

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS



# REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, 1996

AÑO 20

NÚMERO 20

Junta Directiva:

- Lic. Miguel A. Hernández Romo, *Rector*
- Lic. Francisco de Icaza, *Primer vocal*
- Lic. Mario Becerra P., *Segundo vocal*
- Lic. Ismael Gómez Gordillo, *Vocal suplente*

Secretarios:

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

CONSEJO EDITORIAL

- Lic. Francisco de Icaza, *Director*
- Lic. Jaime del Arenal Fenochio
- Lic. Fauzi Hamdan Amad
- Lic. Jorge Adame Goddard
- 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 Núm. 6861. Certificado de licitud de contenido Núm. 7357. Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Secretaría de Gobernación. Reserva de derechos al uso exclusivo del título. Núm. de inscripción 2104-93. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

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

INDICE

DOCTRINA GENERAL

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

Ley y verdad histórica: el caso de Agustín de Iturbide . . . . . 9

MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ

Notas sobre los Comités de los reglamentos del Poder Ejecutivo Federal en el Derecho Mexicano . . . . . 65

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ

Hart y Raz: el derecho como fenómeno institucional . . . . . 85

RAFAEL ESTRADA SÁMANO Y RUBÉN F. PÉREZ SÁNCHEZ

La acción de inconstitucionalidad 1/95 en contra de la Ley de participación ciudadana del Distrito Federal . . . . . 155

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO

El impacto de la tecnología informática en la práctica y enseñanza de la profesión jurídica . . . . . 209

YURI GONZÁLEZ ROLDÁN

La *in iure cessio hereditatis* . . . . . 277

ISIDRO GONZÁLEZ/ALBERTO SAÍD

Cuatro abogados centroamericanos en el México Decimonónico . . . . . 335

## ABELARDO LEVAGGI

Aplicación de la política española de tratados de los indios de la Nueva España y sus confines: el caso de la Luisiana y las Floridas (1781-1790) . . . . . 371

## JUAN ORTIZ ESCAMILLA

Calleja, el gobierno de la Nueva España y la Constitución de 1812. . . . . 405

## YVES PATRICK PIANTINO

Ejecución de sentencias judiciales extranjeras en materia civil y comercial en México y en Suiza: una comparación de los requisitos legales . . . . . 449

## RICARDO J. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ

Propuesta para la reforma del Tribunal Fiscal de la Federación en Tribunal Federal Administrativo de Plena Jurisdicción. . . 467

## JOSETTE SERRATO COMBE

La regulación del gas natural en México . . . . . 513

## JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL

La concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz . . . . . 555

## JORGE A. VARGAS

El renacimiento de la Suprema Corte de México: Evaluación de la reforma judicial del Presidente Zedillo de 1995 . . . . 603

## GISELA VON WOBESER

La "Consolidación de los vales reales" en la Nueva España, analizada en el marco de la política desamortizadora de los borbones 1804-1809 . . . . . 653

## SECCIÓN MONOGRAFICA

## DERECHO DE FAMILIA

## MARÍA FERNANDA BARRERA CRISTIANI

Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva . . . . 675

## RAÚL GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS

El delito de homicidio en razón del parentesco o relación: Artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal (Desaparición del parricidio y del infanticidio) . . . . . 753

## RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL

Matrimonio y divorcio . . . . . 763

## JOSÉ MANUEL TORREBLANCA SENTÍES

Las controversias del orden familiar . . . . . 777

## MISCELANEA

## CARLOS ALFREDO BONIFAZ MOLINA

Comentarios al decreto de Ley de los sistemas de ahorro para el retiro y su proyecto de Reglamento . . . . . 797

## LUIS MANUEL C. MÉJAN

Apuntes para una teoría del contrato . . . . . 815

## RODOLFO VÁZQUEZ

Estado de derecho y corrupción (compromisos para un universitario) . . . . . 833

## IN MEMORIAM

Don Edmundo O'Gorman . . . . . 843

Don Francisco Javier Alva Muñoz . . . . . 845

Algunos datos del curso escolar de 1995/1996 . . . . . 847

Discurso del profesor don Antonio Cárdenas Arroyo en la  
apertura del curso escolar 1996/1977 . . . . . 877

Discurso del alumno Rubén Darío Gómez Arnáiz en la aper-  
tura del curso escolar 1996/1997 . . . . . 885

MISCELÁNEA

El delito de homicidio en razón del parentesco o relación  
Afirma 123 del Código Penal del Distrito Federal (D.F.)  
parentesco del pariente y del sustituto)  
RAMÓN SÁNCHEZ BÉLIZ  
Mantimiento y divorcio  
Jose Manuel Tomé y María Belén en el contexto de la custodia  
Las consecuencias del orden familiar  
CARLOS ALBERTO BARRERA MORALES  
Comentarios al decreto de Ley de los estatutos de Puerto Rico  
el caso y se proyecta la legislación  
Luis Manuel C. Beltrán  
Apuntes para una teoría del contrato  
Roberto V. Arce  
Luisa de Heredia y Contreras (comunicación)  
IN MEMORIAM  
Don Esteban O'Connor  
Don Francisco Javier Aza Muñoz

LEY Y VERDAD HISTÓRICA:  
CASO DE AGUSTÍN DE ITURBIDE

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

*A Lucas del Arenal, mi padre,  
en sus 88 años*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Primer tramo: el origen de la imputación, El decreto de 1824.* III. *Intermedio.* IV. *Segundo tramo: el decreto de octubre de 1921.* A) *Uso y concepción de la historia.* B) *Guerrero sustituye a Iturbide.* V. *Nuevo intermedio.* VI. *Tercer tramo: la historia por decreto.* VII. *Quien controla la Ley controla a la Sociedad... y a sus historiadores.* VIII. *Epílogo anecdótico y sentimental.*

### I. INTRODUCCIÓN

Este año, el 27 de septiembre, México cumple 175 años de vida independiente y, sin embargo, nadie parece haber reparado en ello. Mal síntoma es éste para un país que de unos años atrás, y gracias a la actividad de sus élites políticas —especialmente las gubernamentales—, no parece importarle la pérdida de su independencia económica, financiera, cultural ni, ahora lo vemos con mayor nitidez, la política, en favor de una dependencia total y servil a los Estados Unidos. Ningún programa oficial se ha desarrollado para recordar que los mexicanos son independientes desde hace 175 años, que desde entonces tienen bandera y nombre propios, ni menos que recuerde que precisamente el 24 de febrero de 1821 nació el ejército mexicano. Ni ceremonias, fiestas, o discursos alusivos se han preparado, como tampoco se ha integrado una Comisión Nacional para la celebración de este aniversario. No se contemplan publicaciones sufragadas por el Fondo de Cultura Económica, por el Instituto Nacional de Antropología e Historia o por la Secretaría de Educación Pública, ni por universidades, institutos superiores o colegios más o menos especializados en el estudio de la historia mexicana, como se hicieron hace diez años con motivo del 175 aniversario de la gesta iniciada por el sacerdote Hidalgo en Dolores.<sup>1</sup> No tengo noticia de la organización de congresos,

<sup>1</sup> Las magníficas colecciones facsimilares de *Clásicos de la Historia de México*

mesas redondas, simposios o coloquios donde, en el plano puramente académico y de la investigación científica, historiadores e investigadores nacionales y extranjeros, debatan, profundicen y difundan sus conocimientos sobre un hecho que a todos debiera no sólo importarnos sino hacernos felices. Nada, excepto una telecomedia sufragada por una empresa de televisión privada<sup>2</sup> y una serie de seis buenos libros, obra de excelentes historiadores, financiada por una empresa editorial, también privada.<sup>3</sup> En febrero pasó totalmente inadvertido el día 24, fecha que conmemora la promulgación del Plan de Iguala y, como consecuencia, el nacimiento de la Bandera mexicana y de sus Tres Garantías: Independencia, Religión y Unión. ¿Es que acaso éstas por sí mismas no merecen ni siquiera ser recordadas? Si éste fuera el caso estaríamos ante una situación muy preocupante: el paulatino debilitamiento del nacionalismo mexicano, tan cacareado a diestra y siniestra por gobernantes y políticos todavía hace pocos años, ahora parece estar seriamente cuestionado por los propios gobernantes.

Cabe preguntarse, sin embargo, si este "olvido" responderá hoy a la misma lógica y tendencias francamente entreguistas y antipatrióticas de nuestros gobernantes en turno que obligaron al país a la firma y al cumplimiento del Tratado de Libre Comercio y que ahora lo tienen sometido abyectamente a los lineamientos de la política económica dictada en Washington y en Nueva York por los altos funcionarios y banqueros norteamericanos. Si así fuera, al menos podemos decir de aquellos gobernantes que son congruentes: no conviene inflamar el nacionalismo ni recordarle al pueblo mexicano que lleva 175 años de teórica vida independiente, no sea que se lo vaya a tomar en serio y pretenda resistir tan nobles esfuerzos para uncirnos al carro de la economía, la política y la cultura norteamericanas, modelo de modernidad, libertad y de justicia; a las cuales los mexicanos no hemos sabido ni querido apreciar no obstante sus evidentes beneficios: racismo, robo, inmoralidad, desintegración familiar, injusticia, narcoconsumo, prepotencia, imperialismo, hipocresía, utilitarismo, discriminación...

del Fondo de Cultura Económica y el Instituto Cultural Helénico, y la Biblioteca de Obras Fundamentales de la Independencia y la Revolución editada por el Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.

<sup>2</sup> La antorcha encendida de Televisa.

<sup>3</sup> La colección *La antorcha encendida* de Editorial Clío, que reúne textos de Enrique FLORESCANO, David BRADING, Jean MEYER, Carlos HERREJÓN, José Manuel VILLALPANDO y Josefina VÁZQUEZ.

Algo anda mal en un país que olvida la fecha y el año de su independencia. Todavía hace veinticinco años, la demagogia echeverreísta se tomó la molestia, cuando menos, de manipular la historia para conmemorar, así fuera en forma por demás modesta, el 150 aniversario de la independencia. Entonces esa demagogia consagró por decreto a Vicente Guerrero como el consumidor de la independencia; y le dio a las Tres Garantías un nuevo contenido. Ahora ni siquiera esto: ni la manipulación histórica, el descubrimiento de documentos hasta entonces ignorados, las canonizaciones demagógicas, ni los malos discursos por autoridades ignorantes. Este año simplemente hubo un olvido total. ¿Será que el empeño de 1971 derivó en un auténtico fracaso oficial precisamente por lo ridículo del intento? Las mentiras de ese año no se pudieron sostener por mucho tiempo y en consecuencia la moderna tecnocracia que nos gobierna, caracterizada por su absoluto desconocimiento y desprecio por la historia y formada principalmente en universidades *gringas*, prefirió ahora otro camino: el que le dictó su absoluto desconocimiento y falta de patriotismo: ignorar todo lo relativo a la importantísima fecha que deberíamos celebrar los mexicanos este año. Tal vez esa tecnocracia esté preparando la entrega final del país a los norteamericanos. Después del petróleo, se prevé el gas y el Istmo de Tehuantepec, para sustituir con un nuevo canal el caduco de Panamá. Por lo mismo, resulta del todo inconveniente recordar o mencionar siquiera la palabra *independencia*, y menos frente a los estadounidenses.

