incapaces y menores.

En la legislación mexicana, el artículo 324 de la Ley, determina que para tomar órganos y tejidos se precisa el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario; libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento ante dos testigos *idóneos*

<sup>27</sup> *Cfr.*, Filippo GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma 1924, cit. por Ricardo Levene, “Trasplante de órganos”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, S.A., Bs. As., Apéndice III, abril 1981, pp. 852.

<sup>28</sup> La Comisión Australiana de Reformas Legales ha recomendado que el consentimiento se exprese inclusive, “en ausencia de familiares y amigos” *Vid.* las referencias a las diversas legislaciones en Steinbrook, *Op. cit., supra*, nota 4, pp.1-14.

y con las formalidades señaladas por las disposiciones aplicables. Si bien los requisitos anteriores cumplen las expectativas de lo que se entendería como consentimiento lícito en la donación, la norma debe facilitar y hacer obligatoria la manera de difundir suficientemente y dar publicidad a los documentos por medio de los cuales se otorga el consentimiento. De tal manera, hay más razones para creer que el consentimiento ha sido madurado fundadamente.

#### B. Los menores de edad e incapacitados

En torno a este punto, algunas legislaciones, si bien prohíben de forma expresa la disposición de órganos de menores o incapaces, permiten que los adultos representantes legales de los mismos puedan suplir su consentimiento. Los representantes, tutores y curadores, son responsables de la guarda y administración de la persona y/o los bienes de quienes están incapacitados transitoria o permanentemente; pero carecen de facultades para determinar sobre la disposición de órganos de sus representados, independientemente de que el receptor fuera un consanguíneo cercano, o de la urgencia del trasplante.

Lo que se está tratando de proteger en estos casos, es la integridad física y psíquica de seres que probablemente tienen un grado de indefensión y fragilidad mayor al de los requirentes de los tejidos; la sustitución de la voluntad de los incapaces y menores para esos efectos, representa un terrible abuso y entraña ilicitud.

En cambio, los representantes legales de receptores menores e incapacitados sí pueden prestar su anuencia y suplir el consentimiento, puesto que en ese supuesto el trasplante orgánico tiene como finalidad mejorar las condiciones de vida de dichos incapaces, (artículo 27 del Reglamento, en relación con los artículos 24, 25 y 26 del mismo).

En el caso de nuestra legislación, el artículo 326 de la Ley establece que "no será válido el consentimiento otorgado por: I. Menores de edad; II. Incapaces, o III. Personas que por cualquier circunstancia no pueden expresarlo libremente". Sin embargo, el Reglamento establece una salvedad, refiriéndose a los menores:

Artículo 16: Tratándose de trasplantes entre vivos, el disponente originario del que se tomen órganos y tejidos deberá:

I. Tener más de dieciocho años y menos de sesenta;

II. Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico;

III. . .

IV. . .

V. . .

Tratándose de trasplantes de médula ósea, la Secretaría (de Salud) podrá, en su caso, eximir al disponente originario del requisito a que se refiere la fracción I de este artículo. Al efecto deberán presentarse ante la Secretaría los estudios y diagnósticos terapéuticos que ésta determine y, cuando proceda, el consentimiento de los representantes legales del disponente.

Es evidente que la excepción no abarca a los incapacitados (sean menores de edad o adultos), por lo que no podrían ser donantes de médula ósea, ni la Secretaría de Salud podría autorizar su extracción.

Ni la Ley ni el Reglamento establecen una sanción a la violación específica de estas normas, debiendo recurrirse en todo caso a la interpretación del concepto de *ilicitud* contenido en el artículo 462 fracción I que señala:

Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I. Al que *ilícitamente obtenga*, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos. . .

Es preciso incorporar una norma que sancione específicamente y con el rigor del caso la transgresión de las prohibiciones citadas; en ella debe incluirse como corresponsables a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela del menor o del incapacitado.

Recientemente han circulado insistentes rumores respecto al tráfico de órganos de infantes en México, debido a denuncias de desaparición y posterior hallazgo de cuerpos descuartizados de niños, en los que se comprueba la extracción de diversos órganos.<sup>29</sup> Si esto es o no

<sup>29</sup> Hay infinidad de notas y reportes periodísticos que así lo evidencian, aparecidas en los periódicos *Excelsior*, *El Universal*, *La Jornada*, *El Financiero*, *Uno más Uno*, y *El Heraldo* desde el mes de mayo de 1989 a la fecha. El tema, desmentido oficialmente, ha motivado la reunión de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal; en ella, el Director General del M. P. de lo familiar y lo civil en el D. F., Gerardo

fundado, lo cierto es que deben tomarse medidas preventivas para evitarlo, siendo necesario sancionar enérgicamente la transgresión de una norma concreta y expresa al respecto.

### C. El consentimiento informado

El donante debe estar plenamente consciente del tipo de acto que va a realizar; para ello, debe suministrársele todo tipo de información, ya sea técnico-médica, —a modo de que evalúe los diversos riesgos que el acto representa, tanto para él como para el receptor, ya en el momento de la cirugía de transplante como con posterioridad a la misma—, como jurídica— debe estar enterado del alcance de su consentimiento, de sus efectos *inter-vivos* y *post-mortem*, y de la posibilidad de revocarlo en cualquier tiempo.

A la obligación de *recibir* información se refiere el artículo 16-IV del Reglamento y a la de *otorgarla*, el artículo 34-IV.

Podría sugerirse la necesidad de información respecto al *destino* de los órganos y tejidos que se van a ceder; en los casos en que la disposición del órgano es inmediata y hay un requirente conocido, resulta innecesario; pero no lo es en otros supuestos, por ejemplo: si por cualquier causa se realiza la ablación de extremidades, quedando huesos y cartilagos en estado útil para transplante, el donante podría ser informado sobre el "banco" al que se dirigen esos componentes, y aún del destinatario determinado al que le fueron implantados;<sup>30</sup> en todo caso, podría hacerse la salvedad del anonimato, informando siempre que hubo un beneficiario concreto. Con esto se reduce la posibilidad de tráfico ilícito y simulado de órganos.

No debiera admitirse como válido el consentimiento que no haya sido precedido de una información adecuada y personalizada, tanto técnica como jurídica, hecha al donador.

PERDOMO, aseveró que en el año de 1989 y en lo que corría de 1990, "la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal no había recibido una sola denuncia de tráfico de órganos", y que lo que se decía al respecto estaba "más fundamentado en la famosa psicología del rumor que en datos y hechos concretos...". Vers. estenográf. de la reunión de la Segunda Comisión, 4 de mayo de 1990, turno 12 jf.

<sup>30</sup> El artículo 4º de la "Ley 30/1979 sobre extracción y transplante de órganos" española, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 27 de octubre de 1979 prescribe que la extracción de órganos de persona viva, sólo podrá hacerse para transplante a persona determinada, con lo que se prohíbe implícitamente la extracción para destinarla a bancos o depósitos de órganos.

### D. Las formalidades del consentimiento

Dada la entidad de los órganos, el consentimiento otorgado por el donante debe ser *expreso*, y por esto debe entenderse a su vez, que debe ser concreto y claro, tanto en relación al órgano preciso que se dona, como en específico para el transplante de que se trate; esto es, la manifestación debe ser indubitable y no inducir a interpretación alguna.

El consentimiento debe haber sido expresado *libre* de presión, violencia, amenaza, y con *plena e informada conciencia* según se ha asentado en párrafos anteriores. La expresión del consentimiento debe ser *por escrito*, por medio de un documento dotado de todas las formalidades (en el que se haga intervenir al personal médico que haya de hacer la intervención extractiva y que haya informado al donante), independientemente del tipo de tejido o material orgánico que se ceda, y aún si la extracción se hace estando el individuo despierto y consciente. Se hace especial mención de esto último, debido a que por lo general no se requiere consentimiento por escrito en las transfusiones sanguíneas. Este es el caso de nuestra legislación, ya que el artículo 324 de la Ley señala que "en el caso de la sangre, no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito". Si es cierto que las transfusiones de sangre son más frecuentes, no por ello dejan de ser disposiciones de tejidos, no habiendo motivo para un trato diferenciado; con ello se logra aportar mayor seguridad jurídica y se alienta la confianza en el donante.

El consentimiento tiene límites: no podría llegar a permitir el atentado contra el propio cuerpo, provocando una disminución perpetua respecto a las capacidades e integridad física; y no podría reconocérsele validez alguna cuando sea contrario a las buenas costumbres, al orden público y a la propia ley.

### E. El consentimiento en la disposición de órganos de cadáveres

Según lo que se ha dicho en secciones anteriores, el individuo puede disponer de sus órganos corpóreos en vida o con efectos después de su muerte; en este último caso la expresión de voluntad debe haberse otorgado conforme a los requisitos que se han señalado, es decir, expresarse claramente por escrito, libre de toda presión, consciente y plenamente informado. (Artículos 325 y 346 de la Ley). Se presenta un problema práctico cuando la disposición se hace por vía testamen-

taria, puesto que los trámites sucesorios obligarían a que la voluntad del testador sobre el destino y uso de sus restos se conociese hasta la apertura del testamento, con lo que se pierde un tiempo valiosísimo para un trasplante viable de aquéllos. Es preferible la expresión de la voluntad donatoria mediante un escrito, con todas las formalidades y ante testigos, al que se le dé plena difusión, para que no haya confusiones ni sacrificio de tiempo.

En ambos casos, los causahabientes del fallecido, tendrían que hacer lo preciso por cumplir la voluntad de aquél, —ya en el sentido de donar sus órganos o en el de *negarse* a la disposición— pese a que no estuviesen de acuerdo por motivos morales, religiosos o afectivos, puesto que si no hay causa o fin ilícitos, no podrían contrariar, sustituir o revocar el consentimiento legalmente manifestado por el disponente (artículo 346, 1er. párrafo de la Ley).

El problema vuelve a radicar en la falta oportuna de información y difusión de la voluntad reacia a la donación de material orgánico: si no es conocida en el momento debido y bajo la creencia de que ha habido omisión, los disponentes secundarios podrían llegar a autorizar la remoción.

Si el disponente originario expresó su voluntad en el sentido de que a su muerte, sus restos tuvieran el destino normal y no se utilizaran ni para fines terapéuticos ni para la docencia o la investigación, los disponentes secundarios a los que se refieren la Ley y el Reglamento *no podrán obrar en contrario*. Así lo confirma el artículo 9 del Reglamento:

En ningún caso se podrá disponer de órganos tejidos, productos y cadáveres, en contra de la voluntad del disponente originario.

La norma referida, que puede considerarse uno de los principios rectores de este rubro, se encuentra dentro del Capítulo I, de *Disposiciones Comunes*, por lo que debe entenderse referido tanto a disposiciones con fines terapéuticos, docentes y de investigación, como para disposición de tejido vivo o de cadáveres.

La voluntad expresada por el disponente es siempre revocable, y así lo establece el segundo párrafo del artículo 324 de la Ley, asentándose que esto no conllevará responsabilidad alguna por su parte. Ni la Ley ni el Reglamento señalan formalidad alguna sobre la manera de expresión de la revocación, pero debe entenderse que sigue en ge-

neral las señaladas para el otorgamiento del consentimiento, a manera de que conste fehacientemente.

Si no se llegara a revocar en vida, los disponentes secundarios no podrán revocarlo (artículo 12, segundo párrafo, del Reglamento).

#### F. La omisión del consentimiento

Los problemas más interesantes surgen cuando el sujeto fallece sin haber hecho expresión de voluntad respecto al destino de sus órganos, pues el cadáver es *res nullius*, y en tal sentido no es propiedad de nadie, ni puede aceptarse la existencia de derechos subjetivos al cadáver, o en torno al mismo.

##### 1. Quiénes pueden suplir el consentimiento

Pese a ello, ya se ha visto que entre los diversos sistemas legislativos, hay algunos que permiten a los causahabientes otorgar el consentimiento para la donación de órganos para fines terapéuticos, docentes y de investigación. La norma jurídica capacita a determinadas personas para autorizar la remoción de órganos del cadáver, ante la omisión del fallecido. En estos casos, se entiende que la disposición *no* controvierte la Ley, ni el orden público o las buenas costumbres, en vista de los fines que se persiguen.

Los sujetos autorizados a disponer de los restos, son de tres clases:

1. *Los deudos y personas relacionadas con el difunto*: el cónyuge, concubinario, descendientes, ascendientes y colaterales hasta un grado limitado, quienes, fundados en la relación de cercanía y el conocimiento que del difunto tenían, interpretan que el destino que eligen para los restos, no sería contrario a las intenciones de aquél. Es decir, la ley reconoce una *presunta voluntad* por boca de los deudos, en el sentido de autorizar o negar la donación.

Los deudos tienen una obligación de guarda, custodia y respeto frente al cadáver, pero esto no les faculta para disponer de él, por muy sensibles y humanitarios que sean sus fines, supliendo una voluntad *presunta*, que pese a todo es omisa.<sup>31</sup> Nuestro derecho reconoce en los deudos la facultad de consentir la disposición orgánica a falta de expresión del disponente originario:

<sup>31</sup> *Vid., supra*, nota 22.

Artículo 316: Serán disponentes secundarios:

I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;... (Correspondiente al 13-I del Reglamento).

Artículo 325: Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta ley... (Correspondiente al 14 pr. párr. del Reglamento).

Artículo 346, segundo párrafo: "cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que respecta a la disposición de su cadáver, las personas a que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta Ley, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación, en los términos que al efecto señalen las disposiciones aplicables.

La preferencia entre los disponentes secundarios debe definirse según las reglas de parentesco precisadas en el Código Civil (artículo 15 Reglamento).

2. *Las autoridades sanitarias o competentes en la materia*, —en su carácter de responsables de los sistemas de remoción, donación y trasplante de órganos, y como delegatarias de las funciones estatales de provisión de Salud Pública— cuando falta el consentimiento del disponente y no existen las personas aludidas en el apartado anterior.

También se considera entre éstos, por delegación de la ley, a los directores y responsables de centros hospitalarios, quienes pueden asumir la decisión de tomar órganos para trasplante, investigación y docencia, en algunos casos.

En nuestro Derecho, la autoridad sanitaria correspondiente está definida en el artículo 313 de la Ley:

Compete a la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y cadáveres de seres humanos...

El Reglamento es coincidente en lo anterior, precisando que debe ser la autoridad sanitaria "competente" (artículo 13-II).

3. *Otras autoridades y personas autorizadas por la Ley*. Así la autoridad judicial, instituciones educativas y representantes de menores e incapacitados.

El artículo 13 del reglamento se refiere a esto, señalando:

III. El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones;

IV. La autoridad judicial;

V. Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

VI. Las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado, y

VII. Los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Resumiendo lo anterior, en nuestro Derecho, el consentimiento para la remoción, donación, trasplante o utilización de órganos puede expresarse, en orden de preferencia:

1. Por el disponente originario, respecto a tejidos vivos o con efectos *post-mortem*. (artículos 324 y 346 de la Ley; 16-V del Reglamento).

2. A falta de éste, los parientes y personas a que se refiere la fracción I del artículo 316 de la Ley y el 13-I del Reglamento. (Artículo 325 primera parte, 346 segundo párrafo de la Ley; y 14 del Reglamento).

3. A falta de dichos disponentes, las diversas autoridades señaladas en el 13-II, III, IV, V, VI y VII del Reglamento.

Ya se ha dicho en diversas partes de este escrito, que no hay fundamento *lícito* —aunque lo haya *legal*— para que los terceros, independientemente de la entidad que tengan, puedan disponer de los restos de una persona y destinarlos a los fines que sean.

2. La excepción en caso de *necropsia*

A lo anterior, hay que añadir una grave contradicción que suscita el artículo 325 de la Ley (14 segundo párrafo del Reglamento):

Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autori-

zación de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta ley; *excepto* cuando la autoridad competente, de conformidad con la ley, ordene la *necropsia*, en cuyo caso, la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

Al parecer, la norma se interpretaría en el sentido de que, haciéndose necesaria la *necropsia*, ésta deviene en condición para que la autoridad correspondiente pueda "tomar" el material orgánico sin el consentimiento de los disponentes. La redacción del artículo es, de suyo, confusa: no queda claro si la excepción respecto a la obtención del consentimiento opera sólo cuando el disponente originario haya sido omiso o si obra también cuando éste haya manifestado su voluntad.

Atendiendo al precepto en la Ley y en el Reglamento, es obvio que la autoridad competente sólo podría disponer de tal forma de los órganos, cuando el disponente originario *no hubiera manifestado voluntad alguna*. Si éste expresó su rechazo a la donación de sus restos, pese a que se ordenase la *necropsia*, la autoridad no podría contrariar esta voluntad, pues al hacerlo, violaría el artículo 9º del Reglamento. El artículo 133 del mismo ordenamiento remite al 421 de la Ley para señalar la sanción correspondiente a dicha violación.

Confirma la interpretación anterior el artículo 19 del Reglamento:

El Ministerio público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos y productos de los cadáveres de personas conocidas o que no hayan sido reclamados y que se encuentren a su disposición, de conformidad con las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría y siempre que *no exista disposición en contrario, a título testamentario del disponente originario* y se cuente con la *anuencia de los disponentes* a que se refieren las fracciones I y V del artículo 316 de este Reglamento.

El artículo 70 del Reglamento, (correspondiente en lo esencial al 345 de la Ley), determina que para la práctica de *necropsias* se requiere:

- I. Orden del Ministerio Público, de la autoridad judicial o de la autoridad sanitaria;
- II. Autorización del disponente originario, o
- III. Autorización de los disponentes secundarios... si es que no existe disposición en contrario del disponente originario.

Con ello se da a entender que la práctica de la *necropsia* depende del consentimiento de los disponentes. De los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito resulta otra cosa; señala el Código del Distrito Federal;

Artículo 104. Cuando la muerte no se deba a un delito y esto se comprobare en las primeras diligencias, no se practicará la autopsia y se integrará el cadáver a la persona que lo reclame. *En todos los demás casos será indispensable este requisito, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.*

Artículo 105. Cuando se trate de homicidios, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, la harán también los peritos que practiquen la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarde y las causas que motivaron la muerte. *Sólo podrá dejarse en hacer la autopsia cuando el juez lo acuerde*, previo dictamen de los peritos médicos.

El Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 130. El Ministerio Público expedirá las órdenes para la autopsia e inhumación del cadáver y el levantamiento de las actas de defunción respectivas, cuando apareciese que la muerte fue posiblemente originada por algún delito y las diligencias de policía judicial no estén en estado de consignarse desde luego a los tribunales.

Si de las mismas actas apareciese claramente que la muerte no tuvo por origen un delito y por lo mismo, no procediere ejercer la acción penal, las órdenes para el levantamiento del acta de defunción y para la inhumación del cadáver se darán por el Ministerio Público.

Artículo 171. Si se tratare de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado con la inspección y descripción del cadáver y las causas que originaron la muerte...

*Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto el tribunal como los peritos estimen que no es necesario.*

Es evidente que la práctica de la autopsia no depende de la voluntad de los disponentes en la mayor parte de los casos, pues ésta se realiza para determinar si la muerte ha sido provocada por acciones delictuosas.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Ninguno de los Códigos de Procedimientos Penales define lo que se entiende por *necropsia* ni la diferencian de la *autopsia*. Doctrinariamente se entiende por *necropsia*: "Autopsia o examen de los cadáveres que se realiza para averiguar las

Si se relacionan todas estas disposiciones con las sanitarias se tiene lo siguiente:

a) Según nuestro Derecho Procesal Penal, la autopsia es ordenada por el Ministerio Público o el Juez para el esclarecimiento del nexo causal delictivo en relación con la muerte de un sujeto; en tal caso, no puede dejarse a los disponentes la decisión sobre la práctica de la autopsia, ni hay norma en la legislación penal que así lo autorice.

b) La legislación sanitaria sobre disposición de órganos y tejidos implica a los disponentes (originario y secundarios) en la decisión de practicar o no la autopsia.

La contradicción puede resolverse en el sentido de que en toda circunstancia en que se precise la autopsia, según lo señalado en los Códigos de Procedimientos, no se requiere del consentimiento de ninguno de los disponentes; en tanto en los casos en que no haya delito alguno por perseguir, pero por alguna causa sea recomendada la autopsia, ésta se autorice por los disponentes secundarios, si el disponente originario no determinó en contrario por vía de última voluntad o fue omiso al respecto. Una interpretación diversa llevaría a obstaculizar la función investigatoria en materia penal.

Prosiguiendo el análisis del 325, las normas relativas del reglamento y la *Norma Técnica 323 sobre Disposición de órganos y tejidos en seres humanos con fines terapéuticos*, (en su artículo 16),<sup>33</sup> señalan el procedimiento a seguir en caso de toma de órganos al haber necropsia. Para llevar a la práctica estas normas, se ha celebrado un convenio de coordinación entre la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.<sup>34</sup> En éste se establecen once Bases de colaboración, señalándose entre otras:

causas de la muerte de una persona cuando se tenga duda de que el fallecimiento fue por causa natural"; autopsia es "el análisis anatómico y fisiológico que se practica en un cadáver; su finalidad es la de investigar cuáles fueron las causas que originaron la muerte del occiso para deducir la responsabilidad personal de quienes la motivaron en caso de delito..." DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal*, Porrúa, México, 1986, tomo II, p. 1153, y tomo I, p. 309, respectivamente.

<sup>33</sup> Vid., *supra*, nota 21.

<sup>34</sup> "Bases de coordinación que celebran la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para los efectos del artículo 325 de la Ley General de Salud", publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 23 de marzo de 1989.

SEGUNDA: Las participantes reconocen que esta coordinación se aplicará únicamente en los casos de cadáveres que estén a disposición del Ministerio Público y respecto de los cuales está legalmente indicada la necropsia.

TERCERA: Las intervinientes reconocen para los efectos del artículo 462 de la Ley General de Salud, que la ilicitud en el obrar existe cuando el sujeto activo se conduce fuera de los términos y condiciones que establecen la citada ley, su reglamento en la materia y la Norma Técnica 323, en cuanto a la disposición de órganos y tejidos de cadáveres de seres humanos, incluidos los de embriones y fetos.

SEXTA: "No podrá realizarse la toma de órganos y tejidos que estén implicados en la causa del fallecimiento o aquéllos que sean indispensables para que la Procuraduría emita los dictámenes periciales que estime pertinentes, en cumplimiento de sus funciones.

Sin embargo, en ninguna de las bases se manifiesta que la disposición orgánica operará solamente en los casos en que no haya expresión de voluntad del disponente originario, con lo que se puede sobreentender que podrían tomarse aún en ese supuesto.

No es comprensible la *ratio legis* que funda estas normas, pues ¿qué es lo que justifica al Estado para que a la realización de la condición de la necropsia, y a través de ciertas autoridades, haga irrelevante el consentimiento de los disponentes secundarios?

En otras legislaciones, encontramos una tendencia similar, pues cuando el cadáver queda a disposición de las autoridades judiciales, y se practica la autopsia, puede disponerse de la materia orgánica pese a la manifestación en contrario de los disponentes. Parece ser que los antecedentes más remotos de este proceder se ubican dentro del Derecho Francés, con la publicación en el año de 1707 de un Edicto por el que se obligaba a los encargados y directores de hospitales a hacer entrega de los cadáveres que no fueran reclamados a las facultades de medicina, para dedicarlos a fines didácticos y a investigación. Hacia 1832, se publicó en Inglaterra la Ley Warburton, en la que se reglamentó la disposición y entrega de órganos y tejidos para los mismos fines de docencia e investigación.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Datos citados por Xavier PALACIOS MACEDO, "Los trasplantes de corazón y algunos aspectos médicos y legales en México" en *Criminalia*, año XXXV, no. 2, 28 de febrero de 1960, p. 64.

En este siglo, también en Francia, el artículo 27 del Código Administrativo (de 20 de octubre de 1947), señala que el Ministerio de Asistencia Pública puede autorizar a hospitales para que realicen inmediatamente la autopsia o la toma de órganos si el médico Jefe del Servicio considera de interés científico esos restos, sin que sea necesario tomar la autorización de los familiares.<sup>36</sup>

No queda claro el porqué se le adscribe a la realización de la necropsia un valor tal que permita que el Estado se convierta en detentador de derechos sobre los cadáveres ajenos.

Se dirá que lo que legitima la disposición de los restos de un tercero, es la finalidad de dar la oportunidad vital a seres con desventajas y a quienes puede auxiliarse. Nada más loable que ceder lo que nos ha permitido realizar la vida, a quienes pueden perderla —y que de otra forma estaría destinado al desperdicio irremediable e inútil—. Pero esto no autoriza a *suplir* la voluntad de quien ya no puede expresarla. El disponente originario es el único que puede señalar el destino de sus partes corporales, no así los mal llamados "disponentes secundarios". De otra manera, se está planteando que la *urgencia* por la dotación de órganos tiene mayor peso que la voluntad lícita (afirmativa o negativa) de los individuos. Y si, pese a todo, la Ley autoriza a los deudos y personas cercanas al difunto para suplir su consentimiento, los excluye inexplicablemente al presentarse la necropsia, lo que no entraña congruencia alguna, ni deviene de un razonamiento jurídico claro ni específico.

Al momento, y dada la normativa procesal penal mexicana, la práctica de la necropsia está indicada estrictamente para los casos de determinación de la causa de la muerte y el establecimiento de una relación causal delictiva; sin embargo, un dispositivo como el 325 de la Ley de Salud, resulta sumamente atractivo para permitir la remoción tan necesaria de órganos, evadiendo la vía del consentimiento de los disponentes secundarios. Según está estructurada la Legislación Sanitaria en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres, las autoridades competentes (y no sólo el Ministerio Público o las autoridades judiciales), podrían requerir la realización de la necropsia por *cualquier causa*, y no sólo ante la posible presencia de un delito, con tal de lograr que la remoción de órganos se lleve a efecto sin necesidad de tomar el consentimiento de los disponentes secundarios, pues así lo autoriza la Ley.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 65.

El cuerpo médico, que constata diariamente la carencia de material orgánico, se ha pronunciado por la tendencia al libre acceso de órganos, por esta vía o similares; así se ha expresado el doctor Rubén Argüero Sánchez, Director del Hospital General del Centro Médico La Raza del I.M.S.S.:

Dado el considerable número de pacientes que se atienden en los hospitales de traumatología, que llenan los requisitos médicos para ser considerados donadores de órganos y cumplen los requisitos de muerte del artículo 317, pero que por haber sufrido un accidente o agresión externa, deben ser manejados por el Ministerio Público correspondiente, quien indica invariablemente la práctica de necropsia hasta el fallecimiento del paciente, impidiendo la obtención útil de órganos, por lo que sugerimos se establezca el siguiente procedimiento, coordinado por las autoridades competentes para que los Hospitales del I.M.S.S. autorizados por éste puedan disponer de órganos y tejidos para trasplante, en aplicación de los artículos 317, fr. I, II, III y IV, 318 y 325 de la Ley General de Salud y 16 de la Norma Técnica 323, en los casos en que el donante originario fallece en circunstancias que determinen la práctica de la necropsia.

Los casos que integran el presente procedimiento son los siguientes:

Cuando se trata de casos previstos en el artículo 316 en relación con el 317 fr. I, II, III y IV de la Ley General de Salud, el Director del Hospital solicitará por escrito al agente del Ministerio Público, la autorización para la realización de la necropsia, la cual deberá efectuarse en el quirófano con técnica estéril para la obtención de órganos cadavéricos con fines terapéuticos para trasplantes...

...El agente del Ministerio Público contestará en máximo de una hora, el oficio por el que se haga constar que el caso amerita la práctica de necropsia y que se autoriza la disposición de los órganos y tejidos que se señalan en la solicitud, de conformidad con el artículo 1o. de la Norma Técnica 323.<sup>37</sup>

Si la necesidad de órganos es a todas luces impostergable, debe tenderse a fomentar un sistema en el que no se detecten contradicciones

<sup>37</sup> Ponencia presentada en el I Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano, durante el 1er. Congreso Panamericano de Derecho Sanitario, recogida en la *Memoria* respectiva, s.p.i., s.f., México, 1989, pp. 22 y 23.



técnico-legislativas de la seriedad de la apuntada; un sistema como el seguido por nuestra legislación sanitaria, tiene todos los visos de la coactividad simulada. Llama la atención que en la discusión doctrinaria mexicana sobre la donación y trasplante de órganos, no se haya hecho resaltar el punto de la libre disposición estatal por causa de la necropsia, y se preste cuidado a otro tipo de problemas, también importantes pero asimismo más sencillos, con consecuencias menos trascendentes.

El siguiente paso podría ser que las autopsias se hicieran obligatorias en todos los supuestos de muerte, permitiendo que *siempre se pudiera remover el material corporal útil, sin requerir consentimiento de los disponentes secundarios*.

#### G. Otros sistemas de disposición de órganos

Ante la ineficacia de sistemas puramente voluntaristas, que funcionan con base en la oferta de órganos hecha a parientes cercanos y sólo frente a una necesidad inminente, han surgido otras alternativas de inducción que buscan obtener el material corporal tan requerido.

El sistema de *consentimiento presunto*, consiste en que los médicos y las instituciones hospitalarias, por delegación de facultades de las autoridades sanitarias estatales, toman cualquier tejido u órgano de cadáveres, salvo en el caso de que la persona fallecida trajese consigo una credencial o tarjeta en que expresamente se hiciese prohibición de ello, o que los parientes del difunto no lo consintieran. En tales sistemas, los órganos tienen la caracterización de bienes y existe la consideración legal de que la remoción se funda en las atribuciones constitucionales del Estado para determinar el destino de los cadáveres. No es difícil detectar una alta coercitividad y una fuerte intromisión en las áreas de derechos individuales, en dichos procedimientos.

La variante con nuestro sistema radica en que en estas legislaciones, no se requiere de la necropsia como condición, sino que aún en su ausencia, pueden removerse los órganos. Pese a todo, esta política tiene la ventaja de seguir confiriendo valor al consentimiento de los disponentes secundarios; lo que no ocurre en la legislación mexicana en el caso excepcional de la necropsia.

Esta tendencia se ha adoptado en países como Finlandia, Noruega, Grecia, Italia, España, Suecia, Dinamarca, Israel, Austria, y se aplicaba antes de los recientes cambios en Checoslovaquia y Polonia. En

los cinco países primeramente mencionados, los médicos siguen solicitando el consentimiento de los parientes cercanos; en tanto que en los países restantes no se cuestiona a los disponentes secundarios, salvo que de *motu proprio* se opongán.<sup>38</sup>

Otra alternativa en materia de legislaciones sanitarias sobre disposición y uso de órganos, es la que se ha venido practicando en la mayor parte de los países anglosajones, superando los problemas del puro voluntarismo. El sistema que aquí se denominará de *voluntarismo alentado*, se ha puesto en práctica en Estados Unidos (aunque algunos estados recurren al *voluntarismo presunto*), Gran Bretaña e Irlanda, Australia y Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica.<sup>39</sup>

A través de este procedimiento, se faculta legalmente a las personas para que, con "testamentos vivientes o vitales" (*Living Wills*) puedan expresar en vida su voluntad respecto al uso de sus órganos y tejidos. El sistema se basa en una infraestructura de información y publicidad, dispuesta por el Estado y en gran proporción por grupos y asociaciones privadas; requiere asimismo de un sustento educativo constante, permanente y general, de forma que la población sea frecuentemente informada de los urgentes requerimientos en materia de órganos y de las consecuencias médico-legales de la posible donación que hicieren. Con ello, se hace imprescindible contar con sistemas actualizados y completos de Registro de Voluntarios y de Trasplantes que vincularan a donantes, centros hospitalarios y receptores, a lo largo de un territorio determinado, y aún ultrafronterizamente.

#### H. El voluntarismo alentado como opción al caso mexicano

La política del voluntarismo alentado, según lo que se ha dicho, puede cumplir varios objetivos:

- 1) Hacer consciente a la población adulta de la escasez de material donable y de la urgencia por conseguirlo;
- 2) Integrar un listado de órganos susceptibles de ser donados, con la ventaja del conocimiento anticipado de las características físicas de cada donante y de sus órganos y tejidos, para prever con mayor precisión y facilidad la compatibilidad inmunológica con los eventuales receptores y no perder tiempo cuando acaezca la muerte del donante.

<sup>38</sup> Cifras tomadas de Arthur L. CAPLAN, "How other countries consent", en *The Hastings Center Report*, vol. 13, no. 6, dec. 1983, p. 30.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

3) Despejar las dudas de carácter médico, ético y jurídico que pudiesen albergar los donadores potenciales a través de los grandes medios de difusión e información.

4) Lograr que el grueso de la población manifieste expresamente su decisión respecto al destino de sus partes corporales y se integre a un sistema confiable de voluntarismo alentado.

5) Reducir los casos de omisión del consentimiento, para evitar en lo posible que los disponentes secundarios sustituyan la voluntad de un tercero; se nulifica la posibilidad de que el Estado disponga de los restos de los gobernados, como si fuese su detentador.

6) Suprimir, a la larga, la existencia de mercados clandestinos del material orgánico.

7) Hacer accesible a mayor número de personas la tecnología del trasplante, al abaratare los "costos" por el aumento de la oferta y la gratuidad de los órganos y tejidos.

8) Desarrollar el voluntarismo sobre los sentimientos de genuino altruismo y solidaridad, sin caer en el sacrificio de los derechos humanos individuales.

9) Evitar el enfrentamiento de esferas de protección jurídica.

El establecer dentro de la legislación mexicana un sistema como el apuntado, sería de enormes beneficios. Ya hay intentos de adecuarse a él, como se destaca en la labor que han venido realizando la Secretaría de Salud, mediante el Programa Nacional de Trasplantes, coordinándose con las entidades sanitarias estatales; y otras instituciones, como la Fundación Mexicana para la Salud, mediante su Comité de Diálisis y Trasplante.

El Programa Nacional de Trasplantes, funciona con relación al Registro Nacional de Trasplantes, que tiene su fundamento en el artículo 313 de la Ley General de Salud y que coordina lo referente al manejo y disposición de órganos, tejidos, cadáveres y sus componentes. El Centro Coordinador de dicho Registro, proporciona todo tipo de información a los eventuales donantes, y los alienta a registrarse como tales en el Registro. Ofrecen un formato de tarjeta de donación, con la siguiente leyenda:

Yo \_\_\_\_\_, con la esperanza de poder ayudar a otros hago la presente donación si médicamente es aceptable al momento de mi muerte.

- DONO a) cualquier órgano útil  
b) sólo los siguientes órganos \_\_\_\_\_ con fines de trasplante, tratamiento, investigación o docencia.

A continuación se señalan el nombre y edad del disponente, el nombre y firma de dos testigos, y se asienta el lugar y fecha de la decisión.

El comité de Diálisis y Trasplante de la Fundación Mexicana para la Salud inició en junio de 1990 el programa "Yo soy un donador... de todo corazón", que también facilita la donación, mediante el llenado de una tarjeta similar a la anterior. Ambos formatos deberían incluir la especificación de que la donación se hace gratuitamente y que el receptor del órgano, no deberá pagar ninguna cantidad por el mismo.

El propósito de la tarjeta es poner en conocimiento de cualquiera, la intención del donante. Sin embargo, el efecto de difusión de estas credenciales se pierde si no se integran los portadores de las mismas al Registro Nacional de Trasplantes. El formato también debería permitir la posibilidad de negarse a cualquier tipo de remoción, como alternativa; o de otra forma, establecerse la presunción de que la persona que no porte algún tipo de documento alusivo a los trasplantes, se entiende que *no consiente* la remoción.

Al parecer, en ciertos estados de la República, se ha dado marcha a dispositivos similares, a través de las Secretarías de Salud Estatales. En Hermosillo y a partir del mes de agosto de este año, al hacerse la solicitud para obtener una licencia de conducir, se cuestionaría a los solicitantes sobre su disposición para ser donantes de órganos.<sup>40</sup> Antes la respuesta afirmativa, la persona tendría que someterse a una serie de análisis en el Laboratorio de histocompatibilidad, dependiente de la Secretaría de Salubridad Pública del Estado de Sonora. De esta manera, la actitud individual respecto al destino de los órganos y tejidos quedará incorporada a un documento oficial de portación necesaria como lo es la "licencia". El problema se presentaría en el caso de que la persona decidiese revocar su voluntad, —para dejar de ser considerado donante, o para integrarse finalmente al Programa—, pues el hecho de portar la licencia implicaría que subsiste su primera intención. Ante un accidente o enfermedad súbita, si el portador no ha

<sup>40</sup> Así lo ha expresado el Secretario de Salubridad del Estado de Sonora, Dr. Filiberto PÉREZ DUARTE, el 23 de julio de 1991. Esta información, ha sido obtenida por el estudiante Miguel BONILLA, cuya ayuda ha sido invaluable en la localización de diverso material útil para este artículo.

hecho el cambio de "voluntad", sería imposible presumir la revocación.

En Puebla, también se intenta un programa "piloto" de semejantes características.

Como se aprecia por los desarrollos apuntados, ya puede hablarse de un grado de sensibilización de la sociedad mexicana al sistema de voluntarismo alentado. Faltará afinar ciertos detalles, como el de la dificultad de la revocación de que se hablaba antes, la conveniencia de un Registro de Transplantes verazmente informado y completo, etcétera, que ya está previsto y en funcionamiento, al igual que los programas alternos de donación de córneas y de transfusión sanguínea.

No obstante, si la legislación sanitaria no se adecua a todo lo anterior y no se lleva a cabo una reforma eficaz de ciertas normas, se continuará entorpeciendo al sistema de transplantes y donación de órganos.

Ante todo es menester hacer hincapié en que nuestro sistema sanitario de remoción y trasplante de material humano sólo puede estar basado en el principio de la autonomía de la voluntad individual y que ésta no puede ser suplida ni presumida por terceros, incluyendo al Estado y sus dependencias; ni puede desarrollarse a partir de la realización de condiciones, como lo es la práctica de la necropsia.

Debe preverse un dispositivo que permita que, al alcanzar la mayoría de edad, los sujetos manifiesten en la forma legal idónea, su voluntad respecto al destino que se dará a sus restos, de tal manera que todo ciudadano de edad adulta exprese su consentimiento o negativa frente a la donación orgánica, y su decisión sea conocida e incorporada en los medios pertinentes. Debe asimismo asegurarse por medio de la normativa legal, que todo acto jurídico en materia de disposición y utilización de órganos humanos será un acto gratuito y sancionarse proporcionalmente cualquier violación al respecto. Así se garantiza un sistema de provisión orgánica *accesible* a las mayorías, reduciendo el riesgo de que la política de trasplante de órganos beneficie únicamente a sectores muy reducidos y económicamente capaces, como ha venido ocurriendo. Si se logra que haya más donantes, también debe lograrse que haya más receptores.

### 3. El cadáver y la muerte

El artículo 62 del Reglamento determina que para la realización de cualquier acto de disposición sobre cadáveres, "deberá contarse

previamente con el certificado de defunción, que será expedido una vez comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas, por profesionales de la medicina o por personas autorizadas por la autoridad sanitaria competente".

En recientes décadas y por virtud de los logros médicos, ha surgido la cuestión de determinar el *momento legal de la muerte*. Este punto es importante, dado que al existir la posibilidad de mantener un organismo en condiciones "estables" a pesar de un dictamen médico de "muerte clínica", la extracción de órganos en cumplimiento de la voluntad expresada en vida por el donante resultaría delicada y podría conllevar conflictos éticos y afectivos en los deudos, para quienes resultaría difícil aceptar la muerte a la vista de un "cuerpo que aún respira", aunque de manera artificial. Atendiendo a estas situaciones, se ha redefinido el concepto de muerte, para efectos jurídicos.<sup>41</sup> Nuestra legislación ha adecuado los criterios de definición de pérdida de la vida en el artículo 317 de la Ley, y reformado los plazos para la extracción de los órganos de los sujetos considerados muertos, en el artículo 318:

La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos podrá realizarse de *cadáveres* en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317 o de aquéllos en que se compruebe la *persistencia por seis horas* de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III, y IV del mismo artículo y además las siguientes circunstancias: I. electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado, y II. ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia...

El artículo 314-II de la Ley, reformado recientemente, define como cadáver "el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida"; por lo que al integrarse los signos de muerte legales y pese a que la persona aún presente ciertas respuestas artificiales de vida, la extracción de órganos sería posible, si el disponente así lo consintió.

<sup>41</sup> Sobre las consideraciones médico-legales para la determinación de la muerte y sus consecuencias, véase el artículo del Dr. Pablo A. RODRÍGUEZ DEL POZO, "La determinación de la muerte. Problemas morales y jurídicos" en este mismo número de la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la E.L.D.*

## IV. LOS LÍMITES ÉTICOS

La reciente reforma de la Ley de Salud en este rubro, ha incorporado una lista de los materiales considerados útiles a otros, actualizándose en relación a la tecnología médica.

De esta forma, también se puede disponer de las células germinales, y los productos ("todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano, como resultado de procesos fisiológicos normales"; artículo 314-IX de la Ley), así, la placenta y los anexos en la piel, que según el artículo 56 del Reglamento, pueden emplearse como "materia prima" para fines industriales, o para usos científicos (artículo 57), "ya mediante contraprestación o a título gratuito", siempre que sean manejadas de conformidad con las normas técnicas que emita la Secretaría. En ningún artículo hace referencia la Ley o el Reglamento a la necesidad de tomar el consentimiento de los disponentes; pese a que la placenta o la piel carezcan del rango de "órgano", han formado parte del organismo de una persona, y su consentimiento debería de estar implicado en ello. No obstante esa ilicitud, es la posibilidad de comercializar este tipo de material, y el destino que se persigue, lo que resulta inadmisibles.

La Ley también ha incorporado, a resultas de la reforma, una clasificación curiosa respecto a los seres nonatos (artículo 314-IV, V, VI): *preembrión* (desde la concepción hasta la segunda semana de gestación), *embrión* (de la tercera a la décimo segunda semanas) y *feto* (desde la décima tercera semana hasta el parto); de éstos también se puede disponer, según el artículo 349 de la Ley. Aunque falta una adecuación al Reglamento de las reformas últimamente hechas a la Ley, el artículo 73 de aquél señala:

Las disposiciones generales sobre cadáveres serán aplicadas en su caso, a los de embriones y fetos.

Esto implica que los órganos y tejidos útiles de procedencia embrionaria y fetal, pueden destinarse tanto a fines terapéuticos, docentes y de investigación; mediante autorización de los disponentes, siempre secundarios en este caso, pues la Ley no reconoce personas en estos seres, —indiscutiblemente humanos, aunque sin *personalidad le-*

*gal*.<sup>42</sup> En el caso de practicárseles la necropsia, las autoridades ya mencionadas en otros apartados, dispondrían de estos restos, sin tomar ningún consentimiento.

Ya ha habido casos en los que se procrea un ser humano para abortarlo a las pocas semanas y obtener ciertos materiales que sólo se extraen de embriones o fetos, para utilizarlos terapéuticamente. Si esto suena aberrante, no lo es menos el hecho de destinar a la industria cosmética o farmacológica los restos de esos seres, por disposición de sus padres.

¿Llegaremos a engendrar seres con el único fin de conseguir material para quienes lo requieren? Para ello, sobre todo en las legislaciones que lo admiten, sólo se requeriría abortar en un momento preciso, para permitir que se hayan empezado a desarrollar ciertos tejidos que puedan seguir evolucionando después de ser "tomados". ¿Tomaremos los órganos de los reclusos, de los incapaces permanentes, de quienes están en estado de coma indefinido, de los desahuciados?

Se sigue considerando a seres humanos como *medio* para la realización de *fines* de otros, sin recordar que la vida digna implica que toda persona debe ser entrevista, en cualquier circunstancia y con relación a cualquier meta, como *un fin en sí*. Si se busca solución válida para tantas urgencias y demandas razonables, habría que encontrarla en formas que no rebajen la dignidad humana. Después de todo, un trasplante puede salvar una vida, ...pero ¿por cuánto tiempo más?

Ante los problemas del hombre, la ciencia ha presentado formidables soluciones. Es loable intentar mejorar la calidad de vida propia y ajena. Es lícito y justo compartir la dote vital con quienes la precisan, y es encomiable la *voluntaria donación* de ello; pero habría que vadear los senderos que simulan la solidaridad y establecer bordes claros con lo que no puede ser lícito y que afecta jurídicamente a la persona humana. La donación de tejidos y órganos corpóreos tan necesaria, no puede llevar a considerar al ser humano como una despensa de material de todo tipo, ni producir el enfrentamiento de esferas jurídicas de la misma jerarquía.

Tal vez el remedio a este tipo de situaciones, es delicado. Pero puede no estar distante, si la conciencia humana se orienta hacia el respeto a su propia dignidad.

<sup>42</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual México es parte, dispone en su artículo 1.2: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", por lo que los embriones y fetos tienen esa categoría jurídicamente.

El problema se plantea solo en el nivel de la vida humana en potencia o de la vida humana en desarrollo. Ante la existencia del mundo, la mujer tiene una existencia real, independiente de la vida humana en potencia.

### EL DERECHO A LA VIDA Y EL ABORTO

Alberto PACHECO ESCOBEDO

Hace más de 1800 años se presentó un caso complicado ante el jurista Domicio Ulpiano. El asunto tenía que ver con la interpretación que debía darse a un rescripto, dictado pocos años antes por los emperadores Marco Aurelio y Vero. Se trataba de un pleito conyugal entre unos esposos llamados Rutilio Severo y Domicia, que casi con seguridad iba a terminar en divorcio.

Para entender bien la cuestión, es necesario recordar que en Roma, en la época clásica tardía en la que vivió Ulpiano, el padre, o si no había muerto, el abuelo, eran quienes ejercían la patria potestad sobre sus hijos y nietos, con exclusión de la madre o la abuela, pues las mujeres estaban de por vida sometidas jurídicamente al padre, abuelo, suegro o hermano; nunca eran *sui iuris*.

Tratábase pues de un marido que quería divorciarse de su mujer con la que le unía un vínculo legítimo de matrimonio, y el marido alegaba que estando encinta su esposa, él como padre ejercía la patria potestad sobre el no nato y quería llevarlo consigo de inmediato, ante la ruptura del vínculo conyugal.

La consulta a Ulpiano se formula sobre el punto concreto de si el padre puede o no llevar consigo al no nacido en virtud de la patria potestad que ejerce sobre él, ya que la madre, al no poder ser titular de la patria potestad, no tiene ni llegará a tener ningún derecho sobre su hijo. Por otra parte, nadie duda en el caso, que el padre ejerce la patria potestad sobre aquel hijo.

Es interesante detenernos un poco en los presupuestos que Ulpiano tiene en cuenta para formular su respuesta:

- 1º No duda que se pueda ejercer patria potestad sobre el no nacido, al cual, por tanto, le reconoce la categoría de persona.
- 2º El no nato, como persona sometida a la patria potestad, tiene ya desde antes de nacer derechos y obligaciones y una de éstas, que no impugna ni pone en duda Ulpiano, es vivir con su padre y obedecerle.

En el caso de practicar la donación, las autoridades mencionadas en otros apartados, dispondrán de estos datos en forma de un informe, en el que se hará constar que el donante es capaz y que el receptor es apto para recibirlos.

Ya ha habido casos en los que se produce un ser humano por medio de los órganos reproductores y órganos reproductores que son de origen humano, para utilizarlos posteriormente. En estos casos, no se maneja el hecho de donar a la familia receptora, o fabricar los órganos de ser humano, por disposición de los padres, sino que se maneja el hecho de donar a la familia receptora, o fabricar los órganos de ser humano, por disposición de los padres.

El problema se plantea solo en el nivel de la vida humana en potencia o de la vida humana en desarrollo. Ante la existencia del mundo, la mujer tiene una existencia real, independiente de la vida humana en potencia.

Para entender bien la cuestión, es necesario recordar que en Roma, en la época clásica tardía en la que vivió Ulpiano, el padre, o si no había muerto, el abuelo, eran quienes ejercían la patria potestad sobre sus hijos y nietos, con exclusión de la madre o la abuela, pues las mujeres estaban de por vida sometidas jurídicamente al padre, abuelo, suegro o hermano; nunca eran *sui iuris*.

Tratábase pues de un marido que quería divorciarse de su mujer con la que le unía un vínculo legítimo de matrimonio, y el marido alegaba que estando encinta su esposa, él como padre ejercía la patria potestad sobre el no nato y quería llevarlo consigo de inmediato, ante la ruptura del vínculo conyugal.

La consulta a Ulpiano se formula sobre el punto concreto de si el padre puede o no llevar consigo al no nacido en virtud de la patria potestad que ejerce sobre él, ya que la madre, al no poder ser titular de la patria potestad, no tiene ni llegará a tener ningún derecho sobre su hijo. Por otra parte, nadie duda en el caso, que el padre ejerce la patria potestad sobre aquel hijo.

Es interesante detenernos un poco en los presupuestos que Ulpiano tiene en cuenta para formular su respuesta:

- 1º No duda que se pueda ejercer patria potestad sobre el no nacido, al cual, por tanto, le reconoce la categoría de persona.
- 2º El no nato, como persona sometida a la patria potestad, tiene ya desde antes de nacer derechos y obligaciones y una de éstas, que no impugna ni pone en duda Ulpiano, es vivir con su padre y obedecerle.

El problema se plantea sólo en el nivel de si esto último es posible ahora, o debe esperarse al nacimiento.

3º Ante la demanda del marido, la mujer niega estar embarazada, considerando que la mejor defensa es sostener que el hijo no existe, no que no es persona por no haber nacido.

Ulpiano, apoyándose en la respuesta dada por los emperadores a la consulta del pretor Valerio Prisciano, niega la pretensión del padre y no permite que éste provoque el aborto que pretendía para poder llevar consigo a su hijo porque "el hijo antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras" (*partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*) y por otra parte afirma que el marido podrá llevarse a su hijo (*post editum plane partum a muliere. . . ducere permitti*) una vez que éste haya nacido. Evita así que se autorice el provocar un aborto, reconoce la patria potestad que el padre ejerce sobre el no nacido y sólo condiciona su ejercicio al nacimiento.<sup>1</sup>

Nunca pensaron los emperadores citados, ni el pretor consultante, ni el jurista, todos ellos con una posición claramente anti-abortista, que dieciocho siglos más tarde, los partidarios de *despenalizar* —habría que decir más bien *legalizar*— el aborto, iban a usar unas palabras de ese dictamen de Ulpiano como argumento a favor de sus tesis, retorciendo con ello en un sentido diametralmente opuesto, lo que aquellos quisieron decir. Ulpiano se niega a autorizar el aborto, porque el no nacido es parte de la madre (hoy diríamos, es "fisiológicamente parte de la madre") y no hay derecho a intervenir en su cuerpo sin su autorización; los abortistas modernos pretenden despenalizarlo, porque siendo el no nacido una parte de la madre, ésta puede hacer lo que quiera con las partes de su cuerpo, y por tanto con su hijo, al cual, además, no se atreven a llamarlo hijo, con toda claridad, como lo hace el jurista romano y pretendiendo disimular una realidad patente, le llaman "producto", "mórula" "blastocisto", o términos equivalentes, que sirven para el estudio en las ciencias médicas, pero que no deben utilizarse para disimular la realidad. Esto se debe a que es menos trauma "eliminar un blastocisto" que "matar un hijo".

La respuesta de Ulpiano, además, es congruente con el sistema del Derecho Civil Romano. Nadie, en la antigüedad, dudó de la personalidad jurídica del no nacido. Bastan para demostrarlo cientos de citas que pueden consultarse en el Digesto, refiriéndose casi todas ellas a autores de la época clásica, de los efectos que provoca el hijo póstumo

<sup>1</sup> Digesto, XXV, IV, 1.

sobre la herencia, la posibilidad de nombrar heredero al no nacido y de recibir donaciones antes de su nacimiento, la protección especial que se le da mediante el "tutor del vientre", etc. etc.

Pero la insistencia de las diversas legislaciones en castigar el aborto, a través de los siglos, revela que siempre ha habido personas que lo practican. Con cierta frecuencia reaparecen argumentos que lo tratan de justificar, los cuales son muy similares en todas las ocasiones en que se aborda este tema; esto hace pensar que los que se esgrimen son todos los que hay, porque desde hace siglos, no aparece ninguno nuevo: todos los que hoy se nos presentan como "modernos" o producto de "ideologías avanzadas", son antiguos y repetidos. Estos argumentos son:

1º El no nacido es parte de la madre y ésta puede disponer libremente de las diversas partes de su cuerpo. Por tanto, ella sola es la que decide legítimamente si aborta o no. Sería una situación análoga a decidir si se opera del apéndice o no, o si se restira el cutis para ocultar los efectos de la vejez.

2º Debe despenalizarse en el caso de "hijos no deseados", ya sean producto de violación, de una falla en los métodos anticonceptivos, o que provoque situaciones de angustia de la madre, etc., pues estos hijos vendrán al mundo contra la voluntad de su madre a la que haran infeliz y por tanto ellos mismos vivirán en perpetuo trauma por el desafecto materno. El hijo en estos casos es presentado como un "injusto agresor" que viene a perturbar la tranquilidad de su madre, a limitar su libertad "sin derecho", o a hacer pública y permanente su deshonor. Y toda mujer, se argumenta, tiene derecho a su honra, a su tranquilidad y a su libertad.

3º Debe permitirse en el caso de diagnóstico de malformaciones congénitas detectadas antes del parto, pues la vida de esos seres será de sufrimientos para ellos y para sus padres.

4º En los casos de aborto terapéutico, pues vale más la vida de la madre que la del no nacido.

5º Debe despenalizarse porque en la realidad existe y va a seguir existiendo. Mantenerlo en la clandestinidad sólo da lugar a mayor mortandad femenina y a violación permanente de las leyes prohibitivas.

6º Despenalizarlo no es autorizarlo, sólo es dar libertad a aquellos que conforme a su conciencia quieran hacerlo. Es un problema íntimo en el cual no debe intervenir el Estado.

No es el objeto de este trabajo tratar por extenso todos estos argumentos y el contrasentido que todos ellos encierran,<sup>2</sup> sino más bien fundar el rechazo global a todos ellos en el cimiento sólido del Derecho a la Vida que tiene toda creatura humana.

El Derecho a la Vida es uno de los llamados por la doctrina reciente como Derechos de la Personalidad, y es el básico y fundamental de ellos, pues sin él, ninguno de los otros tiene sentido. El Derecho a la Vida puede ser estudiado también en su vertiente pública, como Garantía Individual frente al Estado, que tiene obligación de respetarlo; en este sentido también es englobado dentro de los Derechos Humanos, de los Derechos del Ciudadano u otras expresiones similares con las cuales se han conocido a lo largo de la historia contemporánea estos derechos naturales y básicos que tiene todo hombre por el solo hecho de serlo y que se ejerce ante las autoridades o ante otros particulares.

La distinción entre los Derechos Humanos y los Derechos de la Personalidad, es conveniente señalarla para precisar el objeto de nuestro estudio. Éstos son los derechos básicos del hombre en tanto son considerados como materia de Derecho Privado, y aquéllos lo son como materia del Derecho Público.

El Derecho a la Vida en la problemática del aborto, es sobre todo un tema de Derecho Privado, pues el que atenta contra la vida del no nacido, no es el Estado, sino otro sujeto de la misma categoría jurídica que él: su propia madre. El asunto interesa al Derecho Público, en cuanto el Estado está obligado a proteger la vida del no nacido y por tanto debe tratar de evitar que se realicen acciones que puedan perjudicarlo, y debe castigar a quienes lo hagan, aun cuando se trate de la madre del fallecido.

Para entender en toda su profundidad los Derechos de la Personalidad, y por tanto el Derecho a la Vida, es necesario considerarlos como lo que son: Derechos Naturales, en el sentido de que derivan directamente de la naturaleza humana. No son derechos otorgados por nadie, ni han sido producto de la evolución de las culturas. Siempre ha existido el Derecho a Vivir, aunque de hecho se haya violado en muchísimos casos por muchas personas y aun en legislaciones que han pretendido discriminar a los hombres en relación con este derecho, otorgándolo a algunos, pero no a todos. La violación de un derecho, no prueba su inexistencia, sino todo lo contrario.

<sup>2</sup> Al respecto puede consultarse la obra del autor *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, Panorama Editorial, México, 1991.

Es tan evidente el fundamento natural del Derecho a la Vida, que no parece necesario abundar en ello. El hombre es un ser vivo y esa es su cualidad primera que todos los demás deben respetar, pues respetarla es mantenerlo en su cualidad de hombre. Y como todos los seres humanos guardan la misma relación respecto a su cualidad de hombres, todos tienen Derecho a la Vida. No hay individuos de la especie humana que sean menos hombres que otros, y por tanto el contenido del Derecho a la Vida es igual en todos aquellos seres que participen de la naturaleza humana.

En todos los individuos con vida humana, existe su Derecho a Vivir. Por lo tanto, a partir de que exista vida humana y en tanto que ésta exista, es una falta contra la Justicia el suprimirla.

Esa igualdad radical ante el Derecho a la Vida, es la que justifica los únicos casos en que no es injusto quitársela a otro: la legítima defensa y la pena de muerte, siempre y cuando ésta sea impuesta por la autoridad competente, con fundamento en leyes previas al delito y en virtud de una sentencia que culmine un procedimiento justo.<sup>3</sup> En ambos casos estamos en presencia de un hecho delictuoso en el que el delincuente ha puesto en peligro la vida de otros, los cuales no tienen por qué preferir la vida ajena a la propia, pues se trata de derechos iguales.

Pero nunca podrá ser justo privar de la vida a un inocente. Y en el caso del aborto, estamos en presencia del más inocente de los seres humanos, pues aún no ha actuado ni se ha relacionado con nadie más que con su madre. Resulta absurdo desde todos puntos de vista considerarlo *injusto agresor* por el solo hecho de que su madre no lo deseaba, pero sin embargo hizo lo necesario para engendrarlo, pues no está en el seno materno por un hecho propio, sino de sus padres. Además, el no nacido no ha hecho ningún acto agresivo contra nadie; pensar en otra forma es admitir que la sola existencia de algunas personas puede resultar agresión para otras, y si éstas son suficientemente fuertes para ello, pueden eliminarlas.

Por otra parte, siendo el Derecho a la Vida el más importante de los derechos de toda persona, todos ellos deben quedar subordinados

<sup>3</sup> Lo dicho no quiere decir que el autor sea partidario de la pena de muerte. Lo único que se pretende afirmar, es que *no es injusta* cuando se cumplen los requisitos señalados. Ya será la prudencia del legislador la que aconsejará, en un momento dado, y ante graves circunstancias concretas de peligro social, el establecerla o no.

a él en el sentido de que ante cualquier conflicto o contraposición de derechos, hay que preferir la Vida a cualquier otro. Otra cosa sería necesariamente injusta, pues no sería "dar lo suyo" al que se le suprime la vida, cuando eso suyo (la vida) es lo más suyo que pueda tener, y nada de los demás derechos le sirve de algo sin eso. Preferir mi honra a su vida, será necesariamente un acto injusto, pues la vida es superior a la honra.

Partiendo de la base de que siempre será injusto privar de la vida a un inocente, y que el no nacido necesariamente es inocente desde cualquier punto de vista, la polémica sobre la justificación o penalización del aborto, queda reducida a saber cuándo comienza la vida humana, pues desde el mismo momento de su inicio habrá ya un sujeto humano que tiene derecho a que se le conserve en esa vida.

El comienzo de la vida humana es un dato que el Derecho debe tomar de la Genética, ya que es esta ciencia la que estudia en qué momento podemos decir que estamos en presencia de una vida humana y no sólo de células vivas que van a seguir su propio ciclo vital y morirán, sin llegar nunca a ser vida humana. La Genética moderna, no duda en afirmar claramente que la vida humana comienza en el momento de la concepción.

A esa misma conclusión se llega por argumentos de sentido común. La fecundación *in vitro* ha mostrado claramente esta verdad. El óvulo fecundado en la probeta sólo necesita de un ambiente propicio para su desarrollo y llegará a ser feto, bebé, niño, adolescente, joven, adulto y anciano, sin que se le haya añadido nada más que nutrientes y que se le haya mantenido en el ambiente adecuado, de igual forma que todos los hombres, para conservar su vida necesitan de nutrientes y de ambiente adecuado.

Los mayores conocimientos logrados por las ciencias experimentales sobre los procesos de fecundación y desarrollo en las especies de los mamíferos superiores y en la especie humana, han dejado atrás las opiniones antiguas externadas con los conocimientos de la época en el sentido de que la vida humana comenzaba cuando el feto tenía figura humana; tiempo después se aseguró que el comienzo era cuando comenzaba a diferenciarse el sistema nervioso o la actividad cerebral. Ahora ya ningún científico que se precie de serlo, duda del comienzo de la vida humana al momento de la fecundación. Las pruebas aducidas al respecto son concluyentes, la Inmunología ha venido a corroborar la misma tesis con múltiples descubrimientos y el último reducto

de los que no quieren reconocerlo, es la famosa polémica de los *catorce días*.

En la actualidad se habla con frecuencia que la vida humana no comienza sino catorce días después de la fecundación y esto se debe a que antes de ese término, el óvulo ya fecundado puede escindirse y nacerán gemelos, o también antes de ese plazo, dos óvulos fecundados pueden reunirse en uno solo y nacerá un solo hombre. Si se afirma que hay vida humana antes de los catorce días, debería aceptarse que en el primer caso un hombre se ha dividido en dos, y en el segundo, dos hombres se han vuelto uno, lo cual es absurdo en ambos supuestos. Hay casos, más raros aún, pero que existen, en que un óvulo ya fecundado se divide y se vuelve a fusionar, todo esto antes de los catorce días. Después de esta fecha ya no hay posibilidad de división ni de fusión, y por tanto, se afirma, es en ese día cuando se puede decir que ya hay individualidad en el no nacido y por tanto ya hay vida verdaderamente humana, la cual, siempre debe ser individualizada.

Razonar así es superficial, y esconde el deseo de justificar las manipulaciones con seres humanos en los primeros catorce días de su vida: como antes de ese plazo no hay individualización, y por tanto no hay vida verdaderamente humana, pretenden afirmar que los óvulos fecundados pueden servir para experimentación, para implantación en madres gestadoras, o pueden ser expulsados del seno materno mediante píldoras de control natal de efecto antimplantatorio, como son casi todas las usadas en el mercado. Todo esto no sería un crimen, pues no se está manipulando con hombres, sino con vida aún indiferenciada que, podrá llegar a ser humana, pero aún no lo es.

En efecto, dentro de los primeros catorce días después de la fecundación, pueden producirse todos los fenómenos mencionados, pero nada de eso conduce a afirmar que aún no hay vida humana y la Genética ha contestado a esos argumentos afirmando que cuando se divide un óvulo ya fecundado, se ha producido una nueva fecundación y por tanto, entre los hermanos gemelos puede existir hasta trece días de diferencia de edad, pues uno de ellos ya existía cuando se produjo la separación y el comienzo de la vida de su gemelo. Y cuando dos óvulos ya fecundados se fusionan en uno, simple y sencillamente hay que afirmar que ha muerto un hombre, aunque su pequeñísimo cadáver se haya integrado en el cuerpo del que subsiste; algo análogo ha logrado la moderna ciencia médica con los trasplantes de órganos.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Para mayor información, con todos los datos científicos relativos, puede con-



Además, los que utilizan esta forma de razonar, no pueden decir que un nuevo elemento se agregó al óvulo fecundado en el día catorce que sea el determinante del inicio de la vida humana, pues ese día, lo único que sucede es que el Huevo (otra forma de llamar al hombre en sus primeros estadios de evolución) se implanta en el seno materno y comienza a nutrirse de la madre. O sea, sólo cambia su forma de alimentarse, no de existir. Además, tampoco se dice qué tipo de vida es la que existiría desde la fecundación hasta el día catorce y cómo ésta, de repente y sin ningún nuevo ingrediente vital, se transforma en humana.

La lucha para justificar el aborto se ha recrudecido en los últimos tiempos por razones que no son jurídicas. La injusticia del aborto es clara y no puede justificarse en ningún caso. Además, seguirá siendo un acto injusto, aunque el legislador lo despenalice y el Estado lo autorice, pues lo más que podrán hacer uno y otro es volverlo falsamente legal, pero no justo, y es de todos sabido, que lo justo no coincide siempre con lo legal, como son los casos de leyes en que el legislador pretende olvidarse de las normas objetivas de Justicia que no está en su mano modificar, sino acatar, si quiere hacer leyes que realmente lo sean. Una ley que no respeta la Justicia, es necesariamente un mandato arbitrario que más que ordenar la vida social, la descompone y corrompe.

No es necesario abundar en los pésimos resultados que ha producido la despenalización del aborto en las naciones que lo han hecho, en las cuales el número de los conocidos va siempre en aumento, y se presume que no han disminuido los clandestinos, sino todo lo contrario. No puede afirmarse con sensatez que la despenalización del aborto haya conducido a una mayor moralidad de la sociedad y si por el contrario ha producido muchos casos de trastornos mentales gravísimos en las mujeres que han acudido a él.

Entre nosotros, además, la ilegalidad del aborto resulta del mismo texto constitucional, cuando en el artículo 14 de la Constitución se afirma que "Nadie podrá ser privado de la vida. . . sino mediante juicio

seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho". Si el no nacido es vida humana desde el momento de su concepción, no se ve por qué el *Nadie* del precepto constitucional no lo abarque a él, y es claro que en el aborto que le priva de la vida, no hay juicio previo, ni leyes que le condenen, ni delito que perseguir.

Decíamos que las razones para despenalizar o más bien para legalizar el aborto, no son jurídicas, sino que responden a otro tipo de intereses. El primero y más aparente es el comercial, pero éste no es el más profundo. La razón última por la que se lucha, es el hedonismo imperante en nuestra cultura actual: se quiere el placer sin consecuencias, se busca la mayor comodidad, aunque sea a base de suprimir vidas humanas y no se quiere pensar que no por ser pequeñas son menos humanas. El Derecho debe combatir contra todo esto, que en el fondo no es más que el continuo ataque del egoísmo humano contra la virtud, y el jurista no puede olvidar que su profesión es el Derecho, y el objeto del Derecho es la Justicia, y la Justicia es una Virtud, la más importante de las Virtudes Sociales.

sultarse entre otras obras la *Memoria* del Primer Congreso de la Sociedad Suiza de Bioética, Lausana, 1988, edición de la propia Sociedad. Uno de sus participantes, para lograr una mayor precisión terminológica, y considerando que cuando el óvulo se escinde antes del día catorce se ha producido una nueva fecundación, propone como más acertada la expresión: "la vida humana comienza en el momento de la concepción", en vez de: "la vida humana comienza en el momento de la fecundación".

## LA NO DEVOLUCIÓN DE LOS REFUGIADOS: PRINCIPIO PROTECTOR DE LA VIDA HUMANA

José-Augusto PALMA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El principio de no devolución (Non refoulement) y de no rechazo en las fronteras.* III. *Breve análisis de la legislación mexicana sobre asilados, refugiados y el principio de no devolución.* IV. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

El asilo es la piedra angular de la protección internacional de los refugiados.

Sin embargo, resulta paradójico —por decir lo menos— el hecho de que a pesar de ser un instituto esencial en la acepción contemporánea del derecho de los refugiados, no exista hasta la fecha una definición de asilo que haya merecido aceptación universal.

El maestro Carlos Fernández considera que, en forma generalizada, una definición de asilo podría corresponder a la siguiente: "una institución jurídica, de Derecho Internacional Público, destinada a garantizar, supletoriamente, la protección de los derechos esenciales de la persona humana, en momentos en que el Estado territorial no ejerce su función, ya sea porque no existe un gobierno eficaz o bien porque los gobernantes toleran o fomentan una persecución injusta contra el individuo, poniendo en peligro actual o inminente su vida, integridad física o moral o su libertad".<sup>1</sup>

El derecho de buscar y recibir asilo es considerado como un derecho humano por el Derecho Internacional. No obstante, ninguno de los ordenamientos del citado Derecho lo llega a definir y, menos aún, consiguen establecer claramente si el asilo se trata de un derecho subjetivo de la persona o de una facultad soberana del Estado.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ, Carlos, *El Asilo Diplomático*, Jus, Editorial Jus, México, D. F., México, 1970, p. 12.

Conforme al Derecho Internacional, no cabe duda, que el otorgamiento de asilo por un Estado no constituye en sí mismo un acto inamistoso (Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1967).

Por ello y de acuerdo con la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial, de ninguna manera la actitud del Estado asilante debe llegar a o corresponde interpretarse como interferencia o posible intervención en los asuntos domésticos del otro Estado, desde donde provenga o se presuma que provenga, la persecución que motivara el asilo.<sup>2</sup>

Al retomar la problemática de la carencia de una definición universal y, por ende, la complejidad de determinar su naturaleza jurídica, por el momento será importante limitarse a definir al asilo, para los propósitos del presente trabajo, como la protección que un Estado otorga a un refugiado.

Es cierto que se registran numerosos intentos, tanto a nivel regional como mundial, destinados a establecer normas sobre el asilo territorial, que para todos los efectos es la institución que corresponde o que abarca al refugiado. Como ejemplos, a tal efecto se pueden citar en el ámbito regional las estipulaciones contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 27) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22, 7). En el plano mundial destacan al respecto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 14) y la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967.

Grahl-Madsen, ilustre jurista noruego y defensor de los derechos del refugiado, señala que el derecho de asilo, desde la óptica del derecho estatal de concederlo, comprende los siguientes aspectos: 1) El derecho de admitir a una persona en su territorio. 2) El derecho de autorizarlo a permanecer. 3) El derecho de negarse a expulsarlo. 4) El derecho de negarse a conceder la extradición hacia otro Estado. 5) El derecho de no restringir su libertad por enjuiciamiento u otras medidas.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial, proclamada por la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1967. Considerandos, "Recopilación de Instrumentos Internacionales relativos al Asilo y a los Refugiados", Versión Provisional, ACNUR, División de Protección Internacional, Ginebra, Suiza, 1984, p. 36.

<sup>3</sup> GRAHL-MADSEN, Atle, "The Status of Refugees in International Law" vol. II, *Asylum, Entry and Sojourn*, p. 23, edición facsimilar del ACNUR, A. W. Sijthoff-Leiden, Países Bajos, 1972, p. 307.

Para mejor comprensión del tema, es necesario sintetizar los aspectos anteriores en lo que Leonardo Franco llama la "doble función del asilo", desde la perspectiva de la protección de refugiados, y que alude a: 1) El asilo como amparo de la vida, la integridad física y la libertad; y, 2) El asilo como base para la supervivencia del refugiado.<sup>4</sup>

Respecto de la enunciada en primer término, hay aceptación generalizada de que se trata de la función primaria y esencial del asilo. En este sentido, "el asilo significa simplemente que una víctima de persecuciones puede ponerse fuera del alcance de sus perseguidores en el territorio de otro Estado."<sup>5</sup>

Esta función del asilo, como amparo de la vida y libertad del refugiado, está garantizada por el principio fundamental de la *no-devolución*, el cual a su vez incluye los principios de *no rechazo en las fronteras*, *no penalización por ingreso ilegal* y *la no extradición*. Es decir, los principios de no-devolución y de no rechazo en las fronteras conforman la obligación de todo Estado de conceder el asilo aunque sea de manera temporal.

En cuanto a la segunda función del asilo, la atinente al trato aplicable que se debe otorgar a un refugiado una vez que se encuentra a salvo, es necesario resaltar el profundo contenido humanitario que tienen los problemas que se confrontan en la materia, aun cuando los mismos asuman en apariencia características de cotidianidad, tales como los casos de la calidad jurídica que se otorgue al refugiado, de la residencia y de la posibilidad de trabajar, entre otros.

A diferencia de la primera función del asilo —que tiene sustento en diversos instrumentos—, no se puede afirmar que ésta última, basada en la permanencia en el territorio del país de asilo, esté estipulada por el Derecho Internacional. Ni la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados —instrumento internacional de naturaleza contractual, considerado como el más completo y moderno hasta la fecha—, contiene disposiciones que obliguen al Estado a conceder una permanencia prolongada.

<sup>4</sup> FRANCO, Leonardo, "El Derecho Internacional de Refugiados y su Aplicación en América Latina", *Anuario Jurídico Interamericano*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D. C., E. U. A., 1982, pp. 173 a 176.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 176.

## II. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN (NON REFOULEMENT) Y DE NO RECHAZO EN LAS FRONTERAS

La expresión *non refoulement* deriva del francés *refouler*, que significa repeler o echar para atrás. De esa expresión proviene, de forma muy amplia, el concepto de que ningún refugiado pueda ser regresado a un país donde será perseguido o su vida o libertad corra peligro.

De allí mismo, se desprende también la relación existente entre el principio de no devolución y el de no extradición de los refugiados, debido a que la extradición en el caso de los refugiados sería el "echar para atrás", es decir, de retrotraer a su situación anterior a la persona objeto del asilo o de no respetar una condición ya reconocida o aceptada o en proceso de serlo.

Sin embargo, el concepto de *refoulement* o de devolución, se debe diferenciar de la expulsión o la deportación, figuras que se refieren al proceso formal mediante el cual un extranjero, con residencia legal, es obligado a abandonar el país donde tiene su residencia.

Entre principios y mediados del siglo XIX es que se registra la aparición del principio de no devolución (*non refoulement*), que estuvo orientado a beneficiar a los perseguidos por crímenes políticos, cuando se determinó que era facultad soberana de un Estado proteger a un extranjero en su territorio. Durante esta época tan politizada de la historia, se veía con simpatía a los reformadores políticos, por lo que se les empezó a brindar algún tipo de protección.

El primer instrumento internacional que consagró el principio de no devolución fue la Convención de 1933 relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados. Su artículo 3 expresaba la idea de que no se obligaría a salir del territorio de un Estado a los refugiados que estuviesen viviendo legal y pacíficamente en dicho territorio, salvo cuando se tratase de circunstancias que afectasen el orden público y la seguridad nacional.

Desde entonces, el principio de no devolución ha seguido evolucionando hasta llegar al estado actual en que es considerado como el cimiento de la protección internacional a los refugiados.

Dicho principio ha sido expresado a nivel universal en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1967.

En su artículo 33, párrafo 1º, la Convención de 1951 expresa que: "ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner

en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".<sup>6</sup>

En esta misma línea, la Declaración de 1967 establece en su artículo 3, párrafo 1º, que "ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1º del artículo 1º será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución".<sup>7</sup>

El artículo 3 de la Declaración no solamente reafirma el principio de no devolución sino que además lo amplía al establecer que la negativa de admisión en la frontera o "rechazo en la frontera" constituye una violación a dicho principio y, por ende, los Estados tienen la obligación de permitir, aunque sea de manera temporal, el ingreso a su territorio de personas que huyan de su país por temor de ser perseguidas por razones de raza, religión, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

En América Latina este principio se encuentra reconocido en la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas de 1954 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José", adoptadas en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos.

El primer instrumento dejó cierto escape respecto de la aplicación de este principio, al establecer de manera ambigua y débil, la obligación de los Estados partes de no devolver a una persona perseguida por motivos o delitos políticos, sin excluir la posibilidad de una entrega o devolución voluntaria de dichas personas.

En cambio, el Pacto de San José amplió la aplicación de este principio al incluir en su artículo 22, inciso 8, la protección de cualquier extranjero en los siguientes términos. "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas".<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 33, "Recopilación de Instrumentos Internacionales relativos al Asilo y a los Refugiados", Versión Provisional, ACNUR, División de Protección Internacional, Ginebra, Suiza, 1984, p. 31.

<sup>7</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1967, artículo 3, *ob. cit.*, p. 36.

<sup>8</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 22.8 "Recopilación de Instrumentos Internacionales relativos al Asilo y a los Refugiados".

Posteriormente, la Declaración de Cartagena de 1984, emanada de un Coloquio entre representantes de países, académicos y especialistas de organismos internacionales —que aunque formalmente no es un instrumento internacional, ha establecido doctrina en la materia y ha merecido la aceptación de los países—, no sólo reconoció el principio de no devolución como parte esencial de la protección internacional, sino que amplió su aplicación a las personas que caen en la actualidad bajo el concepto regional de refugiado, establecido en la misma Declaración.

Por último, en la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), realizada en la Ciudad de Guatemala, en el mes de mayo de 1989, se volvió a reiterar la importancia del principio de no devolución y de su apreciación como norma de *ius cogens*.

A pesar de que el principio de no devolución se encuentra ampliamente establecido en el Derecho Internacional, existen aún ocasiones en que debido al excesivo flujo de refugiados, algunos Estados han incurrido en prácticas contrarias a tal principio.

Es cierto que el asilo en sus orígenes se estableció como un instituto jurídico destinado a proteger a casos individuales de personas. La gravedad de las situaciones por las que muchas veces atraviesan los países, ha masificado el proceso de desplazamiento de seres humanos, que huyen de sus países de origen con fundados temores por sus vidas, su seguridad o su libertad, lo que probablemente sea causa de las aludidas prácticas.

El doctor Jorge Santistevan, actual Representante Regional para México, Belice y Cuba del ACNUR, en el Documento de Trabajo del Coloquio de Cartagena de 1984, enumera algunas de las prácticas violatorias más frecuentes.

Entre ellas, destaca la devolución forzosa directa, esto es, la entrega de refugiados admitidos en el territorio por parte de las autoridades del país de asilo a las autoridades del país de origen, ya sea por considerar simples migrantes económicos a las personas que son devueltas o como sanción por la comisión de un posible delito o falta que, incluye muchas veces, el sólo ingreso ilegal de personas al territorio de un Estado, por supuestos motivos de seguridad nacional. Y sin que

medie, en esos casos, procedimiento judicial o administrativo, destinado a comprobar los supuestos crímenes o conductas inaceptables.

Otra práctica, es el rechazo fronterizo, ya sea individual o colectivo, por el simple hecho de no cumplir requisitos menores de entrada.

Y, la más grave, sin duda —conforme apunta el propio doctor Santistevan—, por cuanto hay concertación y complicidad entre autoridades del país de origen y del país adonde pretende ingresar o al que ya ha ingresado el refugiado o los refugiados, es la que se refiere a incursiones de autoridades civiles y militares del país de origen en el territorio del país de asilo, con la aceptación tácita y en ciertas ocasiones con la participación activa, de las autoridades del país de asilo, para impedir por la fuerza el ingreso al país de asilo o para hacer retornar a su país de origen a los refugiados.<sup>9</sup>

A la extrema gravedad de esta práctica, en cuanto a lo deleznable de su propósito, se agregan consideraciones en cuanto a la inviolabilidad de las fronteras y al respeto del territorio de terceros países, que la hacen aún más cuestionable y condenable.

A pesar del principio de no devolución, los Estados mantienen la facultad discrecional de otorgar asilo permanente y de poder decidir la duración y terminación del mismo.

La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, prevén la posibilidad de que un Estado expulse a un refugiado pero le imponen ciertas limitaciones. Así, el artículo 32 de ambos instrumentos establece que los Estados contratantes no expulsarán a un refugiado que se encuentre legalmente en el país salvo cuando se trate de medidas para mantener la seguridad nacional o de orden público.

Cuando se haga efectiva la expulsión, ésta se deberá efectuar conforme con los procedimientos legales vigentes y se permitirá al refugiado defenderse y poder acudir a instancias posteriores de apelación. Por último, los Estados deberán conceder al refugiado, en caso de ser necesario, suficiente tiempo como para gestionar su admisión legal en otro país.

<sup>9</sup> SANTISTEVAN, Jorge, "Documento de Trabajo del Coloquio de Cartagena de 1984", *La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. Memorias del Coloquio de Cartagena, de 1983*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y Universidad Nacional de Colombia, Editorial de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 1986, pp. 55 a 57.

Sin embargo, es necesario subrayar que la facultad concedida a los Estados en el mencionado artículo 32, no da derecho a que se viole el principio de no devolución. Las únicas razones por las que se podrá exceptuar la aplicación de este último principio, están contempladas en el propio artículo 33 de la Convención de 1951.

Dicho artículo señala como únicas excepciones al principio de no devolución, el hecho de que un refugiado sea considerado por razones fundadas como un peligro para la seguridad nacional o que haya sido objeto de una sentencia definitiva que lo haya condenado por un delito grave, que lo haga una amenaza para la sociedad.

Por su parte, la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967, en el artículo 3, inciso 2, por razones de seguridad nacional, también autoriza la excepción al principio anterior.

No obstante, cuando se trata del caso de afluencias en gran escala, la propia Declaración dispone que el Estado asilante deberá por lo menos conceder asilo provisional a las personas, mientras éstas consigan un tercer Estado que las acepte.

El Comité Ejecutivo del ACNUR puso fin a las dudas que emergieron en la materia, al concluir en 1981, que: "En situaciones de afluencia en gran escala, debe admitirse a las personas en busca de asilo en el Estado donde buscaron refugio en primer lugar, y si ese Estado no puede admitirlos durante un tiempo prolongado, al menos debe admitirlos temporalmente, en todos los casos, y prestarles protección de conformidad con los principios establecidos más abajo".<sup>10</sup>

El mismo Comité, agregó al respecto que debe "admitirseles sin discriminación alguna por motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad, país de origen o incapacidad física. En todos los casos debe observarse escrupulosamente el principio fundamental de no devolución, incluido el no rechazo en la frontera".<sup>11</sup>

La prohibición de sanciones o medidas disciplinarias a imponerse a las personas en busca de refugio, por el simple hecho de que el ingreso se produzca de manera ilegal al omitir requisitos establecidos para la admisión de extranjeros al territorio nacional en circunstancias

<sup>10</sup> *Documentos Oficiales del ACNUR*. Conclusión N° 22, "Protección de las Personas que Buscan Asilo en Situaciones de Afluencia en Gran Escala", del Comité Ejecutivo del ACNUR, 1981, "Conclusiones sobre la Protección Internacional de los Refugiados, Aprobadas por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR", ACNUR, Ginebra, Suiza, 1981, p. 50.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 50.

normales, es uno de los derechos que trae aparejado el principio de no devolución.

Otro derecho de los refugiados, estrechamente vinculado con el principio de no devolución, es el de no ser extraditados, aunque existan convenios de extradición entre el país de refugio y el país de origen.

Este postulado se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales, algunos de ellos del siglo pasado.

Por su trascendencia, sea del caso aludir a la Convención Interamericana sobre Extradición, de Caracas, del 29 de febrero de 1981, que en su artículo 4, párrafos 4 y 5, establece que la extradición no será procedente:

"4. Cuando con arreglo a la calificación del Estado requerido se trate de delitos políticos, o de delitos conexos o de delitos comunes perseguidos con una finalidad política. El Estado requerido puede decidir que la circunstancia de que la víctima del hecho punible de que se trata ejerciere funciones políticas no justifica por sí sola que dicho delito sea calificado como político;

"5. Cuando de las circunstancias del caso pueda inferirse que media propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona corra riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos;"<sup>12</sup>

El principio de que no se debe extraditar a personas que sean buscadas por razones políticas, ha merecido la casi total aceptación de los países latinoamericanos, a tal punto que se encuentra contemplado en la mayoría de sus constituciones.

Así se tiene, como se verá más adelante de manera más detallada, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 15 que no se podrán celebrar tratados para la extradición de reos políticos.

De lo anterior, se puede establecer que el asilo y la no extradición son instituciones que están íntimamente vinculadas. Sin embargo, es preciso aclarar que el hecho de que se niege la extradición no necesariamente significa que automáticamente se otorgue el asilo definitivo.

<sup>12</sup> *Convención Interamericana sobre Extradición de 1981*, artículo 4, párrafos 4 y 5, "Recopilación de Instrumentos Internacionales relativos al Asilo y a los Refugiados", Versión Provisional, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), División de Protección Internacional, Ginebra, Suiza, 1984, p. 119.

Igualmente y según se ha indicado, no hay duda que la práctica de no extradición debe ser contemplada en los instrumentos internacionales como una prolongación del principio de no devolución, constituyéndose de esta forma en uno de los derechos esenciales de los refugiados.

En consonancia con lo analizado y el hecho que gran cantidad de instrumentos del Derecho Internacional contemplan el principio de no devolución —tanto a nivel regional como a nivel universal—, dicho principio se ha constituido hoy en día en norma de carácter imperativo, es decir, como una norma de *jus cogens*, según lo previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.<sup>13</sup>

De allí que el principio ya mencionado no acepte contradicción alguna y es obligatorio inclusive para los Estados que no forman parte de los instrumentos internacionales que lo incluyen.

### III. BREVE ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA SOBRE ASILADOS, REFUGIADOS Y EL PRINCIPIO DE NO-DEVOLUCIÓN

Después de haber pasado revista a la situación actual del principio de no-devolución en el Derecho Internacional, se hará un sucinto examen sobre la experiencia mexicana en el trato de refugiados y las disposiciones que la Ley General de Población estipulan sobre la calidad jurídica de dichas personas y sobre el afamado principio de no-devolución.

Antes de empezar el análisis de la Ley General de Población, es importante hacer una breve reflexión sobre los artículos 15, 33 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que tienen especial importancia con relación al tema de los refugiados y asilados.

Entrando en materia, conviene por un lado recordar lo anteriormente anotado, en cuanto a que el artículo 15 de la Constitución mexicana prohíbe "la celebración de tratados para la extradición de reos políticos".<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 53, "El Sistema Internacional en sus Textos", t. II, por Hugo Palma, Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI), Lima, Perú, 1990, p. 644.

<sup>14</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 15, edición de 1988 publicada por la Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, México, D. F., México, pp. 28 y 29.