Ya pasó el 24 de febrero y poco se hizo; <sup>3 bis</sup> ahora viene el 27 de septiembre y parece que nada se hará ni se dirá al respecto. Sólo las autoridades municipales de Córdoba, Veracruz, mostraron respeto por la memoria histórica, al celebrar el 24 de agosto el 175 aniversario de la firma de los Tratados de Córdoba entre Iturbide y O'Donoghú. Y es que en el fondo sigue latente la interpretación histórica que desde 1824 se estableció también por decreto: que la Independencia se hizo en 1810, gracias exclusivamente a los esfuerzos de los insurgentes dirigidos principalmente por los sacerdotes católicos Miguel Hidalgo y José Ma. Morelos, por lo cual no ha tenido ningún sentido celebrar el 27 de septiembre y menos recordar al hombre que felizmente y casi sin derramar sangre de hermanos consumó la Independencia.

<sup>3 bis</sup> En el discurso oficial de este día pronunciado en el zócalo de la ciudad de México se reconocieron la Unión y la "Libertad", como símbolo de la Bandera. *Cfr. El Gobierno Mexicano*, febrero, 1996, pp. 91 y 92.

¡Cómo hubiéramos querido en cambio, festejar una independencia conseguida a sangre y fuego, resultado de la devastación del antiguo reino de la Nueva España, donde hubiera habido grandes batallas como Ayacucho, Bocayá o Carabobo, donde corriera en abundancia la sangre de los españoles y de los criollos que nutrieron los ejércitos realistas! No, aquí, en 1821, la solución no implicó sino la difícil tarea de *desatar el nudo sin romperlo*, previo acuerdo entre los grupos que formaban la sociedad mexicana que se identificaron en el programa elemental de las Tres Garantías y después con el tratado entre los trigarantes y Juan O'Donjú. Es decir, una solución no prevista en el programa insurgente sino hasta que Vicente Guerrero tuvo la inteligencia de aceptarla cuando se la propuso su creador, Agustín de Iturbide.

No hay duda de que para la visión *oficial* de nuestra Independencia este personaje provoca toda clase de sinsabores, resquemores y salpullidos. Si no se festeja el 27 de septiembre es simple y llanamente porque dicha historia se resiste a admitir que fue Iturbide el inventor de la solución final para hacernos independientes. No hay ninguna otra razón. Para esa historia *oficial* la solución de 1821 no fue la deseada, de aquí su absurdo y antihistórico rechazo. Negándose a festejar el 27 de septiembre se evita en forma cómoda enfrentarse a la figura inevitable de Iturbide. Para no hablar de éste se comenzó olvidando conmemorar el día de la Independencia y se hizo ubicar éste el 16 de septiembre de cada año. Es la participación decisiva de Iturbide lo que *molesta* a la historia oficial y de aquí su voluntario olvido.

Sería muy conveniente escribir una *Historia de la Historia oficial de México*. Quizá algún alumno de doctorado en historia de alguna de nuestras instituciones de educación superior pudiera llevar a cabo este proyecto. Mucho tendría que investigar y que demoler, pero su labor sería enormemente provechosa para un país que, por más que se diga lo contrario, no conoce su historia y ha vivido engañado.

Para colaborar en la elaboración de un capítulo de esa imaginaria historia me propongo en esta ocasión aclarar el origen y el desenvolvimiento de la actitud contraria a la figura de Agustín de Iturbide que ha dominado con bastante éxito la historia oficial de nuestro país desde la década de los veinte del siglo pasado y que en este año culmina con el total desconocimiento de los mexicanos del aniversario de su independencia. No sin estar advertido de que por el hecho de tratar este tema (o mejor, este personaje) corro un enorme riesgo. Las cosas han llegado a tal extremo tratándose de Iturbide y del Plan

de Iguala que quienes se ocupan de ellos son de inmediato calificados de conservadores, reaccionarios, clericales, ultraderechistas, mochos, emisarios del pasado, o, siguiendo el decreto del Congreso de 1823, hasta de traidores; convirtiéndose en una especie de apestados. Habría necesidad de ser historiador extranjero, proveniente de Austin, París, Chicago, Oxford o Duke para poder quedar limpio de tales calificativos, porque dado nuestro tradicional malinchismo la figura de Iturbide ha debido ser rescatada historiográficamente gracias más a la labor de historiadores extranjeros que a la de los nacionales. Los mexicanos en cambio se han acostumbrado a ver a cualquiera que muestra interés por comprender el papel histórico desempeñado por Iturbide como miembro de sociedades secretas clericales, participe de conjuras o complots *de la derecha* dirigidos a enaltecer la figura del que fuera Emperador;<sup>4</sup> cuando la verdad ha sido precisamente la contraria: la existencia de una bien armada, consciente y continuada trama política para, desde el poder del Estado y con la fuerza del poder, impedir considerar a Iturbide como un auténtico héroe nacional. Si a *conjuras* vamos... Por el hecho de afirmar resueltamente que la Independencia de México la consumó Agustín de Iturbide el 27 de septiembre de 1821, pésele —que ha habido y sigue habiendo muchísimos— a quien le pese, uno es calificado con aquellos epítetos. Pero entonces habría necesidad de reconocerles y cuando menos que agradecerles a personajes tan antimexicanos y a esa *derecha reaccionaria*, que se hayan preocupado por mantener el recuerdo de una fecha que los gobernantes de hoy, las instituciones, las revistas dedicadas a la enseñanza y difusión de la historia mexicana y los historiadores más afamados —autores de sesudas monografías históricas— simplemente olvidaron. Como si se tratara de cualquier fecha y de un acontecimiento baladí.

Más allá de cualquier absurda bandería a mi propósito lo guía en esta ocasión —como diría Herrera y Lasso— sólo un imperativo patriótico: devolver a mi país su memoria frente a las maquinaciones que desde el poder y con la fuerza del poder se han llevado a cabo para hacerlo olvidar, porque estoy convencido que defendiendo la memoria se defiende la libertad.

<sup>4</sup> Un ejemplo, que más adelante analizaré puede ser el artículo de Verónica ZÁRATE TOSCANO, "Agustín de Iturbide: entre la memoria y el olvido", *Secuencia. Revista de Historia y Ciencias Sociales* núm. 28, nueva época, enero-abril de 1994, pp. 5-27.



Me propongo, pues, analizar este capítulo de la *historia oficial*, exitoso pero falso; demostrar concretamente cómo y por qué la figura de Iturbide ha venido a ser totalmente desfigurada y olvidada por efecto de la acción de la legislación, que no de la investigación histórica. En efecto, en México la Ley ha cumplido tradicionalmente un poderoso papel, más para la consolidación de quien detenta el poder que para la realización de la justicia (que, por cierto, tampoco parece importarle demasiado a la actual élite tecnocrática), llegando a servir de óptimo instrumento para la imposición y difusión del discurso histórico idóneo para legitimar la opción política que ha asumido el gobernante; a la vez, ha servido para dejar fuera otros discursos que pudieran cuestionarlo, exhibirle, enjuiciarlo o evidenciar no sólo sus múltiples contradicciones, sino también sus evidentes fracasos. De esta forma, de las falsedades que inundan esa *historia oficial* han sido responsables no sólo los historiadores al servicio del régimen o los tradicionales buscadores y destructores de documentos que pudieran servir para arrojar de sus pedestales a los inmaculados y consagrados héroes oficiales, sino también ha tenido mucha responsabilidad el legislador quien ha sabido servirse de la Ley para imponer una versión de la historia acorde con sus intereses, propósitos y maquinaciones. El caso de Iturbide es el más claro a este respecto.

Antihéroe por excelencia, ocupa en la historiografía oficial un lugar inferior a Cortés, Santa Anna y Maximiliano, que han recibido un tratamiento más benigno por parte de los historiadores mexicanos. Aquél es simplemente el desconocido, el innombrable, el excluido de la Historia. Poco hay a nuestro alrededor que nos lo recuerde: ni calles, ni avenidas, ni esculturas o monumentos públicos, menos una entidad federativa y muy pocos pueblos, ni antologías de sus escritos (ya no digamos una buena colección de todos éstos). Su nombre es impronunciable y se evita entre los historiadores *de carrera* a no ser para sumarse a la práctica de denostarlo y para colgarle por millonésima ocasión el calificativo impuesto por el decreto de 1824: *traidor*.<sup>6</sup> Ahora es tiempo de volver a plantear una pregunta elemental, que exige en 1996 una respuesta inteligente: ¿*traidor a qué o a quién?* Porque si fue a la Corona española tendríamos que señalar también a Hidalgo, a Morelos, Allende, Aldama, Abasolo, y a un enorme etcétera. ¿Acaso fue traidor porque no quiso otra cosa que no fuera el esta-

<sup>6</sup> *Idem*, p. 24.

blecimiento de un Estado nacional, fuerte, unido y grande como un imperio? ¿O tal vez pretendió uncirnos al carro de Norteamérica como otros lo han hecho y lo siguen haciendo con la más absoluta impunidad?, en fin, ¿nos vendió o nos separó de la Corona española? La pregunta sorprende por su simpleza y por sus efectos. La historia oficial le cargó ese sambenito al hombre que hizo la independencia nacional y no se lo ha quitado. De aquí su absoluto y total destierro del panteón oficial.

Figura controvertida, nadie lo duda, su exclusión de la lista de los héroes nacionales fue muy prematura: aún estando con vida. Seguramente por esto no fue posible la elaboración temprana de estudios desapasionados e imparciales que desde la perspectiva de la ciencia histórica construyeran una visión más justa, ponderada y equilibrada de Iturbide y, por el contrario, fuera *la acción de la ley* la determinante para consagrar y difundir la visión —oficial primero y popular después— que tienen los mexicanos de su Libertador.

Cuántas veces la labor historiográfica seria y profesional ha abordado la figura de este personaje ha coincidido casi unánimemente; éste no sale tan mal parado como lo quiere esa historia oficial, y se reconoce su evidente aportación a la Independencia mexicana: desde Alamán, Bustamante, Bocanegra, Zavala —enemigos personales de Iturbide—, Tornel, Zárate, Bulnes, Sierra y Riva Palacio, hasta Ezequiel A. Chávez, O'Gorman, Robertson, Valle, Anna, Ferrer, Vázquez, Ladd, Hammill, De la Torre, Jiménez Codinach y Krauze, en todos se aprecia una situación muy diversa de la mantenida por otros escritores e historiadores quienes han sabido nutrir a los legisladores de la visión que éstos se han encargado en su momento de imponer desde la esfera del poder: Rocafuerte (ecuatoriano, por cierto), Soto y Gama, Lemoine, Fuentes Díaz y Calvillo. El sereno, informado e inteligente juicio de los historiadores ha sido opacado, tratándose de Agustín de Iturbide, por el interés *político* supuesto e impuesto por la ley. Esta es mi tesis. Resulta, pues, urgente, ante lo dramático de los efectos perceptibles este año, un debate historiográfico desapasionado y lo más objetivo posible sobre su papel, obra y persona. México —a quien hizo independiente— se lo debe. Y ante la embestida antinacionalista de nuestros gobernantes se hace urgente y necesario sacar a Iturbide del olvido, no para volverlo a entronizar, sino para darle el tratamiento *justo* que se merezca cuando se conozca y difunda su obra, como un elemento de unión entre los mexi-

canos, que al fin y al cabo éste fue el camino que nos señaló. Tratamiento que no significará, desde luego, ninguna merma de los reconocimientos debidos con toda justicia a los insurgentes que también nos enseñaron como él, *el camino de ser libres*. Tal vez y cuando esto se haga podremos, con el ejemplo de todos, comenzar *a ser felices*. En cambio, y en tanto siga vigente la falaz visión que teme abrirse a la discusión científica, y se siga imponiendo por decreto la verdad histórica, lejos estará el camino de la unión y de la fortaleza de los mexicanos. Con mentiras, con vacíos y olvidos dolosos como los de este año lo único que se consigue es debilitarnos y dejarnos a expensas del Imperio de hoy, que en su momento se asustó con la sola posibilidad del establecimiento de un gran Imperio al oeste y sur de sus fronteras.

Las investigaciones que se realicen nos recordarán un doloroso hecho: México fue el único país de América que asesinó a su Libertador. Este auténtico *parricidio* nos ha perseguido siempre y el sentimiento de culpa que originó entre los mexicanos tal vez explique por qué se le sepultó en el mayor de los olvidos. Ahora es tiempo de corregir el camino y analizar ponderadamente el hecho, sin que se oculte por temor a que nos paralice. Ventilándolo podremos trascenderlo y cumplimentar ese acto de justicia "que exige más que la memoria de Iturbide nuestra propia vergüenza", como lo aseguró Bulnes en su *Hidalgo e Iturbide*.<sup>6</sup>

Del análisis que se haga aparecerá claramente que la muerte de Iturbide fue una *cuestión de estado*, sí, pero de una cuestión de estado *para 1824*, que no para los años posteriores. Fue también un acto determinado por un poder legislativo que marcó, por desgracia, la acción y el ideario de ulteriores congresos que con aquel hecho encontraron la forma de reafirmar una historia maniquea muy al gusto de sus intereses políticos, no de la verdad ni de la justicia históricas. La Ley, en conclusión, se convirtió en instrumento no sólo del poder sino de la verdad; como si pudiera serlo.

Como acostumbraba hacerlo el recién fallecido Juan Hernández Luna, michoacano al igual que Iturbide y que tanto hizo por la cultura de su Estado, dividiré mi camino en tres tramos para explicar cómo esta Ley, más que la labor historiográfica, ha jugado un papel determinante para imponer en la conciencia colectiva de los mexica-

<sup>6</sup> BULNES, Francisco. *La Guerra de Independencia. Hidalgo-Iturbide*, México, Ediciones El Caballito/Universidad Iberoamericana, 1982, p. 417.

nos el olvido absoluto sobre su independencia y sobre su libertador. En el primer tramo analizaré el decreto del Congreso Constituyente de 1824 por el cual se declaró a Iturbide traidor, fuera de la ley y enemigo público del Estado. En el segundo tramo, el decreto del Congreso de la Unión que durante la furia antiiturbidista revolucionaria de 1921, al celebrarse el primer centenario de nuestra Independencia, ordenó quitar de los muros del Congreso el nombre de Iturbide inscrito desde el siglo pasado. En el último tramo, la posición del Congreso de la Unión y del gobierno de Luis Echeverría, quienes en 1971, al celebrarse el 150 aniversario de la Independencia, excluyeron cualquier referencia al papel jugado por Iturbide y consagraron oficialmente a Guerrero como el consumidor de aquella.

## II. PRIMER TRAMO: EL ORIGEN DE LA IMPUTACIÓN, EL DECRETO DE 1824

Es de sobra conocido el decreto expedido por el segundo Congreso Constituyente mexicano el 28 de abril de 1824 que declaró en su artículo primero: "*traidor y fuera de la ley a D. Agustín de Iturbide, siempre que bajo cualquiera título se presente en algún punto de nuestro territorio. En este caso queda por el mismo hecho declarado enemigo público del Estado*". Asimismo, se declararon traidores a cuantos cooperasen "*por escritos encomiásticos ó de cualquier otro modo a favorecer su regreso a la república mexicana*".<sup>7</sup> Este decreto —que desde entonces ha quedado como modelo de una ley privativa e injusta y sirve como magnífico ejemplo de cómo la Ley y el Derecho nunca han sido lo mismo ni se pueden confundir— muestra con toda nitidez los propósitos que movieron a los primeros legisladores mexicanos frente a una personalidad tan grande como era la del autor del Plan de Iguala: excluir a toda costa la figura de aquél de la política mexicana y de paso denigrar su obra. *Por razón de Estado*: de aquí el carácter confesadamente *estatista* de este ominoso decreto. Fue el *Estado* —manipulado como siempre por una determinada élite— que no la nación ni la sociedad, ni menos el pueblo de entonces, quien hizo la condena disfrazando sus verdaderos propósitos: la pro-

<sup>7</sup> Vid. *Colección de los Decretos y órdenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano desde su instalación en 5 de noviembre de 1823 hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825, pp. 50 y 51.

tección y salvaguarda de los intereses personales y de grupo de los miembros de esas élites antiiturbidistas por medio de un discurso que invocaba en apariencia *la salud del Estado*. Desde entonces se inauguró esta forma de actuar y de razonar en relación a la figura histórica de Iturbide, prolongándose hasta 1921, 1971 y 1996. Y es que el héroe de Iguala se convirtió aún en vida en un problema de Estado, por lo que éste estuvo interesado en favorecer la fabricación de una *historia oficial* congruente con dicha razón estatal.

El calificativo de traidor le fue dado a Iturbide por el Congreso —ya decidido por la forma republicana y federal— por el hecho de representar la idea monárquica que a toda costa se quería sacar de raíz de la mentalidad del pueblo de entonces, todavía decididamente monárquico, y no porque se pensase que solicitaría el socorro de otra nación para hacerse de nuevo con el poder. De hecho Iturbide regresó meses después a México para defender a su patria de la amenazante reconquista española apoyada por las fuerzas de la Santa Alianza. No lo quiso entender así el Congreso y al señalarlo en forma tan desmedida e injusta con este calificativo provocó que el adjetivo de traidor se perpetuara hasta nuestros días. El antecedente inmediato de esta disposición fue el decreto expedido por el primer Congreso Constituyente el 16 de abril de 1823 que estableció que se tendría "*por traidor a quien proclame al espresado D. Agustín de Iturbide con vivas, o influya de cualquier otro modo a recomendarle como emperador*".<sup>8</sup> No fue ésta sin embargo, la primera vez que se pretendió calificar como traidor a Iturbide. A los pocos meses de la consumación de la independencia algunos miembros del primer constituyente pretendieron acusarlo de este delito con motivo del levantamiento de las tropas expedicionarias que habían salido de la ciudad de México con ocasión del acuerdo entre O'Donoghú y Francisco Novella.<sup>9</sup> En un ambiente de franca debilidad y riesgo para el naciente Imperio la palabra *traidor* fue utilizada constantemente por unos y por otros en forma por demás irresponsable, incluso por el propio Iturbide.<sup>10</sup> Se veían traidores por todas partes: si borbonistas, si re-

<sup>8</sup> Colección de los Decretos y órdenes del Soberano Congreso Mexicano desde su instalación el 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó, México. Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825, p. 112.

<sup>9</sup> *México a través de los siglos*, 17a. ed., México, Editorial Cumbre, s/a, t. VII, pp. 69 y 70.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

publicanos, si masones, si los antiguos realistas, si la Junta Provisional, si los regentes o los diputados, nadie estuvo a salvo durante los primeros años de nuestra vida independiente de ser calificado como *traidor*. Sin embargo, el único en serlo formalmente y con su nombre fue, paradójicamente, Agustín de Iturbide; y es que su pura presencia amenazaba tanto los intereses de los masones yorkinos deseosos de establecer una república semejante a la norteamericana, como los de los escoceses que pugnaron por el restablecimiento borbónico o por una república de tipo central. Iturbide simplemente no cupo ni en los planes de unos ni de otros, por lo que el Congreso dominado por ambos grupos encontró en el apelativo la fórmula mágica y eficaz no sólo de estigmatizarlo sino de eliminarlo totalmente de la vida política. Años más tarde Lucas Alamán pretendió justificar el decreto mencionado con las siguientes palabras que recogió en su *Historia de México*,

Será preciso reconocer que el congreso, *si no quería consentir* en que se efectuase *un trastorno completo del orden de cosas que acababa de establecerse*, volviendo atrás en la revolución que con aprobación de toda la nación [?] se había ejecutado; se hallaba en la necesidad de dictar medidas para impedirlo. . . Que ésta fuese conforme con la opinión general, lo demuestra la gran mayoría con que fue aprobada, pues sólo fueron contrarios los votos de los diputados Dr. Alcocer y Martínez de Veá, y estuvieran por ella sesenta y dos diputados, entre los cuales se contaban tres eclesiásticos tan respetables que han sido después el ornamento de las primeras sillas episcopales de la república, y otros muchos individuos que han ocupado los ministerios, los gobiernos de los Estados y las sillas curules de ambas cámaras.<sup>11</sup>

A las claras se nota la falta de una formación jurídica en quien prefirió las minas y los minerales al Derecho. Ante la necesidad de salvar al Estado republicano no importaba violar las características de la ley ni emitir una disposición personalizada. Ahora, el escéptico de la voluntad general y el denunciante de las logias masónicas se callaba la intervención de éstas y apelaba precisamente a esa "opinión general" y a un sistema de representación en el que nunca creyó

<sup>11</sup> ALAMÁN, Lucas, *Historia de México desde los primeros movimientos que prepararon su Independencia en el año de 1808 hasta la época presente*. México, Fondo de Cultura Económica/Instituto Cultural Helénico, 1985, t. V, p. 799. En adelante las cursivas son mías, salvo que se indique lo contrario.

el historiador guanajuatense para justificar la aprobación del injusto decreto. Actitud que contrasta con la mantenida, páginas atrás, de su obra y que revela que la aprobación del decreto le caló más de lo que estuvo dispuesto a confesar, pues de otra forma no se hubiera preocupado en lavarse las manos en este asunto:

Habiéndoseme hecho imputaciones odiosas sobre los sucesos referidos aquí, debo decir que cuando este decreto se acordó y aprobó, no estaba yo en el ministerio, del que me había retirado desde Enero, y no volví a servirlo hasta 15 de Mayo, habiendo sido firmado y circulado el decreto de que se trata, por el Sr. Llave, ministro de justicia, encargado interinamente del despacho del de relaciones.<sup>12</sup>

Pero tampoco habría de sentirse culpable del posterior fusilamiento de Iturbide. La culpa en todo caso había sido de los amigos de éste por animarlo a regresar y del propio Iturbide por... ¡indiscreto!; por presentarse en el país "sin tomar siquiera sobre su estado informes más recientes".<sup>13</sup> El gobierno y el Congreso quedaban absueltos de toda responsabilidad: así lo decidieron la Ley y la Historia... escrita en aquel tiempo únicamente por los enemigos de Iturbide.