Fue así que en concordancia con dicho texto constitucional, el Senado Mexicano aprobó la Ley Mexicana de Extradición Internacional, del 22 de diciembre de 1975, que en su artículo 8 dispone que en "ningún caso se concederá la extradición de personas que puedan ser objeto de persecución política del Estado requiriente o cuando el reclamado haya tenido la condición de esclavo en el país donde cometió el delito".<sup>15</sup>

Complementariamente, México ha suscrito diversos tratados internacionales sobre extradición.

De otro lado, el artículo 33 constitucional prohíbe a los extranjeros inmiscuirse en la política del país y faculta al Presidente de la República para expulsar del territorio nacional, sin necesidad de juicio previo, a cualquier extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

No hay duda alguna en cuanto a que esta disposición constitucional no exceptúa a los asilados políticos o a los refugiados. Sin embargo, se entiende que dicha facultad está sujeta a una regla implícita: la de usarse en forma razonable y equitativa.

En razón de ello, don Antonio Carrillo Flores, ilustre internacionalista y canciller mexicano, señaló que "la facultad del Estado mexicano para expulsar a un asilado político que aquí radique no podría ejercerse, o al menos no debería ejercerse, si con esa medida el expulsado queda expuesto a perder la vida".<sup>16</sup>

Y un análisis de las disposiciones constitucionales vinculadas a la temática de los asilados y refugiados, no podría dejar de referirse al artículo 133.

El mencionado artículo establece lo siguiente:

"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 a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Ley Mexicana de Extradición Internacional, artículo 8, publicada en el Diario Oficial de la Federación, México, D. F., México, el 22 de diciembre de 1975.

<sup>16</sup> CARRILLO FLORES, Antonio, "El Asilo Político en México", *Jurídica*, N° 11, Universidad Iberoamericana, México, D. F., México, 1979, p. 28.

<sup>17</sup> Ley General de Población de 1974, publicada en el Diario Oficial de la Federación, México, D. F., México, el 7 de enero de 1974.

De acuerdo con el artículo 133 constitucional y aun antes de incluir en su legislación interna la calidad de refugiado, México ya tenía obligaciones con relación a las personas que cayeran bajo dicha condición. Lo anterior, se debe a que México ratificó la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1951 y, lo que es aún más importante, que hizo lo propio respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en cuyo artículo 22.8 se contempla de manera muy amplia, como ya se señaló, el principio de no devolución.

Fiel al compromiso que adquiriera en la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, celebrada en mayo de 1989, en donde la Delegación mexicana ofreció una actualización de las disposiciones que regulan la materia, no hace mucho el Ejecutivo Federal propuso reformar la Ley General de Población a fin de incorporar, entre otros conceptos, el de *status* de refugiado; y el Congreso de la Unión acogió el respectivo proyecto.

Sucedió así que la iniciativa Presidencial del 29 de mayo de 1990 fue aprobada por el Congreso el 5 de julio de 1990, entrando en vigor el 18 del mismo mes, tras la publicación de su texto el día 17 en el Diario Oficial de la Federación.

Los artículos reformados por el dispositivo de fecha 17 de julio de 1990 —modificatorio de la Ley General de Población—, son el 6º, primer párrafo; el 42, fracciones III y IV; el 47; el 48, fracciones I, II, III y IV, adicionándole una fracción VIII; el 56; el 63; el 64; el 66; el 67; el 106, y el 121. Asimismo, se agregó un párrafo al artículo 7º; se reformó el artículo 35, y se recorrieron en su orden las fracciones VI a IX del mismo artículo, que pasaron a ser VII a X, respectivamente; y se incluyó una fracción VI al artículo 42.

Por su importancia y por ser materia de este trabajo, corresponderá analizar los nuevos artículos 35 y 42 de la Ley General de Población. A tal efecto, a continuación se transcribe el texto del primero de ellos:

"Artículo 35. Los extranjeros que sufran persecuciones políticas o aquéllos que huyan de su país de origen, en los supuestos previstos en la fracción VI del artículo 42, serán admitidos provisionalmente por las autoridades de migración, mientras la Secretaría de Gobernación resuelve cada caso, lo que hará del modo más expedito".<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Ley General de Población, reformada en 1990, artículo 35, publicada en el Diario Oficial de la Federación, México, D. F., México, el 17 de julio de 1990.

Por su parte, la fracción VI del artículo 42 define y trata de manera específica acerca de la institución del refugiado. Su texto dice lo siguiente:

"VI. Refugiado. Para proteger su vida, seguridad o libertad cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen, que lo hayan obligado a huir a otro país. No quedan comprendidos en la presente característica migratoria aquellas personas que son objeto de persecución política prevista en la fracción anterior. La Secretaría de Gobernación renovará su permiso de estancia en el país, cuantas veces lo estime necesario. Si el refugiado viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello sean aplicables perderá su característica migratoria y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue procedente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el refugiado se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Secretaría. El refugiado no podrá ser devuelto a su país de origen, ni enviado a ningún otro, en donde su vida, libertad o seguridad se vean amenazadas.

"La Secretaría de Gobernación podrá dispensar la sanción a que se hubiere hecho acreedor por su internación ilegal al país, al extranjero a quien se otorgue esta característica migratoria, atendiendo al sentido humanitario y de protección que orienta la institución del refugiado".<sup>19</sup>

Gran parte de los novedosos elementos desarrollados a nivel regional, contenidos en la Declaración de Cartagena, fueron así incorporados a la legislación interna mexicana.

Sin embargo, como bien lo destacara el doctor Jean François Durieux, distinguido funcionario del ACNUR, la definición de refugiado de dicha Declaración —reconocida como la más completa— no fue adoptada como tal en la Ley General de Población.<sup>20</sup>

Para una mejor comprensión de lo señalado, enseguida se transcribe la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugia-

<sup>19</sup> *Ibid.*, artículo 42, fracción VI.

<sup>20</sup> DURIEUX, Jean François, "Creación de un Derecho del Refugiado: Las Experiencias recientes de México y Belice". Versión mimeográfica, México, D. F., pp. 15 a 18. (Publicada ahora en este número 15 de RIJELD, pp. 357 a 392. Nota del E.).



dos de 1951 —que también fue recogida por su Protocolo de 1967—, cuando dispuso que refugiado era la persona:

“que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.<sup>21</sup>

A su vez, la definición en cuestión fue ampliada por la que adoptara el Coloquio de 1984, en el que se aprobara la Declaración de Cartagena, que agregó que también son refugiados:

“las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.<sup>22</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, sea del caso destacar que la reforma de la Ley también incorporó, como aspectos especialmente dignos de reconocimiento, los *principios de la no devolución y de la no penalización* a los refugiados por su ingreso ilegal al país. Ambos, se encuentran establecidos en la fracción VI del artículo 42.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley igualmente fortalece el principio de no devolución al consagrar el principio de no rechazo en las fronteras. El citado artículo hace referencia al derecho de toda persona de por lo menos gozar del asilo provisional mientras se decide sobre su situación jurídica, de lo que se debe deducir que ninguna

<sup>21</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 33, *ob. cit.*, p. 31.

<sup>22</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y Universidad Nacional de Colombia, *Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios - Declaración de Cartagena*, fascículo publicado por el ACNUR, sin fecha, p. 14.

persona que se encuentre en los supuestos previstos por la fracción VI, del artículo 42, debe ser rechazada en la frontera o no permitida a ingresar.

Finalmente, en cuanto al principio de no devolución, cabe señalar que la Ley adoptó el mismo criterio establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que representa, como se explicara, las disposiciones más amplias en la materia.

#### IV. CONCLUSIONES

En el propósito de dejar establecidos algunos puntos centrales como resultado de este trabajo, se puede concluir lo siguiente:

1. Es paradójico que a pesar de que el asilo es la piedra angular de la protección internacional, no exista hasta la fecha una definición universalmente reconocida. Sin embargo, es indispensable destacar su carácter, en tanto que, ante todo, el asilo es la protección que un Estado otorga a una persona y que, por ende, su finalidad principal es la de servir como un mecanismo de amparo de la vida, la integridad física y la libertad del ser humano.

2. Esta función del asilo, como amparo de la vida y la libertad, en el caso del refugiado, está garantizada por el principio fundamental de la no-devolución, incluyendo los otros tres que se derivan del primero: de no rechazo en las fronteras, de no penalización por ingreso ilegal y de no extradición.

3. El asilo, como institución humanitaria, es digno de preservarse y fortalecerse, como parte integral del Sistema de Protección de los Derechos Humanos.

4. La naturaleza pacífica, apolítica y humanitaria de la concesión de asilo o del reconocimiento de la calidad de refugiado, así como el principio de *no-devolución*, incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras, constituyen normas de *jus cogens*.

5. La reforma a la Ley General de Población que incluyó la calidad migratoria de refugiado es un importantísimo primer paso para lograr la protección adecuada de los refugiados, de acuerdo con los patrones señalados por los diversos instrumentos internacionales sobre la materia.

6. Sin embargo, existe una laguna jurídica en la Ley General de Población, ya que dentro de su definición no se contemplan como mo-

tivos para ser considerado refugiado, las causales previstas en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

7. El Estado mexicano debe reglamentar cuanto antes sobre la función VI, del artículo 42 de la citada Ley. La reglamentación deberá comprender un procedimiento ágil, eficiente y justo; que defina responsabilidades a las autoridades que no cumplan con derivar a los servicios competentes a cualquier persona que declare reunir los requisitos para ser considerada como refugiada; que dé lugar a la participación de entidades tales como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el ACNUR y a prestigiadas organizaciones no gubernamentales; y que incluya un procedimiento de reconsideración. En adición y para la apropiada aplicación de tal reglamentación, será indispensable diseñar y desarrollar programas permanentes de capacitación en la materia para el personal de la Dirección General de Servicios Migratorios de la Secretaría de Gobernación.

8. Por último, la adhesión de México a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y al Protocolo de 1967, debería ser el proceso natural a seguir para complementar las reformas a la legislación interna adoptadas mediante enmiendas a la Ley General de Población.

## LA DETERMINACIÓN DE LA MUERTE: PROBLEMAS MORALES Y JURÍDICOS

Pablo A. RODRÍGUEZ DEL POZO-ÁLVAREZ

SUMARIO: *Introducción. I. La determinación de la muerte. 1. Cuestiones centrales. 2. Estructura: elementos constitutivos. 3. Concepto de muerte. Confusiones más frecuentes. 4. Conceptos de muerte en la actualidad: A) Muerte cardiopulmonar. B) Muerte cerebral. II. Muerte cerebral. Crítica. 1. Las posibilidades técnicas: A) El EEG. B) El estudio clínico de la conciencia. 2. Las concepciones bio-filosóficas. 3. El trasfondo filosófico. 4. Naturaleza del concepto de muerte cerebral. 5. El valor real del criterio. III. Aspectos morales: 1. La continuación del tratamiento. 2. Los trasplantes de órganos. IV. Aspectos jurídicos: 1. Efectos jurídicos de la muerte. 2. El concepto de muerte en la legislación española. Crítica. V. Epílogo. VI. Bibliografía.*

### INTRODUCCIÓN

Es el nuestro un tiempo en el cual los derechos fundamentales están consolidándose como nunca desde su aparición en el mundo moderno.<sup>1</sup> Hoy como jamás antes se expande con fuerza inusitada el triple proceso de positivación, generalización e internacionalización de los derechos humanos,<sup>2</sup> alcanzando éstos, aquél mediante, una vigencia comparativamente amplia con respecto a cualquier otra época. Piénsese en la historia reciente, con el surgimiento de las modernas democracias en España y Portugal; en la práctica extinción de las dictaduras sudamericanas, y, ayer mismo, en los esperanzadores pasos hacia la abolición del *apartheid*. Con todo, resta aún mucho por progresar y

<sup>1</sup> Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Tránsito a la modernidad y derechos humanos*, Mezquita, Madrid, 1982, 214 pp.

<sup>2</sup> Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: "Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales", en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 4, "Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez", Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986-87 (pp. 219-258) pp. 234 y ss.; está también recogido en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Escritos sobre derechos fundamentales*, "Eudema Universidad: Textos de Apoyo", Eudema, Madrid, 1988, (278 pp.); pp. 227-264.

no menos por profundizar en materia de derechos humanos. Lo primero, respecto de la humanidad en su conjunto, en un mundo en el que no todos —ni con mucho—, son Estados de derecho ni situaciones de justicia. Profundizar, en aquellas naciones en las que a pesar de los logros ya conseguidos, subsisten aún cotos por ganar en materia de derechos fundamentales. En efecto, en el aquí y ahora de un Estado social y democrático de derecho, como es España (Artículo 1.1 C.E.) el derecho a la vida, arropado por garantías, goza en términos generales de plena vigencia. No obstante, aún pueden subsistir amenazas, sobre todo para los más desvalidos. Me refiero concretamente a aquellos que se hallan en los estadios iniciales o finales de la vida. Creo que la primera inquietud del jurista comprometido con la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las ciencias biomédicas debe ser la articulación plena de la defensa de la vida y de la salud humanas. Esto me mueve a abordar en el presente artículo un punto especialmente conflictivo, la determinación de la muerte, y a proponer algunos sencillos lineamientos para una legislación que defienda, ante todo, la vida humana.

En las páginas que siguen pretendo establecer como punto primero, qué es la determinación de la muerte y cuál es su estructura. En este marco, pienso aclarar el papel del concepto de muerte. A partir de allí, se verán las distintas definiciones actuales de muerte, cardiopulmonar y cerebral, para centrarme luego en una valoración crítica de la última. En virtud de tal valoración y de la caracterización del concepto, pretendo abordar los problemas morales que la determinación de la muerte suscita, referidos sobre todo a la continuación del tratamiento de las personas sin esperanza de recuperación, y al trasplante de órganos. Posteriormente, analizaré los aspectos jurídicos de la determinación de la muerte, refiriéndome a sus repercusiones jurídicas; entendiéndolo su importancia para el derecho, trataré de establecer si es o no conveniente que la ley asuma un determinado concepto de muerte, y qué requisitos debería contener si así fuere. Por último, y en vista de todo lo anterior, intentaré una valoración crítica de la normativa española al respecto, con la inclusión como epílogo, de algunos de los contenidos mínimos que la legislación debería hacer suyos.

## I. LA DETERMINACIÓN DE LA MUERTE

Para comprender los problemas planteados por la determinación de la muerte en nuestros días y fundamentalmente, por el concepto que de la muerte se sostenga, es preciso en primer lugar, establecer cuáles son las sub-cuestiones problemáticas que el tema ha planteado y plantea. Dentro de este marco, habrá a su vez que determinar, cuál es su papel dentro de la determinación de aquel hecho. Finalmente, trazado el marco conceptual, es preciso abordar las distintas definiciones que de la muerte se postulan en la actualidad, con especial referencia a la más conflictiva: la muerte cerebral.

### 1. Cuestiones centrales

A lo largo de la historia, todos los problemas, todos los estudios e investigaciones relativos a la determinación de la muerte humana se han orientado hacia la aclaración de al menos tres cuestiones centrales:

- 1) La predicción de la muerte.
- 2) La fijación del momento de su acaecimiento.
- 3) El hallazgo de los signos inequívocos para determinar que la muerte ha ocurrido.<sup>3</sup>

La primera de ellas es de suma importancia no sólo en el enfoque médico. No obstante, puede decirse que desde Hipócrates no ha planteado mayores cuestiones para los médicos, teólogos, moralistas y juristas, como lo hace ahora. La segunda es tal vez la cuestión científica y filosófica central, así como la más variable y objeto de mayores controversias. La tercera es una cuestión práctica, esencial para dar certeza de la existencia de una muerte real.

Las dos últimas cuestiones, por su parte, se hallan concatenadas en el plano lógico. En efecto, al emitir el juicio sobre la muerte de una persona, el razonamiento discurre silogísticamente, y en él la fijación del momento de la muerte opera como premisa mayor, mientras que el hallazgo de los signos diagnósticos constituye la premisa menor. V. gr.:

<sup>3</sup> ACKERKNECHT, Erwin H.: "Death in the History of Medicine", en *Bulletin of the History of Medicine*, vol. 42, núm. 1 (enero-febrero 1968), The John Hopkins University Press, Baltimore, Md., 1968, (pp. 19-23); p. 19.

- a) Todo individuo en estado de paro cardiorrespiratorio está muerto.  
 b) Tras auscultar a este sujeto, y tras colocar un espejo ante sus aberturas nasales, se ha comprobado que su corazón y su sistema respiratorio han cesado de funcionar.  
 c) Luego este individuo está muerto.

En este esquema, no cabe duda de que lo problemático habrá sido siempre discernir si el juicio universal afirmativo de la premisa mayor era verdadero y si el juicio particular de la premisa menor resultaba fiable en el caso concreto. En la historia se descubre cómo muchas veces la imprecisión de la premisa menor, o bien los nuevos planteamientos y posibilidades científicas y técnicas, han llevado a cuestionar la verdad de la premisa mayor.<sup>4</sup> De allí que desde los orígenes más remotos de nuestra cultura, la definición y el diagnóstico de la muerte hayan sido pocas veces una tarea sencilla, y nunca una empresa segura.

Probablemente los problemas actuales siguen girando en torno a estas tres cuestiones. Pero estamos en la era de la donación y de los trasplantes de órganos, y en un momento en el que es posible mantener en el tiempo a sujetos que jamás recuperarán ni siquiera parcialmente sus funciones integradores superiores, aun cuando la práctica totalidad de su masa corporal sea mantenida con vida. Por estas razones el debate sobre el concepto y la determinación de la muerte tiene una carga de especial dramatismo en nuestros días, y surgen a su alrededor, con mayor fuerza que nunca, planteamientos morales y jurídicos que es preciso esclarecer plenamente.

## 2. Estructura: elementos constitutivos

Muchas de las actuales desinteligencias referidas a lo que llamamos la determinación de la muerte tienen su origen en la confusión de sus diversos componentes. Si, como se dijo más arriba, la determinación de la muerte constituye un proceso racional, para su análisis es preciso comprender cómo se articula cada una de sus premisas. Seguidamente se verán sus elementos constitutivos.

<sup>4</sup> Sobre este punto puede consultarse: MATA, P., ALEXANDER, M., ARIES, P., PERNICK, M., BECQUEREL, STEVENSON, L., THOMSON, E., ACKERKNECHT, E. H. (Ver bibliografía final).

Ellos son: a) la idea de muerte; b) el fundamento clínico-fisiológico; c) el criterio diagnóstico; y d) las pruebas diagnósticas para el caso particular.

El punto d) se refiere a la tercera cuestión central vista arriba: el hallazgo de los signos inequívocos para determinar que la muerte ha ocurrido.

Los puntos a), b) y c), por su parte, se refieren o intentan referirse a la segunda cuestión central enunciada más arriba, la fijación del momento de la muerte. Sin embargo, es probable que muchas veces no consigan sino aclarar la primera de las cuestiones centrales, la predicción de la muerte.

La idea de muerte conduce a la noción de lo que es y qué no es la muerte. El fundamento clínico-fisiológico provee de una definición de muerte en términos orgánicos, en el lenguaje de la fisiología y de la clínica. Los criterios diagnósticos establecen los parámetros clínicos según los cuales se determina si la muerte —tal como se le haya definido conceptualmente— ha ocurrido o no. Las pruebas diagnósticas, por su parte, serán los medios utilizados para poner en evidencia la existencia o no de los parámetros clínicos en la realidad de un caso determinado. Así, por ejemplo, una definición de muerte podría ser "la desaparición de la personalidad", o "el abandono del cuerpo por el alma" o "la cesación de funcionamiento del organismo como un todo". El fundamento en estos casos podría ser "la desaparición de toda actividad nerviosa". Los criterios diagnósticos, serán "inconciencia, insensibilidad, arreflexia y falta de actividad neuronal a todo nivel". Y las pruebas diagnósticas serían por ejemplo, "el examen realizado por dos neurólogos sobre el estado de conciencia, el reflejo pupilar corneal, el electroencefalograma (EEG), la tomografía de positrones, etcétera".

La idea de muerte ocupará el nivel más abstracto, claramente. Los fundamentos clínico-fisiológicos se adecuarán a aquélla, según se entiendan sus bases orgánicas. Ambos, idea y fundamentos incorporarán elementos culturales y sociales, por lo que variarán en cada época y en cada sociedad. Los criterios y las pruebas diagnósticas tenderán a variar, para resultar más precisos, más fiables y más precoces. Por otra parte, concepciones bien distintas con respecto a la definición y al funcionamiento pueden coincidir plenamente en cuanto a los criterios y las pruebas de diagnóstico.

Así pues:

1) La idea de muerte es una cuestión filosófica, que no ofrece una indicación práctica para determinar si un individuo ha muerto. V. gr. "cuando el alma abandona el cuerpo" o "cuando cesa de funcionar el organismo como un todo", o "cuando desaparece la personalidad".

2) Los fundamentos clínico-fisiológicos generales pueden pertenecer más al campo de la ciencia y de las disponibilidades de la técnica (lo que de por sí los hace contingentes). Pero tienen aún contenidos filosóficos. Esto último debido a que deberán interpretar cuándo, cómo y por qué se entiende que el concepto abstracto, la idea, se hace realidad en un caso concreto. A partir de ello se elegirán los parámetros en función de los cuales se va a determinar la muerte. Esto equivale a definir la muerte en términos de órgano, sistema o capacidades (como y por ejemplo, la cesación irreversible de la respiración y/o circulación espontánea; la pérdida irreversible de las funciones encefálicas, etc.)

3) Los criterios diagnósticos definirán cuándo se entiende que los fundamentos fisiológicos se verifican en la realidad. Por ejemplo, por cese de las funciones circulatorias espontáneas se entenderá la falta de contracción cardíaca y la falta de flujo sanguíneo. O por cese de funciones encefálicas se entenderá la ausencia de actividad electrofisiológica cerebral.

4) Las pruebas y procedimientos diagnósticos detectarán si aquellos criterios diagnósticos se cumplen o no en la realidad. De esta suerte lo serán la auscultación, la medición de la tensión arterial, el electrocardiograma, EEG, etc.

### 3. Concepto de muerte. Confusiones más frecuentes

La idea de muerte y los fundamentos clínico-fisiológicos concurren a formar el concepto de muerte que se usará para la determinación en los casos concretos. El concepto, pues, depende tanto de la idea que se tenga de la muerte cuanto de los fundamentos clínico-fisiológicos en que se base la fijación de su acaecimiento.

Lo que con frecuencia ocurre y ha ocurrido es que se tiende a confundir el concepto de muerte con su sola idea, o con sus fundamentos únicamente, o bien con los parámetros clínicos para su diagnóstico, e inclusive con las pruebas efectuadas a tal fin.<sup>5</sup> Lo que hoy ordinaria-

<sup>5</sup> Ver BARTLETT, Edward T. y Stuart J. YOUNGNER: "Death and the Destruction of the Neocortex", en ZANER, Richard, M. (editor): *Death: Beyond Whole-Brain Criteria*, "Philosophy and Medicine", núm. 31, Kluwer Academic Publishers, Dor-

mente se llama "concepto de muerte" suele estar de hecho —al menos explícitamente— situado en el nivel de los fundamentos clínico-fisiológicos generales, y de allí su conflictividad, pues posee elementos heterogéneos (filosóficos y técnicos) cuyos límites no siempre son percibidos con claridad.<sup>6</sup>

### 4. Conceptos de muerte en la actualidad

Los nuevos conceptos de muerte surgen en el último cuarto de siglo, a raíz del uso de la nueva tecnología médica. En especial, en aquellos casos propiciados por el uso de respiradores artificiales.<sup>7</sup> A primera vista, se intentaba describir nuevas bases orgánicas acerca de la muerte, para posibilitar el juicio clínico en los casos dudosos, limítrofes, sin reemplazar para todos los casos los criterios tradicionales. Sin embargo, no se puede hablar de meros criterios diagnósticos, y es preciso tratarlos como verdaderos nuevos conceptos de muerte. En los casos corrientes, el cese de las funciones cardiorrespiratorias es seguido de la extinción irrecuperable de las funciones encefálicas (o viceversa, según en donde se origine el proceso y cuál sea la causa) y el problema sencillamente no se suscita.

Hoy puede decirse que los conceptos de muerte son de tres tipos: la muerte cardiopulmonar, la muerte cerebral y la muerte cortical. Del último no me voy a ocupar aquí, al no estar recogido en ninguna legislación. Los dos primeros conceptos se tratarán a continuación, tomando como modelo y prototipo los dados por la *President's Commission*.<sup>8</sup> Sobre el segundo de ellos y su crítica, se desarrollará un análisis posterior.

drecht (Holanda), 1988, 276 pp. (pp. 199-215), pp. 200 y 207. Ver también WALTON, Douglas N.: *On Defining Death. An Analytic Study of the Concept of Death in Philosophy and Medical Ethics*.

<sup>6</sup> Ver WALTON, *op. cit. supra*, nota (5), pp. 20 y ss.

<sup>7</sup> Estos aparatos permiten mantener con vida la casi totalidad del cuerpo de una persona, por un tiempo relativamente prolongado, aún cuando se diagnostique al mismo tiempo que todas las funciones encefálicas han cesado irreversiblemente.

<sup>8</sup> Me refiero a la *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*, creada en los Estados Unidos a finales de los años setenta para el estudio de los problemas morales y legales surgidos como consecuencia de la práctica de la moderna biomedicina.

### A) Muerte cardiopulmonar

Es el concepto más tradicional. Su fundamento consiste en el cese irreversible de la función cardíaca, y que antes o después se acompaña de la cesación también irrecuperable de la actividad respiratoria, y de toda actividad encefálica y nerviosa.<sup>9</sup> Su verificación pudo ofre-

<sup>9</sup> Existe una estrecha interrelación entre las funciones encefálica, cardíaca y respiratoria. La siguiente es una descripción bastante somera y fundamentalmente esquemática. El encéfalo posee tres divisiones anatómicas, con otras tantas significaciones funcionales: el cerebro (compuesto de corteza, sustancia blanca, núcleos grises y de la base); el cerebelo (situado por debajo y por detrás del cerebro), y el tronco cerebral (compuesto, a su vez, en orden descendente, de los pedúnculos cerebrales, la protuberancia anular y el bulbo raquídeo). El cerebro es el asiento de las funciones sensitivas, sensoriales e intelectuales superiores (tacto, temperatura, vista, oído, olfato, gusto, conciencia, memoria, emociones, etc.). El cerebelo está relacionado con el equilibrio y la coordinación. El tronco cerebral es la sede de las funciones vegetativas automáticas. La respiración es controlada por el tronco cerebral, en especial por el centro respiratorio situado en el bulbo raquídeo, de donde parten los impulsos nerviosos que estimulan el diafragma y músculos intercostales, lo que determina el ingreso de aire a los pulmones. Este centro respiratorio controla la frecuencia respiratoria para mantener unos niveles constantes de oxígeno y anhídrido carbónico en la sangre. Tales niveles son los necesarios para la vida de todos los órganos y tejidos. En algunas circunstancias, como en el ejercicio y la tos, algunas áreas cerebrales regulan la actividad del centro respiratorio, o incluso toman el control total de la respiración. La destrucción del centro respiratorio bulbar detiene la respiración, lo que a su vez priva al corazón del oxígeno necesario, causando su detención. Por ello la sangre no llega a los tejidos. Así, los signos tradicionales de la vida, la respiración y el latido cardíaco, desaparecen. El oxígeno no llega al cerebro ni al resto de los tejidos, y el individuo muere. Los signos vitales usados tradicionalmente para diagnosticar la muerte reflejan, por lo tanto, la directa interdependencia entre respiración, circulación y función nerviosa central. El respirador artificial viene a cambiar sustancialmente este cuadro. Si por lesiones en el centro respiratorio éste deja de enviar los impulsos nerviosos a los músculos de la respiración (o bien hay un daño directo sobre los músculos o sobre la unión neuromuscular —por *curare*, p. ej.—), la función respiratoria cesa. Pero el respirador artificial puede todavía hacer que el aire entre y salga cíclicamente de los pulmones, y que el oxígeno y anhídrido carbónico se mantengan a unos niveles más o menos fisiológicos. El corazón, por su parte, no depende para su funcionamiento de los impulsos nerviosos que le lleguen desde el sistema nervioso central. Este órgano tiene la propiedad de impulsar la sangre de manera automática, pues él mismo es quien genera sus propios impulsos (a partir de los nódulos auricular y aurículo-ventricular o sinusal). Por lo tanto, cuando merced al respirador artificial se provee de una adecuada oxigenación a la sangre, el corazón continúa funcionando a pesar de la pérdida de las funciones encefálicas, y más concretamente, a pesar de que existan daños irrecuperables en el centro respiratorio situado en el bulbo raquídeo. Si, en cambio, el corazón sufre un daño irreversible, y deja de funcionar, ningún aparato puede reemplazarlo (salvo por muy poco tiempo). La sangre deja de fluir, el oxígeno no llega al sistema nervioso, y se pierden todas las funciones encefálicas.

cer dificultades en el pasado. Sin embargo, cuando hoy se pronuncia el diagnóstico de muerte cardiorrespiratoria puede afirmarse que la norma es la certeza.

Los criterios para la determinación de la muerte cardiopulmonar fueron recogidos en el informe de la *President's Commission* presentado el 9 de julio de 1981. Se trata de los lineamientos más generalmente aceptados,<sup>10</sup> según la concepción actual y los métodos modernos disponibles:

Un individuo con cesación irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria está muerto. 1) La cesación es reconocida mediante el examen clínico apropiado. El examen clínico revelará, como mínimo, la ausencia de respuesta a estímulos, latido cardíaco y esfuerzo respiratorio. Las circunstancias médicas pueden requerir la utilización de pruebas confirmatorias, tales como un electrocardiograma. 2) La irreversibilidad se reconoce mediante la cesación persistente de funciones durante un apropiado período de observación y/o proceso terapéutico. En situaciones clínicas en las cuales la muerte es esperada, donde el curso ha sido gradual y en donde la respiración irregular agónica o latido cardíaco finalmente cesa, el período de observación siguiente a la cesación de las funciones puede comprender sólo los pocos minutos requeridos para completar el examen. Igualmente, si la reanimación no es acometida y la fibrilación y paro cardíaco se desarrollan en un paciente sujeto a monitorización, el período de observación puede limitarse a unos pocos minutos. Cuando una posible muerte no es observada ni esperada, y es súbita, el examen puede necesitar ser más detallado y repetido en un lapso mayor, mientras el apropiado esfuerzo reanimatorio es mantenido como prueba de la respuesta cardíaca. El diagnóstico en individuos que al ser observados por primera vez presentan *rigor mortis* o putrefacción puede requerir sólo el período de observación necesario para establecer aquel hecho.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Sobre el método de trabajo de la *President's Commission*, ver GRACIA, Diego: *Fundamentos de bioética*, "Eudema Universidad-Manuales", Editorial de la Universidad Complutense (Eudema), Madrid, 1989, (605 pp.); pp. 442 y ss.

<sup>11</sup> PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICAL AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH: *Defining Death. A Report on the Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death*, U.S. Government Printing Office, Washington D.C., 1981 (166 pp.); p. 162. NOTA: Todas las citas de texto en idioma extranjero han sido traducidas directamente por el autor a partir de la obra original.

## B) Muerte cerebral

Las cada vez más refinadas posibilidades técnicas desarrolladas en el área de las ciencias biomédicas en los últimos treinta años permiten sostener o suplantar ciertas funciones vitales. En el pasado, la extinción del latido cardíaco y de la respiración espontánea siempre producían la inmediata muerte del cerebro; y viceversa, la destrucción encefálica determinaba la inmediata cesación del pulso y de la respiración. Desde hace unos años, merced a las posibilidades que brinda la técnica (respiración asistida, etc.), esto dejó de ser así. Se hizo preciso encontrar un punto de inflexión, sin retorno, que permitiera moral y legalmente dar por concluidos los esfuerzos terapéuticos en aquellos pacientes sostenidos sólo merced a medios artificiales. Con la vulgarización de los trasplantes de órganos, por otra parte, vino a resultar indispensable contar también con razones morales y legales para extraer órganos vitales de personas incluso antes de retirar los soportes vitales artificiales.

En este marco, a finales de la década de los cincuenta, los neurólogos franceses acuñaron el término *coma dépassé*.<sup>12</sup> Con tal expresión querían describir el estado de pacientes que se hallaban en lo que parecía un coma muy profundo, sostenido mediante respirador artificial, y con pérdida total de los reflejos centrales (incluidos los laringofaríngeos: tos; deglución, etc.), respuesta nula a estímulos, incluso al dolor, falta de actividad electrofisiológica cerebral (EEG "plano").

En el año 1968, un comité *ad hoc* de la facultad de Medicina de la Universidad de Harvard publicó un informe en el que se proponían unos criterios diagnósticos de coma irreversible.<sup>13</sup> Estos criterios comprendían:

1) Ausencia de receptividad y de respuesta. El paciente se muestra totalmente refractario a los estímulos externos y a las necesidades internas del organismo, y con completa falta de respuesta, incluso a estímulos dolorosos intensos.

<sup>12</sup> Ver MOLLARET, Paul y M. Goulon: "Le coma dépassé", en *Revue de Neurologie*, No. 3, Paris, 1959, pp. 101 y ss.

<sup>13</sup> HAD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH: "A Definition of irreversible Coma", en *Journal of the American Medical Association*, No. 205, Chicago, 1968, p. 337.

2) Ausencia de movimientos y de respiración. Todos los movimientos musculares espontáneos, la respiración espontánea y la respuesta a estímulos como dolor, sonido, tacto o luz están absolutamente ausentes.

3) Ausencia total de reflejos. Entre los indicadores de este hecho se cuentan: pupila fija y dilatada, falta de movimientos oculares, falta de reflejos de defensa, y generalmente, ausencia de reflejos tendinosos.

Además de estos tres criterios, se recomendaba la obtención de un EEG, que no debía mostrar signos de actividad electrofisiológica (EEG "plano"). Las pruebas debían repetirse luego de transcurridas veinticuatro horas, y se debía descartar que la causa fuese una intoxicación con drogas depresoras del sistema central (SNC), barbitúricos, por ejemplo, y la presencia de hipotermia, ya que estas dos últimas condiciones pueden inducir a errores diagnósticos.

Sobre la base de estos antecedentes, la *President's Commission* propuso los siguientes criterios de muerte cerebral:

Un individuo en el que existe una cesación irreversible de todas las funciones del encéfalo, incluido el tronco cerebral, está muerto. 1) La cesación es reconocida cuando la evaluación evidencia que: a) las funciones cerebrales están ausentes. Debe haber un coma profundo, esto es, falta de receptividad y de respuesta cerebral. Las circunstancias médicas pueden requerir la utilización de estudios confirmatorios tales como el EEG o estudio del flujo sanguíneo cerebral. Y b) las funciones del tronco cerebral están ausentes. Las pruebas fiables de los reflejos del tronco cerebral deben ser llevadas a cabo por un médico sensible y experimentado usando los estímulos adecuados. Deberían comprobarse los reflejos pupilares a la luz, corneal, óculo cefálico, orofaríngeo y respiratorio. La comprobación de la ausencia de reflejo respiratorio (apnea) es muy importante. (...) Los esfuerzos respiratorios espontáneos indican que parte del tronco cerebral es funcional. La actividad del sistema nervioso periférico y los reflejos espinales pueden persistir después de la muerte. 2) La irreversibilidad es reconocida cuando la evaluación descubre que: a) La causa del coma es establecida y suficiente para dar cuenta de la pérdida de las funciones encefálicas. (...) Además de un examen clínico cuidadoso y una investigación de la historia [de la enfermedad o del proceso], un conocimiento relevante de las causas puede ser logrado mediante tomografía axial computarizada (TAC scanner), medición de la temperatura, pruebas toxicológicas, EEG, angiografía y otros procedimientos; b) la posibilidad de recuperación de todas las funciones

encefálicas está excluida (...). Y c) la cesación de todas las funciones encefálicas persiste por un período apropiado de observación y/o proceso terapéutico. (...) Excepto en pacientes con intoxicación por drogas, con hipotermia, de corta edad o bajo estado de shock, los centros médicos con experiencia sustancial en el diagnóstico neurológico de muerte no informan de caso alguno de recuperación de las funciones encefálicas luego de seis horas de cesación documentada mediante examen clínico y EEG confirmatorio, (...) La completa cesación de la circulación en el encéfalo adulto y normotérmico por más de diez minutos es incompatible con la supervivencia del tejido encefálico, (...) Sin condiciones complicadas, la ausencia de flujo sanguíneo cerebral (...) en conjunción con la determinación clínica de la cesación de todas las funciones encefálicas por al menos seis horas, es diagnóstico de la muerte.<sup>14</sup>

## II. MUERTE CEREBRAL. CRÍTICA

La muerte cerebral, según se acaba de ver, es un término que comúnmente describe una condición física en la cual el encéfalo está completamente "perdido", y en la que el fallo de las funciones de todos los demás órganos es inminente.

Seguidamente se formulará una valoración crítica de este concepto. En primer lugar, será cuestionada la posibilidad técnica de determinar la existencia de un estado como el que se describe, y con una certeza tal que pueda hablarse de muerte. En segundo término, se hará una

<sup>14</sup> PRESIDENT'S COMMISSION... *op. cit.*, *supra*, nota (11), pp. 162-165. La Comisión formula algunos matices científicos muy importantes. En primer lugar, advierte que "la intoxicación por drogas es el problema de mayor gravedad en la determinación de la muerte, en especial cuando son usados múltiples fármacos y drogas. La cesación de las funciones encefálicas causadas por fármacos, sedativos y anestésicos, tales como barbitúricos, benzodiacepinas (Valium), meprobamato y tricloretileno puede ser completamente reversible a pesar de que produzcan la cesación clínica de las funciones encefálicas y silencio electrocerebral [EEG plano]". En segundo término, establece que no se puede disponer de los criterios de muerte cerebral cuando existe hipotermia (temperatura interna corporal por debajo de los 32.2°C). "La hipotermia puede remedar la muerte cerebral para los criterios clínicos ordinarios y puede proteger contra el daño neurológico debido a la hipoxia". En tercer lugar, recuerda que los niños, sobre todo los menores de cinco años, poseen una mayor resistencia al daño y recuperan sus funciones cerebrales incluso luego de haber evidenciado signos como los descritos al definir la muerte cerebral por lapsos mayores que los adultos. Finalmente, la Comisión recomienda a los médicos ser muy cautos al evaluar pacientes en estado de shock, pues la reducción de la circulación cerebral puede confundir al examinador y puede hacer poco fiables los datos de la aparatología. Ver, pp. 165 y 166.

crítica de las concepciones biofilosóficas que dan soporte al concepto de muerte cerebral. En tercer lugar, se sugerirán los condicionamientos filosóficos que subyacen al concepto. Con estos elementos, en cuarto lugar, se pondrá de manifiesto que la muerte cerebral no es un refinamiento diagnóstico, sino una nueva concepción de lo que es la muerte de una persona. En quinto y último término, se caracterizará el valor real del concepto de muerte cerebral. Como se ve, el estudio irá de abajo hacia arriba, desde el nivel de las pruebas diagnósticas, hasta el de la fundamentación clínico-fisiológica del concepto y el de la idea de muerte, pasando por el de los criterios diagnósticos.

### 1. Las posibilidades técnicas

La adopción del concepto de muerte cerebral, se basa, evidentemente, en la suposición del hecho de que ella puede ser técnicamente comprobada con un grado de certeza cercano al absoluto. Esta comprobación será tarea de las pruebas diagnósticas desarrolladas a tal efecto. Pero ¿son las pruebas generalmente aceptadas realmente diagnósticas de un estado tal como el que se intenta describir? Parece que no siempre. En este sentido, dice el neurólogo y bioeticista Ronald Cranford que "incluso los criterios generalmente aceptados, cuando son aplicados apropiadamente no son infalibles".<sup>15</sup>

En efecto, en muchas ocasiones los estadios iniciales de personas con daños encefálicos graves son bastante confusos, no siendo posible ni siquiera diagnosticar ajustadamente la extensión de las lesiones. Muchas veces, incluso luego de que la condición del sujeto se estabiliza, no es posible predecir la evolución, ni por lo tanto formular un pronóstico. El caso de Karen Ann Quinlan resulta muy revelador: cuando se creía que su único soporte vital era el aparato que asistía su función respiratoria, y luego de que los tribunales autorizaron su desconexión, la paciente siguió respirando por sí misma; su centro respiratorio había recuperado su funcionalidad y dejó por lo tanto, de cumplir con los criterios de la muerte cerebral que pudo haberse diagnosticado.<sup>16</sup> Este solo ejemplo sugiere que los hechos científicos acerca de toda la complejidad del encéfalo, y por ende de la verdadera condición de algunos pacientes en estado de muerte cerebral, no son

<sup>15</sup> CRANFORD, Ronald: "Brain Death Criteria", en *The Hastings Center Report*, de marzo de 1988 (pp. 38 y ss); p. 39.

<sup>16</sup> Esta mujer permaneció en estado vegetativo permanente, con posterioridad.



conocidos con precisión. Me detendré en el EEG y en el examen clínico de la conciencia.

A) El EEG: Un primer problema con la definición de la muerte cerebral es que se centra excesivamente en la confianza en el EEG. Puede decirse que día a día el diagnóstico se funda casi por entero en el estudio de la actividad cerebral apreciada mediante EEG. Pero es posible que esta prueba diagnóstica, tomada las más de las veces como el medio decisivo para diagnosticar muerte cerebral, no sea completamente fiable. Hay buenas razones para pensar que las propiedades fisicoquímicas y el proceso de la actividad del tejido nervioso viviente no son todavía lo suficientemente conocidos. Hay propiedades y sustancias que todavía se están descubriendo. Y las hay que no se han descubierto aún, aunque su existencia se sospeche, y que no han podido detectarse ni siquiera mediante registros electrofisiológicos efectuados *in situ*. En este sentido, dice Bethia S. Currie, basándose en los trabajos del neurofisiólogo soviético Sarkisov:

A pesar de que el tejido nervioso está compuesto de las mismas estructuras bioquímicas que otros tejidos corporales, y a pesar de que los mismos procesos metabólicos encontrados en otros tejidos tienen [también] lugar en el tejido nervioso, (...) las funciones nerviosas específicas y altamente complejas se desarrollan de modos aún por descubrir, y no contamos con los estudios adecuados acerca de los componentes bioquímicos de estructuras cerebrales individuales relativos al proceso metabólico dentro de tales estructuras.<sup>17</sup>

Tanto más difícil sería abordar —no ya *in situ*, ni bioquímicamente, sino a distancia y mediante el registro de los potenciales eléctricos de las neuronas—, un estudio fiable de la actividad cerebral más íntima.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> CURRIE, Bethia S.: "The Redefinition of Death", en SPICKER, Stuart F.: *Organism, Medicine and Metaphysics (Essays in Honor of Hans Jonas on his 75th Birthday May 10, 1978)*, Col. "Philosophy and Medicine" No. 7, D. Reidel Pub. Co., Dordrecht, Holanda, 1978, (330 pp.); p. 197 (se refiere a S.A. Sarkisov, *The Structure and Functions of the Brain*, trad. inglesa de Basil Haigh, Indiana University Press, Bloomington, 1966).

<sup>18</sup> Recientemente se ha introducido, aunque no está ni con mucho vulgarizado (en Madrid no hay ninguno en funcionamiento), el tomógrafo de emisión de positrones (PET), aparato que permite mediante el uso de isótopos radiactivos, registrar la actividad cerebral con mucha mayor sensibilidad que el EEG. Con todo, sus determinaciones pueden resultar todavía groseras, pues su resolución es relativamente pobre (de 4 a 8 mm.). Tanto es así, que por ejemplo, cuando se usa el PET

Pero hay más aún con relación al EEG. Se conoce el efecto de ciertos depresores del SNC, que pueden simular la muerte cerebral debido a que son capaces de provocar "silencio electroencefalográfico". Los criterios generalmente aceptados se refieren específicamente a ellos.<sup>19</sup> Pero nuevos estudios están descubriendo la existencia de fármacos, productos y condiciones no específicamente depresores del SNC que pueden igualmente dar lugar a EEG "plano". Ellos son la fenotiazina (analgésico), la atropina (usada para estudios oculares y como antiespasmódico), antidepresivos tricíclicos (imipramina, desipramina, opipramol "Tofranil"), salicilatos (aspirina), algunos insecticidas domésticos, glutamina, el hongo amanita phalloides y algunas encefalopatías difusas.<sup>20</sup> Análogamente, algunas idiosincrasias particulares determinan una sensibilidad especial a la succinil-colina, tal que simulan el estado de muerte cerebral electroencefalográfica.<sup>21</sup> Por su parte, la ya citada Bethia S. Currie aporta más de una docena de casos de pacientes que cumplían con los criterios de muerte cerebral y que, insistiendo en su tratamiento, o por casualidad, consiguieron una recuperación parcial o total de sus condiciones físicas. Uno de los casos mejor documentados es el del físico soviético y Premio Nobel en el año 1962, Lev Landau, quien sufrió graves lesiones encefálicas a consecuencia de un accidente de automóvil. Tan graves eran, que el paciente cumplía con mucho los criterios de muerte cerebral. Con todo, nunca fue declarado clínicamente muerto, ya que su corazón jamás se detuvo (aunque falló en algunas ocasiones). Pasó siete semanas conectado a un respirador, y otras siete semanas hasta que comenzó a dar señales de actividad cerebral. Su posterior recuperación fue casi total, falleciendo en 1967. Ante estos hechos, el entonces director del Instituto de Neurocirugía de Moscú, Boris Yegorov afirmó que el cerebro de Landau había pasado más de cien días con insu-

para determinar el consumo de oxígeno en el cerebro, éste está siempre referido a regiones. Ver KANDEL, Eric R. y James S. Schwartz (editores): *Principles of Neural Science*, 2a. Edición, Elsevier Science Pub., Nueva York, 1985; pp. 266 a 269 y 850.

<sup>19</sup> Ver más arriba los criterios de Harvard y el informe de la *President's Commission*.

<sup>20</sup> Ver POWER, D.J.: "Drug-Associated Isoelectric EEGs: A Hazard in Brain-Death Certification", en *Journal of The American Medical Association*, Vol. 236, septiembre de 1976, Chicago, 1976; p. 1123.

<sup>21</sup> Ver TYSON, R.M.: "Simulation of Cerebral Death by Succinylcholine Sensitivity", en *Archives of Neurology*, vol. 30, pp. 409 a 411; citado en CURRIE, *op. cit.*, *supra*, nota (17), p. 192.

ficiente riesgo sanguíneo y oxigenación, y que, a la vista de los hechos era preciso reconsiderar "toda la experiencia médica acumulada" ante casos semejantes.<sup>22</sup>

B) El estudio clínico de la conciencia: Otros hechos que hacen dudar de la fiabilidad de las técnicas diagnósticas están referidos a los testimonios de personas que afirman haber sido capaces de percibir el mundo exterior, aún cuando su estado fue diagnosticado de "absoluta inconsciencia".<sup>23</sup> En efecto, hay evidencias bien documentadas de que en un cerebro dañado subsiste aún la actividad neuronal en un grado tan bajo que resulta indetectable y que sitúa el consumo de oxígeno en unos niveles mínimos, tal que la casi ausencia de flujo sanguíneo no es obstáculo para que tal actividad continúe, permitiendo en ocasiones algún grado de percepción subjetiva no objetivable.<sup>24</sup>

Todas estas comprobaciones llevan a plantear las cosas de otra manera. Esto es, ya no se trata de ver si los actuales métodos y pruebas con que se cuenta (EEG, examen clínico minucioso) son capaces de determinar la muerte; sino si son realmente capaces de detectar signos de vida.

En otras palabras, y como ya ha apuntado Hans Jonas, el límite entre la vida y la muerte —dando por aceptado incluso el concepto de muerte cerebral— es imposible de determinar, al menos en el estado actual del conocimiento.<sup>25</sup> Con todo, la imposibilidad de establecer el límite no significa la de establecer que aquél se va a rebasar tarde o temprano. Por sus graves consecuencias, la determinación de la muerte exige un grado de certeza cercano al absoluto, que hoy parece difícil que se posea. Como luego se verá, puede haber razones para no acometer ningún esfuerzo terapéutico, e incluso para suspender los ya iniciados en personas en estado de coma irreversible. Distinto es, en condiciones de incertidumbre, aceptar que la muerte no puede evitarse en el estado actual del conocimiento y de la técnica —y por tanto,

<sup>22</sup> Ver CURRIE, *op. cit. supra*, nota (17), pp. 184-185.

<sup>23</sup> Sobre este tema se destacan los estudios de Elisabeth Kubler-Ross.

<sup>24</sup> Ver CURRIE, *op. cit. supra*, nota (17), p. 195; cuando existe traumatismo cerebral, las membranas adyacentes se cargan de líquido en el espacio intercelular (edema), de manera tal que aumenta la presión hidrostática dentro de la cavidad craneal. Esto determina que la sangre no posea la fuerza (presión) suficiente para vencer aquella presión intracraneal, con lo que el flujo sanguíneo se reduce considerablemente.

<sup>25</sup> Ver JONAS, Hans: "Against the Stream", en *Philosophical Essays*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ., 1972, pp. 132-140.

permitir que ocurra—, que determinar el estado de muerte en esas mismas circunstancias.

## 2. Las concepciones bio-filosóficas

Aun cuando los hechos científicos pudieran ser seguros, creo que todavía el criterio de muerte cerebral puede ser criticado desde las concepciones bio-filosóficas en las que se funda. En este punto parece que es indispensable la pesquisa filosófica sobre la materia, y me parece inapropiada la aseveración de la *President's Commission* en el sentido de que "el refinamiento filosófico más allá de cierto punto puede no ser necesario".<sup>26</sup>

El razonamiento seguido en la aceptación de este concepto puede esquematizarse como sigue:

1) La muerte es la pérdida permanente del funcionamiento del organismo como un todo.

2) El criterio de muerte es la pérdida permanente de lo que sea necesario para el sostenimiento del funcionamiento continuado del organismo como un todo.

3) En el ser humano, aquéllo es el funcionamiento del encéfalo íntegro, que sostiene el funcionamiento continuado del organismo como un todo.

4) Luego, en el ser humano, el criterio de muerte es la pérdida permanente del funcionamiento del encéfalo en su totalidad.<sup>27</sup>

Aquí subyace necesariamente una determinada concepción filosófica: la idea mecanicista. Ella es la que permite afirmar que un encéfalo dañado está "perdido", y que dañado el encéfalo cesa el funcionamiento del organismo como un todo.

Este tipo de concepción, de tradición cartesiana, pretende que en cada área de estudio de la anatomía humana se puedan encontrar los modos de simplificar y reducir los problemas a principios mecánicos que tarde o temprano serán bien conocidos, y expresables matemáticamente.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> *Op. cit. supra*, nota (11), p. 36.

<sup>27</sup> Ver TOMLINSON, Tom: "The Conservative Use of the Brain-Death Criterion—A Critique", en *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 9, D. Reidel Pub. Co., Dordrecht, Holanda, 1984, (pp. 377-393); pp. 379-380.

<sup>28</sup> Ver CURRIE, *op. cit. supra*, nota (17), p. 181; sobre mecanismos, ver LAÍN ENTRALGO, Pedro: *Historia de la Medicina*. Reimpresión (1a edición 1978), "Biblioteca Médica de Bolsillo", Salvat, Barcelona, 1986, (722 pp.); pp. 254-385.

En las líneas siguientes, se intentará rebatir las posiciones mecanicistas, tanto a nivel del SNC cuanto en el plano del organismo en general.

En el plano del SNC humano, y a partir del modelo neuronal de Norbert Wiener, se utiliza el seductor —en palabras de Hans Jonas— lenguaje de la cibernética. Pero este modelo, sin embargo, no es extrapolable a las células y tejidos vivos, puesto que éstos poseen un metabolismo, una habilidad funcional y una serie de adaptaciones a las variaciones del medio que no hay manera de incorporar a los modelos informáticos.<sup>29</sup> Esto permite concluir que el resultado de la aplicación de aquellos modelos es "una injustificada extensión de un concepto de un campo de la ciencia a otro más complejo, en donde es inadecuado o donde una aplicación está sólo parcialmente permitida, teniendo en cuenta los aspectos específicos del problema en consideración".<sup>30</sup> Véase el porqué:

En primer lugar, hay que decir que el SNC es un sistema, valga la redundancia, y que, como tal, posee propiedades emergentes, es decir, propiedades que no tienen sus componentes. Más concretamente, es un biosistema, y por lo tanto disfruta de propiedades que no poseen ni los componentes físicos ni los químicos del mismo.<sup>31</sup> Por ello, la física y la química, aunque sean necesarias, no serán suficientes para explicar el SNC. En este sentido dice Mario Bunge:

El SNC (...) es un biosistema, es decir, una cosa muy compleja, dotada de propiedades y leyes peculiares de los seres vivos, algunas de ellas muy peculiares o sea: algunas de las leyes y propiedades que posee el SNC no las comparten todos los biosistemas.<sup>32</sup>

Tres de las más destacadas particularidades de este biosistema son la complejidad, la plasticidad y la actividad intracelular relevante no exteriorizada (ni objetivable).

<sup>29</sup> Ver S.A. SARKISOV, *The Structure and Functions of the Brain*, trad. inglesa de Basil Haigh, Indiana University Press, Bloomington, 1966; citado por CURRIE, en *op. cit. supra*, nota (17), p. 181.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Ver BUNGE, Mario: *El problema mente-cerebro. Un enfoque psicobiológico*, (*The Mind-Body Problem. A psychobiological Approach*), Pergamon Press, Oxford, 1980, versión castellana de Benito García Noriega, corregida y aumentada por el autor, 2a. edición (1a. edición 1985), "Serie de Filosofía y Ensayo", Ed. Tecnos, Madrid, 1988, 261 pp.; p. 52.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 28.

El SNC está formado por subsistemas, los llamados sistemas neuronales, formado cada uno de ellos por grupos pequeños, hasta de apenas cien neuronas, capaces de poseer de por sí la propiedad emergente de que se trate.<sup>33</sup> Estos sistemas son inmensamente ricos. Se calcula que el cerebro humano posee alrededor de diez elevado a la once (1011) neuronas, y cada neurona mil sinapsis (conexión con otras neuronas). Si a su vez cada sinapsis puede estar en dos estados, activada o en reposo, el total de estados cerebrales posibles resulta ser igual a dos elevado a la potencia diez a la catorce. Esto es dos elevado a la cien billones (2100.000.000.000.000). Pero puede ser todavía más complejo, puesto que no todas las neuronas son iguales, sino que en el SNC humano existen por lo menos cien millones de tipos neuronales diferentes.<sup>34</sup> Todas estas conexiones e interrelaciones se verifican en sentido vertical, horizontal, entre estructuras vecinas o separadas, próximas o distantes unas de otras. Evidentemente, resulta quimérico pretender reducir el SNC a un modelo mecánico.

Por otra parte, el SNC es plástico. Se denomina plasticidad a la capacidad que tiene el SNC de cambiar su composición o su organización (estructura) mediante la formación de sistemas neuronales *ad-hoc*, y, en consecuencia modificar algunas de sus funciones y actividades. O crear otras nuevas, "hasta el extremo que podemos caracterizar a este sistema como el órgano capaz de formar nuevos órganos funcionales".<sup>35</sup>

Nadie, ni siquiera el más experto neurofisiólogo o neurocirujano, podría encontrar estos sistemas plásticos pues, en lugar de tener una localización fija, "pueden ser sistemas itinerantes de neuronas, formados precisamente para una ocasión".<sup>36</sup> Por otra parte, estos sistemas

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>34</sup> Ver BULLOCK, T.H.: "Identifiable and Addressed Neurons in the Vertebrates", en Faber, D. y H. Korn (editores), *Neurobiology of the Mauthner Cell*, Raven Press, Nueva York, 1978, pp. 1-12; citado por BUNGE, Mario, en *op. cit. supra*, nota (31), p. 71.

<sup>35</sup> Ver BUNGE, *Ibidem*, p. 64; inspirado en J. Paellard, "Reflexions sur l'usage du concept de plasticité en neurobiologie", en *Journal de Psychologie*, vol. 73, pp. 33-47; y citando a Leontiev, en Luria, A.R., *Human Brain and Psychological Processes*, Harper & Rowe, Nueva York, 1966.

<sup>36</sup> BUNGE, *op. cit. supra*, nota (31), p. 56. Inspirado en K.J.W. Craick, *The Nature of Psychology*, (editado por Stephen L. Serwood), Cambridge University Press, Cambridge, 1966; y en D. Bindra, *A Theory of Intelligent Behavior*, Wiley Interscience, Nueva York, 1976.

pueden estar formados por neuronas que, aunque conectadas plásticamente entre sí, se hallen distribuidas en diversas regiones anatómicamente distantes. Esto permite a Bunge afirmar que:

la parte plástica del SNC del hombre es la mayor que tiene animal alguno: una especie de gran ejército de reserva que está dispuesto a enfrentarse a cualquier emergencia, muchas de las cuales ni siquiera se llegan a presentar a lo largo de la vida de una persona.<sup>37</sup>

Es posible que lo que llamamos "muerte cerebral" sea uno de estos estados de emergencia.

Finalmente, se sabe ya que las neuronas hacen bastante más que permanecer inertes o estar en acción. "En particular, lo que ocurre entre la sinapsis y el cuerpo celular es por lo menos tan importante como el impulso electroquímico que atraviesa el axón".<sup>38</sup>

Todos estos hechos permiten a Bunge concluir que:

Tan impresionante es la analogía existente entre un cerebro y un computador que ha inspirado a ingenieros el diseño y la construcción de "cerebros electrónicos" capaces de fingir algunas funciones cerebrales. También ha engañado a algunos neurocientíficos haciéndoles creer que la mejor manera de comprender el cerebro es tratándolo como si fuera una máquina, y en particular, como si fuera un computador digital. Hay muchas razones que nos indican lo errónea que es esta concepción: a) ignora las propiedades bioquímicas y biológicas específicas de las neuronas y de los sistemas neuronales; ignora la actividad espontánea de las neuronas y de los (...) [sistemas plásticos], actividad que es tan obvia en fenómenos como los sueños, las alucinaciones y la creación; c) ignora la plasticidad de las interconexiones neuronales; d) reduce todas las funciones (...) a una única función: la computación (procesamiento de información) [en sentido amplio]; e) ignora la creatividad [también en sentido amplio] del cerebro humano; (...) <sup>39</sup>

<sup>37</sup> BUNGE, *op. cit. supra*, nota (31), p. 75.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 79.

Axón: prolongación referente de la neurona. Miles de axones forman, por ejemplo, los nervios motores periféricos.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 78-79.

Por otra parte, cuando la concepción mecanicista subyacente al concepto de muerte cerebral se extiende a todo el organismo, aquella se pone en evidencia en la idea de que representa la muerte del organismo como un todo. Pero ese "todo" viene dado por algunas funciones encefálicas conocidas, que se comportarían como la pieza clave de la máquina humana, perdidas las cuales, estaría perdido todo el organismo. Bernat y otros, en un influyente artículo, definen la muerte como "la cesación permanente del funcionamiento del organismo como un todo" <sup>40</sup> y en seguida agregan:

No decimos de todo el organismo, por ejemplo la suma de sus tejidos y partes orgánicas, sino más bien la altamente compleja interacción de sus subsistemas orgánicos. (...) El funcionamiento del organismo como un todo significa las actividades espontáneas e innatas llevadas a cabo mediante la integración de todos o la mayoría de los subsistemas (...) y al menos una respuesta limitada al medio (...). Como sea, la integración de todos los subsistemas no es necesaria.<sup>41</sup>

Como defensores del concepto de muerte cerebral, Frank J. Veith y otros, por su parte, afirman:

La principal razón para decidir que una persona está muerta debería estar basada en un entendimiento fundamental de la naturaleza del hombre. Nuestra presente conceptualización del hombre casi como un movimiento reflejo deduce la distinción entre una persona cuyos órganos están bajo la influencia del sistema nervioso y el remanente de una persona, o su cadáver en el cual funciones residuales y no homeostáticas pueden no haber cesado completamente. (...) Estas actividades residuales no confieren ni un ápice de humanidad o de personalidad. Así pues, en la circunstancia de la muerte cerebral ni un ser humano ni una persona existen ya más.<sup>42</sup>

En ambos casos se está partiendo de la base de que un individuo estará muerto cuando se llegue a la pérdida de cierta capacidad inte-

<sup>40</sup> BERNAT, James L., Charles M. Culver y Bernard GERT: "On the Definition and Criterion of Death", en *Annals of Internal Medicine*, vol. 94, Filadelfia, 1981, (pp. 389-394); p. 390.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> VEITH, Frank J. y otros: "Brain Death", en SHANNON, Thomas A. (editor): *Bioethics (basic writings on the key ethical questions that surround the major, modern biological possibilities and problems)*, 3a. edición (1a. edición 1976), Paulist Press, Mahwa, N.J., 1987, (pp. 171 a 194); p. 175.

grativa, aun cuando el resto de su masa y sistemas corporales estén vivos, y su corazón continúe latiendo y su sangre circulando y nutriendo e interconectando los diferentes tejidos, órganos y sistemas.

Siguiendo esta línea, se puede llegar más allá, como lo hace F. D. Moore. Para este autor, está muerta la persona cuyo cerebro no funciona, y, ocurrido este evento, "el mantenimiento de la viabilidad celular de los órganos parenquimatosos se da por supuesta (...) por un corto tiempo (...). En el caso del hígado, riñones y pulmones, uno observa saludables órganos rosados: la única diferencia con el corazón es que todavía se le ve latir".<sup>43</sup>

Más adelante se podría decir que al cesar el funcionamiento de la corteza cerebral, el individuo "como un todo" está muerto, y que se verían en el sujeto "muerto" órganos rosados y saludables, el corazón latiendo, y, la única diferencia con el bulbo raquídeo sería que podríamos ver cómo unas cuantas células automáticas siguen enviando sus impulsos a los músculos respiratorios. Se podría todavía seguir ascendiendo hasta así llegar a la quimera de los neurosistas del siglo pasado, que pretendían hallar "la neurona" que comandara los orígenes de toda la actividad vital. Muerta aquella neurona, el individuo "como un todo" estaría muerto. El paso siguiente sería, como decía Rudolf Virchow —crítico acerbo de los neurosistas— "hacer abstracción de las cosas corporales y refugiarse, con Sthal, en el animismo: solamente un alma inmaterial permite la concepción de una verdadera unidad".<sup>44</sup> Y agregaba: "Pero esto no es sino una concepción metafísica, con la cual abandonamos el dominio de las ciencias naturales, de la observación y de la experimentación".<sup>45</sup>

Es una concepción del organismo como máquina, la que abre paso a la idea de que la unidad funcional depende de un único punto, mecanismo o "pieza" vital, sea ésta el encéfalo, la corteza cerebral, la neurona neurosista, o el alma. Desde la posición sistemicista replica el ya citado Virchow:

<sup>43</sup> MOORE, F.D.: "Changing Minds about Brains", en *New England Journal of Medicine*, vol. 282, Boston, 1970, p. 48.

<sup>44</sup> VIRCHOW, Rudolf: *Patología celular (basada sobre el estudio fisiológico y patológico de los tejidos)*, (Traducción castellana de la cuarta edición francesa por Alfredo Nadal Mariezcurrena), con prólogo y notas de J. Giné y B. Robert, Moya y Plaza, Madrid, 1878; p. 299.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

Los fenómenos nerviosos, menos que todos los demás, no nos permiten localizar el principio vital en un solo punto. Las numerosas funciones del SNC no nos demuestran más unidad que la de nuestra propia conciencia, pues la unidad anatómica o fisiológica no se ha podido demostrar hasta el presente en ninguna parte. (...) Considerad todos los obstáculos que se oponen para admitir esta unidad, y veréis que siempre hemos sido engañados por un fenómeno mental del yo, y que nuestra conciencia se ha equivocado en la apreciación de los fenómenos orgánicos. Del hecho de sentirnos como un todo simple y único, hemos llegado a deducir que todas las funciones debían ser regidas por esta misma unidad.<sup>46</sup>

Las concepciones del mecanicismo, con todo, se han convertido desde los siglos XVIII y XIX, hasta nuestros días, en "la piedra angular de la explicación médica".<sup>47</sup> Pero resulta un modelo pobre y parcializado, que si es adoptado como un dogma impide cualquier progreso. Parafraseando a Bunge, podría decirse que el mecanicismo explica demasiadas cosas fácilmente. La ciencia nunca explica bastante y raramente lo hace con facilidad.<sup>48</sup>

El organismo humano es un sistema, no una máquina, y la metáfora mecanicista, útil a veces en el lenguaje didáctico, no puede ser usada para caracterizar la vida y la muerte. Desde una visión sistémica, la muerte se produciría cuando el remanente de vitalidad celular fuese completamente asinérgico. Nunca antes.

Abandonada la idea mecanicista, se verá cómo resulta impensable, desde un punto de vista sistémico, aceptar que la "muerte cerebral" signifique la muerte del organismo como un todo. Vuélvase a Bernat y otros:

Definimos la muerte como la cesación permanente del funcionamiento del organismo como un todo. (...) No decimos de todo el organismo, por ejemplo la suma de sus tejidos y partes orgánicas, sino más bien la altamente compleja interacción de sus subsistemas

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> ATTALI, Jacques: *El orden canibal. Vida y muerte de la medicina (L'ordre cannibale. Vie et mort de la médecine)*, Sasset et Fraguette, Paris, 1979, versión castellana de Fernando Gutiérrez, Col. "Al Filo del Tiempo", Planeta, Barcelona, 1981, (279 pp.); p. 148. Para mayores detalles sobre la historia e implicaciones del mecanicismo, ver LAÍN ENTRALGO, Pedro: *Historia de la Medicina*, Reimpresión (1a. edición 1978), "Biblioteca Médica de Bolsillo", Salvat, Barcelona, 1986, (722 pp.); pp. 254-385.

<sup>48</sup> Ver BUNGE, *op. cit. supra*, nota (31), p. 33.

orgánicos. (...) El funcionamiento del organismo como un todo significa las actividades espontáneas e innatas llevadas a cabo mediante la integración de todos o la mayoría de los subsistemas (...) y al menos una respuesta limitada al medio (...). Como sea, la integración de todos los subsistemas no es necesaria.<sup>49</sup>

Si el organismo no es una maquinaria, no se puede hablar de una persona sujeta a respiración asistida como de una "suma de tejidos y partes orgánicas". Menos que menos cuando hay "interacción" y una "limitada respuesta al medio". Considérense los siguientes hechos, a mi entender demostrativos de que en el estado descrito como "muerte cerebral" tiene lugar algo bastante más complejo que meras funciones no homeostáticas:

a) Integración de órganos: En un individuo bajo respiración asistida hay control renal de la tensión arterial mediado por el propio filtrado glomerular y los sistemas hormonales tipo renina-angiotensina-aldosterona (en los sistemas hormonales, por lo general unos órganos secretan las hormonas —mensajeros biológicos— que actúan sobre las "células blanco" situadas en otro órgano, aparato o sistema distante). También hay un mantenimiento renal de los niveles adecuados de agua y electrolitos en el plasma y resto de los tejidos corporales. Igualmente a través del sistema renal se mantienen constantes las cantidades de glóbulos rojos sanguíneos, mediante el envío de mensajeros biológicos (eritropoyetina renal) al órgano nemopoyético (productor de los elementos formes de la sangre), la médula ósea. Por otra parte, el páncreas endócrino sigue asegurando el mantenimiento de los niveles apropiados de azúcar en la sangre mediante el uso de otro mensajero biológico, la insulina. Otro tanto ocurre con el control tiroideo del metabolismo corporal, mediado por las hormonas tiroideas. Algo semejante sucede con el mantenimiento de los niveles constantes de calcio y fósforo en el plasma y tejidos mediante las hormonas paratiroideas (paratohormonas).

Podría seguirse con un listado mucho más largo, pero baste recordar la posibilidad de que una mujer embarazada declarada "muerta" cerebralmente pueda continuar la gestación por un tiempo suficiente (aunque por ahora limitado técnicamente) como para asegurar la viabilidad del feto.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> BERNAT, *op. cit. supra*, nota (40), p. 390.

<sup>50</sup> El período máximo documentado ha sido de sesenta y cuatro días. Ver SHANNON, Thomas A.: "Keeping Dead Mothers Alive During Pregnancy: Ethical Issues",

b) Respuesta al medio: en un individuo sujeto a respiración asistida una noxa o agresión en cualquier parte del organismo provoca la producción de anticuerpos a distancia por parte del sistema linfemático, es decir, que el organismo es capaz de *defenderse* del medio. Igualmente se pueden desencadenar en él respuestas de tipo alérgico, puede sufrir intoxicaciones, etc.

Un resumen de todas las posibilidades de integración de órganos y respuesta orgánica a los medios interno y externo está acogida en un artículo que si estuviese escrito con ironía constituiría un alegato contra la definición de "muerte cerebral", "Harvesting the Dead", de Willard Gaylin.<sup>51</sup> Dice el autor, respecto a esta "cosecha" que

el camino es ahora claro a favor de un siempre creciente fondo de partes corporales utilizables, pero la práctica actual minimiza la eficiencia y maximiza la basura. Sólo un corto período existe [ahora] entre el momento de la muerte del paciente y el de la muerte de sus principales partes. (...) La "sala" del "hospital" en el cual sean mantenidos [estos viñedos humanos] será llamado bioemporio.<sup>52</sup>

Luego propone que estas personas sean utilizadas para probar la respuesta a nuevas drogas (respuesta al medio), nuevas curas de enfermedades inducidas, como infecciones virales (*idem*), producción de anticuerpos (*idem*), producción de sangre entera, factores de coagulación, glóbulos y plaquetas, e incluso "cuando la fecundación *in vitro* sea una realidad (una posibilidad inminente) [el artículo es de 1974], podríamos hasta permitir el alquiler de úteros para la gestación para aquellas mujeres que producen sus propios óvulos pero que no tienen útero".<sup>53</sup>

Ciertamente, una persona en estado de "muerte cerebral" y sujeta a respiración asistida posee aún un importante remanente de integra-

(pp. 223-230) en SHANNON, Thomas A., *op. cit. supra*, nota (42), p. 223; (publicado anteriormente en *The Human Fetus: Dilemmas and Decisions*, McGraw-Hill, Nueva York, 1987); también SIEGLER, Mark y Daniel WIKLERS "Brain Death and Live Birth", en *Journal of The American Medical Association*, Vol. 2, Chicago, 1982, pp. 1101-1102.

<sup>51</sup> GAYLIN, Willard: "Harvesting the Dead", en SHANNON, Thomas A., *op. cit. supra*, nota (42), pp. 553-563; (publicado anteriormente en *Harper's Magazine*, septiembre de 1974, pp. 23-30).

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 557.

ción e interrelación sistemática intacto, y se estaría aún lejos del estado de vitalidad celular asinérgica que caracterizaría la muerte. La dependencia del apoyo del respirador no es óbice para afirmar que los sistemas de esa persona están funcionando integradamente. Sólo desde una concepción biofilosófica mecanicista puede afirmarse lo contrario. Si es en cambio, la razón para prever el desenlace inminente y para afirmar que su estado tiene un pronóstico fatal. De esto último me ocuparé posteriormente.

### 3. El trasfondo filosófico

En la adopción del concepto de muerte cerebral subyacen finalmente, concepciones filosóficas sobre el ser humano, y nociones morales particulares. Me refiero al pragmatismo y al utilitarismo. Si bien estas ideas son expresadas en forma abierta solamente por quienes defienden el concepto de muerte cortical, resulta innegable que están presentes al menos en el bagaje cultural filosófico de los defensores del concepto de "muerte cerebral".

Así, se piensa que la muerte está ligada a la pérdida de la capacidad de integración social,<sup>54</sup> expresada por la posibilidad de pensar, de recordar, juzgar, razonar, disfrutar, sufrir, actuar, etc. Perder la significación social, en definitiva, es la "pérdida de la identidad personal",<sup>55</sup> que lleva a definir estas vidas como "vidas sin valor vital". Creo que aquí están presentes las nociones pertenecientes al pragmatismo, herencia de William James.

Otra concepción subyacente se refiere a la justificación moral de la determinación de la muerte para extraer órganos para trasplantes. Esto se funda, creo, en proyecciones de claro corte utilitarista: lo bueno será el mayor bien para el mayor número, como norma de conducta moral.

### 4. Naturaleza del concepto de muerte cerebral

La idea de que "debe evitarse la noción de que el nuevo criterio [muerte cerebral] constituye una nueva o alternativa definición de la

<sup>54</sup> Ver VEATCH, Robert: *Death, Dying, and the Biological Revolution. Our Last Quest for Responsibility*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1976, (323 pp.); pp. 38 y ss.

<sup>55</sup> Ver GREEN, Michael B. y Daniel WIKLER: "Brain Death and Personal Identity", en *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 9, No. 2, Princeton University Press, Princeton NJ., 1980, pp. 105-133.

muerte, más que una serie de medios alternativos y refinados para detectar el mismo viejo fenómeno de la muerte"<sup>56</sup> resulta una falacia. Esto sería confundir la idea de muerte y los fundamentos clínico-fisiológicos con los criterios y pruebas diagnósticas. Y la realidad no es así.

El concepto de muerte, como se dijo, está indisolublemente formado por la idea de muerte, más los fundamentos clínico-fisiológicos que se adopten. Y la "muerte cerebral" viene a adoptar deliberadamente nuevos fundamentos sobre los cuales basar la definición.

La "muerte cerebral" es, pues, una concepción radicalmente nueva y diferente de lo que es la muerte, que resulta de la elección contingente de unos determinados fundamentos clínico-fisiológicos:

- a) fundada en unas concepciones filosóficas, sin perjuicio de otras, dominadas por el mecanicismo;
- b) fundada en unas disponibilidades técnicas coyunturales; y
- c) motivada por unas determinadas necesidades (extracción de órganos para trasplantes, suspensión de tratamiento).<sup>57</sup>

En realidad, a la vista de lo dicho, más parece constituir una caracterización *formal* de lo que prescriptivamente debe entenderse por muerte, revestida de una cierta pretensión conceptual. Dice Hans Jonas que el concepto se trata de un adelantamiento artificial de la muerte (...) para acceder a sus órganos y tejidos [del comatoso] bajo las condiciones ideales, de lo que previamente ha sido vivisección".<sup>58</sup>

<sup>56</sup> TASK FORCE ON DEATH AND DYING OF THE INSTITUTE OF SOCIETY, ETHICS AND LIFE SCIENCES [The Hastings Center]; "Refinements in Criteria for the Determination of Death: An Appraisal", en *Journal of the American Medical Association (JAMA)*, Vol. 221, No. 1, Chicago, 1972, (pp. 48-53); p. 51; ver la nota editorial en apoyo de estas afirmaciones, "Harvard Criteria: An appraisal", en el mismo número de JAMA, p. 65.

<sup>57</sup> En defensa de la muerte cerebral, dicen Green y Wikler, "los autores regularmente mencionan el sinsentido de mantener a aquellos que están en coma irreversible y las dificultades para el cirujano trasplantante causadas por esperar que la respiración [y el latido cardiaco] se detengan", GREEN, Michael B. y Daniel WIKLER, *op. cit. supra*, nota (55), p. 115.

<sup>58</sup> JONAS, Hans: "Philosophical Reflections on Experimenting with Human Subjects", en *Daedalus*, 1969, pp. 219-224; citado por LAMB, David: "Diagnosing Death", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, núm. 2, Princeton University Press, Princeton NJ., 1978, (pp. 144-153); p. 153.

### 5. *El valor real del criterio*

Con lo antedicho no pretendo negar el precioso valor del examen clínico y de las pruebas técnicas complementarias en el marco más amplio de la medicina. Ni tampoco en el ámbito de la neurología. Ni es mi intención defender que el estado actual de la ciencia sea incapaz de emitir juicios mucho más ajustados que en cualquier otra época de la historia. Por el contrario, creo que el estado actual de los conocimientos si permite hoy adscribir al examen clínico y al EEG (y al PET) un muy alto valor. Pero ese valor sólo puede ser *pronóstico* en los casos de coma profundo con muy pocas o nulas posibilidades de recuperación. No obstante, del pronóstico de muerte al pronunciamiento de que ella ha ocurrido, media una enorme diferencia cualitativa, y un desajuste lógico. Por certero que sea el pronóstico de desenlace inminente, resulta difícil comprender que a la brevedad de tal plazo pueda adjudicársele alguna relación con el concepto de muerte.

Tanto es la "muerte cerebral" una concepción pronóstica que sus propios defensores lo dejan traslucir reiteradamente. Así, dice Frank J. Veith:

La muerte cerebral es un término comúnmente usado para describir una condición en la cual el cerebro está completamente destruido y en la cual la cesación de funcionamiento de todos los otros órganos es *inminente e inevitable*.<sup>59</sup>

La *President's Commission*, por su parte, dice:

(...) ciertos procesos orgánicos (...) pueden ser mantenidos mediante medios artificiales, a pesar de que nunca recuperarán [los pacientes] la capacidad para respirar espontáneamente, o [para] la integración sostenida de las funciones corporales, para la conciencia o para otras experiencias humanas.<sup>60</sup>

Las palabras de Veith son de por sí elocuentes: un hecho "inminente e inevitable" es por definición un hecho futuro. En cuanto a las de la *President's Commission*, se comprenderá que la integración que no puede ser sostenida en el tiempo es algo bien distinto de la

<sup>59</sup> VEITH, *op. cit.*, *supra*, nota (42), p. 171; no subrayado en el original.

<sup>60</sup> PRESIDENT'S COMMISSION, *op. cit. supra*, nota (11), p. 3.

ausencia de integración. En ambos casos, la conciencia pronóstica de los autores resulta evidente.

Más adelante, en el mismo informe, la misma Comisión se refiere a los criterios (bastante similares, por otra parte) adoptados en 1979 por la Conferencia de Reales Colegios y Facultades de Medicina del Reino Unido, y dice: "el punto de vista británico prevaleciente sobre el diagnóstico neurológico de la muerte está más cercano a una aproximación *pronóstica* (que un punto de 'no retorno' ha sido alcanzado en el proceso de morir) (...)"<sup>61</sup>

Otras veces, el carácter pronóstico del criterio queda evidenciado en los argumentos de aquellos adherentes que centran su defensa en el hecho de que una persona con EEG "plano" y conectada a un respirador no puede sobrevivir más de unas pocas semanas (el máximo que se ha documentado son sesenta y ocho días).<sup>62</sup> Así, Bernat y otros fundan su apoyo al criterio de muerte cerebral, entre otras razones, en que:

La destrucción del encéfalo produce apnea [ausencia de respiración] y vasodilatación generalizada: en todos los casos, a pesar del apoyo más acometedor, el corazón adulto se detiene dentro del término de una semana, y el del niño dentro del de dos. Por lo tanto, cuando el organismo como un todo ha cesado de funcionar, los subsistemas vitales [¡sic!] sostenidos artificialmente, rápidamente fallan.<sup>63</sup>

Sin embargo, el hecho de que los medios de apoyo vital sean hoy técnicamente limitados, como demuestra el pronto colapso, no significa que —hasta en tanto aquel se produzca— no haya un organismo vivo e integrado (aunque limitadamente, sin dudas).

Por lo tanto, creo que es de capital importancia insistir en que aquéllos a los que actualmente se llega a denominar como "muertos" serían, en el caso de un perfecto diagnóstico, simplemente personas agonizantes, desahuciadas, en unas condiciones incompatibles con la *persistencia* de la vida. Pero no *personas muertas*.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>62</sup> Ver PARISI, Joseph y otros: "Brain Death with Prolonged Somatic Survival", en *New England Journal of Medicine*, vol. 306, Boston, 1982, pp. 14-16.

<sup>63</sup> BERNAT, *op. cit. supra*, nota (40), p. 392; ver, en igual sentido, LAMB, David: "Diagnosing Death", en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 7, núm. 2, Princeton University Press, Princeton NJ., 1978, pp. 144-153.



En conclusión, de lo visto hasta aquí, creo que queda demostrado que:

a) La "muerte cerebral" no es algo que se pueda diagnosticar con seguridad;

b) incluso si se pudiese llegar a un diagnóstico certero e infalible, la "muerte cerebral" no sería un mero criterio diagnóstico, sino una nueva definición, contingente, fundada en una concepción mecánica del cuerpo humano, en los medios técnicos disponibles, y motivada por unas bien determinadas necesidades del modelo asistencial;

c) La "muerte cerebral" sí puede ser, en cambio, un valioso criterio pronóstico de que tarde o temprano la muerte ocurrirá.

Si todo esto es así, como lo creo, las consecuencias morales y jurídicas del criterio de "muerte cerebral" habrán de ser revisadas con profundidad. Es eso precisamente lo que pretendo hacer en las secciones siguientes.

### III. ASPECTOS MORALES

En la sección precedente se ha visto cómo la "muerte cerebral", además de ser un estado difícilmente diagnosticable, no posee fundamentos biofilosóficos sólidos, y puede tan sólo contener un valor pronóstico. Pero su aceptación está ampliamente vulgarizada y recogida en numerosas legislaciones, entre ellas la española.

Creo que la causa es el intento de dar una respuesta más o menos científica, y también jurídica, a un problema moral: ¿Qué hacer con aquellos seres humanos que se hallan en un estado de coma irreversible? A su vez, este problema contiene otros dos subproblemas: ¿qué hacer con relación al tratamiento médico de las personas en este estado? y ¿es aceptable extraer sus órganos para trasplante?

Sobre estas dos cuestiones me ocuparé en la presente sección. La legislación española sobre la materia será tratada en la sección siguiente.

#### 1. La continuación del tratamiento

Este punto puede no presentar hoy, en la generalidad de los casos, demasiadas dificultades. En los pacientes en estado de "muerte cerebral" se plantea el uso o no de medios desproporcionados y extra-

ordinarios, que escapen a los límites de la razonabilidad.<sup>64</sup> Las interrogantes son básicamente tres: ¿es obligatorio *continuar* con los medios de soporte vital? ¿es facultativo? ¿puede ser obligatorio *suspender* el uso de medios para el soporte vital? A esto habrá que adicionar dos interrogantes más: ¿es lícita la experimentación en pacientes en estado de "muerte cerebral"? y ¿qué conducta debe seguirse cuando la paciente es una mujer embarazada?

En cuanto a la primera de las interrogantes, hay que decir que la indicación de cualquier acto asistencial depende de la probabilidad de éxito clínico, de su capacidad para prolongar la vida y/o mejorar la calidad de la vida del paciente. Por lo tanto no parece que en los pacientes en estado de "muerte cerebral" sea obligatorio seguir con los medios de asistencia más allá de lo necesario para evaluar la condición del paciente y, dentro de las reales posibilidades técnicas que posean, disipar las dudas sobre la probabilidad del pronóstico.

¿Es facultativo el tratamiento? Si los motivos que llevan a eliminar la indicación de las intervenciones médicas consisten en la posibilidad de la producción de un daño o de mortificaciones físicas o morales gratuitas<sup>65</sup> al paciente, o la producción de un detrimento no compensado a la familia, a la sociedad, o al sistema asistencial, no parece conveniente dejar al personal sanitario la elección de seguir adelante con el tratamiento.

¿Puede ser obligatorio suspender el uso de medios para el soporte vital? De lo dicho se desprende que lo moralmente correcto sería practicar la *ortotanasia*,<sup>66</sup> esto es, dejar que las cosas evolucionen por sí mismas, sin más que una mínima intervención externa.<sup>67</sup> Con ello se

<sup>64</sup> Utilizo a propósito los tres términos, alrededor de los cuales hay, sin embargo, un amplio debate. Un excelente resumen de éste se halla en: MCCORMICK, Richard A.: "The Quality of Life, The Sanctity of Life", en *The Hastings Center Report*, febrero de 1978, pp. 30-36.

<sup>65</sup> La práctica médica se rige siempre por un criterio de evaluación y contrapeso entre el riesgo a correr o el detrimento a ocasionar, y el beneficio a esperar. Esto importa que el beneficio debe ser significativamente mayor que el riesgo y/o el daño. Ello es lo que permite destruir algunas células para administrar una inyección, llevar al paciente a un plano profundo de anestesia, y provocar una herida para quitar un apéndice infectado, por ejemplo.

<sup>66</sup> Término introducido por el Dr. Boskan, de Lieja, en 1950. Ver HIGUERA, Gonzalo; "Eutanasia: precisiones terminológicas", en GAFO, Javier (editor): *Dilemas éticos de la medicina actual*, Serie V. "Documentos de Trabajo" núm. 4, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1976, (417 pp.); pp. 142-152); p. 149.

<sup>67</sup> Como sería, por ejemplo, el mantenimiento del paciente en un ambiente apropiado, rodeado de sus familiares, si lo solicitan, etc.

respetarían el bien físico y, fundamentalmente, la dignidad del paciente. Igualmente, se evitaría imponer a la sociedad, a la familia y al sistema sanitario una carga estéril, a la que no se extendería el deber de solidaridad.