La opinión de Alamán no difiere muchos de las opiniones vertidas en las célebres sesiones de los días 3, 22 y 28 de abril de 1824, cuando se discutió la iniciativa de decreto presentado por los diputados Paz, Lombardo y Barbabosa, el día 16 de marzo.<sup>14</sup> La lectura de las actas respectivas confirma nuestra tesis: existió desde muy temprano un propósito muy claro para desfigurar y atacar la figura y el nombre de Iturbide alimentado e impuesto exitosamente desde el Poder.

Habiéndose dado segunda lectura a la iniciativa del decreto el día 20 de marzo, el tres de abril comenzó la discusión sobre el proyecto presentado por la comisión respectiva, no sin antes declarar ésta que las propuestas de los tres diputados anteriores eran "justas, como consecuencia natural del acta constitutiva", "y oportunas porque D. Agustín de Iturbide ha quebrantado el decreto que le puso en Italia, y su movimiento en ningún aspecto parece sano".<sup>15</sup> El proyecto de decre-

<sup>12</sup> *Idem*, p. 791, nota 42.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 801.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 69 del Apéndice.

<sup>15</sup> *Actas constitucionales mexicanas (1821-1824)*. Diario de las sesiones del Congreso Constituyente de la federación mexicana. Sesiones del mes de abril de 1824. Introducción y notas de José Barragán Barragán, México, UNAM, 1980, t. VIII, p. 38.

to, propuesto por la Comisión formada por José Mariano Marín, José Basilio Guerra, Santos Vélez, José Ma. Jiménez y Rodríguez y firmado el 30 de marzo establecía en su artículo primero: "*Se declara traidor a D. Agustín de Iturbide siempre que se presente en cualquier punto de nuestro territorio*".<sup>16</sup> Muy blanda debió parecer a los congresistas esta redacción pues en el transcurso del debate —que implicó a los diputados Carlos Ma. de Bustamante, Francisco Ma. Lombardo, el Padre Mier, Mariano Barbabosa, José Agustín Paz, Juan Bautista Morales y Lorenzo de Zavala— se aprobaron dos reformas, la primera en el sentido de agregar que se le considerara traidor "*cualquiera que sea el título con que se presente en nuestras costas*", con el objeto de "quitar todo pretexto", pues bien sabían los diputados que Iturbide no se presentaría con el título de Emperador y que podría muy bien aspirar a la presidencia de la recién estrenada república; y la segunda para declararlo también "*fuera de la ley*". Se desechó la propuesta de Morales en el sentido de declararlo "*proscrito*" en lugar de fuera de la ley ya que no se quiso llegar al extremo de que cualquier persona pudiera darle muerte.<sup>17</sup>

El discurso que entonces pronunció Bustamante —otro historiador antiiturbidista a quien tanto debe la historia oficial— ayuda mucho para conocer las razones y el ánimo de los diputados: Iturbide lisa y llanamente regresaba a "restablecer su trono", por lo mismo el Soberano Congreso debía declarar, "*traidores, malvados, proscritos y reprobados, á todos los que directa ó indirectamente procuren trasladarlo a nuestras costas; y á los que escriben en su elogio*" (lo que parece haberles sucedido a quienes han escrito en pro de Iturbide so pretexto tal vez de que este decreto no ha sido todavía derogado).<sup>18</sup> Lombardo, por su parte, asimiló absurdamente a quienes aspirasen al trono con quienes protegiesen "las miras de un invasor extranjero".<sup>19</sup> El decreto fue aprobado por la mayoría a la que se refirió Lucas Alamán.

Al discutirse el artículo segundo relativo a las penas que recaerían en quienes favoreciesen o cooperasen con el regreso de Iturbide a México el Congreso demostró que no sólo era Iturbide el que debía ser eliminado sino también el iturbidismo y todo lo que oliera a aquél. Bustamante afirmó que Iturbide pretendía "alguna intentona contra

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

la patria" y por lo mismo se debían "tener por enemigos y traidores á todos los que directa o indirectamente" le ayudasen de algún modo.<sup>20</sup> Pero aún este antiguo insurgente, en medio de esta vorágine, supo reconocer el mérito que la posteridad ha negado a Iturbide: "vuelvo a decir y diré, mientras tenga respiración, que soy el primero en aplaudir la heroica resolución que tomó en hacer libre a su patria".<sup>21</sup> lo cual, no fue óbice para más adelante y por las *razones y temores* expuestos considerar que el decreto que declaraba traidores a los amigos de Iturbide fuera una "medida verdaderamente justa y arreglada á las leyes [¡!] y que producirá efectos muy saludables".<sup>22</sup> El diputado Ibarra, queriendo mostrarse magnánimo con otros, acabó por sellar la suerte histórica de Iturbide con una lógica poco usual: "se le declaró fuera de la ley porque se ha declarado que le tendrá por traidor en el hecho de presentarse en nuestras costas".<sup>23</sup> José Agustín Paz, por su lado, recordó que el decreto que se discutía era consecuencia del aprobado un año atrás y que había tenido por objeto tratar "de cortar de raíz los males que ya desde aquel tiempo comenzaban a experimentarse por unos hombres que querían elevar por segunda vez á su ídolo favorito". Ahora, sin embargo, la amenaza era mayor, pues tomaban "*otro camino diciendo a la nación que fue su libertador y que la independencia sin él no se habría conseguido*".<sup>24</sup> La ausencia de sentido común y de memoria comenzaba a caracterizar a algunos de los ilustres representantes de la nación y dejaban su lugar a la leyenda y al mito: por decreto se quería negar el hecho consumado apenas hacía dos años y medio. Así dio inicio a la tarea en la que habrían de empeñarse otros congresos en otros tiempos pero con la misma fiebre. Las palabras de Paz eran de alguna manera congruentes con una visión de la Independencia que pretendía imponerse a través de la promulgación de decretos, no obstante que aún vivían los testigos de aquel feliz acontecimiento que la ley no podía simplemente negar. Como afirmara Alamán, se quería hacer "creer lo contrario" de lo que vieron.<sup>25</sup>

En efecto, desde el 19 de julio de 1823 el Congreso había declarado "beneméritos de la patria en grado heroico" al padre Miguel

<sup>20</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>25</sup> Alamán, *op. cit.*, p. 768.

Hidalgo, y a Ignacio Allende, Juan Aldama, Abasolo, José María Morelos, Matamoros, Leonardo y Miguel Bravo, Hermenegildo Galeana, Mariano Ximénez, Mina, Pedro Moreno y a Víctor Rosales.<sup>26</sup> Antes había declarado "benemérito de la patria" a Nicolás Bravo<sup>27</sup> y más adelante lo hará en favor de Guadalupe Victoria y de Vicente Guerrero,<sup>28</sup> en una clara y pensada reinterpretación del proceso de la Independencia en la cual Iturbide —por decreto y por exclusión— no jugaba ya ningún papel. Al comentar este cambio de interpretación Alamán mostraría un juicio más equilibrado que el mostrado cuando pretendió justificar el decreto de abril de 1824:

El haber sido nombrados individuos del Poder ejecutivo Victoria y Guerrero, fué efecto del cambio favorable para los antiguos insurgentes, que produjo el triunfo de la revolución contra Iturbide. Todos, con alguna muy rara excepción, eran enemigos de éste, y los que dirigieron el movimiento contra él, necesitaron unirse á aquellos, lisonjeándolos con atribuirles todo el mérito de la independencia, para hacer olvidar que esta se debía a Iturbide y quitar así á los ojos del pueblo el motivo principal de afecto que le tenía. Tal fué el origen de la grande importancia que desde entonces se comenzó a dar á la fiesta del 16 de septiembre, haciendo caer de desuso la del 27 del mismo mes. . . .<sup>29</sup>

Juan de Dios Cañedo, al igual que Ibarra, pretendió dar muestras de gran humanidad, sin que esto lo obligase a ser más humano con Iturbide a quien le negó cualquier tipo de garantía legal o derecho del hombre, puesto que a sus ojos se encontraba en un nivel más bajo aún que "el más ínfimo de los ciudadanos":

Sólo un déspota pudiera haberse propuesto dar semejante ley, pero en un Congreso en que *se respeta hasta el más ínfimo de los ciudadanos* no es posible. *Enhorabuena que se proscriba al que se prostituyó y se le crea fuera de la ley; mas que proscriba á aquel que diga que le hizo tal y tal beneficio, que es su pariente, que sus talentos son más ó menos dispuestos para gobernar, y que por esto solo se le declare traidor ¿en dónde estamos?*

<sup>26</sup> *Colección de Decretos (1822-1823)*, p. 161.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 144.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 175.

<sup>29</sup> Alamán, *op. cit.*, p. 767.

Tal proposición convendría en una república de caribes, no en la mexicana. Esto solo pasaría entre los Iroqueses".<sup>30</sup>

Mayor incongruencia y contradicción no es posible encontrar.