No obstante, sería valioso conocer la voluntad expresada con anterioridad por el paciente. Así, si el paciente hubiese firmado uno de los llamados "testamentos vitales", documentos en los cuales se solicita no ser objeto de encarnizamiento terapéutico,<sup>68</sup> claramente resulta obligatorio retirar el apoyo vital. Si, por el contrario, el paciente había dispuesto que se le prolongara la vida por todos los medios técnicamente posibles, habrá que valorar el hecho a la luz de los costos sociales. Por ejemplo, si el paciente había dejado un fondo económico destinado a tal fin, sería procedente utilizarlo hasta que se agote, pero siempre y cuando con ello no se privara a otros pacientes con buenas perspectivas clínicas de medios necesarios para salvarles la vida.<sup>69</sup> Por su parte, si la familia de un adulto o los padres o tutor de un menor o incapaz se negasen a retirar los medios de apoyo vital, moralmente tendría el mismo valor que una indicación previa del paciente en tal

<sup>68</sup> A modo de ejemplo de este tipo de documentos, cito, por su brevedad, el preparado y difundido por la Conferencia Episcopal Española. Dice: "TESTAMENTO VITAL: A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario: Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me van a aplicar, deseo y pido que esta Declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre, y que sea respetada como si se tratara de un testamento. Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo y absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero desde la fe creo que me abre el camino a la vida que no se acaba, junto a Dios. Por ello, yo, el que suscribe... pido que si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irrecuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios; que no se me aplique la eutanasia activa, ni se me prolongue abusiva e irracionalmente mi proceso de muerte; que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos. Pido igualmente ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento final de mi existencia, en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana. Suscribo esta declaración después de una madura reflexión, y pido que los que tengáis que cuidarme respetéis mi voluntad. Soy consciente de que os pido una grave y difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con vosotros y para atenuar cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta declaración. Fecha y firma".

<sup>69</sup> Ver el artículo del que suscribe, "El acceso a recursos médico-asistenciales escasos: cuestiones éticas", en *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 7, Instituto de Derechos Humanos, Fctad. de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990; pp. 185-200.

sentido, y nuevamente dependería de las disponibilidades familiares y sociales, y de las necesidades de otros pacientes con mejor pronóstico.

Fijados sucintamente los lineamientos generales, se intentará responder a las dos últimas interrogantes planteadas. En cuanto a la experimentación en personas en estado de "muerte cerebral" pueden darse varias situaciones diferentes, según la participación de la voluntad del individuo, y según el tipo de experimentación.

Así, si se trata de un paciente adulto y capaz, y que ha indicado sus deseos de ser utilizado para la experimentación médica: a) si el medio en experimentación tiene por fin diagnosticar el estado de "muerte cerebral", no puede haber objeciones, aun si existen riesgos; b) si el medio es terapéutico, o se espera que lo sea, para el estado de "muerte cerebral", tampoco puede haber objeciones, a despecho de los riesgos; c) si el medio es terapéutico pero no para el paciente, pueden aparecer objeciones, si el experimento requiere el mantenimiento de la vida para ese solo fin;<sup>70</sup> y d) si se trata de una prueba de letalidad, estaría proscrita moralmente, sin más.

Si el paciente es un menor o incapaz, y si hay consentimiento de su representante: a) si se podría experimentar un medio diagnóstico de su estado, a menos que sea excesivamente cruento o riesgoso y escasa o nulamente probado con anterioridad; b) si se podría experimentar un medio terapéutico destinado a tratar el estado de "muerte cerebral". Pero en este caso, además de evaluar el riesgo negativo, habría también que considerar lo que podría llamarse "riesgo positivo", esto es, las tremendas consecuencias de un éxito parcial; y c) no se podría intentar ningún otro tipo de experimentación.

En el caso de una mujer embarazada, si el feto no es viable, no parece haber dudas en cuanto a la indicación de la ortotanasia. Si, por el contrario, el feto fuese viable, habría que mantener el apoyo vital necesario para su extracción con vida. Algunas dudas podrían plantearse si el feto estuviese en los límites de la viabilidad, para la solución del conflicto, debe acudir a las palabras de Alfonso Ruiz Miguel:

Existe un balance entre los derechos del no nacido y los de la embarazada, que va cambiando gradualmente sus puntos de equilibrio

<sup>70</sup> Sólo sería científicamente útil hacer pruebas de farmacocinética: distribución, metabolismo, vida media, etc. de un fármaco.

según el momento de maduración del primero (...) el no nacido nunca deja de tener ciertos derechos (...) frente a la propia embarazada. (...) el no nacido, por lo tanto, mantiene frente a la gestante un derecho a la vida autónomo y no derivado.<sup>71</sup>

En este contexto, el principio de que es lícito el aborto en el caso de que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, trae necesariamente aparejado el correlato de que es lícito seguir con el apoyo vital a la madre si ello es necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud del no nacido; debe seguirse con el tratamiento hasta que se considere que se ha arribado a tal condición.<sup>72</sup>

## 2. Los trasplantes de órganos

Pasando al segundo de los subproblemas planteados: ¿es aceptable extraer los órganos de una persona en estado de "muerte cerebral" para utilizarlos en trasplantes? Creo que no puede haber una única respuesta. En todo caso, ella dependerá de las circunstancias, según la voluntad del paciente, según el órgano que se vaya a extraer y según la necesidad del receptor.

En todos los casos, creo que el primer y fundamental principio general debe ser que *jamás* se debe sostener a nadie en estado de "muerte cerebral" con el único fin de, llegado el momento, extraer sus órganos.

Un segundo principio sería que la aceptabilidad de la extracción de órganos de estos sujetos estará condicionada a la voluntad del paciente, y que, a mayores dificultades para darla por conocida, mayores serán las reservas en la actuación. Otro principio general es el de que no se puede extraer de una persona en estado de "muerte cerebral" un órgano vital. Un tercer principio sería que cuanto más

<sup>71</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso: *El aborto: problemas constitucionales*, Col. "Cuadernos y debates" No. 25, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, 133 pp.: pp. 71-72.

<sup>72</sup> Esto, como otras muchas cosas, depende de las posibilidades de la técnica actual. Si se avanzara más, tal que la viabilidad pueda conseguirse desde estados muy iniciales del desarrollo fetal y/o si se pudiese mantener con vida a las personas en estado de muerte cerebral por largos periodos, podría intentarse buscar las justificaciones para la suspensión del apoyo vital. Es posible que ellas giraran en torno a los derechos del padre.

cruento el procedimiento de extracción del órgano, —esto es, en cuanto más se comprometa la integridad física del sujeto— más difícil será justificar la extracción. Un cuarto, y último principio, será que la permisibilidad moral será mayor cuanto mayor sea el grado de necesidad por parte del receptor, o, en otras palabras, cuanto mayor sea la obligación de solidaridad del donante hacia el receptor. Estos tres últimos principios serán complementarios entre sí, tal que entre mejor conocida la voluntad, menor la crueldad del procedimiento, y a mayor obligación de solidaridad, menos objetable sería la extracción.

Así, si un adulto capaz tiene formulado expresamente su deseo de ser donante, cabría aceptar la extracción de órganos. Si un adulto capaz, por el contrario, ha indicado expresamente que no desea ser donante, no se podría proceder a la extracción. Si se trata de un adulto capaz que no ha manifestado sus deseos o preferencias expresamente, correspondería a la familia interpretar cuáles hubiesen sido aquéllos, en un sentido o en otro. Aquí el principio de la solidaridad puede ser útil para interpretar los posibles deseos del paciente. Si, por ejemplo, se tratara de donar un órgano a un hijo, sería razonable suponer que el paciente desearía efectuar la donación. Igualmente, jugaría un importante papel el principio del procedimiento de extracción, pues si se tratase de sangre o médula ósea, por ejemplo, cabrían menos dudas morales para permitir la extracción.

Si se trata de un menor, dependerá del caso concreto, de su edad y su grado de madurez. De esta manera, si el menor tiene, por ejemplo, más de doce años, es maduro para su edad, y ha manifestado su voluntad de ser o no ser donante, si bien no sería definitorio —como en el caso de un adulto capaz— sí sería un indicio valioso. Esto debería ser complementado con el principio de solidaridad (si el órgano es necesario para un hermano, o para su madre, por ejemplo), y el del procedimiento menos cruento (v. gr. sangre, piel, médula ósea), que ayudarían a los padres, autores de la decisión, a inclinarse por la extracción o no del órgano en cuestión.

Si se trata de un menor que no ha llegado a los doce años, siguiendo con el ejemplo anterior, sólo será posible justificar moralmente la extracción de un órgano en función de la necesidad y solidaridad (si es para un hermano) y del procedimiento menos cruento. Otro tanto ocurrirá si se trata de un incapaz absoluto de hecho. En ambos casos, los padres o el tutor serán quienes presten el consentimiento.

## IV. ASPECTOS JURÍDICOS

1. *Efectos jurídicos de la muerte*

La muerte es un hecho que trae aparejadas consecuencias jurídicas. Por esta razón, la condición para que tales consecuencias previstas por la ley se produzcan será la determinación del hecho de la muerte, o, más sincopadamente, la determinación de la muerte. Los principales efectos jurídicos de la determinación de la muerte serán:

En primer lugar, con respecto al individuo, que con su muerte se extingue la personalidad jurídica (artículo 32 del C. Civil Español) y con ella todas sus relaciones jurídicas, ya sean de carácter patrimonial (propiedad, posesión, débitos, créditos), ya de carácter familiar (patria potestad, matrimonio), ya criminal (responsabilidad penal), etcétera.

En segundo término, cesa la obligación de socorro en general y la obligación asistencial del médico en particular; queda abierta la posibilidad de extraer uno o varios órganos del cadáver para trasplante; aparecen obligaciones de respeto hacia el cadáver y la memoria del fallecido.

Tercero, da lugar a la aparición de la eventual responsabilidad penal y civil de terceras personas por la causación de la muerte.

Cuarto, y por último, el o los herederos ingresan de manera general en las relaciones transmisibles del causante.<sup>73</sup>

La muerte, pues, da lugar a un verdadero cúmulo de consecuencias jurídicas. Ahora bien, creo que el primer aspecto jurídico a tratar sería si la Legislación debe o no definir la muerte, y en su caso, con qué requisitos.

El tratamiento legislativo de esta cuestión ha variado en los dos últimos siglos, en España y fuera de ella. En el siglo XIX, debido al terror al enterramiento prematuro,<sup>74</sup> las leyes exigían comprobar en el cadáver signos inequívocos de descomposición, cosa que estaba a cargo de un médico. Así, la ley española de Registro Civil (RC), de 1870, en su artículo 77 estipulaba:

<sup>73</sup> En este punto, la determinación de la muerte repercutirá en la conmorencia o premorencia (artículo 33 C. Civil), y el concepto de muerte tendrá mucho que influir en este sentido.

<sup>74</sup> Ver ARIÉS, P., THOMAS, E., ACKERKNECHT, E., MATA, P., STEVENSON, L., PER-NICK, M., ALEXANDER, M., en bibliografía final.

El facultativo que haya asistido al difunto en su última enfermedad, o en su defecto el [médico] titular del Ayuntamiento respectivo, deberá examinar el estado del cadáver: y sólo cuando en él se presenten señales inequívocas de descomposición extenderá en papel común, y remitirá al juez municipal certificación en que exprese (...) y señales de descomposición que ya existan.<sup>75</sup>

Ya en este siglo, tal vez la mayor confianza en los métodos diagnósticos llevó a la redacción de la actual ley del Registro Civil que en su artículo 85 dice:

Será necesaria certificación médica de la existencia de señales inequívocas de muerte para proceder a la inscripción de la defunción.

Por su parte, el artículo 274 del reglamento de la misma ley dice:

El facultativo que haya asistido al difunto en su última enfermedad o cualquier otro que reconozca el cadáver enviará inmediatamente al Registro parte de defunción, en el que (...) constará que existen señales inequívocas de muerte (...).

Como puede verse, la determinación de la muerte queda librada, en estos últimos artículos, al criterio del profesional de la medicina. Evidentemente, la ley supone que las concepciones de muerte y los criterios diagnósticos serán una cuestión científica compartida por todos los médicos y aplicables uniformemente por todos y a todas las personas en todos los casos.

Pero los nuevos conceptos, surgidos —como se ha dicho ya— como respuesta a las nuevas conquistas tecnológicas pueden llevar a la quiebra de tal uniformidad. Hoy se pueden dar situaciones clínicas (coma irreversible con respiración asistida) que exijan un dictamen que supera, como se ha visto, lo puramente clínico o diagnóstico, y que dependerá del concepto de muerte que tenga el médico certificador del hecho del fallecimiento, o del presunto fallecimiento.

<sup>75</sup> En MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo: *Diccionario de la Administración Española, Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina* (diez volúmenes), 5a. edición, Madrid, 1894, T. IX, p. 145.

La determinación de la muerte es una cuestión que exige uniformidad. Ella será la mejor manera de realizar la seguridad jurídica que precisan todos los implicados en las consecuencias jurídicas recién apuntadas: médicos, pacientes, herederos y terceras personas, ya sean éstas el cónyuge, los hijos, los deudores, los acreedores, los eventuales responsables penales o civiles por la causación de la muerte, etcétera. Tal uniformidad, y tantas y tan graves consecuencias parecen exigir una respuesta con fundamentos científicos y filosóficos sólidos, y con un amplio consenso social. No parece aceptable el pluralismo en una materia tan importante.<sup>76</sup> Por lo tanto, aquella respuesta debería sustraer el concepto de muerte al albedrío de los individuos, de lo cual sólo será capaz la ley. Una política legislativa comprometida con la seguridad jurídica, que es una forma de compromiso con la justicia,<sup>77</sup> exige una definición legal de la muerte.

Aceptado que la ley debe definir la muerte, deben verse los requisitos que debe cumplir tal definición. En primer lugar, debe ser uniforme para todos los casos, al contrario de lo que suele suceder modernamente. En efecto, las definiciones legales actuales, que recogen el concepto de muerte cerebral, están por lo general (como la ley española) orientadas hacia la obtención de órganos para trasplante, creando, en muchos casos, un doble *status*, según la persona sea donante de órganos o no. Este doble tratamiento es, sin dudas, fuente de inseguridad. En segundo término, la definición legal y uniforme de la muerte no es todavía garantía de uniformidad en su aplicación. En efecto, este punto puede todavía amenazar la seguridad jurídica. Por la materia de que se trata, tal cuestión es capaz de afectar las más íntimas convicciones y creencias de aquellos que tienen que regirse por ella, los médicos certificantes de la muerte. Así, supóngase que la ley asume el concepto de muerte cerebral; podría darse el caso de que en el hospital "A" los profesionales coincidieran con aquel concepto, y certificaran la muerte ateniéndose a él; al mismo tiempo, los médicos del hospital "B" podrían hallar el concepto contrario a sus convicciones y creencias, negándose en consecuencia a certificar la

<sup>76</sup> El pluralismo ha sido propuesto, entre otros, por Robert Veath. Ver *op. cit.*, *supra*, nota (54), p. 56.

<sup>77</sup> El pluralismo ha sido propuesto, entre otros, por Robert Veatch. Ver *op. cit.*, *derecho*, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, (pp. 215-229); p. 229.

muerte sobre tales bases. En estos casos ¿podría decirse que la ley realiza la seguridad jurídica? Evidentemente, la ley no puede ni debe avanzar sobre la libertad religiosa y de conciencia de los individuos (artículo 16. 1 C.E.). Caso contrario, no sólo se podrían violar los derechos de los operadores jurídicos a que está destinada, sino que se abrirían las puertas al caos jurídico, puesto que la determinación de la muerte podría quedar librada a las creencias particulares de los médicos tratantes, quienes estarían facultados a objetar la definición. En suma, la ley debe ser aceptable en conciencia para todos los implicados. Esta puede ser otra razón para rechazar el concepto de "muerte cerebral".

Pero todavía pueden quedar problemas jurídicos. Aun con una ley uniforme en su definición y de aplicación homogénea, todavía subsiste la pregunta sobre qué hacer con las personas en estado de coma irreversible. Más arriba se ha visto que existen buenas razones para que no sea obligatorio continuar con su tratamiento, e incluso motivos para que lo aconsejable sea la suspensión de los procedimientos terapéuticos extraordinarios y desproporcionados, siendo tales los medios de soporte vital luego de transcurrido cierto tiempo. La ley debería proveer a los médicos, y como responsable subsidiario al sistema asistencial, de la cobertura legal que les asegure a unos y otros que no serán perseguidos civil o criminalmente si se suspende el tratamiento y, como consecuencia, el paciente fallece.

## 2. El concepto de muerte en la legislación española. Crítica

La ley 30/79, del 27 de octubre de 1979 (publicada en el Boletín Oficial del Estado el 6 de noviembre de 1979), de "cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos para ser utilizados con fines terapéuticos" (Artículo 1º), adopta en su artículo 5º.1 como concepto de muerte el de "la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales, por lo tanto incompatibles con la vida". Por su parte, el decreto que desarrolla la norma (Real Decreto 42/80, del 22 de febrero de 1980, BOE 13.3.80) establece:

Artículo 10: Los órganos para cuyo trasplante se precisa la viabilidad de los mismos sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del

coma, de los siguientes signos: 1. Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de la conciencia; 2. Ausencia de respiración espontánea; 3. Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis [pupila fija y dilatada]; 4. Electroencefalograma "plano", demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema central.

Como se ve, la normativa española adopta los criterios de Harvard, con pequeñas modificaciones (las referidas a reflejos tendinosos), y determina el plazo de persistencia en seis horas, igual al propuesto por la *President's Commission*.

Voy a entrar directamente en el fondo de la ley, en el concepto de muerte que ella ha adoptado, aunque tiene otros aspectos que sería interesante mencionar. Entre ellos, uno de especial gravedad: la posible habilitación de una doble definición de muerte, según a) las personas sean donantes o no donantes de órganos, y sobre todo, ellas se hallen en centros autorizados expresamente por el Ministerio de Sanidad para hacer trasplantes (art. 3o.) o estén en centros no habilitados; y según b) las convicciones y creencias de los médicos que tienen que certificar la muerte. Baste aquí decir que el respeto de tales convicciones y creencias está asegurado por el artículo 16.1 de la C.E., que es de aplicación directa,<sup>78</sup> y por los principios informantes de la ley de trasplantes, recogidos en el propio artículo 7o. del Real Decreto 426/80 de 22 de febrero. Estos últimos son, además del altruismo y la solidaridad, el "respeto absoluto de la libertad, intimidad, voluntad y creencias de cualquier clase de los interesados", de entre quienes no se puede entender excluidos a los médicos. Piénsese en las consecuencias jurídicas de la muerte vistas más arriba, y en la inseguridad que puede significar la habilitación de este doble *status*.

En cuanto a la adopción del criterio, la primera cuestión estará referida a la seguridad jurídica. A la luz de lo dicho más arriba, la ley, bajo la apariencia de un mero criterio diagnóstico,<sup>79</sup> introduce unos

<sup>78</sup> Ver PECES-BARBA, Gregorio: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988-89, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, (pp. 159-176); pp. 170-171.

<sup>79</sup> Los art. 5o.1 de la Ley y 10 del Reglamento hablan siempre de "comprobación de la muerte".

nuevos fundamentos clínico-fisiológicos, y por ende, un nuevo concepto de muerte. Concepto según el cual, *una persona cuyo desenlace puede ser, con toda probabilidad, inminente, es considerada muerta*, sin más. Así las cosas, no se percibe el necesario ajuste entre los hechos y la ley, presupuesto básico de la seguridad jurídica,<sup>80</sup> garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución de 1978.

Por otra parte, según la ley común, "la personalidad jurídica se extingue por la muerte de la persona". (Art. 32 del Código Civil). Por ende, la determinación de la muerte según el concepto introducido por la ley de trasplantes, priva de personalidad a personas que, según vengo interpretando, *están aún con vida*. ¿Qué clase de derecho es éste? Una elocuente respuesta está en las palabras del profesor Peces-Barba:

Se puede (...) reconocer que existe un derecho radical, entre los fundamentales, del que de alguna manera dependen o traen causa los demás. Se trata del derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de inminente dignidad, titular de derechos y obligaciones. Si este derecho reconocido se quiebra, todos los demás derechos fundamentales se quedan sin punto de apoyo.<sup>81</sup>

Nada menos. Pero si esto no bastase para criticar la actual legislación, todavía, teniendo en cuenta el valor de la llamada "muerte cerebral", podría decirse lo siguiente:

a) En el caso de extracción de órganos vitales, la ley es atentatoria contra el derecho a la vida, consagrado en el artículo 15 de la Constitución;

b) En el caso de la extracción de órganos no vitales, al no requerir la ley el consentimiento expreso, sino presumirlo, viola el derecho a la integridad física y moral, garantizado por el mismo artículo. Esto es más grave si se piensa que la presunción juega, además, en contra de los menores;<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Ver PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Ariel, Barcelona, 1991, (118 pp.); p. 27.

<sup>81</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Derechos fundamentales*. Cuarta edición, Sección de Publicaciones, Fctad. de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, (304 pp.); p. 91.

<sup>82</sup> Esto contradice, además de la ley común, el art. 39.4 de la C.E., que establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. La ley contraría lo dispuesto por los principios 1, 2, 5, 7 y 9 de la Declaración de Derechos del Niño (ONU, 1959), y las disposiciones 3, 6 y 12 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (ONU, 1990). Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y otros: *Derecho positivo de los derechos hu-*

c) Permite los tratos inhumanos y degradantes contra las personas, prohibidos por el propio artículo 15 de la Constitución;

d) Establece una discriminación por razones de una circunstancia o condición personal (el estar en estado de muerte próxima y probablemente inminente) contraria al artículo 14 de la Constitución;

e) De ninguna manera constituye una protección contra la distan-  
nasia, y no coarta el camino para evitar que, cuando sea técnicamente posible, "se coseche a los vivos", pues permite el mantenimiento de las personas en estado de coma irreversible por todo el tiempo que pudiese ser menester a fin de asegurar "su más productivo rendimiento".

En fin, no puede decirse precisamente que la ley de trasplantes constituya, en la actual redacción, una norma realmente comprometida con la protección jurídica que merece la vida humana.

## V. EPÍLOGO

### *Mirando hacia el futuro*

¿Qué debería establecer una legislación moderna y comprometida con la defensa de los derechos fundamentales, con la seguridad, con la libertad, la justicia y la solidaridad?<sup>83</sup> Como mínimo, creo que:

1) Establecer que la muerte de una persona ocurre con la cesación del funcionamiento sinérgico de los elementos de sus sistemas;

2) Establecer la no obligatoriedad, ni a pedido del interesado ni de sus familiares, del sostenimiento con vida por medios artificiales más allá de un corto tiempo;

3) Establecer la prohibición absoluta de mantener con vida a las personas más allá del tiempo necesario para hacer las pruebas bacterianas o virológicas (SIDA, hepatitis, etc.), con el solo fin de extraer sus órganos para trasplantes;

4) Establecer la obligatoriedad del mantenimiento de la mujer embarazada en estado de coma irreversible y con feto viable, tanto

manos, Col. "Universitaria", Serie Derecho, Ed. Debate, Madrid, 1987, (425 pp.): pp. 320-322; y PACHA BECHELLI, Sandra: *Los derechos fundamentales de los niños*, Tesina de Especialidad, inédita, Instituto de Derechos Humanos, Fctad. de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1990; pp. 93 y ss.

<sup>83</sup> Sobre la solidaridad como valor superior implícito en el sistema jurídico español, ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada*, Madrid, 1991; trabajo inédito al que he tenido acceso por cortesía del autor.

tiempo como sea posible, hasta que se estime que el feto puede sobrevivir sin lesiones;

5) Regular la investigación científica en personas en estado de coma irreversible;

6) Permitir el trasplante a partir de cadáveres (córnea, huesos, tendón, v. gr.) asegurando la voluntariedad expresa del adulto capaz. En el caso de menores e incapaces, limitarlo a la necesidad de un con-  
sanguíneo de primer grado, y siempre con la autorización paterna o judicial. Si el menor hubiese alcanzado, por ejemplo, la edad núbil, podría permitirse un receptor más lejano, siempre que hubiese manifestación de la voluntad, y autorización paterna o judicial;

7) Permitir el trasplante a partir de personas en estado de coma irreversible, siempre y cuando:

a) la voluntad expresa del adulto capaz sea la regla, debiendo constar en, por ejemplo el D.N.I. o el carnet de conductor,<sup>84</sup> al igual que la negativa. Si no constara, o no hubiera documento, sólo se debería permitir la extracción cuando el receptor fuese ascendiente, descendiente o cónyuge, y con autorización familiar o judicial;

b) se prohíba la extracción de órganos de menores e incapaces, excepto en los casos vistos en 6) *supra* y con los mismos requisitos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA SELECTA

ACKERKNECHT, Erwin H., "Death in the History of Medicine", en *Bulletin of the History of Medicine*, Vol. 42, No. 1 (enero-febrero 1968), The John Hopkins University Press, Baltimore, Md., 1968, pp. 19-23.

ALEXANDER, Marc, "The Rigid Embrace of the Narrow House: Prematur Burial and The Signs of Death", en *The Hastings Center Report*, Vol. 10 (junio 1980), pp. 25-31.

ARIÉS, Philippe, *El hombre ante la muerte (L'homme devant la mort)*, Ed. du Seuil, Paris, 1977, vers. cast. de Marcio Armiño). Taurus, Madrid, 1983, 522 pp.

—, *La muerte en occidente (Essais sur l'histoire de la mort, en Occident du moyen âge a nous jours)*, Ed. du Seuil, Paris, 1977, vers. cast. de Josep Elías), Argos Vergara, Barcelona, 1982, 182 pp.

<sup>84</sup> Como ocurre en la legislación alemana. Ver SOTO LAMADRID, Miguel Angel: "El trasplante de tejidos y órganos humanos en la legislación española", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, To. XXXV, Fascículo 1, enero-abril 1982, Madrid, (pp. 77-118); p. 116.

- , *The Hour of Death*, Knopf, Nueva York, 1981.
- ATTALI, Jacques, *El orden canibal. Vida y muerte de la medicina (L'ordre cannibale. Vie et morte de la médecine)*, Sasset et Frisque-  
lle, París, 1979, vers. cast. de Fernando Gutiérrez, Col. "Al Filo  
del Tiempo", Planeta, Barcelona, 1981, 279 pp.
- BARTLETT, Edward T. y Stuart J. YOUNGNER, "Death and the Des-  
truction of the Neocortex", en ZANER, Richard M. (editor), "Death:  
Beyond Whole-Brain Criteria", *Philosophy and Medicine*, No. 31,  
Kluwer Academic Publishers, Dordrecht (Holanda), 1988 (276 pp.);  
pp. 199-215.
- BECQUEREL, Paul, "Latent Life: Its nature and its relations to certain  
theories of contemporary Biology", en *Annual Report of the Smith-  
sonian Institution for 1914*, Government Printing Office, Washington  
D.C., 1915, pp. 537-551.
- BERNAT, James L., Charles M. CULVER y Bernard GERT, "On the De-  
finition and criterion of Death", en *Annals of Internal Medicine*,  
Vol. 94, Filadelfia, 1981, pp. 389-394.
- BUNGE, Mario, *El problema mente-cerebro: Un enfoque psicobiológico*,  
(*The Mind-Body Problem. A psychobiological Approach*), Per-  
gamon Press, Oxford, 1980, vers. cast. de Benito García Noriega,  
corregida y aumentada por el autor), 2a. Edición (1a. edición  
1985), "Serie de Filosofía y Ensayo", Ed. Tecnos, Madrid, 1988,  
261 pp.
- CRANFORD, Ronald, "Brain Death Criteria", en *The Hastings Center*  
*Report*, de marzo de 1988, pp. 38 y ss.
- CURRIE, Bethia S., "The redefinition of Death", en SPICKER, Stuart F.,  
*Organism, Medicine and Metaphysics (Essays in Honor of Hans*  
*Jonas on his 75th Birthday May 10, 1978)*, Col. "Philosophy and  
Medicine", No. 7. D. Reidel Publ. Co., Dordrecht, Holanda, 1978,  
330 pp.
- FRAGOSO, Juan, "Tratado de las declaraciones que han de hacer los  
cirujanos acerca de muchas enfermedades y muchas maneras de  
muertes que se suceden", en *Cirugía Universal* (1581). Herederos  
de Pablo de Val, Madrid, 1666; pp. 394-423; reproducción facsi-  
milar, edición de Jacint Corbellá, Publicaciones del Seminario Pere  
Mata, de la Universidad de Barcelona, No. 29, Barcelona, 1988.
- GAYLIN, Willard, "Harvesting the Dead" en SHANNON, Thomas A.  
(editor), *Bioethics (basic writings on the key ethical questions that*  
*surround the major, modern biological possibilities and problems,*

- 3a. ed., (1a. ed. 1976), Paulist Press, Mahwah N.J., 1987, pp. 553-  
563; (publicado anteriormente en *Harper's Magazine*, septiembre  
de 1974, pp. 23-30.
- GRACIA, Diego, *Fundamentos de bioética*, EUDEMA Universidad-  
Manuales, Editorial de la U. Complutense (EUDEMA), Madrid,  
1989, 605 pp.
- GREEN, Michael B. y Daniel WIKLER, "Brain Death and Personal  
Identity", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, núm. 2, Prin-  
ceton University Press, Princeton NJ., 1980, pp. 105-133.
- HAD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE  
THE DEFINITION OF BRAIN DEATH, "A definition of Irreversible Coma"  
en *Journal of the American Medical Association*, núm. 205, Chica-  
go, 1968, p. 337.
- HENTOFF, Nat, "A Doctor with Respect for the Unknown", en *The*  
*Village Voice*, Nueva York, 16 de enero de 1990.
- HIGUERA, Gonzalo, "Eutanasia: precisiones terminológicas" en GAFO,  
Javier (editor), *Dilemas éticos de la medicina actual*, Serie V. "Do-  
cumentos de trabajo", núm. 4, Publicaciones de la Universidad  
Pontificia de Comillas, Madrid, 1976, (417 pp.); pp. 142-152.
- KANDEL, Eric R. y James S. Schwartz (editores), *Principles of Neu-  
ral Science*, 2a. ed. Elsevier Science Pub., Nueva York, 1985.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Historia de la Medicina*, Reimpresión (1a.  
ed., 1978), "Biblioteca Médica de Bolsillo". Salvat, Barcelona,  
1986, 722 pp.
- LAMB, David, "Diagnosing Death" en *Philosophy and Public Affairs*,  
vol. 7, núm. 2, Princeton University Press, Princeton NJ., 1978,  
pp. 144-153.
- , *Death, Brain, Death and Ethics*, Croom Helm, Londres y  
Sydney, 1985, 119 pp.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Diccionario de la Administración*  
*Española. Compilación de la novísima legislación de España penin-  
sular y ultramarina* (diez volúmenes), 5a. ed., Madrid, 1894.
- MATA Pedro, *Tratado de medicina y cirugía legal teórica y práctica*  
(dos vols.), 3a. ed. Carlos Bailly-Bailliere, Madrid, 1857.
- MCCORMICK, Richard A., "The Quality of Life, the Sanctity of Life",  
en *The Hastings Center Report*, febrero de 1978, pp. 30-36.
- MOLLARET, Paul y M. Goulon, "Le coma dépassé", en *Revue de Neu-  
rologie*, núm. 3, París, 1959, pp. 101 y ss.



- MOORE, F.D., "Changing Minds about Brains", en *New England Journal of Medicine*, vol. 282, Boston, 1970, p. 48.
- PACHA BECHELLI, Sandra, *Los derechos fundamentales de los niños*, Tesina de Especialidad, inédita, Instituto de Derechos Humanos, F. de Derecho, U. Complutense de Madrid, Madrid, 1990; pp. 93 y ss.
- PARISI, Joseph y otros, "Brain Death with Prolonged Somatic Survival", en *New England Journal of Medicine*, vol. 306, Boston, 1982, pp. 14-16.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada", Madrid, 1991; (inédito).
- , *Derechos Fundamentales*, 4a. ed., secc. de publicaciones, F. de Derecho, U. Complutense de Madrid, Madrid, 1983, 304 pp.
- , "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988-89, Instituto de Derechos Humanos, F. de Derecho, U. Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pp. 159-176.
- , *Tránsito a la modernidad y derechos humanos*, Mezquita, Madrid, 1982, 214 pp.
- , "Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, "Homenaje a Joaquín Ruíz Giménez", Instituto de Derechos Humanos, F. de Derecho, U. Complutense de Madrid, Madrid, 1986-87, pp. 219-258.
- , *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, "Eudema Universidad: Textos de Apoyo", Eudema, Madrid, 1988, (278 pp.); pp. 227-264.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y otros, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Col. "Universitaria", Serie Derecho, Ed. Debate, Madrid, 1987, (425 pp.); pp. 320-322.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, *La Seguridad Jurídica*, "Ariel Derecho", Ariel, Barcelona, 1991, 118 pp.
- PERNICK, Martin B., "Back from the Grave: Recurring Controversies over Defining and Diagnosing Death in History", en ZANER, Richard M. (editor): *Death: Beyond Whole-Brain Criteria*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht (Holanda), 1988, 276 pp.

- POWER, D.J., "Drug-Associated Isoelectric ERGs: A Hazard in Brain-Death Certification", en *Journal of the American Medical Association*, vol. 236, septiembre de 1976, Chicago, 1976.
- PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH: *Defining Death. A Report on the Medical, Legal, and Ethical Issues in the Determination of Death*, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C. 1981, 166 pp.
- RODRÍGUEZ DEL POZO, Pablo, "El acceso a recursos médico-asistenciales escasos: cuestiones éticas", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7, Instituto de Derechos Humanos, F. de Derecho, U. Complutense de Madrid, Madrid, 1990; pp. 185-200.
- RUÍZ MIGUEL, Alfonso, *El Aborto: problemas constitucionales*, Col. "Cuadernos y debates" núm. 25, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, 133 pp.
- SHANNON, Thomas A., "Keeping Dead Mothers Alive During Pregnancy: Ethical Issues", en SHANNON, Thomas A. (editor): *Bioethics (basic writings on the key ethical questions that surround the major, modern biological possibilities and problems)*, 3a. ed. (1a. ed. 1976), Paulist Press, Mahwah, N.J., 1987, pp. 223-231; (publicado anteriormente en *The Human Fetus: Dilemmas and Decisions*, McGraw-Hill, Nueva York, 1987).
- SIEGLER, Mark y Daniel Winckler, "Brain Death and Live Birth", en *Journal of the American Medical Association*, vol. 2, Chicago, 1982, pp. 1101-1102.
- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, "El transplante de tejidos y órganos humanos en la legislación española", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXV, Fascículo 1, enero-abril 1982, Madrid, 1982, pp. 77-118.
- STEVENSON, Lloyd G., "Suspended Animation and the History of Anesthesia" en *Bulletin of the History of Medicine*, vol. 49, núm. 4 (invierno 1975), The John Hopkins University Press, Baltimore, Md., 1975, pp. 482-511. Task force on death dying of the Institute of Society, ethics and life sciences (the Hastings Center), "Refinements in Criteria for the Determination of Death: An Appraisal", en *Journal of the American Medical Association*, vol. 221, Chicago, 1972, pp. 48-53.
- THOMSON, Elizabeth H., "The Role of Physician in the Humanae Societies of the 18th. Century", en *Bulletin of the History of Me-*

- dicine*, vol. 37, núm. 2 (verano 1963), The John Hopkins University Press, Baltimore, Md., 1963, pp. 43-51.
- TOMLINSON, Tom, "The Conservative Use of The Brain-Death Criterion-A critique", en *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 9, D. Reidel Pub. Co., Dordrecht, Holanda, 1984, pp. 377-393.
- VEATCH, Robert, *Death, Dying and the Biological Revolution. Our last quest for Responsibility*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1976, 323 pp.
- VEITH, Frank y otros, "Brain Death", en SHANNON, Thomas A. (editor), *Bioethics (basic writings on the key ethical questions that surround the major, modern biological possibilities and problems)*, 3a. ed., (1a. ed., 1976), Paulist Press, Mahwah N.J., 1987, pp. 171-194.
- VIRCHOW, Rudolf, *Patología celular (basada sobre el estudio fisiológico y patológico de los tejidos)*, (Traducción castellana de la cuarta ed. francesa por Alfredo Nadal Mariezcurrena), con prólogo y notas de J. Giné y B. Robert, Moya y Plaza, Madrid, 1978.
- WALTON, Douglas N., *On Defining Death. An Analytic Study of the Concept of Death in Philosophy and Medical Ethics*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1979, 189 pp.

## NOTA NECROLÓGICA

## DON RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ

Rafael ESTRADA SÁMANO

Don Rafael Preciado Hernández nació en la población de El Grullo, estado de Jalisco, en el año de 1908. Se trasladó a la ciudad de Guadalajara para realizar sus estudios superiores. En la Universidad de Guadalajara obtuvo el título profesional de abogado en 1931. Poco después, por requerimientos de su ejercicio profesional, pasó a la ciudad de México donde desde entonces residió, desempeñándose como destacado abogado postulante, constante y ameritado profesor universitario y hombre de pensamiento profundo y de acción decidida. En todas esas facetas de su vida, se distinguió como brillante expositor y firme defensor de los valores fundamentales del derecho y de la civilización occidental y cristiana.

Iusnaturalista convencido, su pensamiento jurídico-filosófico, inscrito en la corriente aristotélico-tomista del realismo moderado, se encuentra condensado en sus *Lecciones de Filosofía del Derecho*, obra que utilizó como guía en la exposición de la cátedra de Filosofía del Derecho, cátedra que sirvió durante más de treinta y cinco años en la Escuela Libre de Derecho y durante más de medio siglo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, habiendo llegado en esta última a ser Director del Seminario de Filosofía del Derecho. Por sus indiscutibles méritos académicos y docentes, la misma U.N.A.M., tuvo a bien designarlo como maestro emérito y en febrero del año de 1989, en emotivo acto al que asistió su rector, Dr. José Sarukhán, la propia Universidad rindió a los maestros Preciado Hernández y Cervantes Ahumada, al cumplir ambos cincuenta años de servicios docentes, un merecido homenaje en el que el director de la mencionada Facultad, Dr. José Dávalos, llamó a Preciado Hernández "señor de la búsqueda infatigable por penetrar hasta la esencia de las instituciones jurídicas que rigen al país" e "himno perenne al

respeto de la dignidad humana, afirmación inequívoca de libertad, defensa gallarda de la Universidad y de la Patria".

En su obra mencionada, después de indicar a sus lectores que su objetivo fundamental es convencerlos "de que el derecho no es mera técnica, sino precisamente la técnica de los fines y principios supremos de la convivencia humana, fines y principios que le dan dignidad a un ordenamiento jurídico positivo y lo vinculan, a través de la esfera de la ética, con el orden universal", Preciado Hernández los conduce a través de una triple investigación, propuesta original del autor, sobre los primeros principios del derecho en relación con tres órdenes: el normativo, el social y el ético o moral.

Como culminación y síntesis de esa triple investigación, Preciado Hernández propone y explica detalladamente la siguiente fórmula como definitoria de la esencia del derecho: "es la ordenación positiva y justa de la acción al bien común" y sostiene que "esta concepción del derecho no es ecléctica, no pretende conciliar el iusnaturalismo de la llamada Escuela del Derecho Natural, con el positivismo... puesto que es anterior a ambos sistemas; es la concepción de la filosofía tradicional, aristotélico-tomista. Rechaza al iusnaturalismo de la llamada Escuela Clásica... porque ésta desprecia el dato social del derecho y lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en cuenta la realidad; y rechaza al positivismo porque hace del derecho una pura técnica de hechos desprovista de fines y principios racionales; y en abierta oposición a ambos sistemas, afirma que en el derecho se conjugan, como en el hombre, dos elementos fundamentales, social uno, racional el otro. Que hay en el derecho algo esencial, necesario, permanentemente, fines supremos y principios racionales inmutables, pero que estos fines y principios pertenecen al orden práctico y para realizarlos o aplicarlos, requiere todo un aparato o cuerpo de disposiciones y procedimientos técnicos. Es, por tanto, una concepción realista del derecho". Citando a Renard, Preciado Hernández concluye que "no está por demás insistir en este punto capital: el derecho no es un mero enunciado de principios, ni tampoco pura técnica: proclamar que el derecho es pura técnica y dejar a los políticos, a los economistas, a los hombres de negocios, a los moralistas, el honor de elegir los fines a los cuales debe él servir, es abdicar de nuestro oficio y de nuestra dignidad. El jurista no es un criado que sirva para hacerlo todo".

Destacados juristas han emitido juicios sobre la mencionada obra de Preciado Hernández. Por ejemplo, don Luis Recaséns Siches, en la evolución de cuyo pensamiento sin duda tuvo influencia importante el Maestro Preciado Hernández, dice que el pensamiento de este último "se orienta en la dirección del neotomismo; pero dentro de esa tendencia muestra una gran flexibilidad que le permite incorporar a su propia doctrina no pocas de las conquistas de la especulación moderna y contemporánea, lo mismo en el campo de la filosofía general, que en el de la filosofía jurídica. Constituye una obra que, aparte del patrimonio básico tomista de que se nutre principalmente, presenta no pocas aportaciones renovadoras, muchas de ellas debidas a una personal labor de Preciado Hernández, quien además de poseer una amplísima información ha sabido llevar a cabo una obra de meditación propia. Su estilo es claro, límpido y atrayente... su contenido es rico, pero todavía es más lo que sugiere, en lo que sin duda radica un gran mérito docente, pues enseñar filosofía no es transmitir un cuerpo de doctrina sino además, sobre todo y principalmente, estimular a los alumnos a que éstos aprendan a pensar por cuenta propia". En Argentina, el comentario de Josef L. Kunz ha sido el siguiente: "Este libro de Preciado Hernández, aunque situado en la línea de la ortodoxia neotomista, es un libro moderno. El autor no sólo toma en consideración, desde un punto de vista crítico, todas aquellas teorías contemporáneas frente a las que formula objeciones, sino que además se halla influido por varias tendencias de nuestra época... Este libro tiene dimensiones contemporáneas en su repudio del Derecho Natural de la Escuela Clásica, en la limitación del contenido del Derecho Natural, en su oposición contra el dualismo y la rivalidad entre el orden jurídico natural y el orden jurídico positivo, en su insistencia sobre el carácter fundamental ético del Derecho Natural y en su aspiración hacia una filosofía jurídica integral". Y en Italia, Antón Filippo Ferrari ha expresado que "como se ve, estas lecciones no se limitan a tratar de algunas cuestiones filosófico-jurídicas, sino que nos dan un acabado sistema que —partiendo de una concepción filosófica realista— afronta y resuelve coherentemente todos los fundamentales problemas de la filosofía del derecho. Por la profundidad de las cuestiones y por el equilibrio y la coherencia de las soluciones, la obra examinada constituye, a nuestro parecer, no sólo un óptimo texto para los estudiantes a quienes está destinada sino también una interesante y provechosa lectura para cuantos se dedican a la consideración filosófica

del fenómeno jurídico". Por otra parte, el periodista Alejandro Avilés da cuenta de lo siguiente: "muestras de la importancia de su obra y de su magisterio, las recibí en visitas que hice a universidades latinoamericanas, en las cuales se emplea como texto en la carrera de Jurisprudencia el libro de Preciado..."

Intelectual profundo, sin embargo Preciado Hernández no ha sido de aquéllos que, como señaló Efraín González Luna, ilustre humanista coteráneo y amigo de Preciado Hernández, dedicados a la mera especulación filosófica se refugian en "su torre de marfil, como pastores que apacentaran nubes" y rehúyen así la acción comprometida. Muy por el contrario, en éste último campo también se distinguió el Maestro Preciado Hernández. Miembro fundador del Partido Acción Nacional, en septiembre de 1939 formó parte de la Comisión de Doctrina de la Asamblea Constituyente de ese Partido, junto con el ya mencionado Efraín González Luna, el ingeniero Agustín Aragón y los licenciados Samuel Melo y Ostos, Miguel Estrada Iturbide, Luis Garay y Carlos Ramírez Zetina, por lo que intervino destacadamente en el proceso de formulación, proposición y aprobación de los Principios de Doctrina de dicho Partido, así como en la proyección o actualización que respecto de ellos se llevó a cabo en 1965. Fue, pues, don Rafael un importante ideólogo, fundador y dirigente del mencionado partido político.

En 1968 como diputado a la XLVII Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, defendió gallardamente en la tribuna de esa Cámara la autonomía universitaria y exigió la desocupación inmediata de las instalaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México que habían sido ocupadas por el Ejército. En ese mismo carácter, elaboró bien fundadas iniciativas para establecer en el Código Civil del Distrito Federal la institución jurídica conocida como separación personal, para suprimir la causal de divorcio prevista en la fracción IX del artículo 267 del mismo Código Civil y para facilitar el dictamen de la iniciativa de Ley reglamentaria del derecho de petición. Tuvo, asimismo, destacada actuación en relación con la supresión de los delitos de disolución social y en relación con la regulación del delito de terrorismo. Intervino también en debates memorables sobre la democracia, los símbolos patrios, las importantes reformas que se introdujeron en 1967 a la Ley de Amparo, la libertad de educación y la iniciativa de nueva Ley Federal del Trabajo. Sobre la actuación del Maestro Preciado Hernández como diputado fede-

ral, dice Alejandro Avilés: "Lo vi actuar también como tribuno eminente y como legislador en la Cámara de Diputados, en donde fue profundamente estimado y respetado, incluso por sus adversarios políticos..." Ello se debió, sin duda, a que don Rafael llevó siempre a la práctica los principios que inspiraron su pensamiento, con congruencia ejemplar. Uno de sus discípulos más queridos, Raúl González Schmal, actualmente Director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, destaca lo anterior con las siguientes palabras, emotivas y acertadas: "sin duda, el mayor mérito del Maestro Preciado Hernández, la mejor de sus lecciones, es la de haber encarnado existencialmente los valores del Derecho en la vida pública sin solución de continuidad con su actividad docente. Teoría y práctica, pensamiento y conducta, vida privada y vida pública, nunca fueron facetas dicotómicas en su personalidad, como tantos "intelectuales políticos" de nuestro medio, sin unidad vivencial plena de congruencia y dignidad".

Preciado Hernández fue también autor de numerosos e interesantes ensayos sobre los derechos fundamentales de la persona humana, sobre diversas cuestiones políticas y sociales y sobre la democracia. Respecto de esta última, no aceptaba "la concepción formalista, que reduce la democracia a una mera técnica, a un método de formulación o elaboración de reglas sociales, de normas jurídicas, consistente en que quienes van a quedar sometidos a esas reglas o a esas normas, participen en la elaboración de las mismas, pero independientemente de valores y principios éticos". Tampoco aceptó "la corriente voluntarista del liberalismo individualista que reduce la democracia a una expresión de la voluntad general, a la que identifica en cierto modo con la voluntad de las mayorías y que pretende fundar la obligatoriedad de las normas jurídicas en esa voluntad mayoritaria, también independientemente de valores o principios éticos". La concepción democrática a la que se adhirió "comprende una doctrina de fondo y una técnica; no mera técnica, sino técnica para la realización de principios y valores éticos". Congruente con lo anterior, al expresar su fe en ella, Preciado Hernández sostenía que "la democracia es simultáneamente técnica y doctrina de fondo; técnica electoral, ciertamente, porque partimos del principio de que es el pueblo el sujeto natural del poder político; y que toda legitimación de origen en los gobernantes, en algunas personas, para ejercer funciones públicas, tiene que venir como una delegación de parte del pueblo; pero creemos también que

el contenido al que debe servir esta técnica electoral es el de asegurar el respeto pleno a los derechos fundamentales del hombre, es el de la promoción del bien común que significa bien de todos, condiciones sociales organizadas que faciliten a todos y cada uno de los miembros de la comunidad la realización de su destino material y espiritual. Esa es la democracia en que nosotros creemos y esa es la democracia por la que luchamos".

Al crearse el premio nacional de Jurisprudencia de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, y en vista de todo lo anterior, varios barristas pensamos que era claro que en la persona del Maestro don Rafael Preciado Hernández se reunían los requisitos que establece el Reglamento de dicho premio como indispensables para su otorgamiento. Por ello, don Rafael fue nominado ante la Junta General que discierne el mismo premio en 1988, 1989 y 1990, es decir, en las tres ocasiones en que se ha otorgado tan señalado reconocimiento de la abogacía mexicana a los más ameritados juristas.

Mayor en edad y en saber, el Maestro Preciado Hernández emprendió en paz el viaje definitivo el 7 de marzo de 1991, "precisamente día de la conmemoración de santo Tomás de Aquino, el prodigioso dominico doctor de la Iglesia, de quien don Rafael fue preclaro seguidor", coincidencia ésta que hizo notar Jesús González Schmal. Al día siguiente se le despidió en emotivo homenaje de cuerpo presente en su amada Facultad de Derecho. Allí, junto con quienes fueron sus alumnos en la academia, estuvieron quienes fueron sus seguidores en la política y hasta algunos de sus adversarios, de quienes, con tolerancia y respeto, el Maestro siempre supo hacer interlocutores. Indudablemente, la Patria, la Universidad y la Escuela tienen con él una deuda grande; la mejor manera de pagarla será hacer que sus enseñanzas y su testimonio, los cuales ejerció con brillo, lucidez, alegría, modestia y bondad ejemplares, permanezcan entre nosotros y rindan frutos concretos y óptimos.

## EL CONTRATO: SU MOTIVO O FIN Y LA FRUSTRACIÓN DE DICHO MOTIVO O FIN

Emilio GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE

El contrato, como una de las fuentes de las obligaciones civiles, está integrado por varios elementos, unos de los cuales se consideran esenciales o de existencia y otros que no son considerados esenciales sino accidentales o de validez.

Los requisitos esenciales del contrato, a su vez, son los generales, comunes a todos ellos, como son el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del mismo; esto último, dando pie a pensar que no todos los objetos pueden ser materia del contrato, ya sea por una imposibilidad física o jurídica; y los especiales del contrato concreto, y que por tanto no lo son de otro. El ejemplo más claro lo tenemos en la compraventa, en la que los requisitos de existencia particulares lo son la cosa y el precio.

Pero además de estos requisitos de existencia generales y comunes a todos los contratos y de los particulares y concretos a cada uno de ellos, también existen los requisitos de validez del mismo, es decir, aquellos sin los cuales el contrato puede existir y concluirse su fase genética, pero en forma anormal y viciada sin embargo. El contrato existe, pues, pero con un vicio o anomalía congénita. Estos requisitos de validez del contrato los señala clara y expresamente el Código Civil de 1928, y al efecto, el artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal señala que "El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma en que la ley establece.

Dependiendo del tipo de anomalía en tratándose de los requisitos de validez del contrato, la propia ley otorga consecuencias específicas y concretas, mismas que, en la generalidad de los casos, se requerirá del impulso del perjudicado interesado haciéndolas valer para que se

actualicen y en consecuencia bien se purifique el contrato o bien se frustre en cuanto a sus efectos jurídicos, económicos y motivadores.

Como se puede entrever, hay múltiples y variadas formas de frustrar al contrato, algunas de las cuales son voluntarias y otras que no lo son. Dicha frustración, voluntaria o involuntaria, de la cual dependerá la culpabilidad y responsabilidad del sujeto, implica el que las expectativas jurídicas, económicas y motivadoras se vean interrumpidas.

Pero es conveniente centrar nuestro tema específico, pues lo dicho hasta aquí se antoja demasiado genérico, por un lado, y nada novedoso por el otro. Sin embargo, es necesario ubicar el campo para ir penetrando en los pormenores y entrar a la idea central del tema.

De todos los requisitos de validez del contrato hay uno que inquieta por su amplio sentido y que incide violentamente en el campo de la contratación. Ese requisito es el del motivo o fin del contrato que, según el precepto que acabamos de transcribir, debe ser lícito para que el artículo 1831 del Código Civil para el Distrito Federal estable-

Pero la importancia de dicho motivo o fin contractual no sólo es destacada por dicho precepto sino por otros también. Así, tenemos que el artículo 1831 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Dicho requisito, inquietante y poco estudiado también, incide en la teoría y práctica de las ineficacias, pues el error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, siempre y cuando se declare dicho motivo al momento de celebrarse el contrato o bien si se prueba, por las circunstancias del mismo contrato, que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa. (Artículo 1813 C.C.).

Por otra parte, no sólo el motivo contractual es importante, pues si una prestación se entrega para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió sino que un cincuenta por ciento se destinará a la beneficencia pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho a recuperarlo el que lo entregó, dice el artículo 1895 del C.C. de 1928 haciendo referencia al enriquecimiento torticero o ilegítimo.

No es necesario repasar otros preceptos de la legislación para concluir que, de los requisitos de validez del contrato, el motivo o fin del mismo, que deben ser lícitos, tienen una especial y preponderante importancia. De no llegar a esta conclusión se estaría dotando al derecho contractual de una naturaleza mecánica ajena a cualquier deseo subjetivo, siendo que en el contrato y en las obligaciones derivadas del mismo el sujeto es un elemento fundamental. Las teorías objetivistas en las que el vínculo jurídico se da de patrimonio a patrimonio, concebido uno como deudor del otro, son doctrinas, en mi modesto parecer, australes y totalmente superadas en doctrina y en nuestro sistema jurídico.

Si entendemos al sujeto como el primer motor y último beneficiario del vínculo jurídico, no podemos encerrarlo en una estructura monolítica y mecánica carente de sentido y fin, luego entonces, ese motivo o fin que debe ser lícito es lo que inspira al sujeto para obligarse a través del contrato.

Es conveniente saber, sin embargo, cuál es el origen del reconocimiento que el Código Civil hace del motivo o fin en el contrato, para poder así continuar con nuestro análisis.

En realidad, y para nuestro pesar, el motivo o fin del contrato que recoge nuestra legislación encuentra su origen y se remonta a la sibilina disputa del causalismo y anticausalismo.

Domat, seguido por Pothier, sostenía que la causa final le era intrínseca al contrato y que consistía, dependiendo del tipo de contrato, en la propia prestación de la contraparte, mientras que la causa impulsiva no era otra cosa que el elemento extrínseco al contrato, subjetivo y por tanto variable. Finalmente, la causa eficiente es lo que hoy consideraríamos como la fuente de la obligación y que los romanos la limitaron al contrato, al delito, a los cuasicontratos y a los cuasidelitos.

Es el Código de Napoleón el que, recogiendo estas ideas, estampa a la causa en la legislación positiva y establece que la obligación sin causa, con causa falsa o ilícita, no producirá efecto legal alguno. (Artículo 1131 Código de Napoleón).

Se consideró, pues, que la causa de una obligación lo es la correlativa en los contratos bilaterales, mientras que en los reales, la causa lo es la entrega forzosa y previa del bien al obligado. Sin embargo los causalistas, al analizar los contratos gratuitos, necesariamente identifican a la causa con el *animus donandi*, lo que constituye sin lugar a

dudas el motivo o fin del sujeto, aspecto netamente subjetivo que choca abiertamente con su hasta entonces inmaculado razonamiento.

Surge pues, como reacción, el anticausalismo, encabezado por Ernst y Laurent, entre otros, quienes, con lógica, señalan que lo que sus opositores llaman causa no es otra cosa que el propio objeto del contrato y que por tanto es inútil y repetitivo el esfuerzo del causalismo, ya que el objeto ya se reconoce como elemento esencial del contrato. En el mejor de los casos, si no se confunde la causa con el objeto mismo del contrato, se identifica con el mismo consentimiento, como en el caso de los contratos gratuitos en donde el *animus donandi* es parte del mismo consentimiento como elemento esencial del contrato; no se puede escindir la manifestación de su contenido, luego el ánimo de donar va implícito, como alma, en el propio consentimiento manifestado.

Lo que sí es claro es que los anticausalistas, sin pensar quizá, daban la pautita y ratificaban enfáticamente que el consentimiento es forzosamente emitido por un sujeto y forzosamente también dotado de un contenido volitivo que llamaron fin perseguido. Para Beaudant, las causas se confunden con los motivos.

Al evolucionar la enconada disputa causalista y anticausalista, forzosamente se adoptaron nuevos criterios, como los de Capitant, quien, recogiendo las críticas de los anticausalistas, desemboca en lo que él consideró como la causa en los contratos, desenraizándola de su fase genética y llevándola a su fase de ejecución o cumplimiento, pues, en su concepto, la causa es el fin inmediato que persiguen las partes como lo es el cumplimiento real y efectivo de la prestación por el contratante, la voluntad de obtener la ejecución de la prestación. Si la prestación no es cumplida, desaparece la causa que tuvo el sujeto en el contrato.

El motivo o móvil, para Capitant, es un aspecto distinto a la causa en el contrato, pues mientras que la causa es siempre la misma en el contrato, como lo es la ejecución de la prestación, el motivo o fin es diverso e individual y tan variado y amplio como la mente humana.

Capitant, sin embargo, al aplicar su teoría a los contratos gratuitos, en concreto en tratándose de las liberalidades, admite, al igual que los causalistas, que la causa es el *animus donandi*, pero aclarando que es el ánimo concreto de un individuo específico y no abstracto o genérico. Finalmente Capitant admite también que la causa, en determinadas hipótesis, se identifica con el motivo o fin, pues un motivo llegaría a

ser la causa del contrato cuando ha sido para las dos partes la razón determinante de su acuerdo.

Esta teoría de Capitant, en realidad da fundamento a la rescisión del contrato por incumplimiento culpable de una de las prestaciones, pero ello evidentemente hace referencia, como lo señala el propio autor, a la etapa de cumplimiento del contrato, y lo que señalaba el Código de Napoleón en cuanto a la causa es que ella era un elemento en su formación y no en su ejecución.

Fue la jurisprudencia francesa la que, estando inmersa en este mare magnum de ideas, acabó por identificar a la causa, con el motivo determinante de la voluntad. Es decir, confunden ya a la causa final con la causa impulsiva. Desde ese cambio jurisprudencial los autores, por el flagelo de la disputa causal, inician su terminología de la motivación. Se habla desde entonces y con gran influencia en nuestra legislación del motivo determinante de la voluntad.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se han considerado anticausalistas y el de 1928 hace referencia al motivo o fin determinante de la voluntad, con la relevancia y trascendencia que señalamos en los primeros párrafos de esta ponencia a la Primera Semana Internacional de Derecho Civil (9 de marzo de 1989).

Así, pues, si ese motivo o fin son ilícitos, se puede producir la nulidad del contrato como frustración del mismo. Pero, sin embargo, no es a este tipo de frustración, de entre las variadas formas, a la que nos referimos en este tema concreto, sino a otra muy distinta.

En esta hipérbole que hemos hecho, encontramos el origen de lo que nuestra legislación recoge como motivo o fin determinante de la voluntad, pero nos hallamos de nuevo en nuestro punto de partida para el análisis del tema.

Díez-Picazo, con certera claridad, resalta, después de alejarse un poco de la hecatombe causal, que lo que se puede identificar como causa lo es en el negocio el alcanzar un resultado práctico o empírico que las partes de consuno desean, o bien siendo propio sólo de una de ellas la otra lo ha conocido con toda oportunidad y lo ha hecho suyo o cuando menos no lo ha rechazado. Causa, pues, en su criterio, y para el nuestro como base para el desarrollo del tema, es el fin práctico del contrato que es común a las partes o cuando menos manifestado por una de ellas como determinante de su voluntad y no rechazado por la otra, al aceptar la policitación, como segundo gameto del con-

trato. Estas ideas han sido inspiradas por Bonnacase, para quien se identifica la noción de causa con el motivo.

Se distingue, como lo hace la mayoría de los autores, entre ese fin práctico deseado por las partes, fin previsto de consuno o bien deseado por una de ellas pero manifestado y aceptado expresa o implícitamente por la otra, de la reserva mental, misma que no puede ser acogida por el derecho para otorgarle consecuencias jurídicas, pues lo que no ha sido externado no puede surtir efectos, por una parte, y por la otra, al pretender el reservante hacer valer su reserva mental para modificar o alterar el vínculo contractual u obligacional, estaría obrando de mala fe y, además, originando en determinadas hipótesis una *culpa in contrahendo*.

Siguiendo estas ideas, se diría que no existe la causa en el contrato cuando no se persigue un interés práctico digno de tutela, que en nuestra legislación no es otra cosa que el requisito exigido de que el motivo o fin sean lícitos.

En resumen, quitarle al contrato el fin práctico lícito buscado de consuno por las partes, o por una de ellas con el consentimiento o beneplácito de la otra, sería desanimarlo, de tal forma que caería el sistema jurídico en la fisicojuricidad, en donde se cumplen reglas y principios fatalmente, y se reduciría el papel del ser humano de inspirador y creador del contrato y su obligación, como último destinatario de la misma, a un mero instrumento conductor carente de sentido.

El derecho no serviría al ser humano como vehículo para lograr sus fines prácticos, sino a la inversa, sería el ser humano el sujeto a la fisico-juricidad. Con esto no quisiera entrar, sin embargo, al tema filosófico, completamente ajeno al que nos ocupa, relativo al respeto y supeditación del ser humano al derecho creado por él mismo a través de las estructuras legales, para regular su conducta en sociedad y en su interrelación con los demás; mucho menos al inquietante tema del derecho natural.

Ese motivo o fin inspirador del vínculo contractual, sea común a las partes o sea exclusivo de una de ellas, pero compartido de alguna forma por la otra, es la base de nuestro tema.

Dicha finalidad o motivo puede ser frustrado de múltiples formas, ya sea culpables o no, y la legislación se proyecta en consecuencias dependiendo del tipo de frustración.

Así, pues, sabemos que si ambos o uno de los sujetos contrata utilizando un motivo o fin determinante que a la postre resulta falso, es

decir, obrando bajo el imperio del error fortuito o bien, provocado en el caso del dolo o la mala fe, se podrá pedir la anulación del citado contrato, es decir, se vería frustrado y con él su fin práctico perseguido por las partes.

De igual manera, y como ya lo hemos señalado, si el motivo o fin contractual resulta a la postre ilícito, es decir, contrario a las leyes imperativas, prohibitivas o de orden público, también se podría ver frustrado el contrato y con él el fin práctico perseguido por las partes.

Por otro lado, una causa más de frustración del contrato, y con ella su finalidad, la encontramos en el incumplimiento culpable de una de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos (con un sinalagma genético o funcional) mediante la aplicación del lapidario pacto comisorio tácito o bien expreso, en su caso. Aquí también, si se reúnen todos los elementos del incumplimiento para la aplicación del pacto comisorio, como lo son el incumplimiento de una de las prestaciones en forma culpable en las obligaciones interdependientes entre sí y que el incumplimiento sea substancial de tal forma que altere el equilibrio patrimonial del contrato, entonces se puede desembocar en su frustración.

Existe, también, la lesión en el contrato bilateral cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro desproporcionado en comparación a lo que él por su parte se obliga, y reunidos los requisitos de ley, se podrá producir la nulidad del contrato con su consecuente frustración.

En torno al tema de la lesión genética del contrato, también se ha considerado por alguna legislación local, la llamada lesión sobrevenida, es decir, la teoría de la imprevisión, otorgándole efectos frustrantes del contrato o la revisión de las prestaciones cuando menos. La legislación del Distrito Federal no ha acogido dicha revisión por lesión sobrevenida.

Otra forma más de frustración la encontramos en la presencia del caso fortuito o fuerza mayor, en los que las partes, por una verdadera imposibilidad física, no cumplen con las prestaciones derivadas del contrato, perdiéndose en el abismo el fin práctico perseguido. Evidentemente, en este caso hay una nota de distinción respecto de las hipótesis precedentes, y esa nota consiste en la falta de culpabilidad en la frustración o incumplimiento de las prestaciones, como también es el caso de la lesión sobrevenida y error fortuito. En atención a esa ausencia de culpabilidad, la sanción jurídica se aleja del concepto de



indemnización de daños y perjuicios. Ese caso fortuito o fuerza mayor nos conduce a la teoría de los riesgos, tema completamente ajeno al que desarrollamos.

En todas las hipótesis fugazmente señaladas, encontramos el precepto expreso que nos da la pauta a seguir en cuanto a las consecuencias de la frustración del contrato y su fin práctico, así como las sanciones indemnizatorias, que en su caso se deben imponer al sujeto que ha obrado con culpa.

Hay una hipótesis más de frustración que, a mi modo de ver, no ha sido suficientemente explorada en nuestro derecho, hipótesis que es el punto central de nuestro tema y que además cobra importancia selecta al poner frente a frente dos principios troncales del derecho de la contratación, como lo son, la equidad, por un lado, y el *pacta sunt servanda* por el otro (artículo 1796 C.C.). Esa hipótesis, quizá quijotesca, a la que ahora nos referimos, es aquella en que, por causas imprevisibles, inevitables, ajenas a las partes y posteriores a la celebración del contrato, es decir cuando se ha cumplido con la ortodoxia contractual en su fase genética, por dichas causas externas se frustra el fin práctico buscado, sin que se perjudique, sin embargo, ni el equilibrio patrimonial contractual, ni la posibilidad concreta del cumplimiento de las prestaciones recíprocas. Las prestaciones, desde el punto de vista jurídico y económico, son perfectamente realizables y, además, dichas prestaciones siguen guardando un equilibrio patrimonial, de tal forma que no podemos considerar que estamos en presencia de una imposibilidad por caso fortuito o fuerza mayor, ni tampoco en presencia de una lesión ni genética ni sobrevenida en la fase de ejecución del contrato. Tampoco podemos considerar que estamos en presencia del error, fortuito o provocado, puesto que el contrato fue celebrado con apego a la realidad. Las partes no obran bajo el imperio del error ni al contratar ni al ver frustrada su finalidad práctica buscada, por causas imprevisibles e inevitables. Lisa y llanamente, su motivo o fin, el deseo práctico buscado por el contrato, ya no se puede alcanzar por circunstancias posteriores fuera de su alcance y control.

¿Deben, pues, las partes cumplir con las prestaciones recíprocas, a pesar de que el fin práctico ya es a todas luces inalcanzable?

Esta es la pregunta que es el punto central de esta disquisición y que me he atrevido a formular, con la esperanza de que estas ideas, de alguna forma, lleguen a ser útiles y prácticas.

Pensemos en el caso en que por causas imprevisibles, inevitables y ajenas a cualquier culpa en los contratantes, se destruya algo que está en la mente de dichos contratantes como base común del contrato. Pensemos en los casos de la coronación, en los cuales unos sujetos convinieron en arrendar una habitación con el propósito único de ver el desfile de la coronación de Eduardo VII el 26 de julio de 1902, habiéndose cancelado el citado desfile por enfermedad del Rey. El alquiler del barco "Cynthia" con el propósito de ver la Revista Naval con motivo de la coronación de Eduardo VII. Piénsese en el alquiler de un palco del Estadio Azteca con la única finalidad de ver el partido finalista del Campeonato Mexicano de Fútbol, cancelándose, por causas ajenas a las partes contratantes, el espectáculo.

En efecto, las prestaciones son susceptibles de cumplimiento, puesto que se puede pagar el precio de la renta y obtener el uso del bien rentado. Por otra parte, desde el punto de vista del ángulo económico, las prestaciones mantienen un equilibrio patrimonial, es decir, no existe una lesión sobrevenida. Es sólo que el fin práctico contractual, como lo es el disfrutar de un partido de fútbol, ya no es alcanzable. Esa frustración es imprevisible, inevitable y ajena a las partes.

Se puede pretender incluir esta hipótesis dentro de la teoría de los riesgos. Sin embargo, los riesgos evocan la imposibilidad en el cumplimiento de las prestaciones, cosa que no ocurre en la hipótesis. Se tendría que ampliar la teoría de los riesgos para comprender a la frustración de la finalidad práctica, y siendo su consecuencia no el incumplimiento sino precisamente el cumplimiento de las prestaciones por las partes quienes sufrirían las consecuencias de no haber alcanzado el fin inicialmente perseguido. Se fortalece el *pacta sunt servanda*, sacrificándose el deseo contractual. No creo que la teoría de los riesgos, como se encuentra actualmente en nuestra legislación positiva, abarque la frustración del fin del contrato, precisamente porque no hay imposibilidad en el cumplimiento de las prestaciones. No es, por otra parte, la hipótesis que señala Jossierand, en la que los espectadores han pagado al empresario el precio de sus localidades para ver un espectáculo, mismo que es cancelado por caso fortuito o fuerza mayor. Es evidente que el fin del espectador lo era ver el espectáculo pero también lo es que la prestación contractual del empresario lo era el lograr dicho espectáculo, mismo que no es posible en atención a una causa extraña. La prestación contractual es, pues, imposible desembocando en la teoría de los riesgos.

En el caso que analizamos como frustración, no hay una imposibilidad en el cumplimiento de las prestaciones pues, en realidad, el dueño del palco, que no es el empresario, se obligó a conceder su uso mediante el pago de un precio y el arrendatario a pagarlo para usar en una fecha específica el citado palco; todo ello para ver el espectáculo que sin ser una prestación contractual del arrendamiento sí es el fin práctico perseguido, mismo que se ve frustrado por causas imprevisibles e inevitables.

Se puede analizar también esta hipótesis a la luz de la condición resolutoria implícita en los contratos, es decir, que aunque no lo hayan plasmado expresamente las partes como condición, se entiende que el fin perseguido por ellas debe considerarse una condición resolutoria implícita en el acuerdo de voluntades. No compartimos, tampoco, esta conclusión, pues la condición, como modalidad de las obligaciones, implica que las partes han previsto el acontecimiento futuro de realización incierta y han querido sujetar la obligación a dicha eventualidad, mientras que en el caso analizado nos encontramos ante una verdadera imprevisión de los contratantes, imprevisión que no impacta en el equilibrio patrimonial del contrato sino en el motivo o fin determinante de la voluntad. En la obligación condicional hay una incertidumbre incluida y aceptada por las partes, consistente en saber si subsistirá o no dicha obligación. Se prevé el acontecimiento futuro y se acepta la incertidumbre. En nuestra hipótesis, las partes no sólo no han previsto el acontecimiento que frustrará su fin sino que no parten de la incertidumbre de la subsistencia o insubsistencia de la obligación; todo lo contrario, parten de la certidumbre de que la obligación existe pura y simple, de que se va a cumplir y de que se logrará el fin perseguido.

En el caso a estudio el acontecimiento imprevisto ataca estrictamente al fin perseguido mas no a las obligaciones contractuales.

Las condiciones encuentran su fundamento en una cláusula accidental en los contratos, mientras que la frustración del fin parte de una imprevisión contractual. Nuestra legislación positiva no admite aún, como cláusula esencial en los contratos, a la frustración del fin del mismo como condición resolutoria implícita.

¿Así, pues, esa imprevisión que impacta en el motivo o fin determinante de la voluntad es base y fundamento suficiente para que el sujeto se sustraiga al cumplimiento de su obligación en forma válida?

Es aquí en donde encontramos frente a frente a dos principios troncales. El *pacta sunt servanda* y la equidad. El primero exige el

cumplimiento de las prestaciones, sin reparar en la frustración del fin perseguido, con el ánimo de preservar la seguridad contractual. El segundo, como aplicación de la justicia concreta, suaviza el rigor del *pacta sunt servanda* permitiendo que el sujeto se sustraiga a su obligación por no ser ya realizable el fin práctico perseguido y sin que para ello medie culpa alguna.

Pensemos, como situación análoga, en el contrato con un plazo esencial, en el cual el cumplimiento de la prestación carece ya de interés (práctico) para el acreedor si es que se pretende cumplir fuera de ese plazo esencial pactado.

Es apetitoso el argumento que fundamenta por razones de equidad la posibilidad de sustraerse a la obligatoriedad contractual cuando su fin práctico se ve frustrado. A falta de ley expresa aplicable al caso, hay que resolver la controversia en favor de quien pretende evitarse un perjuicio y no en favor de quien pretende un lucro (artículo 20 C.C.).

Al aceptar este razonamiento jurídico para aplicarlo al caso de frustración del fin contractual hace que se acepte, por igual o mayoría de razón, para los casos de imprevisión que impactan en el equilibrio patrimonial. Rojina Villegas es uno de los pocos autores que han aceptado ese principio de equidad para admitir, con restricciones, a la teoría de la imprevisión, otorgando al juez la facultad de revisión de los contratos. ¿Debemos, como Rojina Villegas, aceptar a la equidad, ya no para revisar el contrato, sino para excusar su cumplimiento por la frustración de su finalidad práctica? ¿Debemos, por el contrario, apearnos al principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1796 C.C. para mantener incólume la seguridad contractual?

Así, se encuentran frente a frente, en una pugna constante, el principio de equidad y el principio de la seguridad contractual.

Quizás a lo que se aspira es a obtener una máxima justicia en el caso concreto, pero a la vez no atentar contra la seguridad de la contratación. Es decir, la búsqueda del equilibrio entre los dos principios en pugna, el encauzar las fuerzas de ambos para lograr esa justicia en concreto a que aspira el ser humano.

Sin embargo, es lógico que esa inquietud de lograr la frustración del contrato por la imposibilidad de alcanzar el fin práctico, que se antoja como solución viable a la luz de la equidad, a la vez despierta otra inquietud, quizá más grande, y que es la de haber creado un engendro que por el abuso que haga de él el poder judicial y las

partes en conflicto termine por atacar severamente al principio de la seguridad contractual.

Esa frustración no se podría dar más que en los contratos de ejecución diferida y no podrá darse en aquellos contratos que hayan sido total y definitivamente cumplidos, puesto que, si es aceptado y cumplido, ya no podrá pedirse su revisión o eliminación de obligatoriedad. Es necesario que entre la celebración del contrato y su ejecución medie un espacio de tiempo dentro del cual surge el evento que hace imposible el fin perseguido. Si existe un cumplimiento parcial, la conclusión lógica sería el que las partes no sólo queden sustraídas mediante la declaración judicial de la obligatoriedad sino que además haya una restitución de lo entregado.

Es, por otro lado, también esencial el que el motivo o fin práctico y determinante de la contratación sea compartido por ambos contratantes o que siendo de sólo uno de ellos lo haya manifestado al cocontratante haciéndolo partícipe del mismo.

En conclusión, se nos antoja que, en el plano ideal, como dice el maestro Borja Soriano, se acepte la equidad como elemento de templanza del *pacta sunt servanda*, para permitir así no sólo la revisión del contrato y a la sustracción de su obligatoriedad, sin responsabilidad en el caso de la frustración de la finalidad contractual se puedan los sujetos sustraer a su obligatoriedad mediante la frustración del motivo o fin mediante la tramitación del juicio correspondiente. De hecho algunas legislaciones estatales aceptan ya la revisión del contrato por el órgano jurisdiccional en caso de imprevisión. Inquieta, sin embargo, el proponer la reforma legal puesto que, atendiendo a una realidad social, se puede abusar del principio creándose una inseguridad contractual. El problema no es pues la idea misma de la frustración del fin del contrato sino de su aplicación abusiva. Habría que templar el criterio del juzgador y del postulante para dar cabida a la frustración del contrato y a la sustracción de su obligatoriedad, sin responsabilidad para las partes, por la imposibilidad de obtener el fin práctico querido.

Se podrá, pues, pensar en la inclusión de un nuevo artículo 1831-bis en el capítulo del Código Civil relativo al objeto y al motivo o fin de los contratos que fundara la frustración antes analizada y cuyas ideas preliminares serían las siguientes: "La frustración del motivo o fin determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, por hechos o circunstancias imprevisibles e inevitables que no afectan a la prestación en sí misma considerada sino al mencionado motivo o

fin, haciéndolo inalcanzable, puede invalidar al contrato, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o fin determinante común de las partes, o de sólo una de ellas que lo ha manifestado a su cocontratante sin oposición de este último".

#### BIBLIOGRAFÍA

- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Octava edición, Editorial Porrúa, S.A., 1982, México.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Quinta Edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, *Teoría General de las obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 1982.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Harper & Row Latinoamericano, Segunda Edición, México, 1982.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
- POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1978.
- GAUDEMET, Eugenio, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Cuarta Edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1983.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, España, 1983.
- ESPERT SANZ, Vicente, *La Frustración del Fin del Contrato*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1968.

Los hechos insustentables por los que se debe alentar el crecimiento de la actividad se deben en gran medida a las limitaciones de las políticas y de las instituciones financieras. Y en cuanto al desarrollo de la actividad, cabe señalar que a posteriori, cuando se han dado los hechos y se han dado las instituciones financieras, se han dado los hechos y se han dado las instituciones financieras.

### CRITICA A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO

Luis PAZOS

**SUMARIO:** *Introducción. I. La reforma para privatizar los bancos. II. La nueva Ley de Instituciones de Crédito. III. Concesión, autorización y discrecionalidad. IV. El fantasma del latifundio bancario. V. La propiedad ¿formal o real? VI. Recomendaciones. VII. Conclusión.*

#### INTRODUCCIÓN

En septiembre de 1981, el Presidente don José López Portillo anunció la estatización de los bancos durante la lectura de su VI y último informe presidencial.

En aquel entonces se esgrimieron una serie de razones para justificar tal decisión. Pero ahora está claro que la estatización de la banca cumplió con la misión de colocar a los banqueros como chivos expiatorios del desastre económico en que sumió al país el Presidente López Portillo.

Desde el punto de vista jurídico, la expropiación de los bancos constituyó una violación flagrante al orden constitucional. En los anales de la historia de México debe quedar escrito el servilismo del Congreso y de muchos juristas, que en aquel entonces aceptaron y hasta aplaudieron esa medida que, además de antieconómica, era claramente anti-constitucional y antijurídica.

En el juego semántico se habló equivocadamente de nacionalización de la banca. La banca ya era nacional, pues pertenecía a nacionales, a mexicanos. La banca nacional se estatizó y a la extranjera no se le tocó.

El mismo Presidente López Portillo estaba consciente de su inconstitucionalidad y por ello posteriormente modificó el artículo 28 de la Constitución, para convertir en constitucional lo que era inconstitucional.

Salinas con la privatización de la banca, la nueva Ley de Instituciones

El contrato insustentable por los que se debe alentar el crecimiento de la actividad se deben en gran medida a las limitaciones de las políticas y de las instituciones financieras. Y en cuanto al desarrollo de la actividad, cabe señalar que a posteriori, cuando se han dado los hechos y se han dado las instituciones financieras, se han dado los hechos y se han dado las instituciones financieras.

### CRITICA A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO

Luis PAZOS

**SUMARIO:** *Introducción. I. La reforma para privatizar los bancos. II. La nueva Ley de Instituciones de Crédito. III. Concesión, autorización y discrecionalidad. IV. El fantasma del latifundio bancario. V. La propiedad ¿formal o real? VI. Recomendaciones. VII. Conclusión.*

#### INTRODUCCIÓN

En septiembre de 1981, el Presidente don José López Portillo anunció la estatización de los bancos durante la lectura de su VI y último informe presidencial.

En aquel entonces se esgrimieron una serie de razones para justificar tal decisión. Pero ahora está claro que la estatización de la banca cumplió con la misión de colocar a los banqueros como chivos expiatorios del desastre económico en que sumió al país el Presidente López Portillo.

Desde el punto de vista jurídico, la expropiación de los bancos constituyó una violación flagrante al orden constitucional. En los anales de la historia de México debe quedar escrito el servilismo del Congreso y de muchos juristas, que en aquel entonces aceptaron y hasta aplaudieron esa medida que, además de antieconómica, era claramente anti-constitucional y antijurídica.

En el juego semántico se habló equivocadamente de nacionalización de la banca. La banca ya era nacional, pues pertenecía a nacionales, a mexicanos. La banca nacional se estatizó y a la extranjera no se le tocó.

El mismo Presidente López Portillo estaba consciente de su inconstitucionalidad y por ello posteriormente modificó el artículo 28 de la Constitución, para convertir en constitucional lo que era inconstitucional.

Salinas con la privatización de la banca, la nueva Ley de Instituciones

Para hablar de un estado de derecho, los gobernantes deben limitar sus acciones a lo marcado en la Constitución. Y no, como el licenciado López Portillo, cambiar la Constitución para que *a posteriori* coincidiera con sus actos y políticas económicas.

Los dictadores y gobiernos arbitrarios adaptan las leyes a sus deseos, mientras que los gobiernos democráticos limitan sus políticas y deseos a las leyes.

### I. LA REFORMA PARA PRIVATIZAR LOS BANCOS

En 1990, el Presidente Carlos Salinas de Gortari, ante el obstáculo que representaba la banca estatizada para la modernización y apertura de la economía, decidió romper con el monopolio estatal de la actividad bancaria y regresar a un sistema mixto (bancos del gobierno y de ciudadanos particulares), tal como se había contemplado en la Constitución de 1917.

El ejecutivo inició el proceso de reformas a la Constitución y logró la derogación de la fracción V del artículo 28 constitucional que había adicionado López Portillo. Una vez modificada la Constitución, inició la reprivatización de los bancos en 1991.

Salinas de Gortari siguió el cauce constitucional y de derecho para privatizar la banca, mientras que López Portillo pasó sobre el derecho y pisoteó la Constitución para estatizarla.

De no haber privatizado la banca el Presidente Salinas de Gortari y ante el ingreso de México al GATT en 1986 y la expectativa de liberarse los servicios financieros entre los miembros de ese acuerdo y la posible firma de un Tratado de Libre Comercio con E.U.A. y Canadá, se hubiera dado la absurda paradoja de que los extranjeros pudieran establecer bancos privados en México, mientras los mexicanos no.

La modificación de la Constitución para permitir a los ciudadanos mexicanos ejercer nuevamente la actividad bancaria era una necesidad de primer orden para adecuar la economía a la apertura y generar un ambiente de confianza entre los inversionistas nacionales y extranjeros.

### II. LA NUEVA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO

Sin embargo, a pesar del gran paso adelante que dio el licenciado Salinas con la privatización de la banca, la nueva Ley de Instituciones

de Crédito, que entró en vigor en julio de 1990, adolece de varias fallas y no corresponde al espíritu de apertura, privatización y liberación que busca el nuevo gobierno.

La nueva Ley de Instituciones de Crédito es mejor que la que estuvo vigente bajo la banca estatizada; pero sus limitaciones a los particulares impiden que podamos hablar de una verdadera privatización de la banca. Dar en propiedad algo no significa únicamente otorgar un permiso o autorización o reconocer el título de propiedad, sino permitir la libertad de decidir.

La característica de la propiedad es la libertad de disponer y usar un bien. No se puede hablar en estricto sentido de propiedad privada sobre algún objeto o empresa si el gobierno se reserva el derecho de decidir sobre su uso y destino.

### III. CONCESIÓN, AUTORIZACIÓN Y DISCRECIONALIDAD

En la nueva ley existen algunos avances y mejoras. A diferencia de la anterior, ya no se habla de concesión, palabra propia de los estados absolutistas y patrimoniales o donde el rey se consideraba dueño de todo, sino de autorización. Dice el artículo 80:

Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del gobierno federal...

Hasta aquí vamos mejor, la ley avanza, pero a continuación señala:

...que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...

Es decir, como en los gobiernos absolutistas, de poco sirve que usted cumpla con todos los requisitos que la ley pide para obtener una autorización. Al final, el gobierno "discrecionalmente", es decir, si quiere o le parece al funcionario en turno, otorgará la autorización para ejercer la actividad bancaria.

La discrecionalidad va contra la certeza jurídica, cuya ausencia ha sido característica del sistema legislativo mexicano. Esa discrecionalidad ha provocado que a muchos inversionistas extranjeros no les interese invertir en México.

Hace algún tiempo le pregunté a un asesor de inversionistas japoneses que por qué no recomendaba a sus clientes japoneses invertir

en México. Su respuesta fue que debido a la ambigüedad y discrecionalidad de las leyes mexicanas, estaban en manos del funcionario en turno.

Si el gobierno realmente quiere modernizar la banca, la ley debe marcar claramente los requisitos para ejercer la función bancaria y otorgarle la autorización a todo aquel que los cumpla. ¡Ese es un estado de Derecho!

De otra forma, se presta a los tradicionales favoritismos y corrup-telas, donde para obtener la autorización de un banco se necesita ser amigo del Presidente, del Secretario de Hacienda o realizar una labor cortesana para merecer el favor del rey.

#### IV. EL FANTASMA DEL LATIFUNDIO BANCARIO

En cuanto a la tenencia de las acciones, hay un avance en relación a la ley anterior, en la cual en un principio el único dueño y monopolista de la banca era el gobierno.

Bajo la actual ley, congruente con la reforma constitucional, pueden adquirir acciones de la banca personas físicas mexicanas y aun extranjeras. Sin embargo, bajo la excusa de "la rectoría financiera" y con la idea de evitar "latifundios bancarios", la ley establece una serie de limitaciones engorrosas y absurdas que pueden ser un obstáculo a la competitividad de la banca mexicana a nivel internacional.

Si de lo que se trata es de preservar la mayoría de las acciones para los mexicanos, con señalar que el 51% del capital debe estar en manos de mexicanos es suficiente. Pero la ley entra en una serie de limitaciones, más propias de un juego de acertijos y rompecabezas que de una ley que pretenda ser seria y moderna.

Un ejemplo de lo casuístico y enredado de la ley, lo tenemos en el artículo 22 de la misma, que transcribimos textualmente:

El consejo de administración estará integrado, a elección de los accionistas de la sociedad, por once o veintidós consejeros, o por múltiplos de once.

En el primer caso, los accionistas de la serie "A" designarán a seis consejeros. Los de la serie "B" hasta cinco y, los de la serie "C", por cada diez por ciento del capital pagado correspondiente a esta serie, podrán nombrar a un consejero.

En el segundó caso, los accionistas de la serie "A" designarán a doce miembros. Los de la serie "B" hasta diez y, los de la serie

"C", por cada cinco por ciento del capital pagado correspondiente a esta serie, podrán nombrar a un consejero.