Votado el artículo con algunas reformas, a propuesta de José Basilio Guerra todavía se le añadió al artículo primero la frase "bajo cualquier título" y se aceptó la proscripción solicitada por Juan Bautista Morales. Con todos estos añadidos la Comisión presentó el 22 de abril un proyecto de decreto en términos más radicales: "*Se declara traidor a D. Agustín de Iturbide, siempre que se presente bajo cualquier título en alguna parte del territorio mexicano. En este caso queda declarado por el mismo hecho enemigo del estado, y cualquiera puede darle muerte*".<sup>31</sup>

La breve discusión que sobrevino, y en la cual intervinieron los diputados Marín, Bustamante, Ibarra, Godoy, Zavala, Mier, Guerra y Vargas, giró en torno a la diferencia entre proscripción y quedar fuera de la ley y a matizar la parte final del artículo, aprobándose "hasta la palabra enemigo del estado".<sup>32</sup> Por último, el 29 de abril volvió a presentarse el decreto por parte de la Comisión. En su artículo primero quedó finalmente aprobado como transcribí páginas arriba, o sea, con el añadido de "y fuera de la ley", con la modificación "en algún punto de nuestro territorio", con el agregado de enemigo "público" y sin la cruel disposición que autorizaba a darle muerte.<sup>33</sup>

A Iturbide, en consecuencia, lo asesinó la ley, que no la justicia y por órdenes del legislador, que no del juez. Lo que ocurrió en Padilla en julio de 1824 no fue un juicio sino la consecuencia buscada de haberlo declarado fuera de la ley. Como afirmaría Sierra "fué un acto político, no fué un acto justo". Según el diputado Barbabosa al discutirse el decreto éste significaba que *no era "necesario usar de las fórmulas legales, para aplicar la pena al que se halla en aquel caso"*.<sup>34</sup> No había entonces por qué llevar a cabo ningún juicio sino, tal y como se hizo, dar puntual cumplimiento al decreto del Congreso. Pero si a Iturbide lo mataron una ley y un poder de 1824 éstos pretendieron juzgarlo y condenarlo también a *perpetuidad*, modificando los hechos y atentando contra la verdad histórica.

<sup>30</sup> Actas, p. 46.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 264.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 265.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 345.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 41.

### III. INTERMEDIO

El siglo XIX no fue, sin embargo, tan ingenuo como el nuestro para creerse la versión de una independencia que excluía la participación de Agustín de Iturbide. Si bien es cierto que el santoral patriótico festejó más a los héroes insurgentes y que la fecha conmemorativa de aquélla se fijó el 16 de septiembre, durante años el nombre y el papel del fundador del ejército mexicano no fue ni olvidado, ni denostado. Simplemente se ponderó más la actuación de los insurgentes que la de aquél por los motivos políticos y personales aclarados por Lucas Alamán. No debe olvidarse que Iturbide fue condenado en vida, por un Congreso integrado *exclusivamente* por sus enemigos y sin posibilidad de defensa alguna. No se trató tampoco de un juicio histórico —que, pienso, no ha existido ni debe existir— sino de una decisión política que condicionó a la historia. Absolutamente todos los historiadores de la época que escribieron sobre la Independencia o sobre el Imperio fueron, en mayor o menor grado, sus enemigos: Zavala, Alamán, Bustamante, Tornel, Bocanegra, Rocafuerte... y sin embargo, y salvo este último, todos reconocieron los méritos indudables de Iturbide como autor de la independencia mexicana más tarde o más temprano. El siglo pasado vio transcurrir sus días sin la pasión que durante el XX se levantará en torno del Consumador, al impulso de una Revolución fanática y demagógica. Durante esa centuria encontramos lo mismo la *Arenga Cívica* de José María Lafragua<sup>35</sup> que muchos otros discursos cívicos en honor de Iturbide;<sup>36</sup> el justo y mesurado juicio de un Julio Zárate en *México a través de los siglos*,<sup>37</sup> las hermosas y patrióticas páginas de Antonio García Cubas en *El libro de mis recuerdos*<sup>38</sup> y el fino y perspicaz sentido histórico del polémico Bulnes. Así como las equilibradas opiniones de Justo Sierra y de Vicente Riva Palacio.<sup>39</sup> Los restos de Iturbide descansaron por años junto a los de los insurgentes bajo las bóvedas de la Catedral de México; su nombre se inscribió en los mu-

<sup>35</sup> Véase en *Historia de México*, México, Salvat, 1985, t. 8, p. 1741.

<sup>36</sup> Cfr. en DE LA TORRE VILLAR, Ernesto y NAVARRO, Ramiro (comp.). *La conciencia nacional y su formación. Discursos cívicos septembrinos (1825-1871)*, México, UNAM, 1988, *passim*.

<sup>37</sup> *México a través de los siglos*, op. cit., t. VI, pp. 361 y 362.

<sup>38</sup> México, Patria, 1960, pp. 517-520.

<sup>39</sup> SIERRA, Justo, *Evolución política del pueblo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1950, pp. 120 y 133; RIVA PALACIO, Vicente, *Episodios Históricos de la Guerra de Independencia*, p. 317, citado por los diputados en 1921. Se

ros del Congreso desde 1835 y todavía se encuentra en la Columna de la Independencia de la ciudad de México. Varias poblaciones se llamaron como él y en Morelia una lápida durante décadas se encargó de recordar el sitio donde nació el Libertador de México. En algún lugar su estatua se disfraza todavía ahora con el nombre de Nicolás Bravo. Por desgracia no duraría siempre esta consideración, si no del todo justa, cuando menos ponderada y continuó el propósito de silenciar el nombre de Iturbide que hacia 1910 se había convertido ya en símbolo de discordia.<sup>40</sup> El trabajo historiográfico dejaría otra vez su lugar a la pasión política no obstante que ese año Alejandro Villaseñor desenmascaró la trama urdida desde hacía años para despojar a los mexicanos de su Libertador.

pero el encono sectario se había encargado también de negarla [la obra de Iturbide] y ha trabajado incesantemente para conseguirlo: los liberales de hoy, hijos legítimos de los Yorkinos de ayer, se han esmerado más todavía que aquéllos, en hacer desaparecer el nombre del Libertador Don Agustín de Iturbide de la historia de México, y aunque creen haberlo conseguido atribuyendo toda la gloria a don Vicente Guerrero, su tarea es vana: sin negar a éste lo que le toca, *mientras México exista como nación soberana* y entre tanto se vea simbolizada en el tricolor pabellón que significa religión, unión, independencia, el nombre de Iturbide será inmortal y estará grabado en el pecho de todo mexicano.<sup>41</sup>

La Revolución se encargará de avanzar en el propósito y en las tareas para desterrar en forma definitiva a Iturbide del panteón de los héroes y olvidar su nombre. El primer paso lo dio Antonio Díaz Soto y Gama en el seno de la Convención de Aguascalientes cuando estrujó el lienzo tricolor en sus manos y afirmó para escándalo y vergüenza de los presentes y de los mexicanos de todas las épocas que el estandarte en el que había jurado la Asamblea, era el de Iturbide y el de Iguala, y que él no firmaría, porque valía más la palabra de

halla en ROMERO FLORES, Jesús, *Iturbide pro y contra*, Morelia, Basal Editores, 1971, p. 205. En esta obra se transcriben los debates en torno a la proposición para quitar de los muros del Congreso el nombre de Iturbide llevados a cabo en septiembre y octubre de 1921.

<sup>40</sup> Como lo recordaron los diputados antiiturbidistas en 1921, acusando a Rafael Reyes Spindola y a *El Imparcial* de encabezar "la reacción iturbidista", *idem*, p. 217.

<sup>41</sup> VILLASEÑOR Y VILLASEÑOR, Alejandro, *Biografías de los héroes y caudillos de la Independencia*, México, Jus, 1962 (Colección México Heróico núm. 11), t. II, p. 332. La primera edición apareció en 1910.

honor que la firma estampada "en esa bandera" calificándola de "trapo sucio", según Vasconcelos.<sup>42</sup>

#### IV. SEGUNDO TRAMO: EL DECRETO DE OCTUBRE DE 1921

Al interior de la Cámara de Diputados sería el mismo Díaz Soto y Gama el encargado de culminar la obra iniciada un siglo atrás, pero ahora con motivo del Centenario de la Consumación de la Independencia en el año de 1921.

En los debates de septiembre y octubre de este año se fijaron las líneas de argumentación —o los nuevos mitos— que habrían de definir la visión oficial y estatal de la figura de Agustín de Iturbide y de la consumación de la independencia. En efecto, ahí se sellaron, de una vez para todo el siglo XX, los epítetos y calificativos sobre Iturbide que todavía son de uso corriente en algunos libros de texto o en el lenguaje corriente de seudohistoriadores, y se dio la sustitución definitiva de figuras históricas: Guerrero por Iturbide. No menos importante fue la concepción de la historia que manejaron los diputados antiiturbidistas, muy al tono de una época caracterizada por el triunfalismo, la belicosidad y el anticlericalismo.

No fallaron en sus propósitos los que en aquel año promovieron quitar el nombre de Iturbide de los muros del Congreso; y es que para esos diputados la iniciativa rebasó el nivel de una mera cuestión de nombres y acontecimientos para convertirse en algo vivísimo, que implicaba la salvación misma de su Revolución. Había necesidad, en consecuencia, de acelerar el procedimiento y concluirlo, pues de retrasarse la Revolución misma corría el riesgo de frustrarse: "de lo que se trata —afirmó el diputado Avilés— es estar dando treguas a la reacción y de que ésta siga día a día enseñoreándose de todos los asuntos y mañana aplastar de un solo golpe a la Revolución. ¡Revolucionarios diputados, salvemos a la Revolución, puesto que ese es nuestro deber!"<sup>43</sup> Ni más ni menos; le iba la vida a la Revolución con el hecho de que permaneciera el nombre de Iturbide en el Congreso. Los muertos volvían a vivir y la cuestión de Iturbide servía de pretexto para que "de una vez se levante la careta de los falsos revolucionarios y para que de una vez se deslinden los campos, y para que de una vez

<sup>42</sup> CASASOLA, Gustavo, *Historia Gráfica de la Revolución Mexicana*, 2a. ed., México, 1973, t. III, p. 901. VASCONCELOS, José, *La tormenta*, 10a. ed., México, Jus, 1970, p. 117.

<sup>43</sup> ROMERO FLORES, *op. cit.*, p. 110.

veamos quienes están del lado de la reacción".<sup>44</sup> De aquí que los discursos de los diputados revolucionarios se dirigieran no tanto a la Asamblea sino al futuro: "porque más que por la Asamblea lo hago por el futuro —afirmaría Soto y Gama— para que queden estampadas razones de peso, razones históricas en *El Diario de los Debates*".<sup>45</sup>

Pero vayamos por partes. Casi cuatro años antes se había promulgado la Constitución de 1917 con sus flamantes artículos francamente anticlericales y atentatorios a los más elementales derechos humanos. Eran el resultado de un debate intenso, acalorado, como será el de octubre de 1921, donde el radicalismo de ciertos grupos revolucionarios se impuso sobre el tono mesurado y conciliador de otros. La cuestión religiosa latía en el fondo y en la década de los veinte se radicalizaría de tal modo que pronto condujo a la Cristiada. Así lo reconoció Soto y Gama al decir que "El clero sí entiende la importancia y la reacción sí entiende la importancia de que se honre o no se honre a Iturbide. La reacción ha hecho de Iturbide su bandera y nunca el partido liberal había tolerado homenajes a Iturbide. Sería vergonzoso que nosotros retrocediéramos".<sup>46</sup> Los revolucionarios radicales, no satisfechos con el mero texto constitucional, buscaban entonces en la legislación secundaria los instrumentos eficaces para aplastar a la reacción, representada según ellos por el clero, los Caballeros de Colón y, desde luego, los promotores de los festejos del Centenario de la Independencia.<sup>47</sup> El nombre de Iturbide para ellos no era meramente simbólico sino ocultaba una evidente realidad: el propósito de la reacción clerical de frenar a la Revolución. La propia legitimidad revolucionaria del gobierno del general Obregón incluso llegó a ponerse en entredicho por conmemorar el centenario de la Consumación, como lo hizo ver el diputado Avilés:

La reacción que se ha colado con don Álvaro Obregón, ha dado

<sup>44</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 223.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 112. Para otras referencias al clero y a la "reacción", *vid.* pp. 91, 113 y 210: "¡Claro —gritaría Avilés—, qué le importa al ciudadano Vito Alessio Robles, Agustín de Iturbide, ni qué nada!, lo que le importa, a don Vito Alessio Robles es defender la religión católica...".

<sup>47</sup> En el agitado año de 1921 se radicalizó el problema religioso, el 6 de febrero explotó una bomba de dinamita en la casa del arzobispo de México, el 10 de mayo ondeó una bandera rojinegra en la Catedral de México, el 4 de mayo estalló otra bomba en el palacio arzobispal de Guadalajara y el 14 de noviembre estallará una más en el altar central de la Basílica de Guadalupe.

amplia entrada al elemento reaccionario y ese ha sido el motivo precisamente de que hayan surgido todas estas cosas.

Un gobierno enteramente revolucionario donde no hubiera reacción de ninguna naturaleza, por ninguna circunstancia debía de haber admitido que se hubiera celebrado este ridículo Centenario, porque no es a Iturbide a quien tenemos que loar... sino a los héroes de la Independencia que se loaron ya en 1910; de modo es que este Centenario si este gobierno estuviera completamente en manos de la Revolución, por ninguna circunstancia hubiera permitido esta ridícula mascarada...<sup>48</sup>.

Pero ya que se había festejado este Centenario —para desconcierto de las delegaciones de las naciones amigas que se preguntaban sobre los autores y fechas de la Independencia de México—<sup>49</sup> había que responderles con una respuesta en apariencia coherente que marcara una línea forzada de continuidad entre Hidalgo y Guerrero y que excluyera cualquier comentario sobre el papel jugado por Iturbide. Había pues que forzar una interpretación histórica; en síntesis, inventar la historia. Esto se llevó a cabo en los debates de 1921.

El día 23 de septiembre, un numeroso grupo de diputados encabezados por Antonio Díaz Soto y Gama —que de esta forma y en estas sesiones pudo por fin y sin riesgo de su vida desahogar libremente su fanático antiiturbidismo— Octavio Paz y Carlos Riva Palacio, presentaron a la Cámara una iniciativa de decreto que decía:

*Primero: Bórrase del recinto de la Cámara el odioso nombre del primer contrarrevolucionario mexicano, Agustín de Iturbide, fusilado en Padilla por virtud de un decreto memorable del Congreso Federal.*

*Segundo: Substitúyase el nombre del traidor Iturbide por el heroico revolucionario Dr. Don Belisario Domínguez.*<sup>50</sup>

La iniciativa fue acompañada de una amplia exposición de motivos para la cual se utilizaron como soporte historiográfico la *Historia* de Lucas Alamán, el *Ensayo histórico* de Lorenzo de Zavala, sobre todo el tomo de *México a través de los siglos* escrito por Julio Zárate, el *Cuadro histórico* de Bustamante, y una obra que no he podido iden-

<sup>48</sup> ROMERO FLORES, *op. cit.*, p. 212.

<sup>49</sup> *Idem*, pp. 90, 118 y 182.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 87.



tificar titulada *Guerrero* y a la cual se le dio mucha autoridad.<sup>51</sup> En esta exposición se salpicó con un buen número de epítetos la figura de Iturbide; costumbre que continuaría en los debates de los días siguientes: "conocido traidor", "iniciador de los cuartelazos", "ambicioso vulgar", "tenebrosa figura", "fiel servidor de los opresores de la patria", "figura funesta", "infiel y pérfido mexicano", "abominable pretoriano", "terrible embaucador", "charlatán", "cínico", "mezquino", "tortuoso", "jesuita"... para culminar con los calificativos de "primer contrarrevolucionario mexicano" y "traidor" utilizados en el texto mismo de los "acuerdos económicos" propuestos.

No puede dudarse que esta iniciativa obedeció a un plan perfectamente maquinado, concebido seguramente por el antiguo zapatista nacido en San Luis Potosí y dirigido a borrar el nombre de Iturbide a como diera lugar de la historia nacional. La detenida lectura de los debates correspondientes así lo demuestra, como también los inteligentes argumentos de quienes no cayeron en el garlito puesto por aquél y los diputados radicales. El primer propósito de éstos consistió en que el Congreso aprobara la iniciativa "con dispensa de todo trámite" y por vía de "acuerdos económicos". Su idea era llegar al 27 de septiembre sin que el nombre de Iturbide apareciese en los muros del recinto parlamentario. Sin embargo, gracias a la intervención del ingeniero Vito Alessio Robles, quien pidió y obtuvo que el proyecto pasara primero a comisión para después discutir el dictamen correspondiente, su plan se frustró y fueron obligados a debatir y justificar la iniciativa. No satisfechos, los iniciadores sostuvieron que su proyecto era "de urgente o de obvia resolución", lo que dispensaría los trámites respectivos, pero puesto a discusión este asunto y no darse el *quórum* respectivo fue desechada la moción. Posteriormente, y basados en el argumento de que la disposición del 20 de mayo de 1835 —que ordenó la inscripción del nombre de Iturbide en el Congreso— no había sido un decreto sino un "simple acuerdo" los diputados radicales pretendieron volver a plantear la dispensa de trámites para obtener la aprobación de su iniciativa sin pasar por el debate correspondiente. Nuevamente fue Alessio Robles quien lo impidió, y aunque reiteradamente continuaron aquéllos refiriéndose a esa disposición como "simple acuerdo", fueron callados por el diputado Céspedes quien aclaró en definitiva la naturaleza jurídica de la misma: una verdadera ley, pues en su momento implicó la actividad de la cámara legisla-

<sup>51</sup> *Idem*, pp. 73-87.

dora, que la reformó, y su publicación por bando el 27 de mayo de 1835, situaciones ambas que no corresponden a los acuerdos económicos que "son exclusivos de cada una de las Cámaras".<sup>52</sup>

Otra táctica empleada por los radicales fue la de interrumpir una y otra vez a los diputados calificados como "iturbidistas", cosa que no ocurrió cuando aquéllos tomaron la palabra, quienes, en términos generales, pudieron hablar con relativa continuidad. Fue Soto y Gama quien más se destacó en interrumpir los discursos de sus contradictores. Por su parte, éstos consiguieron retrasar el debate que se inició hasta el jueves 29 de septiembre.<sup>53</sup> Situación que enfureció a Soto y Gama quien vio cómo pasaba el 27 de septiembre con el nombre de Iturbide inscrito todavía en el Congreso: "Toda la obstrucción ha sido que esto se discutiera antes [*sic*] del 27 de septiembre, como queríamos los elementos avanzados de esta Cámara, y hoy, *ya que no pudimos hacerlo el 27*, queremos que se haga siquiera el 29, pero a la vista de las representaciones extranjeras miserablemente engañadas por la reacción, miserablemente desorientados por los periódicos y por los reaccionarios".<sup>54</sup> Tampoco lo conseguiría.

El dictamen solicitado —obra de Soto y Gama y del ex constituyente Rafael Martínez de Escobar— fue firmado el 28 de septiembre y en él se aprecia claramente la intención de asimilar los nombres y las obras de Iturbide y de Santa Anna y de juzgar al primero por las acciones del segundo. Jurídicamente, se fundó la propuesta en la pretendida naturaleza del decreto de 1835 y en el argumento de que "jurídica y racionalmente carecen de toda validez, ante la Revolución hecha hoy gobierno, todos los decretos y leyes de *carácter político*, expedidos por las legislaturas reaccionarias en las diversas épocas de nuestra historia".<sup>55</sup> Consecuencia de todo "el estudio" que pretendieron hacer sus autores fue la presentación a la Asamblea para su aprobación de la misma iniciativa del 23 de septiembre, tan sólo modificada en su texto original al quitarle el adjetivo "odioso" al nombre de Iturbide y el "memorable" al decreto del Congreso; y haber cambiado "ejecutado" en vez de "fusilado" y "Congreso General" en vez de "Con-

<sup>52</sup> *Idem*, pp. 176 y 177.

<sup>53</sup> Véase el *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, correspondiente a esta fecha y a los días 4, 5 y 6 de octubre de 1921. Romero Flores equivocadamente señala que la iniciativa se presentó el día 22 de septiembre. Cfr. ROMERO FLORES, *op. cit.*, p. 73 y *Diario de Debates* del 23 de septiembre.

<sup>54</sup> ROMERO FLORES, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 104. . .

greso Federal". En el artículo segundo la palabra "usurpador" sustituía a "traidor".<sup>56</sup>

En el largo debate que siguió a la lectura del dictamen, iniciado el 29 de septiembre y que se prolongó los días 4 y 5 de octubre, se inscribieron en favor de la iniciativa los diputados Luis Espinosa, J. Siroub, Herminio Rodríguez, Aurelio Manrique, Uriel Avilés y Miguel Martínez Rendón y, en contra, Francisco Castillo, Vito Alessio Robles, Jesús Z. Moreno, Norberto Domínguez y Francisco Ollivier, aunque a decir verdad fueron Soto y Gama y Martínez de Escobar en su carácter de miembros de la Comisión dictaminadora los que antes y después del debate propiamente dicho y durante éste dirigieron la discusión, influyendo notablemente en una Asamblea que, por otro lado, no necesitó mucho para inclinarse a su favor, como lo hizo notar Alessio Robles: "haced lo que queráis. La proposición, que viene firmada por noventa diputados, hace presumir que este punto quedará ganado por los firmantes; que se votará afirmativamente el dictamen".<sup>57</sup> Por parte de los opositores destacaron el propio Alessio, Ollivier, Domínguez y Jesús Z. Moreno.