Los accionistas de cada una de las series, que representen cuando menos un diez o un cinco por ciento del capital pagado de la institución, tendrán derecho a designar un consejero de la serie que corresponda, según se trate de consejos de administración integrados por once o por veintidós miembros, respectivamente. Sólo podrá revocarse el nombramiento de los consejeros de minoría, cuando se revoque el de todos los demás de la misma serie.

En el supuesto de los consejos que se integren por múltiplos de once, así como en los casos previstos en el párrafo anterior y en los artículos 23 fracción II, 73 y 75 de esta ley, se deben guardar las proporciones correspondientes conforme a lo dispuesto en este artículo.

El Presidente del consejo deberá elegirse de entre los propietarios de la serie "A", y tendrá voto de calidad en caso de empate. Por cada propietario se nombrará un suplente.

No cabe la menor duda de que a quien redactó ese artículo le gusta mucho jugar con rompecabezas y al juego de las serpientes y las escaleras; pero en el caso de la Ley de Instituciones de Crédito, refleja la pretensión de los funcionarios públicos de seguir complicando las leyes en lugar de simplificarlas.

En cuanto a los límites en la propiedad individual de acciones, la ley mejoró en relación a la anterior. Bajo el gobierno de López Portillo estábamos bajo el minifundio máximo financiero. Al principio ningún ciudadano mexicano podía participar en la propiedad de la banca. Después, como una gran concesión bajo Miguel de la Madrid Hurtado, podía tener hasta el 1% del capital accionario de los bancos, pero sin derecho a voto; pues en la mente enferma de estatismo de los anteriores legisladores, cualquier porcentaje mayor al 1% de las acciones en manos de un ciudadano podría ser peligroso para la soberanía nacional.

La nueva ley ya no es tan retrógrada y estatista como la anterior, pues aumenta el límite de la propiedad individual del 1% al 5% y con una autorización especial de la Secretaria de Hacienda, hasta al 10%.

Le preguntamos a los autores de la ley: *¿Cuál es la razón jurídica y económica de ese 5 y 10%? ¿Por qué no es 11, o 15%?*

Esas limitaciones son arbitrarias y se plasmaron únicamente pensando en los grandes bancos que ya existen y no en los pequeños ban-

cos que podrían surgir en varias partes de la República si no existieran esas limitaciones.

Si bien los grandes bancos requieren de muchos capitalistas, un pequeño banco podría formarlo un capitalista que quiera arriesgar su capital, pero tener el 51%.

Desgraciadamente, la mente de quienes elaboraron la Ley de Instituciones de Crédito todavía está influenciada por el miedo al qué dirán los izquierdistas o por el ya superado mito de sobreregular con la excusa de evitar la concentración de la riqueza.

Lo correcto es que no existan límites en la propiedad individual de acciones. Las necesidades de mercado y la capacidad de los inversionistas deben decidir la participación de cada ciudadano en el capital. De hecho, aun sin límites, antes de la expropiación de 1981, los accionistas individuales que más poseían no rebasaban el 10% en los bancos grandes, aunque sí en los pequeños.

Parece como si al redactar ese artículo le hubieran pedido consejo a don Augusto Gómez Villanueva, ex-secretario de la Reforma Agraria y gran promotor de expropiaciones e invasiones en el campo, o a otros "agraristas" que han dividido el campo en pequeños "cachitos" hasta convertirlo en improductivo.

Es cierto, la ley deja una puerta abierta. Y a través de grupos financieros puede un grupo controlar un banco, pero ese tipo de retruécanos denota la falta de seriedad, de certeza y de decisión de nuestros legisladores. Cuando hablo de legisladores me refiero a los técnicos del Poder Ejecutivo, que en este caso fueron los de la Secretaría de Hacienda; pues hasta la fecha los llamados legisladores, es decir los diputados, generalmente, aunque hay sus excepciones, se dedican sólo a aprobar las iniciativas del Ejecutivo, pero casi nunca participan en su elaboración y en muchos casos no comprenden su alcance ni significado.

#### V. LA PROPIEDAD ¿FORMAL O REAL?

La propiedad implica la libertad de decidir. Y en la nueva legislación bancaria, con la excusa de garantizar la calidad moral de los nuevos banqueros, el gobierno se reserva facultades que prácticamente lo siguen manteniendo como dueño de los bancos.

Para fundamentar la anterior afirmación, transcribimos el último párrafo del artículo 24:

El nombramiento de los consejeros, comisarios, del director general y de los funcionarios que ocupen cargos con la jerarquía inmediata inferior a la de aquél, requerirá aprobación de la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional Bancaria, la que en ejercicio de esta facultad, procurará evitar que se presenten fenómenos de concentración indebida o inconveniente para el sistema.

La Junta de Gobierno de la Comisión Nacional Bancaria si hace uso pleno de las facultades que le confiere la ley, tiene más poder decisorio que el grupo mayoritario de accionistas y, por lo tanto, es más dueño que los formalmente dueños. La característica del o de los dueños de un banco es nombrar al director general y a los consejeros. Y en el caso de la nueva ley, dicha potestad en último término la ejerce el gobierno a través de uno de sus organismos.

#### VI. RECOMENDACIONES

Si el Presidente Salinas realmente quiere modernizar, privatizar y colocar la banca a una altura competitiva internacional, debe revisar la obsoleta —aunque nueva Ley de Instituciones de Crédito—, si queremos que en realidad sirva de estímulo para una mayor capitalización de la banca.

En la exposición de motivos para modificar el Artículo 28 constitucional, el Presidente dijo claramente que era necesario capitalizar la banca, pero con las limitaciones y regulaciones de la ley, será más lenta y problemática la capitalización y modernización del sector. Y lejos de multiplicarse las instituciones bancarias y democratizar el capital, mantendrá la actividad financiera en los niveles previos a su estatización, es decir, concentrada en grandes bancos y capitalistas, que son los únicos que pueden hacer frente a la sobreregularidad y discrecionalidad de la nueva ley.

Si se quiere modernizar realmente el sistema bancario, recomendamos al Presidente, don Carlos Salinas de Gortari, al Secretario de Hacienda, don Pedro Aspe, y al Subsecretario de Hacienda y Crédito Público, don Carlos Ortiz, que realicen los siguientes cambios en la Ley de Instituciones de Crédito:

1o. Suprimir la discrecionalidad en las autorizaciones.

Señalar reglas claras y generales para obtener la autorización de operar un banco. Y otorgar la autorización automáticamente, como debe ser en todo estado de derecho y de certeza jurídica, a quien

cumpla con esas reglas. De no hacerlo, nos demostrará que los actuales funcionarios quieren seguir reservándose por motivos de poder, propios de regímenes mercantilistas y monárquicos, la discrecionalidad de autorizar o no autorizar; lo que va claramente contra un estado de derecho y de certeza jurídica.

2o. Suprimir las limitaciones a la propiedad individual de acciones.

México es un país con pocos bancos. Antes de la estatización había 56 instituciones de crédito, bajo el monopolio gubernamental se redujeron a 18. En Estados Unidos hay más de 13,000 bancos y más de 2,000 instituciones de ahorro. En Estados Unidos hay un banco por aproximadamente cada 16,000 habitantes, en México existe un banco por cada 4.5 millones. Es decir, en Estados Unidos hay 281 veces más bancos por habitante que en México.

Si el gobierno busca más competencia y mayor democratización del capital, debe permitir que la tenencia accionaria individual no tenga más límites que la capacidad de los inversionistas.

3o. Derogar la potestad de la Comisión Nacional Bancaria para aprobar, remover o suspender a directores generales, miembros del consejo de administración y altos funcionarios de los bancos. Prerrogativa que de ser ejercida al pie de la letra, puede convertir la privatización de la banca en una mera formalidad sin contenido real.

4o. Limitar el financiamiento directo (encaje legal y créditos) o indirecto (compra de valores gubernamentales) de la banca al sector estatal.

Los bancos dejaron de cumplir bajo los tres anteriores gobiernos su función social: la de ser intermediarios entre el ahorrista y el inversionista, y se convirtieron en un medio de financiamiento del gasto público.

La banca mexicana debe financiar el desarrollo de México. Y eso sólo se logra si presta a empresas productivas y no destina sus recursos al gobierno.

Hubo años, como 1987 y 88, en que más del 80% de los recursos que captaron los bancos fueron destinados al sector público federal. Es importante, como ya parece que empezó a implementar el actual gobierno, que la banca canalice sus créditos hacia inversiones productivas y no a comprar valores gubernamentales para financiar los *déficits* presupuestales.

## VII. CONCLUSIÓN

Si realmente el Presidente Carlos Salinas de Gortari busca que la privatización del sistema bancario redunde en beneficio de la sociedad, debe simplificar la Ley de Instituciones de Crédito y dejar claro que una cosa es vigilar e inspeccionar y otra decidir por los particulares.

Las labores de vigilancia y de supervisión a la banca son necesarias, y las debe ejercer el gobierno para evitar abusos y fraudes a los usuarios. Pero esas acciones se pueden ejercer sin necesidad de que el gobierno se reserve los derechos de decidir arbitrariamente a quiénes otorgar las autorizaciones bancarias y la potestad de aprobar a los principales funcionarios y directores de los bancos. Esas prerrogativas van más allá de la labor propia de vigilancia y corresponden todavía a la superada ideología estatista y al demagógico término fascista de "rectoría del estado", que a nuestro juicio ya está superado en la mente del actual Presidente.



ALGUNAS NOTICIAS DEL CURSO 1990/1991  
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Manuel LÓPEZ MEDINA

SUMARIO: I. Calendario escolar. II. Nueva Junta Directiva. III. Personal administrativo. IV. Movimientos en el profesorado. V. Instituto de Investigaciones Jurídicas. VI. Biblioteca y hemeroteca. VII. Publicaciones. VIII. Cursillos y conferencias. IX. Cooperaciones interinstitucionales. X. Otros acontecimientos memorables. XI. Apéndices: 1. Alumnos titulados y tesis presentadas en el ciclo 1990/1991. 2. Alumnos premiados en el ciclo 1990/1991. 3. Premio "Eduardo Trigueros Saravia" 1989/1990.

I. CALENDARIO ESCOLAR

Inauguración de cursos: lunes 3 de septiembre de 1990, 9:00 horas.

Inicio: martes 4 de septiembre de 1990.

Vacaciones:

A) Del 15 de diciembre de 1990 al 2 de enero de 1991.

B) Semana Santa, del 25 al 30 de marzo de 1991.

Terminación: 17 de mayo de 1991.

Exámenes preordinarios: del 20 al 29 de mayo de 1991.

Exámenes ordinarios: del 3 de junio al 12 de julio de 1991.

II. NUEVA JUNTA DIRECTIVA

Rector, don Fausto Rico Álvarez; Primer Vocal, don Miguel Ángel Hernández Romo; Segundo Vocal, don Francisco de Icaza Dufour; Vocal Suplente, don Mario Becerra Pocaroba, elegidos en la sesión anual ordinaria de la Junta General de Profesores celebrada el miércoles 7 de noviembre, a las 19 horas, de 1990.

III. PERSONAL ADMINISTRATIVO

Don Pedro Barrera Ardura y don Jaime del Arrenal Fenochio prosiguen como secretarios, general y académico, respectivamente; y como tesorero, don Graciano Contreras. Por segundo año consecutivo dirige

el Fondo para la Difusión del Derecho y el Consejo Editorial de la RIJELD, don Francisco de Icaza Dufour. Coordina los seminarios don Jaime del Arenal Fenochio. Renuncia don Armando Trigo Rizo a las funciones que desempeñaba en la Secretaría general. Comisionase a ésta al investigador don José Manuel Villalpando César, también coordinador del servicio social.

#### IV. MOVIMIENTO EN EL PROFESORADO

En 1o. B, doña María del Carmen Carmona Lara retoma su cátedra de *Introducción a la Investigación Jurídica*, y don Rafael Anzures, que la suplía, vuelve a su *Seminario de tesis*, de 5o. A.

En 2o. A, don Sergio Vela Treviño pide licencia por un año en su cátedra de *Derecho Penal*, atendida por don Moisés Moreno. Don Fernando Gómez Mont atiende el *Seminario de Penal*, en lugar de don Rodolfo Félix Cárdenas, que pasa al de 2o. B.

En 3o. A no se abre el *Seminario de Penal* (Don Marco Tulio Ruiz Cruz). El *dé Mercantil* es dirigido por don Miguel Vázquez Garza, sustituyendo a don Jorge Lara Guerrero, que obtuvo licencia.

En 3o. B, don José Luis Isunza regresa a su *Seminario de Penal*, que atendió durante el curso pasado doña Guadalupe Sánchez Palacios. No se abrió el *Seminario de Contratos* (Don Francisco Villalón Ezquerro).

En 4o. A, don Sergio Vela Martínez suple por segundo año consecutivo a don Iñigo Laviada Arrigunaga, con licencia, en la cátedra de *Historia General del Derecho*.

En 4o. B, la cátedra de *Derecho Civil* es atendida, como el año pasado, por su titular don Juan Manuel Asprón Pelayo, pero en éste sólo en la parte de *Sucesiones*; y la de *Familia* por don Fausto Rico Álvarez. De la cátedra de *Derecho Procesal Penal* es nombrado profesor provisional por un año, don Ignacio Mendoza Aguilar.

En 4o. A y B, don Gerardo Gaxiola Díaz suple por segundo año consecutivo a don Armando Ortega en el *Seminario de Derecho Internacional*. No se abre el *Seminario de Derecho Administrativo* (Don Jorge Federico Gaxiola Moraila). La cátedra de *Seguridad Social* pasa a 5o. año como optativa (Don José de Jesús Rodríguez Tovar y doña Isabel Becerril), pero en este curso no se lleva puesto que los alumnos de ese año ya la tuvieron.

En 5o. A, don Jorge Federico Gaxiola Moraila atiende provisional-

mente la cátedra de *Filosofía del Derecho*, en sustitución de don Miguel Villoro Toranzo, quien había fallecido el 28 de septiembre de 1990.

#### V. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Consérvase, como en el ciclo escolar anterior, constituido por los maestros Jorge Adame Goddard, Jaime del Arenal Fenochio, Martín Díaz y Díaz, Gisela Oscós Said, José Manuel Villalpando César, y quien esto escribe. Don Francisco Villalón Ezquerro obtuvo licencia en sus funciones.

#### VI. BIBLIOTECA Y HEMEROTECA

En actualización constante, continúa desarrollando sus funciones de apoyo para el estudio y la investigación, mediante el préstamo interno de libros y revistas y el servicio de fotostáticas otorgados a todo interesado, inscrito o no en la Escuela, de lunes a viernes, en horario corrido de las 8 a las 20 horas.

Su director, don Jaime del Arenal Fenochio, es auxiliado por personal renovado, encontrándose en licencia doña Laura Urbina.

#### VII. PUBLICACIONES

##### Revistas

- *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, número 14, 1990, 691 p.

- Sociedad de Alumnos: *Estudios Jurídicos 4: En homenaje a Manuel Herrera y Lasso 1890-1990*, 1989/1990, 150 p.

- *Pandecta*, Revista de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, número 16, noviembre de 1990; y número 17, primavera 1991, 32 p.

- *Liber*, de Exlide, A.C., octubre de 1990.

- *Nuestra imagen*, Sociedad de Exalumnos de la Escuela Libre de Derecho, Año 1, número 1, julio-agosto-septiembre, 1991.

##### Libros

Villalpando César, José Manuel. *Introducción al Derecho militar mexicano*, México, ELD, Fondo para la Difusión del Derecho, y Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, 1991, 134 p.

##### Colección *Varia Jurídica*

Díaz y Díaz, Martín. *Emilio Rabasa: Teórico de la dictadura necesaria*, México, ELD, Fondo para la Difusión del Derecho, y Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, 1991, 117 p.

## VIII. CURSILLOS Y CONFERENCIAS

Mencionemos, entre otros, los siguientes:

1. *La libertad religiosa en México* fue tema de tres conferencias que en días sucesivos de la primera semana de noviembre de 1990 sustentaron: don Raúl González Schmal, director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana; don Manuel González Oropeza, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; y doña Rosa María Martínez de Codes, maestra de la Escuela de Historia de la Universidad Complutense de Madrid. En día posterior participaron en una mesa redonda: don Jorge Adame Goddard, investigador en la ELD; doña María Refugio González, directora del Centro de Estudios Sobre la Universidad; doña Soledad Loaeza Tovar, directora del Instituto de Relaciones Internacionales del Colegio de México; y don Salvador Abascal Carranza. Moderador fue don José Luis Soberanes Fernández, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas mencionado. Dichos actos académicos fueron organizados entre la ELD y el Instituto referido, bajo la coordinación de don Francisco de Icaza Dufour.
2. *Análisis del nuevo marco jurídico de la banca mexicana*, ciclo de cuatro conferencias a cargo de: don Francisco Borja Martínez: La reforma constitucional en materia bancaria; don José Gómez Gordoa: Análisis de la Nueva Ley de Instituciones de Crédito; don José Luis de la Peza: Análisis de la Nueva Ley de Grupos Financieros; y don Víctor Miguel Fernández Valadez: El marco jurídico y económico de la desincorporación de la banca (12-15 de noviembre de 1990).
3. Promovidas por la Sociedad de Alumnos, hubo diversas conferencias a lo largo del ciclo escolar, sobre contratación internacional, eutanasia, nulidades y otros temas jurídicos y sociales, como la que sostuvo don Manuel Camacho Solís, Regente del Distrito Federal, a principios de marzo de 1991, sobre las *Soluciones a los problemas de la gran Ciudad*, y la que había impartido en noviembre de 1990 don Christian Rohr, Presidente de la Cámara Mexicana-Alemana de Comercio, acerca de *La reunificación alemana*.
4. Un *Seminario de traducción de textos jurídicos latinos* para inicia-

dos y un *Cursillo en latín* para principiantes, desarrolláronse de octubre de 1990 a marzo de 1991, conducidos por quien esto escribe.

## IX. COOPERACIONES INTERINSTITUCIONALES

1. Al V Congreso de *Historia del Derecho Mexicano* concurrieron y presentaron ponencias: don Francisco de Icaza Dufour, don Jaime del Arenal Fenochio, don Fernando A. Vázquez Pando y quien esto escribe (Ajijic, Jalisco, noviembre de 1990).
2. En la *III Semana de Derecho Romano* de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón UNAM, participaron don Jorge Adame Goddard: *Los daños causados por animales*; y quien esto escribe: *Máximas romanas en el Derecho mexicano* (11 de febrero de 1991).
3. Don Jorge Adame Goddard dictó una conferencia en el *Seminario Internacional de Derecho Romano*, organizado por la Universidad de Panamá, sobre "El Derecho como jurisprudencia" (marzo de 1991). Y tuvo a su cargo la Lección magistral en la ceremonia de inauguración de cursos de 1991 de la Facultad de Derecho de la Universidad Latino Americana.
4. Un *Taller de tesis* dirigió quien esto escribe en la División de Estudios de Posgrado de la Escuela de Derecho de la ENEP-Aragón, UNAM (mayo de 1991).
5. Don Jaime del Arenal Fenochio presentó una ponencia en la Jornada Nacional contra la tortura, 15 al 19 de octubre de 1990, organizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el Archivo General de la Nación: "La tortura, un asunto liquidado para los juristas mexicanos de finales del siglo XIX".  
Otra, en el Primer Simposio Panamericano: México, sus hombres, su futuro, 25 a 27 de octubre de 1990, Universidad Panamericana: "Desmitificación en la historia de México".  
Dictó una conferencia en el Primer Congreso Nacional UNIV 1991, IPADE, 15 y 16 de febrero de 1991: "América y Europa ante el V Centenario de su mutuo encuentro".  
Otra, sobre "Antecedentes novohispanos del juicio de amparo", en la Facultad de Derecho, Universidad de Colima, 9 y 10 de noviembre de 1990.  
Una más, sobre "La pena de muerte en la época de Vallarta", en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guadalajara, 12 de noviembre de 1990.

Y pronunció otra sobre "El nacionalismo de los conservadores mexicanos del siglo XIX", en el Instituto Cultural Helénico, el 15 de julio de 1991.

Dirigió un Seminario sobre Ideas e Instituciones políticas en México, en El Colegio de Michoacán, enero-abril de 1991.

Desarrolló un *Curso sobre Historia del Derecho Mexicano*, en la maestría en Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, enero-marzo de 1991.

#### X. OTROS ACONTECIMIENTOS MEMORABLES

1. El Fondo para la Difusión del Derecho —con la activísima cooperación de doña Gisela Oscós Said— y Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial, llevaron a cabo en octubre de 1990 la venta anual de publicaciones.
2. Dicho Fondo celebró y mantiene convenios de distribución y consignación con las librerías: Conesa (Colegio de México), Ecumene, IMDOCSOC, Ediapsa y Tribunal Fiscal de la Federación, distribuidoras habituales del material del Fondo. Asimismo, se constituyeron consignaciones del material con los maestros Martín Díaz y Díaz y José de Jesús Rodríguez Tovar y con el Sr. Julián Cruz Mecinas.
3. La Sociedad de Alumnos colaboró con la H. Junta Directiva de la Escuela en la organización de conferencias. Realizó diversos concursos y actos académicos, culturales, deportivos y sociales. Atendió la asesoría jurídica gratuita, la bolsa de trabajo y las relaciones interuniversitarias.
4. La *comida a profesores* que anualmente les ofrece la H. Junta Directiva sirvióse un día de diciembre de 1990 en el Club de Banqueros.
5. Para conmemorar el septuagésimo noveno aniversario de la Escuela, la Sociedad de Alumnos organizó la tradicional *comida anual* un día del mes de marzo de 1991 en el Casino del Bosque.

#### XI. APÉNDICES

##### 1. ALUMNOS TITULADOS Y TESIS PRESENTADAS EN EL CICLO 1990/1991

2216. José Raúl Ramírez García  
*La actividad parareglamentaria de la Administración Pública.*  
13 de septiembre de 1990.
2217. Daniel Rosales Camacho  
*Protocolo abierto especial.*  
19 de septiembre de 1990.
2218. José Guzmán Montalvo  
*Análisis del artículo 10 constitucional.*  
20 de septiembre de 1990.
2219. Alfonso Jesús Sepúlveda García  
*La regulación de la institución de la adopción según el Código Civil en vigor para el Distrito Federal.*  
25 de septiembre de 1990.
2220. Haydée Lorena Lara Sánchez  
*Excepciones a los principios rectores en el Derecho Procesal Civil.*  
3 de octubre de 1990.
2221. Elizabeth Judith Barrera  
*El matrimonio civil: auténtica opción jurídica para el desarrollo familiar.*  
16 de octubre de 1990.
2222. Graciela Oliva Jiménez Godínez  
*El notario como secretario. Estudio del artículo 68 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*  
23 de octubre de 1990.
2223. Gerardo Montero Solana  
*Inconstitucionalidad de la facultad discrecional de las autoridades administrativas.*  
29 de octubre de 1990.
2224. Armando Olán Niño \* *Mención por el caso práctico.*  
*La estructura social de los valores jurídicos.*  
30 de octubre de 1990.
2225. Francisco Fuentes Ostos \* *Mención por su examen.*  
*Inversión extranjera temporal en materia minera.*  
8 de noviembre de 1990.

2226. Fausto Alejandro González Aceves  
*Algunas consideraciones jurídicas y filosóficas en torno a la personalidad jurídica del ser humano.*  
9 de noviembre de 1990.
2227. Mauricio Alejandro Oropeza Estrada \* *Mención por su examen.*  
*El capítulo de sanciones de la Ley Federal de Derechos de Autor.*  
14 de noviembre de 1990.
2228. María Guadalupe Celia de la Llata Valenzuela  
*Relación Iglesia-Estado desde las Leyes de Indias hasta la Constitución de 1917.*  
16 de noviembre de 1990.
2229. Alfonso José Gómez Sandoval Hernández  
*Un nuevo modelo democrático para los municipios mexicanos.*  
21 de noviembre de 1990.
2230. Ricardo Hernández Estrada \* \* \* *Tesis laureada y Mención por su caso práctico y examen.*  
*Las diferencias entre las normas jurídicas y las reglas del trato social.*  
23 de noviembre de 1990.
2231. Esteban Gilberto Dalehite Ballard \* \* *Mención por el caso práctico y su examen.*  
*Federalismo y federalismo de partidos políticos.*  
27 de noviembre de 1990.
2232. Alejandro Jácome Ciprés  
*La terminación de las relaciones individuales de trabajo.*  
28 de noviembre de 1990.
2233. Carolina Ortiz Porras \* \* *Mención por su tesis y examen.*  
*La sociedad cooperativa.*  
30 de noviembre de 1990.
2234. Luis Eduardo Iturriaga Velasco  
*El fideicomiso público como entidad de la Administración Pública descentralizada.*  
5 de diciembre de 1990.
2235. Ricardo Obert Martínez  
*El contenido cultural del Derecho Penal.*  
7 de diciembre de 1990.
2236. Pedro Porcayo Guevara  
*La necesidad de un sistema de reconstitución de protocolo en*

- el sistema notarial mexicano.*  
11 de diciembre de 1990.
2237. José Antonio Garduño López  
*Los recursos administrativos.*  
13 de diciembre de 1990.
2238. José Luis de Labra Madrazo \* *Tesis laureada.*  
*Información privilegiada: Hacia un control de su uso indebido.*  
18 de enero de 1991.
2239. Mario Manuel Tovar Flores \* \* *Mención por el caso práctico y su examen.*  
*El programa nacional de Solidaridad y su Comisión.*  
22 de enero de 1991.
2240. María Guadalupe Pérez Miranda  
*Estudio sobre la licitación pública en México y bases para la nueva ley de licitación.*  
23 de enero de 1991.
2241. María de Jesús de Salvidea de Miguel \* *Tesis laureada.*  
*Protección jurídica de los embriones humanos.*  
10. de febrero de 1991.
2242. Ernesto Bojalil Andrade  
*El ofendido como parte de equilibrio procesal ante la omnipotencia del Ministerio Público.*  
26 de febrero de 1991.
2243. Jorge Alejandro Sodi Patiño \* \* *Tesis laureada y mención por su examen.*  
*Algunas consideraciones jurídicas acerca de las nuevas técnicas de procreación asistida.*  
28 de febrero de 1991.
2244. Julio Isidro Santos Coy Aguilar \* *Mención por su examen.*  
*De una posible reestructuración orgánica y administrativa de los tribunales de justicia del fuero común en materia civil del Distrito Federal.*  
11 de marzo de 1991.
2245. Armando Federico Beteta Contreras  
*Funcionamiento del Poder Legislativo Federal.*  
12 de marzo de 1991.
2246. Antonio Pano Mendoza  
*Algunas consideraciones jurídicas en torno al fideicomiso en*

- zona prohibida.  
14 de marzo de 1991.
2247. Fernando Borja Mújica \* *Tesis laureada.*  
*Régimen jurídico interno aplicable a los bonos a la par y de descuento emitidos por los Estados Unidos Mexicanos con motivo de la reestructuración de 1990 de la deuda pública externa con la comunidad financiera internacional.*  
18 de marzo de 1991.
2248. Claudio Xavier González Guajardo \* *Tesis laureada.*  
*Reflexiones acerca de la regulación jurídica de la inversión extranjera en México: Por qué y en qué sentido se debe modificar la Ley.*  
19 de marzo de 1991.
2249. Jorge Jesús Sepúlveda García  
*Análisis de la apelación extraordinaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*  
9 de abril de 1991.
2250. Odette Mobarak Vale \* *Mención por su examen.*  
*Exigencia de la regulación en la legislación mexicana de la transferencia electrónica de fondos.*  
10 de abril de 1991.
2251. María Teresa Fernández Labardini  
*Algunas reflexiones acerca de los llamados convenios ejecutivos.*  
11 de abril de 1991.
2252. Julio Esponda Ugartechea \* *Mención por su examen.*  
*El enjuiciamiento de los inimputables por enfermedad mental en el estado de Querétaro.*  
12 de abril de 1991.
2253. Alberto de la Parra Zavala  
*La inmunidad soberana de jurisdicción en el Derecho mexicano.*  
15 de abril de 1991.
2254. Fanny Angélica Eurán Graham \* *Tesis laureada.*  
*La tortura en la averiguación previa.*  
17 de abril de 1991.
2255. Federico Bárcena Mastretta  
*La figura del raporto y su aplicación en México.*  
24 de abril de 1991.
2256. Gabriela Fernández Skinfield  
*Consideraciones sobre la responsabilidad bancaria en materia*

- de cajas de seguridad.*  
25 de abril de 1991.
2257. Mauricio García de Luca \* \* *Mención por su examen y caso práctico.*  
*El fideicomiso en la zona restringida.*  
26 de abril de 1991.
2258. José Francisco Mere Palafox  
*Hacia una nueva definición de actividad comercial para efectos de inmunidad estatal.*  
29 de abril de 1991.
2259. Antonio Chávez Bueron \* *Mención por su examen.*  
*La ética profesional del abogado.*  
30 de abril de 1991.
2260. Lucía Villalón Trujillo \* *Tesis laureada*  
*Análisis jurídico político de los partidos políticos en México: Su marco jurídico, su realidad y sus perspectivas.*  
2 de mayo de 1991.
2261. Rafael Romo Corzo  
*El secreto bancario y el acuerdo de intercambio de información tributaria entre México y Estados Unidos.*  
3 de mayo de 1991.
2262. María Magdalena Rendón León  
*Algunas reflexiones sobre el sistema presidencial mexicano.*  
6 de mayo de 1991.
2263. Rogelio Verduzco Larrondo  
*El artículo 257 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.*  
7 de mayo de 1991.
2264. Jorge Leonardo González García  
*La empresa individual de responsabilidad limitada.*  
8 de mayo de 1991.
2265. Fabián Alejandro Guzmán García \* *Mención por su examen.*  
*Las agrupaciones financieras y la banca universal.*  
9 de mayo de 1991.
2266. Michael Alexander Devlyn Joannis \* *Mención por su examen.*  
*El contrato de franquicia y su regulación en México.*  
9 de mayo de 1991.
2267. Víctor Rodríguez Baggio  
*Influencia de los conceptos civiles en el Derecho Penal.*  
13 de mayo de 1991.

2268. Luis Raúl Leyva Montaña  
*La naturaleza del Derecho Internacional.*  
13 de mayo de 1991.
2269. Mónica Emilia Villanueva Cruz  
*El concepto de democracia en la Constitución mexicana.*  
14 de mayo de 1991.
2270. Armando Zacarías Ostos Zepeda  
*Análisis sobre la facultad de atracción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*  
14 de mayo de 1991.
2271. Ricardo Arturo Valdez Stoopan  
*Los elementos de tipificación del delito de defraudación fiscal.*  
15 de mayo de 1991.
2272. Rodrigo González Luna Castellanos  
*Efectos mercantiles y fiscales de la fusión de sociedades anónimas.*  
16 de mayo de 1991.

## 2. ALUMNOS PREMIADOS EN EL CICLO 1990/1991

### Primer año B

- 1er. premio  
Verónica Rodríguez Ladrón de Guevara
- 2o. premio  
Felipe de la Mata Pizaña  
Guillermo Oliver Bucio  
Stephan Harald Tribukait Vasconcelos

### Primer año C

- 1er. premio  
Alejandro Ostos Fulda
- 2o. premio  
Carlos Reygadas Castillo

### Segundo año A

- 2o. premio  
Carmina Cortés Rodríguez

María Teresa Chávez Martínez  
Claudia Norma Freyre Castañeda  
Alejandro Jaime Gómez Sánchez

### Segundo año B

- 1er. premio  
Gerardo Ambrosio González

- 2o. premio  
María Fernanda Barrera Cristiani  
Claudia Gisela de la Borbolla Perales  
Leopoldo de la Garza Marroquín  
Carlos Javier González Robles  
Gustavo Raúl Maza Domínguez  
Miguel Ángel Zamora y Vega

### Tercer año A

- 2o. premio  
Gabriela Carolina Reyes y Rojas

### Tercer año B

- 1er. premio  
Ricardo Luis More Domenech

- 2o. premio  
Raúl Fernando Cárdenas Eychenne  
Luis Alberto Domínguez González

### Cuarto año B

- 1er. premio  
Juan Pablo Rico Caso

- 2o. premio  
Rafael Manuel Sámano Palacios  
Diana Gabriela Sánchez Dávila

Quinto año A  
Marta Teresa Chávez Martínez  
Claudia Norma Pérez  
Alejandro Jaime Gómez Sánchez

2o. premio

Julián Fernández Rodríguez  
Carlos Xavier Riquelme Cacho  
Luis Demetrio Santos Jiménez

Quinto año B

1er. premio

Carlos Humberto Poncé Trejo

2o. premio

Elisa Guadalupe Hernández Romo Valencia  
Roxanna Ivette Mayén Carey  
Terpsicore Suárez Guati-Rojo

3. PREMIO "EDUARDO TRIGUEROS SARAVIDA" 1989/1990

Ofrecido por Fomento Cultural Banamex, A.C., para el autor de la mejor tesis laureada por la Escuela (Medalla de oro y \$3'000,000.00) correspondió y fue entregado en la ceremonia de iniciación de cursos del 2 de septiembre de 1991 a doña María del Rosario Guzmán-Poire: *Génesis y perspectivas de la legislación vigente en México en materia de Iglesia y libertad religiosa.*

1er. premio  
Rafael Fernando Cárdenas Echeverría  
Luis Alberto Domínguez González

Quinto año B

1er. premio  
Juan Pablo Rico Cazo

2o. premio  
Rafael Manuel Sámano Palacios  
Diana Gabriela Sánchez Davila

... de un puñado de estudiantes que se separaron de la institución del medio universitario en busca de un clima de superación intelectual.

Nuestros profesores se inspiran en el ejemplo de los maestros que...

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR LICENCIADO MIGUEL ANGEL HERNÁNDEZ ROMO EL 2 DE SEPTIEMBRE DE 1991 EN LA CEREMONIA DE APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1991/1992

Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho,  
Distinguidos señores Ex-rectores,  
Honorables Profesores,  
Estimados Alumnos,  
Señoras y Señores:

Hoy hacemos un alto en el camino para bruñir nuestras armas y tomar nuevos bríos al calor de la guerra encendida por nuestros mayores. Por ello es oportuno recordar que hace 79 años al inaugurarse el primer curso de nuestra Escuela Libre de Derecho, el primero de nuestros rectores imploraba: "Dios, autor de las buenas leyes e inspirador de las buenas obras, haga que esta Institución viva y prospere". Y el Señor de la historia, el día de hoy, da vuelta a una página más del libro de los anales de nuestra Escuela.

Hoy nos toca evocar la gloriosa epopeya que dio nacimiento a una de las instituciones más sólida de nuestra Patria. En obsequio de una inventerada tradición, hoy glorificamos los nombres de Agustín Rodríguez, Luis Méndez, Macedo, Rabasa, Fernández del Castillo, Trigueros, Velasco, Herrera y Lasso, que forman nuestra patrística. Hoy honramos también a Casares, Cárdenas y García Jimeno, que nos precedieron en el tránsito glorioso a la posesión de la justicia plena. Y tenemos la fortuna de contar entre nosotros a Gómez Gordoa, De la Peza, Cándano y a nuestro actual Rector Don Fausto Rico Álvarez, los cuales han sabido eslabonar sus esfuerzos para la brillante supervivencia de la Institución.

Vale la pena recordar que nuestra Escuela nace como las grandes universidades, como la de Cambridge procede de una escisión de la de Oxford, como la de Padua procede de una recesión escolar de la de Bolonia. Así también nuestra Escuela procede de una sublime rebelión



creadora de un puñado de estudiantes que se separaron en protesta a la mediocridad del medio universitario en busca de un clima de superación intelectual.

Nuestros profesores se inspiran en el ejemplo de los mentores romanos, que enseñaban por vocación y no por estipendio alguno. Nuestros alumnos encarnan el honor que da vida al orden y disciplina de la Escuela. Nuestros exalumnos son gloria y prez del foro mexicano, que ha conocido su agudeza y tenacidad; la judicatura, su sapiencia y rectitud; el notariado, su fidelidad; y apenas si existe alguna institución que requiera del prudente consejo de un jurista, donde no esté presente uno de los hijos de nuestra Escuela. Por eso, podemos parodiar a Tertuliano: "Somos de ayer y todo lo hemos llenado".

Tres conceptos se enlazan para formar esta sublime realidad: la Institución docente de Derecho más prestigiada del país, que ha servido de inspiración al nacimiento de otras instituciones, en nuestra patria: ESCUELA, LIBERTAD, DERECHO.

Magníficos párrafos se han escrito sobre lo que es nuestra Escuela: la sincera convivencia de alumnos y profesores; de guías, de orientadores, que de manera cordial, respetuosa y desinteresada, van forjando criterios jurídicos en las mentes de sus alumnos; jóvenes alegres, responsables, ávidos de abrevarse en esta perenne fuente, para aprender los criterios de una solución justa, y aplicarlos a los problemas del mundo moderno, que confronta, en un explosivo renacimiento, los valores fundamentales del hombre, pero que con desatino denomina: al robo, una expropiación del pueblo; a la mentira, estrategia comercial; y al homicidio, un mal necesario.

Los maestros llevamos esculpida la lección que con luminosa palabra nos enseñara Herrera y Lasso:

No es maestro —nos decía— el profesor engreído que abrumba a los alumnos con alardes de superioridad, ni el elocuente que les dice discursos y reclama aplausos. Maestro es el que conoce los caminos y sugiere el derrotero, el que suscita ideas, sin coerción que las imponga, el que adoctrina, con matiz paternal, en el tono de confianza del diálogo socrático, el que vigila la eclosión del germen, ayuda a su crecimiento natural y enriquece su desarrollo con el injerto de la enseñanza.

Por eso, la cátedra no es el trípode del oráculo, ni la tribuna del orador, ni el pedestal del soberbio, sino el asiento elevado,

visible para todos, desde el cual puede captar el maestro la atención de los discípulos y lograr con cada uno la fusión espiritual.

Por otra parte, debemos añadir: No es alumno aquel que se inscribe en nuestra Escuela, sino el que hace un esfuerzo constante, el que asiste a clase con la sed del saber, el que piensa, reflexiona, dialoga con el maestro, el que discute, estudia e investiga y se inviste de la tradición y espíritu del *Alma mater*.

Si; nuestra Escuela no es un club social, en el que todos y cada uno parlotea en plena algarabía, sino la asamblea en que profesores y alumnos se esfuerzan por fomentar la investigación, el estudio y la difusión del Derecho; ni es la camarilla que aplaude servilmente al magnate, sino el foro en que se discute, sí, con honradez, pero en un clima de libertad.

Elocuentes discursos se han pronunciado en este mismo *rostrum* sobre la libertad, como característica esencial de nuestra Escuela. Bástenos recordar que en los años de 1932 y 1933, cuando el déspota pretendió cortar las alas de su libertad, se levantó gallarda, para protestar, con respeto, pero también con energía, preservando su esencia, para re proyectarse a las alturas sin permitir encadenamiento alguno a su libertad. Briosamente lo dijo Horacio: *Non bene pro toto libertas venditur auro* (la libertad no se vende ni por todo el oro del mundo).

Sin embargo, no mucho se ha escrito sobre la finalidad de nuestra Escuela Libre; no mucho se ha escrito sobre ese laboreo que en la más nítida atmósfera de libertad, nos une a todos, maestros y alumnos: El Derecho. Y es, que se da por sabido.

Pero, lo que por sabido se calla, corre el riesgo de olvidarse, malinterpretarse o distorsionarse. Por ello, considero oportuno dedicar unos momentos a la reflexión de lo que constituye la meta, el fin de nuestros esfuerzos, de nuestra vida profesional: El Derecho.

Hay quienes pretenden que es Derecho toda expresión de la voluntad del legislador, sin preocuparse por examinar si lo mandado es un mero capricho o si se ajusta a un orden racional.

Hace más de dos mil años, Marco Tulio Cicerón, en su tratado *De Legibus*, refutaba esta postura, en los siguientes términos:

Al igual que no pueden llamarse recetas médicas, de verdad, las que matan en vez de curar, como lo hacen algunos médicos

ignorantes y sin experiencia, así tampoco es ley para una comunidad un dictamen cualquiera, sea como sea, y menos cuando perjudica de algún modo al pueblo que la padece.

¿Y por qué si la ley puede convertir en algo justo la injusticia, no puede también convertir en algo bueno, lo malo? Y es que para distinguir la ley buena de la mala, no tenemos más norma que la de la naturaleza. La naturaleza grabó en nuestro espíritu un sentido común, para que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que eso depende de la opinión de cada uno y no de la naturaleza, es cosa de locos.

Atrapados por las "garras del Tecnicismo sofocante" de nuestra época, muchos pretenden que el Derecho es una mera técnica que relaciona una hipótesis normativa con una consecuencia de Derecho, despojándolo de todo contenido y finalidad, y como decía Jeremías Bentham, abandonado a la magia de los juristas técnicos, se puede hacer lo malo, bueno, y lo justo, injusto, a través del ejercicio del Derecho.

Si el Derecho se redujera a una mera técnica normativa, alumnos y maestros estaríamos frustrando nuestras vidas sedientas de justicia, que buscan constantemente soluciones justas para los problemas del hombre unamuneco: "ese hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere; el que come, bebe, y juega, y duerme y piensa y quiere, el hombre a quien se ve, a quien se oye, el hermano, el verdadero hermano" y no el bípido implume de la leyenda o el contratante social rusoniano o el *homo oeconomicus* marxista.

Por ello, no podemos aceptar como la esencia del Derecho una mera fórmula técnica, sin contenido humano que vele por el bien de la comunidad. Un Derecho deshumanizado sería técnica sin alma. Una técnica sin humanismo y un humanismo sin valores de justicia, es un absurdo para el jurista.

No faltan quienes presentan el Derecho como un mero producto de las fuerzas sociales, históricas, económicas, a las que está sujeta la sociedad; un producto de la evolución histórica nacido de la conciencia popular, de suerte que la persona no sería más que un juguete de esas fuerzas impersonales.

Es innegable que el Derecho es una manifestación cultural, un hecho histórico y social; pero el Derecho es mucho más que eso: Es razón descubridora de ideales de justicia. Y nuestra propia experiencia, fuente

de conocimiento, nos demuestra que no somos objeto de un ciego determinismo mutilante de nuestra libertad.

Debemos percatarnos que la verdadera causa de las injusticias sociales no es económica; sino moral y jurídica: Es el desconocimiento de la dignidad humana.

¿Qué es entonces el Derecho, ese fenómeno social que constituye la finalidad de los esfuerzos de alumnos y profesores de nuestra Escuela y de toda sociedad?

La respuesta nos la ofrecen los juristas romanos: El Derecho es *Divinarum atque humanarum rerum notitia; iusti atque iniusti scientia* (El conocimiento de las cosas divinas y humanas; la ciencia de lo justo y de lo injusto). O si preferimos, en fórmula más corta: *Ius est ars aequi et boni* (El Derecho es el arte de lo equitativo y de lo bueno). Porque, como expresa un jusfilósofo moderno: el Derecho es técnica, es arte, es ciencia, es filosofía.