No puedo extenderme en el análisis detenido de cada una de las intervenciones en favor o en contra de la iniciativa, pero sí me interesa destacar dos cosas: una tiene que ver con el uso que se dio a la Historia por parte de los radicales y con la idea de la Historia que ambos grupos manifestaron, y la otra con la forma como la figura de Iturbide fue desplazada por la de Vicente Guerrero, llegándose al extremo de negarle al primero el carácter de consumidor de la independencia en favor del segundo.

#### A. Uso y concepción de la Historia

Con las pocas fuentes que arriba mencioné más otras (Olavarría y Ferrari, los *Episodios Históricos de la Guerra de Independencia*, *La Constitución y la Dictadura* de Emilio Rabasa, "un cuadernillo", "innumerables documentos" en poder de la Comisión, un discurso de Ignacio Ramírez, y "documentos admirables" en posesión de Soto y Gama) los defensores de la iniciativa se dieron a la tarea de justificar su propuesta con una visión de la historia entendida como arma y aún como profecía: aún y cuando incurriesen en evidentes con-

<sup>56</sup> *Idem*, p. 106.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 152.

tradiciones: "Es necesario que hagamos que en este agosto recinto suene, de una manera imparcial, la voz desapasionada de la Historia y que ella nos venga a decir que nosotros, dignos descendientes de los verdaderos patriotas, no podemos consentir en que nuestros principios sean burlados y pisoteados...", afirmó Luis Espinosa.<sup>58</sup> Soto y Gama, por su lado aseguró que:

... *La Historia consiste en juzgar a los hombres, y que es cosa de mojigatos, de beatos, podía yo decir de imbéciles, negar a la Historia el derecho de hacer su papel. El papel de la Historia es denigrar al canalla y ensalzar al verdadero héroe; el papel de la Historia está en demostrar quiénes son héroes y quiénes no lo son... ¿Iturbide es héroe o fue traidor? Es lo que tenemos que demostrar, estamos obligados a demostrarlo, y no en una academia, sino en este Congreso... ¿Qué es eso de venirnos a decir aquí que una academia de historia es la única que tiene que juzgar de los hechos buenos o malos realizados en el curso de la historia de un pueblo? De los actos públicos, de los actos de traición o de los actos de servicio a la patria, tiene que juzgar la patria, tiene que juzgar el pueblo, y aquí en esta Cámara están los representantes del pueblo, y en una academia de historia estaría un Bulnes, un Joaquín García Icazbalceta, estaría quizá un reaccionario...*<sup>59</sup>

"La crítica histórica justamente tiene por objeto —según Martínez de Escobar— depurar los hechos históricos para formar con ellos generalizaciones que sirvan a los hombres y a los pueblos. Querer presentar la historia insípida e incolora relatando hechos, ¡no me explico a quién se le pueda ocurrir! *La historia tiene que ser un fallo justiciero que premie o castigue, que enaltezca o infame*".<sup>60</sup> "Los muertos mandan y por eso, en acatamiento de la voz de nuestros muertos, *hay que borrar el nombre de Iturbide*."<sup>61</sup>

Día llegará —ojalá no lo vea yo— [afirmó Manrique] en que se escriba la historia ecléctica, esa historia ecléctica en que sueñan los espíritus generosos, ecuanímenes, sensatos y ponderados; los Sanchos Panzas de todos los tiempos; esa historia ecléctica

<sup>58</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 168.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 184.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 188.

que a todos considera como factores importantes de nuestra nacionalidad, historia ecléctica en la que irían departiendo amigablemente los enemigos de ayer: Hidalgo e Iturbide... Sí, esto será delicioso, pero esto debemos rechazarlo quienes pretendemos... que la Historia no es una mera disquisición al alcance y para uso de los eruditos, que la Historia no es la elaboración fría, carente de vitalidad, carente de entusiasmo, y de energías, para uso de sociedades sabias y de los escarabajos de biblioteca.<sup>62</sup>

La consecuencia de todo esto era que no merecía, "la pena de que se esté discutiendo sobre un hombre en que *la historia misma ha dado ya su fallo final*", según la opinión de Herminio Rodríguez.<sup>63</sup>

Con una visión y con un manejo de la Historia así —muy cercana a la *Historia de Bronce* de la que nos habla Luis González y González en ese magnífico ensayo sobre "múltiple utilización de la historia"<sup>64</sup> o a la *Historia y la acción* de Reyes Heróles—<sup>65</sup> era lógica la respuesta a la pregunta que formulara el propio Manrique: "¿Resiste Agustín de Iturbide el análisis de la crítica histórica?"<sup>66</sup> dada por Soto y Gama: "Compañero Manrique, Iturbide mereció el cadalso de Padilla, traicionó al pueblo, quería esclavizarlo y mereció el cadalso, porque su vida merecía mucho menos que la vida de los mexicanos que quería sacrificar a sus ambiciones y nuevas traiciones... Si *Iturbide viviera*, si cometiera otra vez los mismos hechos, *la actual Revolución*, como la de Independencia, *lo mataría de nuevo*".<sup>67</sup>

Por su parte los detractores del dictamen y de la iniciativa mostraron mayor mesura. Olliver afirmó que "la crítica histórica no puede verificarse en medio minuto. Creo que si aceptamos esto en la forma tan ligera en que se propone, la Cámara de Diputados se habrá expuesto a muy justificadas y acres censuras"<sup>68</sup> y agregó que "polemistas e historiadores se han empeñado en definir de una manera resuelta si *por fin* la figura de Iturbide es meritoria o debe, *por fin*,

<sup>62</sup> *Idem*, pp. 217 y 218.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 214.

<sup>64</sup> *Todo es Historia*, México, Cal y Arena, 1989, pp. 20 y 21.

<sup>65</sup> REYES HERÓLES, Jesús, *La Historia y la acción*, México, Oásis, 1978; pp. 145-174.

<sup>66</sup> ROMERO FLORES, *op. cit.*, p. 218.

<sup>67</sup> *Idem*, pp. 22 y 23.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 89.

de una manera decisiva, deprimirse. Señores: ¿la Cámara puede en medio minuto establecer un criterio definitivo en la materia? Esto es injusto... No resolvamos un asunto sobre la rodilla, porque no somos la autoridad capacitada para ello"<sup>69</sup> y es que él sí se daba cuenta que la Historia, puesta a juzgar, había "cometido errores hijos del apasionamiento".<sup>70</sup> Para Jesús Z. Moreno la historia jugaba el mismo papel de juzgador que los radicales pretendían, si bien no le correspondía serlo al Congreso:

nosotros no somos ni siquiera, ni con mucho, no digo hombres capaces de encauzar una verdadera discusión histórica desde el punto de vista técnico, mucho menos una academia, que sería la única facultada *para decidir*, en vista de un examen concienzudo de todos los hechos, de todos los antecedentes, de todos los datos de información, *para decidir*, en una palabra, si don Agustín de Iturbide era o no acreedor a esta manifestación de gratitud. Nosotros no tenemos ni remotamente las condiciones, ni la preparación, ni los elementos para poder pronunciar *la última palabra* en un acto de esta trascendencia...<sup>71</sup>

Si bien con propósitos contrarios los dos grupos coincidían en el fondo en su idea de la Historia: enjuiciar más que comprender; sentenciar más que explicar; entendiendo el acaecer histórico como algo definitivo, total y absoluto al cual podía recaer un juicio inapelable, en lugar de entender la Historia como algo que se va construyendo poco a poco y que va cambiando en el tiempo según los conocimientos y la capacidad de comprensión del historiador; que no tiene la pretensión de dictar fallos, y menos definitivos, sino que sólo le corresponde la recreación *humana* del pasado *humano* desde el presente; por ende, recreación esencialmente relativa. Los hombres de 21 no lo pudieron entender así y tal vez no pueda reprochárseles que no lo hayan hecho. Su intención política era muy clara y se vinculaba a sus propios y actuales problemas, intereses y propósitos políticos, que no historiográficos: impedir que la figura de Iturbide se considerase "como un ejemplar digno de la admiración y de la imitación por las

<sup>69</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>71</sup> *Idem*, pp. 162 y 163.

generaciones futuras";<sup>72</sup> evitar a toda costa, usando sus palabras, que la "reacción" se entronizara.<sup>73</sup> En estas tareas tuvieron un rotundo éxito, lo que parecería darle la razón a la concepción histórica que sostuvieron: considerada como tribunal, éste condenó al destierro de la historia nacional a Iturbide por todo el siglo XX; hasta que otras generaciones de historiadores, mexicanos y extranjeros, y otros tiempos hagan posible ese replanteamiento comprensivo y apartidista de su obra y de su persona. Condenando a Iturbide aquéllos creyeron y quisieron condenar a los que consideraron "traidores, presentes, pasados y futuros". Mayor carga simbólica no se le pudo atribuir a nuestro personaje. De aquí que estuvieran convencidos de que "toda disquisición más o menos bizantina que pretenda afirmar que no es aquí en la Cámara de Diputados donde deben discutirse estas cosas que son de la competencia de las sociedades sabias y de las academias de la historia, es vano y fútil".<sup>74</sup> Para ellos la Historia era algo vivo y por lo mismo, aun cuando hubieran pasado "cien años de estas cosas", tenían "una palpitante, una dolorosa, una viviente actualidad",<sup>75</sup> ante lo cual todo lo demás salía sobrando, y, como afirmara el diputado Pimentel, servía sólo para perder el tiempo "miserablemente" en un asunto tan claro y evidente que no necesitaba "más que borrar de una plumada al traidor Iturbide".<sup>76</sup>

Pero borrado éste, quedaba sin embargo el hecho. El gobierno y el propio Congreso habían decidido celebrar una fiesta cuya razón de ser ahora no quedaba muy clara, incluso para los propios defensores del Emperador mexicano: Alessio llegaría incluso a afirmar que estaba de acuerdo con el diputado Avilés, "y hasta lo he censurado, en que se ha hecho muy mal en celebrar el Centenario de la consumación de esta Independencia",<sup>77</sup> y que había sido siempre enemigo de celebrarlo porque "la celebración del Centenario de 1910 fue la verdadera celebración".<sup>78</sup> No obstante estaban ahí metidos, en una festividad que venía a complicarlo todo pues replanteaba el hecho mismo del comienzo de la patria mexicana. Los argumentos entonces,

<sup>72</sup> *Idem*, p. 220.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 212.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 217.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 149.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 213.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 214.

se inclinaron hacia otro propósito. Si había que festejar la Consumación de la Independencia; y si Iturbide no podía ser el festejado había que encontrar otras personas a quienes atribuirles los méritos de la consumación. La figura se encontró, después de buscarle por algunos otros lados, en don Vicente Guerrero. Con algunos titubeos iniciales se lograba así finalmente una visión de acuerdo con la ideología revolucionaria.