La vida del jurista carecería de sentido, si luchara como juguete del devenir histórico para aplicar una técnica sin alma. Lo que da sentido a la vida del jurista es su lucha cotidiana por buscar y aplicar soluciones justas a los hombres víctimas de la injusticia, angustiados por encontrar soluciones a sus problemas.

Para decirlo en palabras de Francesco Olgiati:

El Derecho es un hecho a la par que un valor, se concreta en una actividad históricamente condicionada, y sin embargo, está animado por un concepto que tiene carácter absoluto; es mudable en su desarrollo, y no obstante inspirado en principios inmutables; se refiere a la exterioridad y a pesar de ello no vive más que de elementos específicos que se refieren a la interioridad; reclama la fuerza en su defensa, aun perteneciendo al mundo del espíritu; es útil y no obstante moral; exige el realismo de Rómulo y el idealismo de Platón; implica la autoridad y es el medio de la libertad; tiene como fin la persona humana y sin embargo la concibe en relación al organismo social; impone deberes y a pesar de ello es Derecho. Es un grandioso sistema al que sólo puede regatear su aplauso admirativo quien lo desconozca.

El Aquinate en fórmula feliz, nos enseña que el Derecho es *Ordinatio rationis, ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet*

*promulgata* (Un ordenamiento de la razón, promulgado por el legislador, para lograr el bien común).

Nuestro título profesional hace eco del ideal-realidad por el que luchamos: *Ius neque inflecti gratia; neque perfringi potentia; neque adulterari pecunia debet*. (El derecho no se doblega ante los favores, ni se quiebra ante el poderoso, ni se corrompe por el dinero).

Los dioses marcaron a Roma su destino, como en su poema inmortal, la Eneida, lo dijo el mantuano: *Tu regere imperio populos, Romane, memento* (Recuerda, romano, que tu misión es gobernar a los pueblos con el Derecho). Y Roma cumplió y sigue cumpliendo su misión.

Nuestra Escuela Libre de Derecho también tiene señalada su misión: Investigar, enseñar y difundir el Derecho, un Derecho que participa del orden normativo; del orden social y del orden ético, cuya finalidad es el bien común, la seguridad jurídica y la justicia, sin la cual no puede concebirse el Derecho. El jurista, en la frase de Ulpiano, es el sacerdote del Derecho, de esos valores.

El Derecho no es una ciencia acartonada para retóricos y apologistas, peritos en silogismos vacuos; el Derecho es una realidad, viva, palpitante, cuyo ejercicio enaltece a los que la profesamos, como caballeros andantes de la justicia, cuya orden, como nos cuenta Cervantes, se instituyó "porque crecía la malicia, para desfacer entuertos, defender doncellas, amparar viudas y socorrer a los huérfanos y menesterosos"; ideales que encarna el sistema jurídico de nuestra patria, con tintes de dramatismo, y que advertimos en los artículos 27 y 123 constitucionales, protectores de los menesterosos; en el Derecho de amparo concebido como arma eficaz contra los desmanes de la autoridad que agravia a los gobernados; en la justicia familiar, protectora de doncellas, viudas y huérfanos, cuya tragedia ha quedado plasmada con pinceles de fuego en el muralismo mexicano.

El Derecho es la expresión de lo justo; y lo justo es lo que cuadra, lo que se ajusta a lo que exige la naturaleza del hombre; que por eso no se sacude al viento del capricho del tirano, ni al oro del mejor postor; es inflexible e inmutable. Eso es lo justo.

Estimados alumnos de la Escuela Libre de Derecho:

Tienen ustedes un reto que superar, una meta que alcanzar: continuar con dedicación y con entusiasmo la tradición de nuestros mayores, imbuidos en la mística de nuestra *Alma mater* y con el entusiasmo

de los años mozos, desbrozar la maleza que impide el avance de la ciencia del Derecho, de nuestro Derecho patrio.

Honorables profesores de la Escuela Libre de Derecho:

Ustedes, guías sabios de la juventud, brillarán como el esplendor del firmamento; ustedes que enseñan a muchos la justicia, resplandecerán como estrellas por toda la eternidad.

Para nosotros, debemos tener conciencia de que el Derecho no debe ser doblegado por el favor, ni quebrantado por el poder, ni corrompido por el dinero.

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR RAFAEL AVANTE JUAREZ, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS, EN LA INAUGURACIÓN DEL CICLO ESCOLAR 1991/1992, EL 2 DE SEPTIEMBRE DE 1991**

Sr. Rector, Lic. Fausto Rico Alvarez,  
Estimados Maestros,  
Compañeros,  
Amigos todos:

*El Derecho no debe ser doblegado por el favor,  
ni quebrantado por el poder,  
ni corrompido por el dinero.*

Tal es el lema que inspira y caracteriza a una institución que ha nacido para ser libre y que en ejercicio de esa libertad lucha infatigablemente por el Derecho.

En efecto, nuestra Escuela, muy posiblemente inspirada en aquella que fundara don Francisco Giner de los Rios en 1876, se ha convertido en una verdadera institución libre de enseñanza que ha superado en mucho a su predecesora española y que actualmente se aproxima ya a los ochenta años de vida a pesar de que le fue pronosticada una corta existencia aun por el mismo don Luis Méndez, nuestro primer rector honorario.

Hoy, iniciamos un año lectivo más. En él renovaremos nuestros esfuerzos para conservar e incrementar el enorme prestigio que nuestra querida casa de estudios ha logrado. Y para ello, como atinadamente lo señalara en alguna ocasión don Gustavo R. Velasco, debemos "Crear en la Escuela y trabajar por ella. Conservarnos unidos, leales a nuestros principios, poseídos de la mística que hasta ahora nos ha inspirado. Disciplina, honor, tolerancia, amistad, independencia, libertad..."

Los alumnos tenemos frente a nosotros un enorme reto: alcanzar la excelencia académica que ha caracterizado a nuestros predecesores.

Para hacerlo, debemos tomar conciencia de que el Derecho ha evolucionado y que igualmente lo han hecho las distintas universidades que se dedican a su estudio. Por lo que el camino se torna más difícil y la competencia por ser los mejores en cada vez mayor. No permitiremos que alguna otra institución educativa llegue a ocupar el liderazgo que por justicia a nosotros corresponde. Lucharemos por él, y lo haremos estudiando con ahínco, con una mentalidad moderna, siempre abierta. No olvidemos las palabras del Maestro García Jimeno: "Las posturas cerradamente negativas y la indiscriminada resistencia a nuevos idearios no han tenido ni tienen cobijo en los claustros de la Escuela Libre de Derecho". Abriremos las puertas de nuestra Escuela a estudiantes de otras universidades para enriquecernos mediante el diálogo y crear verdaderos lazos de amistad; pero, al mismo tiempo, permaneceremos fieles a nuestras metas, sin perder nunca nuestra propia identidad. En un mundo cambiante, surge ahora una Escuela Libre de Derecho también cambiante. Grande es en verdad la responsabilidad que se cñne sobre nosotros los alumnos, ya que somos el producto de una larga y rica evolución que aún no termina y tendremos el deber de encauzarla y continuarla en un futuro no lejano.

Compañeros:

Hoy comienza una nueva oportunidad para todos nosotros; de probar que no somos mediocres, que amamos al Derecho, que amamos la Libertad y que lucharemos por uno y otra. Hagamos de este año un cúmulo de éxitos académicos que engrandezca más a nuestra Escuela. Es el tiempo de demostrar que no vivimos de antiguos logros ni usufructuamos el renombre de otros tiempos. Por lo contrario, hacemos nuestros propios logros y éstos aunados a aquéllos que dan a nuestra Escuela la connotación y prestigio que merece. Es el tiempo de abandonar conformismos y derrotismos para hacer de nuestro trabajo cotidiano un verdadero ejemplo a seguir. Es el tiempo de recordar que México estará en las manos de su juventud estudiosa y que el llamado de nuestra Patria también se hará presente para los egresados de la Escuela Libre de Derecho. Acudiremos a ese llamado y lo haremos preparados y capacitados para obrar con justicia e inteligencia, con un solo propósito: Servir a nuestro país.

Maestros:

A nombre del alumnado de nuestra Escuela, agradezco a ustedes de antemano todo el esfuerzo y la dedicación que desinteresadamente habrán de brindarnos en el año lectivo que hoy comienza, con el solo propósito de instruirnos. También les suplico nunca olviden que son nuestros guías y que, si bien es cierto, sólo de los alumnos depende llegar o no a la cima, a ustedes corresponde señalarnos el camino correcto a ella. Los alumnos profesamos un profundo respeto por ustedes y les ofrecemos nuestra amistad, ojalá y que ninguno nos conduzca por el camino equivocado o nos abandone en el trayecto porque nosotros confiamos plenamente en ustedes.

Compañeros de nuevo ingreso:

Sean todos ustedes bienvenidos, los alumnos los recibimos con entusiasmo y con los brazos abiertos, les deseamos el mayor de los éxitos en esta Escuela; el simple hecho de haber ingresado en ella y haber asumido el reto que esto representa ya hace de ustedes gente triunfadora, hoy comienza a escribirse la historia de cada uno de ustedes en la Escuela Libre de Derecho, sus expedientes están limpios en estos momentos y de su trabajo y esfuerzo dependerán los resultados que en ellos aparezcan. Trabajen duro para alcanzar sus metas y no abandonen sus ideales, los alumnos de grados superiores los apoyaremos incondicionalmente y juntos lucharemos por un país cada vez más justo y libre, porque, parafraseando al maestro José Campillo Sáinz: "El abogado debe ser no sólo soldado de la Justicia, sino también defensor de la Libertad".

**PALABRAS DEL SR. LICENCIADO ALEJANDRO OGARRIO,  
DIRECTOR DEL POSGRADO DE LA ESCUELA LIBRE DE  
DERECHO, PRONUNCIADAS CON MOTIVO DE LA  
INAUGURACIÓN DE CURSOS, EL 9 DE  
SEPTIEMBRE DE 1991**

Muy estimado señor licenciado Fausto Rico Álvarez,  
Rector de la Escuela Libre de Derecho,  
Muy estimado señor licenciado José Dávalos Morales,  
Subprocurador de Procesos de la Procuraduría General  
de Justicia de la República,\*  
Apreciables autoridades de la Escuela,  
Estimados señores profesores,  
Queridos estudiantes,  
Señoras y señores:

Nos reúne un acontecimiento grato e importante: la inauguración de los estudios de posgrado en la Escuela Libre de Derecho. Un proyecto ahora realidad. Con esta nueva área, nuestra Escuela abre amplias posibilidades para la superación de sus estudiantes y para la mejor preparación de sus docentes. Al mismo tiempo, se establece el espacio para promover las actividades de investigación.

En sus efectos inmediatos, el posgrado significa que los egresados de licenciatura continúen sus estudios e incrementen su preparación jurídica. En el caso concreto, iniciaremos este esfuerzo con la especialización en negocios internacionales. Mediante estos estudios, se pretende dotar a los alumnos de herramientas que les permitan contender en un escenario mundial en el que se aceleran los procesos de integración, en donde el mundo se compacta y las necesidades del conocimiento jurídico se amplían.

El inicio del posgrado es un compromiso y una esperanza. El compromiso comienza desde el momento en que no sólo será necesario

\* Asiste en representación del señor licenciado Ignacio Morales Lechuga, Procurador General de Justicia de la República, quien había sido invitado para declarar inaugurados los cursos de posgrado.

mantener el nivel académico de nuestra Escuela sino incrementarlo. La esperanza es lograr una articulación eficiente y orgánica entre el posgrado y la licenciatura, de tal forma que el sistema escolarizado tradicional se amplíe hacia un espacio de reflexión e investigación que, a su vez, lo influya y lo transforme.

Los estudios de posgrado tienen una gran importancia hoy en día. Se trata del nivel de estudios por el que se accede a una especialización profesional. Una sociedad como la nuestra requiere cada vez más de profesionistas especializados, en la medida que sus procesos económicos, industriales, financieros y comerciales, se desenvuelven. Nuestra sociedad se transforma con rapidez y no debemos dejar que nuestros estudiantes pierdan competitividad en el mercado de trabajo.

Para ejemplificar la importancia que tienen los estudios de posgrado en el desarrollo a nivel nacional, permítanme mencionar unas breves cifras. En países industrializados la matrícula de estudiantes de posgrado con respecto a la matrícula total de estudiantes de educación superior varía del 16% en los Estados Unidos al 50% en Francia, mientras que en México es tan sólo del 3.3%.<sup>1</sup>

Decíamos que, en una primera instancia, nuestro esfuerzo estará puesto sobre la especialización, la que, una vez conformada y consolidada, nos dará la oportunidad para seguir adelante en los estudios de posgrado y, en esa medida, incrementar aún más la preparación profesional de nuestros egresados y dotar a nuestro plantel docente de más y mejores metodologías y conocimientos que hagan, de su noble labor, un esfuerzo de mayor trascendencia en la enseñanza. Una vez alcanzadas las condiciones necesarias, incrementaremos los espacios para la investigación, de tal manera que por ese medio logremos transformar la transmisión del conocimiento jurídico en una verdadera recreación. Vías que por otro lado, permitirán a la Escuela Libre de Derecho dar un nuevo paso en su desarrollo.

Esta nueva etapa que hoy iniciamos permitirá además, unir a nuestra Escuela a un amplio proyecto de superación nacional. En los últimos 20 años, los programas de posgrado en nuestro país pasaron de 226 a 1,604; las instituciones que ofrecen este tipo de estudios, de 13 a 152; y la matrícula de alumnos, de 5,763 a 42,655.<sup>2</sup> Estas cifras reflejan una gran realidad: primero, que una Escuela como la nuestra, con su prestigio y reconocimiento, no debe limitarse a un ejercicio

que, por muy importante que sea, quede aislado del resto de la educación nacional; y segundo, que los estudios de licenciatura empiezan a ser superados por un mercado de trabajo que demanda una mejor preparación, y sobre todo, una educación de especialidad, de mayor definición en el campo específico de la actividad profesional que se pretenda ejercer.

En buena medida, gracias al prestigio de nuestra Escuela y a la seriedad de nuestro trabajo, logramos convocar a una planta de profesores para el posgrado con magnífico nivel académico y con gran prestigio en sus áreas de desarrollo profesional. Quiero agradecerles su disponibilidad y su actitud de ayuda en la realización de este proyecto.

Señor Subprocurador, señor Rector, Autoridades, Colegas y Amigos:

Gracias por su presencia, que significa un invaluable apoyo en la tarea que hoy iniciamos juntos. Tengo fe en que el esfuerzo dará frutos y que nuestra Escuela se beneficiará de ellos.

Muchas gracias.

<sup>1</sup> Programa Nacional Indicativo de Posgrado (PNIP) S.E.P. 1991.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

## EL DERECHO MERCANTIL MODERNO \*

José GÓMEZ GORDOA

Deseo expresar, al darse comienzo a este Curso de Posgrado de la Escuela Libre de Derecho, mi gran satisfacción, porque se cumple así uno de nuestros objetivos largamente anhelados.

La Escuela Libre de Derecho, por su enorme prestigio, sus orígenes, su organización, su estructura, sus principios, su filosofía, su elenco de profesores, su férrea disciplina en libertad y su envidiable futuro, tiene sentadas las bases para penetrar más en el ágora ideal para el estudio del Derecho, nuestro magno objetivo.

Es por ello que este Curso de Posgrado, como primer paso, en el cumplimiento de ese anhelo, que es la esencia de nuestra vida académica, deberá continuarse con una Maestría y un Doctorado. En otro aspecto, me permito sugerir atentamente, para su estudio posterior, establecer con las universidades españolas e iberoamericanas, una interrelación y un intercambio permanente, como la más importante aportación que nos sea dable dar a la causa de renovación vital, de ese nuestro mundo, precisamente en la celebración del Quinto Centenario del Descubrimiento de América, cuya integración, constituye un imperativo inaplazable y así podamos crear un Derecho hispanoamericano, cada país con sus propias características, hablando en castellano.

La Escuela Libre de Derecho ha permanecido, a lo largo de sus ochenta años de vida fecunda, velando las armas del Derecho y la justicia, a través de la enseñanza.

Los abogados egresados de la Escuela, constituyen ya una aportación crucial en el ejercicio de tan noble profesión, dando honor y lustre a su Alma Mater, especialmente como constitucionalistas, civilistas, mercantilistas, penalistas y otras importantes ramas del Derecho.

\* Lección magistral, inaugurante del Curso de Posgrado, impartida el 9 de septiembre de 1991.



Es esta la razón de haber seleccionado esta especialidad como tema de esta conferencia, que he intitulado "El Derecho Mercantil Moderno".

El Derecho Mercantil, a diferencia del Derecho Civil o Derecho Común, tiene características especiales, sin que por ello se diga que no existe una íntima relación entre ambos Derechos.

Podemos afirmar que el Derecho Mercantil es el conjunto de instituciones jurídicas y normas que constituyen Derecho Especial y distinto respecto del Común, las cuales nacieron y evolucionan por exigencias de la organización y de la actividad de un determinado sector de la estructura económica y de la sociedad.

Debemos reconocer que hoy día, el Derecho Mercantil regula relaciones entre economía, sociedad y derecho, aceptándose en diferentes países el concepto de Derecho Patrimonial, por cuanto hace referencia a elementos económicos de las personas.

Hemos de reconocer que el Derecho Mercantil debe ser mucho más ágil y cambiante que el Derecho Común, pues las circunstancias económicas y sociológicas van teniendo modificaciones más rápidas.

Confirmando tesis, podemos decir que el Derecho Mercantil es un Derecho Especial, dentro del marco del Derecho Privado General y al efecto, nuestra cuestión principal debe ser la de un cuerpo legal que comprenda toda la legislación en la materia, en forma articulada y bajo un concepto que interprete, normatice y edifique un nuevo Derecho Mercantil de acuerdo con el dinámico concepto de la vida económica, social y política que caracteriza nuestro mundo actual y especialmente nuestro país.

Si el Derecho Mercantil es un derecho especial deberemos identificar cuáles son las tendencias que lo tipifican, porque en una legislación se resume el conjunto de relaciones sistemáticas de los procesos evolutivos que se plasman en ella.

Las transformaciones del medio socio-económico son el contenido de toda la evolución legislativa de un Estado.

El profundo cambio en la sociedad industrial, desde luego afecta al Derecho Civil, pero aún más al Derecho Mercantil y en concreto al nuevo Derecho de la Economía.

En los últimos tiempos se ha venido comentando de manera muy particular, la importancia de las relaciones entre economía y derecho.

Se cree en la fatalidad de las leyes económicas y sociales y también que las ciencias jurídicas han vivido siempre apartadas de sus relaciones con otras materias que les están próximas y se afirma que ha habi-

do un vacío interdisciplinario entre economía y sociedad y economía y derecho y aún entre sociología jurídica, economía y derecho.

La verdad es que la economía y la sociología están aportando elementos, con pleno fundamento, que no pueden ser objetados por los juristas, pues debemos reconocer que las ciencias de la sociedad han avanzado enormemente en las últimas décadas.

No podemos ignorar por otra parte, que las relaciones entre economía y derecho han sufrido el impacto de ideologías marxistas que han colocado al derecho en una inferioridad o supeditación más bien, de la economía.

En otras palabras, el derecho es una superestructura sustentada y apoyada en una infraestructura económica.

En el mundo occidental, no marxista, especialmente en los Estados Unidos, se sostiene la tesis denominada "Análisis económico del Derecho, con una vinculación avanzada de derecho y economía, bajo el libre mercado".

Según dicha tesis, Derecho y mercado son sistemas complementarios en que el orden jurídico reconoce la existencia del mercado, que marca las tendencias del Derecho privado.

El tema de esta conferencia *El Derecho Mercantil Moderno*, nos remite de inmediato a la legislación de la materia.

En un régimen jurídico como el que tenemos, quisiéramos ubicarnos, al remitirnos al origen de nuestros textos legales, a los más próximos posibles, para no remontarnos simplemente a la historia y así tener vinculaciones directas con nuestros antecedentes directos en la materia.

Quizás nuestros antecedentes directos provienen de los derechos francés y español que tuvieron una enorme influencia cultural sobre nuestro país.

Con fundamento en esa relación con las legislaciones francesa y española, que nos son tan afines, aceptamos la tesis básica del "Acto de Comercio" que tiene características especialísimas para interpretar la naturaleza jurídica de la materia mercantil.

En efecto, en nuestro Código, el acto de comercio ha sido, durante más de un siglo, la fuente generadora de las obligaciones mercantiles.

No podemos seguir admitiendo después de tantos años que sea mercantil lo que la ley en la materia reputa como actos de comercio.

Las veinticuatro fracciones de dicho precepto, de una manera casuística, ignorándose que la actividad mercantil, en su dinámica trayectoria ha venido llevando a cabo una enorme cantidad de "actos de comer-

cio" sobrepasando sobradamente ese catálogo, resultante de esta actividad a finales del siglo pasado.

De nada vale que se diga al final del citado artículo 75, que en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por árbitro judicial.

Desde luego no se está refiriendo a la jurisprudencia de la Corte, sino a un procedimiento indefinido y oscuro.

Queda entonces por definir, a la luz del ya a la vista siglo XXI, qué es el Derecho Mercantil y no precisamente un conjunto de actos de comercio.

Veamos primero su contenido; cuáles son sus elementos y componentes; cuáles son sus características esenciales, sus objetivos, las corrientes filosóficas que lo determinan, para que coincidan y formen parte de las nuevas corrientes inspiradoras, en torno de lo jurídico, económico, social y político.

El contenido de nuestro Derecho Mercantil ha sido hasta ahora el de las obligaciones, habiendo sido fundamental el estudio de la teoría general de las obligaciones mercantiles, que desde luego ha tenido su antecedente directo en la doctrina civilista de la obligación, pero constreñida al comercio y precisamente al comercio masivo, que exige una gran rapidez y precisión en su ejecución, aun cuando por otra parte, le caracteriza la simplificación de las formalidades.

La fuente normal de las obligaciones es el contrato, como el acuerdo de voluntades entre las partes, con excepciones muy importantes en Derecho Mercantil, cuando consideramos la existencia de posibles vínculos contractuales de hecho, pero que engendran responsabilidad. Valga como ejemplo el de la oferta pública de valores y, por otro lado, la adhesión que el público puede dar a la participación ofrecida.

Ella parece difícil identificarla como una declaración de voluntad y más bien se trata de una propuesta, que puede caer en el vacío o dar nacimiento al contrato de adhesión.

A ese respecto, también vale la pena considerar el tema de las costumbres y de los usos, especialmente en materia mercantil.

El comercio, citando al efecto, el negocio más importante en materia mercantil, como es la compraventa, se origina en el tiempo, con la costumbre de ofertar aquellos bienes necesarios en la vida, entendiendo que necesitamos todos aquellos que pueden ser apetecidos por los seres humanos.

Es así como los seres humanos fueron comercializando sus productos, hasta la aparición de la moneda, como un instrumento mediador, con un valor determinado que ha podido intercambiarse con todos los bienes y servicios y a fuerza de repetirse, fueron abriendo el camino para la consolidación de esos usos y costumbres, para después convertirse en normas jurídicas y su conjunto como la legislación en cada materia.

Sabemos que la costumbre puede ser: a) De acuerdo con la ley; b) Al margen de la ley, y c) Contra la ley.

Como ejemplo del primer caso, de un uso o costumbre de acuerdo con la ley, podríamos citar el artículo 7º de la Ley del Mercado de Valores que a la letra dice: "Las Leyes Mercantiles, los Códigos Civil para el Distrito Federal y Federal de Procedimientos Civiles y los usos bursátiles y mercantiles, serán supletorios en ese orden de la presente Ley".

El artículo 10 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal nos dice: "Contra la observancia de la ley, ya fuere mercantil o civil, no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". Esto quiere decir claramente, que en primer término debe aplicarse la ley, como norma emanada del Poder Legislativo y no los usos o prácticas distintos, salvo cuando hay una autorización expresa de la ley.

Por otra parte, no podemos ignorar que las tres fuentes del Derecho, son: la ley, la costumbre y la jurisprudencia.

Desde luego estimo que es claro el orden de preferencia y prioridad entre las leyes y los usos o costumbres, pero cuando no existen normas jurídicas expresas, la fuerza de todos estos elementos de la vida práctica nos conducen a aceptar que forman parte del Derecho como fuente de las obligaciones.

La costumbre, especialmente en materia mercantil, tiene una enorme importancia, toda vez que las prácticas y usos, a lo largo del tiempo adquieren tal fuerza, que llegan a imponerse, aún sobre la norma de derecho positivo, sobre todo cuando ésta no corresponde a la realidad de los hechos, pero para ello es necesario que se proceda a dictar la norma legal, que impone la costumbre o derogar la ley obsoleta.

Antes de adentrarnos más en el tema de las fuentes de las obligaciones, ya específicamente mercantiles y concretamente en las normas sobre la materia, emanadas del Poder Legislativo, existen asimismo, las facultades reglamentarias o derivadas de las normas constitucionales, con características de autoridad muy especial, que constituyen

muy altos niveles de poder. Tal es el caso de las expropiaciones. En otros niveles existen normas con afectación de derechos o para otorgarlos, tales como la venta de bienes del deudor moroso; las servidumbres forzosas de paso, de acueducto y todos los depósitos en efectivo que se requieren para gozar de determinados beneficios.

Pero hay algo más, como es el tema de la rectoría del Estado, en virtud de la cual la autoridad ejerce un direccionismo y una obligatoriedad para determinados sectores de una nación, independientemente de su voluntad, creándose una situación *sui-géneris*, que ha sido calificada de "crisis de la autonomía contractual".

Sin embargo es notorio que el sistema jurídico mexicano se mueve hacia una filosofía profundamente democrática, penetrando en nuestro sistema mercantil, enmarcado en principios de libertad de comercio. Los negocios jurídicos, como acuerdos de voluntades, evidentemente son causa y fundamento de las obligaciones en esta materia.

Los negocios jurídicos, pueden ser unilaterales, ejemplo, las emisiones de títulos de crédito; las ofertas colectivas o como cuando se promete una recompensa a quien satisfaga un determinado interés.

Los más frecuentes son los negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales.

Desde luego el contrato mercantil, como acuerdo bilateral y plurilateral, es la más importante fuente de las obligaciones mercantiles y la voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos.

El artículo 78 del Código de Comercio nos dice que: "en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparecen que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados".

Está allí inmerso en este precepto el liberalismo económico del siglo pasado.

En este estudio, relativo a la legislación mercantil, debemos entonces pugnar, por cuanto medio sea posible, que se actualice nuestro Código de Comercio, como cuerpo legal fundamental, del cual con una interrelación, de la más depurada técnica legislativa, se desprendan todas las leyes secundarias.

Me parece conveniente citar aquí cuáles son esas leyes especiales, que con innumerables modificaciones y gran desorden y desarticulación, se fueron actualizando al cabo de los años, de acuerdo con las orientaciones económicas, las doctrinarias y aun las políticas. Las más importantes son las siguientes:

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 27 de agosto de 1932, con innumerables modificaciones.

Ley General de Sociedades Mercantiles de 28 de agosto de 1934.

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 31 de agosto de 1934.

Ley Monetaria de 14 de octubre de 1936.

Ley de Asociaciones de Productores del 25 de junio de 1937.

Ley General de Sociedades Cooperativas del 15 de febrero de 1938.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 20 de abril de 1943.

Ley de Navegación y Comercio Marítimos del 21 de noviembre de 1963.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros del 12 de septiembre de 1935, con modificaciones en el *Diario Oficial* del 3 de enero de 1990.

Ley General de Cámaras de Comercio y de Industrias de 26 de agosto de 1941, con modificaciones del 5 de noviembre de 1965 y de 24 de diciembre del mismo año.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito del 14 de enero de 1985.

Ley de Sociedades de Inversión del 14 de enero de 1985.

Ley de Instituciones de Crédito de 18 de julio de 1990.

Ley General de Crédito Rural del 5 de abril de 1976, con modificaciones en el *Diario Oficial* del 13 de enero de 1986.

Ley Orgánica del Banco de México de 31 de diciembre de 1984.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 18 de enero de 1951, con adiciones aparecidas en el *Diario Oficial* del 29 de diciembre de 1981.

Ley del Ahorro Nacional del 19 de enero de 1951, la cual fue abrogada por Decreto del 15 de diciembre de 1987, que en su artículo 3º transitorio deja sólo en vigor el capítulo VI de dicha ley.

Ley del Mercado de Valores del 21 de enero de 1975, con reformas en el *Diario Oficial* del 18 de julio de 1990.

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras del 18 de julio de 1990.

Por otra parte, es evidente que nuestro país, está viviendo en estos momentos un cambio radical, desde diversos puntos de vista.

Las ideologías del mundo y concretamente la nuestra, afrontan una transformación de singular importancia, como consecuencia de la desaparición de las doctrinas intervencionistas, en términos generales.

México ha adoptado medidas de apertura económica de la mayor trascendencia y está a punto de concretar un Tratado de Libre Comercio superficialmente conocido, que abrirá fronteras a determinados bienes y servicios con los Estados Unidos y Canadá, para hacerlo posteriormente con la República de Chile y poder continuar con Colombia, Venezuela, Centroamérica y las Islas del Caribe, conformándose así otras zonas de libre comercio, que concretarán la tesis de que la nueva política de México se dirige a una apertura comercial que nunca habíamos tenido.

La privatización de la Banca, es otro capítulo de la mayor importancia que requiere una vez más, la modificación de la ley respectiva, para que pueda actuar, no en interés particular de un grupo de accionistas, sino en beneficio de la comunidad.

Los grandes problemas económicos que confrontó el país de 1981 a estas fechas, originaron fenómenos como el de la deuda externa, la inflación, la paralización de las inversiones y las expropiaciones de una serie de instrumentos inherentes a actividades primarias, como lo ha sido el de la banca, el del acero, el del petróleo o la petroquímica primaria, la televisión en parte y tantas otras funciones que le corresponden a la iniciativa privada.

En los últimos meses se ha dado una vuelta con características muy claras, para reafirmar que la función del Estado es *per se*, la de gobernar, dejándose al sector privado todas las demás actividades creativas y operativas, en el marco de una democracia auténtica y eficaz.

Asimismo, las inversiones extranjeras, como recursos complementarios para el desarrollo del país, han recibido un gran aliento y por otra parte, nuestros valores accionarios, ocurren ya a la Bolsa de Nueva York, para su colocación y venta.

En efecto, estamos viviendo el fin de la transición de la codificación y generalización del sistema capitalista industrial y la desaparición del concepto "comercio", como el conjunto de la organización económica.

En el presente se adopta la generalización del fundamento de fondo de su especialidad, que lo es en gran parte el mercado y no el comerciante y el comercio.

En otras palabras, al desaparecer concretamente la figura del comerciante, subsiste el ente mercado-empresa, que es exactamente el contenido del sistema capitalista de economía de mercado o sistema de economía descentralizada.

La empresa es la unidad económica de producción, que decide los movimientos de los factores de esa producción.

Los intercambios entre mercado y empresa son absolutamente monetarios, de ahí la importancia sustancial del dinero y del crédito, así como de las instituciones jurídicas que lo manejan, como son la Banca, las Casas de Bolsa, las Bolsas de Valores, las arrendadoras financieras, las empresas de factoraje, etcétera.

En síntesis, el mercado y el dinero, han venido a ser los nuevos elementos en la evolución de las sociedades industriales y, la función de los precios, es uno de los factores más importantes como instrumento de la actividad laboral, del capital, de los ingresos y de las rentas.

Los mercados son entonces, el motor organizador de la producción agrícola e industrial y las empresas deben obtener utilidades vendiendo algún artículo o desempeñando algún servicio al mercado, para obtener el precio en dinero.

Todo el mundo participa del mercado o como ofertantes o como adquirentes y el trabajo humano es una mercancía, como los bienes manufacturados y los servicios especializados de los profesionales.

Los mercados, en el juego de los precios, obtienen los recursos que se destinan a diferentes usos y los ingresos por salarios, beneficios, rentas e intereses, ejercen su función entre los titulares de esos mercados.

Categorícamente, en la nueva sociedad industrial, observamos la transformación del elemento subjetivo, natural y humano por el de empresas que objetivamente detentan bienes y satisfactores, con conductas establecidas en su objeto social.

Sin embargo, existen pequeños sectores que se resisten a esta transformación y así vemos cómo las profesiones, los sectores cooperativistas, el artesanado, la pequeña empresa, la agricultura y el sector inmobiliario ofrecen resistencia a ser considerados como mercancía.

México contempla con profundo interés la evolución de nuestra agricultura, vital para nuestra economía, pues si bien en cierta forma su actividad en sí, su estructura y su proceso de producción, derivado de nuestro *sui generis* sistema de propiedad de la tierra, los bienes producto de la tierra, entran al mercado, para la subsistencia de la población, la verdad es que internamente los componentes de nuestra agricultura permanecen al margen de ese mercado.

Es necesario así se modifique ese sistema colectivo de participación de los ejidatarios en el aprovechamiento del producto agropecuario, por otro que les garantice su participación en el mercado.

Comprobamos también que el desarrollo industrial de nuestros países va incrementando su eficiencia, cada vez mayor que la producción agrícola, motivo por el cual se viene reduciendo el porcentaje de población que se dedica a las labores del campo.

Es así como estamos en presencia de un fenómeno que llega a afectar a la misma familia, por cuanto hay un desplazamiento de la población de la agricultura a la industria y también las explotaciones agrícolas cada vez son más tecnificadas y simplistas, con el incremento inevitable de la población urbana.

Los problemas sociológicos de la familia en el nuevo mundo de las grandes urbes, modifican radicalmente las bases de los presupuestos socio-económicos del derecho privado y lo que llamamos el derecho mercantil.

En realidad estamos viviendo una crisis actual en materia jurídico-económica que pudiéramos denominar neocapitalismo o sociedades pos-industriales.

Habiendo quedado atrás la doctrina del "laissez faire", la crisis vivida ha repercutido sobre empresarios y trabajadores, permaneciendo vivo el mercado, como el ámbito en donde actúan productos y demanda o voluntad de los consumidores y la racionalidad de la producción y del empleo de los factores económicos, por la vía de los precios.

Desde el punto de vista legislativo, el Estado pasivo, ha ido tornándose en intervencionista constitucional, atribuyéndose al Estado la función de control y orientación de la economía.

Pero hay algo muy importante en el pensamiento moderno de progreso e innovación, que entraña un deseo de seguridad y de exclusión del hambre y de la miseria, en la vida socio-económica.

Estamos ya inmersos en la tesis de que la nueva riqueza de la sociedad, ya no es, como fue básicamente la producción agrícola, sino que ahora, mediante una acción mucho más compleja, llamada economía de mercado, nos dirigimos a una modificación de los textos legales, tanto en derecho civil, como en derecho mercantil y sobre sus figuras jurídicas e instituciones.

En conclusión, la materia mercantil ha abolido al comercio, como organización socio-económica de personas, sus actividades y sus bienes, para ser absorbida por la nueva funcionalidad de la economía.

En resumen, ya es del pasado la era de los comerciantes y sus instituciones, dándose lugar a una evolución legislativa que comparta una

corriente doctrinal general, de acuerdo con principios constitucionales, con influencia en todo el ordenamiento.

En otras palabras, hay un nuevo elemento de la mayor importancia que es el de "lo social", especialmente en ciertos sectores, sin que ello implique alguna manera de intervencionismo estatal en materia económica, sino más bien el del interés supremo de la comunidad, en cuyo beneficio deben actuar la autoridad, las empresas y el mercado.

En nuestro país prepondera más el concepto de los "intereses generales" y de manera especial en la materia mercantil, así como de la producción, porque se ha pensado, adecuadamente, que la gestión de los intereses públicos, mediante el ejercicio de actividades privadas, es en el orden productivo la fórmula administrativa que mejor favorece al bien general. Por lo anterior podemos afirmar que si debemos concretar una nueva legislación mercantil, hacia el bien común, habrá de ir inspirada en un sistema económico en que el Estado defina el interés social como el público, a la par que confirme el ejercicio privado de la actividad económica de las organizaciones empresariales, como factor determinante de las empresas y del mercado.

En verdad que la transformación es tan importante que el Derecho Mercantil, como concepto, referido al comercio y a los comerciantes, está siendo sustituido por el término Derecho patrimonial o Derecho de la Economía, mucho más amplio y que, como ya hemos dicho y repetido, contempla fundamentalmente al mercado.

En otro aspecto, observamos que las transformaciones en la materia contemplan, por una parte, el grado de autonomía o de libertad y por la otra el de la intervención.

Desde luego, el principio de libertad no es absoluto, a la manera decimonónica y debe reconocerse un nuevo concepto, el de la "solidaridad", pues es perfectamente factible la conjunción de metas hacia la libertad y a la solidaridad.

En Europa, la evolución del Derecho Mercantil y su descodificación, son palpables y se está pasando del capitalismo comercial al capitalismo industrial y financiero, con un sistema de economía de mercado y de empresas, en el rango de revolución, para destacar el cambio de estructuras.

Es por ello que debemos meditar seriamente en la forma de legislar y modernizar nuestro Derecho Mercantil, con estos nuevos conceptos, que llevan implícito el de la seguridad social, con tendencia clara a un amplio desarrollo, para dar satisfacción a toda la población.

Todas estas nuevas situaciones nos llevan a la necesidad imperiosa de adoptar medidas radicales en nuestra legislación mercantil, pero desde un punto de vista de metodología lógica.

En otras palabras, nuestro Código de Comercio, como el texto fundamental de nuestra actividad económica, no debe permanecer más como el viejo archivo al que acudimos muy de vez en cuando a consultar un determinado concepto, mientras las leyes secundarias, modificándose continua y circunstancialmente, incursionan por los campos legislativos de la modernidad.

En este cambio sustancial de nuestra vida pública y privada, con una nueva legislatura que sabemos se dedicará a su función constitucional de legislar, seguramente habremos de poner las piezas necesarias para impulsar definitivamente nuestro desarrollo económico.

En palabras finales, los nuevos conceptos de empresa, mercado, precios y solidaridad como instrumentos y metas, configuran un *Derecho Mercantil moderno*, que debe alinearse con las nuevas prácticas de nuestra economía, en un momento histórico por el cual felizmente empieza a vivir nuestro país.

El profesional del Derecho está obligado, porque así se lo demanda la colectividad a la que sirve, su país y su propio sentido de responsabilidad, a estudiar, a investigar, a acrecentar el acervo de su saber. No puede ni aun lejarse a pesar de una disciplina autodidáctica de una

**PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL SEÑOR DOCTOR JOSÉ DÁVALOS MORALES, EL LUNES 9 DE SEPTIEMBRE DE 1991, DURANTE LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE LOS CURSOS DE POSGRADO DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO**

Más allá de nuestras fronteras, el pasado viernes se recordó la política del Presidente Salinas de Gortari, orientada hacia el total respeto a la ley y a los derechos humanos y políticos; a la plena consecución de la justicia, y al rechazo a la corrupción, la impunidad y la prepotencia.

El hombre que formuló esa evocación, el ejecutor fiel y riguroso de esa política tan acorde con el espíritu de nuestra Constitución Federal, es un dignísimo egresado de estas aulas, el señor licenciado Ignacio Morales Lechuga, Procurador General de la República, a quien mucho me honra representar en este acto y de cuyo saludo cordial y respetuoso soy portador.

Hoy es un día de gran júbilo para el mundo jurídico mexicano: Inicia sus funciones el Posgrado de la Escuela Libre de Derecho; en su área, uno de los planteles más prestigiados de la América Latina.

Los signos bajo los cuales tiene lugar tan magnífico suceso, son inmejorables. El nuevo Posgrado emerge en un ambiente académico largamente fortalecido con la aportación de generaciones y generaciones de sabios juristas, que han edificado tesoneramente, la tradición de excelencia que caracteriza a esta Institución, desde que fuera inaugurada en julio de 1912.

Si el árbol ha de ser conocido por sus frutos, el Posgrado que se pone en marcha mostrará en breve tiempo los óptimos que es capaz de producir una comunidad tan dinámica como la de la Escuela Libre de Derecho.

En un medio cada vez más competitivo, como es el que afrontamos cotidianamente los abogados, la profundización en el conocimiento de nuestra ciencia es imperativo de superación.

El profesional del Derecho está obligado, porque así se lo demanda la colectividad a la que sirve, su país y su propio sentido de responsabilidad, a estudiar, a investigar, a acrecentar el acervo de su saber. No pocos lo han logrado a base de una disciplina autodidáctica, de una perseverancia capaz de superar todos los obstáculos. Pero qué mejor que ese esfuerzo se produzca de manera sistemática, guiado por catedráticos de dilatada experiencia y con el aval de un centro educativo cuyo alto nivel docente es proverbial.

A manera del botón de muestra que dice el proverbio popular, advertimos que el curso inaugural versa sobre "El Negocio Jurídico Internacional", lo que inmediatamente trae a la reflexión el propósito de instaurar un Posgrado, que no sólo se preocupe por ahondar en el conocimiento de las instituciones jurídicas que conforman el Derecho actual, sino también por preparar especialistas en la nueva realidad que México enfrentará en breve.

Es perceptible que por la facilidad de las comunicaciones, el mundo parece hacerse cada vez más pequeño, que el reordenamiento económico que se vive en el ámbito internacional, origina la integración de bloques de naciones cuyas relaciones comerciales necesariamente tendrán que ser regidas por novedosas normas jurídicas. Sabemos también que el país que carezca de juristas conocedores de estos nuevos mecanismos supranacionales, cuya complejidad se incrementa paulatinamente, sufrirá las graves consecuencias de su imprevisión.

Por eso estimula y da confianza a los mexicanos, el saber que en los diferentes campos vinculados con la circunstancia histórica que nos espera al despuntar el tercer milenio, contaremos con profesionales calificados e imbuidos de un acendrado espíritu nacionalista.

Para alcanzar la superación no basta actuar; hay que saber en qué sentido hacerlo. Como comunidad académica han definido el rumbo, el de la justicia, y se disponen a transitarlo con firmeza y convicción.

Es por ello que mucho me complace, con la honrosa representación del señor licenciado Ignacio Morales Lechuga, declarar inaugurado, hoy 9 de septiembre de 1991, el Curso de Posgrado sobre "El Negocio Jurídico Internacional".

*Revista de Investigaciones Jurídicas*  
 Núm. 15, editada por el Instituto de  
 Investigaciones Jurídicas de la Escue-  
 la Libre de Derecho, se terminó de  
 imprimir en los talleres de IMPRESOS  
 CHÁVEZ, S. A. DE C. V., el día 28 de  
 octubre de 1991. Su composición se  
 hizo en tipo Medieval 8:9 y 10:12. La  
 edición consta de 1 000 ejemplares.