### B. Guerrero sustituye a Iturbide

Primero se afirmó paladinamente que "lo cierto es que don Agustín de Iturbide no consumó ninguna Independencia" como lo dijera el "cuadernito" del que se sirviera en su discurso el diputado Uriel Avilés.<sup>79</sup> Manrique, por su parte, quitó todo mérito a Iturbide transitando por un camino más complejo al decir que éste no merecía "la gratitud perenne del pueblo, porque en el momento en que la Independencia estaba ya prácticamente consumada abraza la bandera de la causa. . ." <sup>80</sup> y al cuestionar el hecho mismo: "¿Que Agustín de Iturbide fue un factor, uno de los consumidores de la Independencia? Pues bien, sí y bien ¿y qué? Un factor, lo habéis dicho, un consumidor, pero no es para mí la historia, la apología del hecho consumado".<sup>81</sup> "Iturbide aprovechase del esfuerzo de los hombres que le precedieron. . . Iturbide consume la Independencia. ¿Es esta consumación, es este hecho consumado lo que merece nuestra apología y nuestro elogio fuera de toda crítica y prescindiendo de todo análisis? ¿O no tenemos derecho, como historiadores [??], a penetrar en el alma y en la intención y no a prejuzgar víctimas de perjuicios. . . ?"<sup>82</sup>

Será Soto y Gama el que encuentre la fórmula para salir del atolladero, fijando hasta nuestros días la versión oficial de los acontecimientos que condujeron a la independencia definitiva de México:

Iturbide no fue ni puede llamarse verdaderamente el consumidor de la Independencia; la verdad histórica. . . es esta: las clases privilegiadas, viéndose amenazadas con el restablecimiento de la Constitución de Cádiz, fueron las que se apresuraron a unirse a los insurgentes para consumir la Independencia. Esto

<sup>79</sup> *Idem*, pp. 208 y 209.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 216.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 218.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 219.

quiere decir que Iturbide, para todo el que tenga sentido común, fue un factor accidental, un instrumento de las clases privilegiadas, . . . Si Iturbide no se hubiera prestado, lo habría hecho Bustamante, el italiano Filisola, Celestino Negrete, Chavarri y Armijo, . . . luego Iturbide no fue más que un instrumento de las clases privilegiadas, las que por librarse de las reformas decretadas en la Península, consumaron la Independencia en unión del glorioso insurgente Guerrero. . . Si se quiere rendir honor a alguien, debe rendirse al clero, representado por el Dr. Monteagudo; debe rendirse a la Audiencia, representada por Bataller, y debe rendirse al Comercio de México y a todas las clases acaudaladas de aquel entonces, que fueron los que impulsaron a Iturbide. . . para servir en la empresa *facilísima* de derrocar a un régimen que ya estaba completamente derribado.<sup>83</sup>

Martínez de Escobar en un discurso anterior había llegado aún más lejos al afirmar que, paradójicamente, "en el instante mismo en que se consumó la Independencia de México, en el primer día de la libertad, se encadenó a todas las clases sociales de México", siendo el rechazo de las Cortes españolas al Plan de Iguala y a los Tratados de Córdoba "lo que verdaderamente consumó la Independencia de México".<sup>84</sup>

Ni siquiera la Bandera nacional, la cual fue hábilmente evitada en los discursos del grupo radical, representó un mérito en favor de Iturbide. Y si la Independencia no había sido obra suya, menos importaba ensalzar la *Unión*, la que fue acremente criticada por Soto y Gama que hubiera preferido una independencia envuelta en sangre y aniquiladora de los españoles.<sup>85</sup> Para el diputado potosino Iturbide fue contrarrevolucionario porque se opuso a la máxima de Hidalgo: "Para la felicidad del reino es necesario quitar el mando y poder de las manos de los europeos". Agustín de Iturbide, por el contrario, había dispuesto en el Plan de Iguala y en el Tratado de Córdoba "que los españoles quedaran exactamente con los mismos derechos que los mexicanos", lo cual quería decir, según la interpretación revolucionaria, que Iturbide había ido "contra la primera finalidad del movimiento de Dolores, que era despojar del mando a los europeos".<sup>86</sup>

<sup>83</sup> *Idem*, p. 225.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 196.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

Incluso el propio Olliver llegaría a compartir en parte esta visión pues consideró al programa de la Unión "evidentemente menos avanzado que la teoría de la supresión de los gachupines pero suficientemente avanzado en aquella época en la que los gachupines gobernaban".<sup>87</sup>

Ni siquiera se salvaron de las críticas las célebres e inolvidables palabras de Iturbide al consumar la Independencia el 27 de septiembre de 1821: Mexicanos: "ya sabéis el modo de ser libres, a vosotros toca señalar el de ser felices", que fueron calificadas de "frase canallesca", de "frase de mentira", y de "baldón de ignominia" por el propio Soto y Gama, sólo porque por esos días el comercio organizado de México, las colocó en la "Calle del Comercio" como homenaje a quien la había pronunciado".<sup>88</sup>

Por si todo esto no bastara y después de asimilarse las figuras de Iturbide y la de Santa Anna (sin percatarse que fue precisamente el segundo el primero en proclamar —en contra de Iturbide— a la República), los diputados antiiturbidistas dieron un paso más: asimilarlo a Victoriano Huerta y, si fuera posible, colocarlo por debajo de éste. Principió el inevitable Soto y Gama enumerando a los malos de la historia mexicana y midiéndolos con el mismo rasero: Cortés, Iturbide, Santa Anna, Lucas Alamán, Porfirio Díaz, Félix Díaz y Victoriano Huerta. Éstos eran "los hombres de la reacción", y si para los reaccionarios "el menos podrido de todos" era Iturbide, para los revolucionarios era precisamente el "más podrido".<sup>89</sup> Rafael Ramos Pedruéza siguió afirmando que "Iturbide presagió a Victoriano Huerta" por haber disuelto al Congreso;<sup>90</sup> y finalizó el célebre diputado agrarista de San Luis Potosí: "Son dos gemelos en nuestra Historia, Victoriano Huerta e Iturbide, como lo son Iturbide y Santa Anna".<sup>91</sup> A lo que se vio obligado contestar, dado lo excesivo de la comparación, el diputado Olliver: "Yo protesto enérgicamente porque se ha tratado de comparar a Iturbide con el traidor más grande que registra nuestra Historia, con Victoriano Huerta. La diferencia es notable, señores, Huerta traicionó a Madero y después lo asesinó; Iturbide dio una muestra de vasallaje a Fernando VII y le confería el primer puesto en la Junta Gubernamental de Nueva España. . .".<sup>92</sup>

<sup>87</sup> *Idem*, p. 203.

<sup>88</sup> *Idem*, p. 112.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 164.

<sup>91</sup> *Idem*, p. 170.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 205.

« Pero el daño estaba hecho, y el buen nombre de Agustín de Iturbide y su obra —nada más y nada menos que la Independencia de México, la formación de un extensísimo Imperio que iba del Oregón a Panamá, la más absoluta e ilimitada igualdad entre españoles, criollos, indios, negros y asiáticos que vivían entonces en la Nueva España, la protección de los derechos humanos, la bandera y el ejército nacionales, el establecimiento de un congreso constituyente y, por si fuera poco, las Tres Garantías— quedaban hechos trizas gracias a la furia revolucionaria. De nada serviría la contrarréplica de los pocos diputados que se guiaban por el sentido común; ni las citas de Pérez Verdía o de los *Episodios Históricos de la guerra de Independencia* de Vicente Riva Palacio pronunciadas frente a uno de sus nietos (quien en el colmo del cinismo se atrevió a decir: “¡Qué novedad, qué librito!” “No se ría usted”, contestó Olliver, “es un libro autorizado; está escrito por su abuelo”. —“Bueno ¿y qué?”, fue la respuesta”) <sup>93</sup> ni la apelación a ese sentido común hecha por Norberto Domínguez:

No voy a hablar en nombre de la Historia, sino del sentido común. Cuando se llama a todos los diplomáticos de naciones amigas, cuando la nación derrocha unos cuantos millones de pesos... con el objeto de celebrar el Centenario de la Consumación de la Independencia hecha por Iturbide, cuando se hace un remedo de la entrada del ejército trigarante y se borra al mismo tiempo el nombre de Iturbide, eso será una prueba más de que México es el país de los contrasentidos.<sup>94</sup>

Por más que se afirmara que “la obra de Iturbide no fue una obra fracasada, porque fuera cual fuera su origen, consumó la Independencia”, y que a él le correspondía “el honor de consumidor de la Independencia”, o que “a Iturbide le debemos, quiérase o no, la consumación de la Independencia” <sup>95</sup> la partida estaba perdida para los defensores del héroe de Iguala.

Habiéndose destruido su nombre y su obra de la manera como he referido faltaba, para culminar la construcción de una nueva historia de la Independencia acorde con la mentalidad y los ideales re-

<sup>93</sup> *Idem*, p. 204

<sup>94</sup> *Idem*, p. 182.

<sup>95</sup> *Idem*, pp. 203 y 204.

volucionarios, erigir la figura de Vicente Guerrero, como sustitutiva de la del autor del Plan de Iguala. La tarea no era fácil, pero el propósito muy claro. Iturbide no gustaba por criollo, monarquista, rico, militar y católico (como lo fueron Allende, Aldama, Abasolo, José de San Martín y muchos otros en toda la América española), por lo que la Revolución debía escoger un héroe alternativo que de preferencia fuera indio, mestizo o mulato, republicano, pobre, guerrillero y cuya religiosidad —como incómodamente lo era en los casos de Hidalgo y de Morelos— no fuera tan manifiesta. Por esto Guerrero le vino al dedo a una Revolución que por un lado se proclamaba nacionalista, popular y agrarista aunque por el otro no tuviera empacho en sancionar las convenciones o tratados de Bucareli, en los cuales se privilegió la explotación del petróleo mexicano por parte de los norteamericanos a cambio del reconocimiento gringo al gobierno de Obregón. Poco importaba que el Héroe del Sur hubiera deseado y reconocido la monarquía como forma de gobierno y a la religión católica como la única que pudiera profesarse en la Nación mexicana —tal y como lo garantizara Iturbide en Iguala y en Córdoba—; sus características raciales, sus orígenes humildes, y su aptitud para enfrentar al ejército regular novohispano, lo asimilaban al modelo del revolucionario que con iguales características hacía apenas unos cuantos años atrás había combatido con supuesto éxito al ejército federal de Díaz y de Huerta.<sup>96</sup> No apreciarían los autores de esta astuta sustitución que la mayor parte de las huestes revolucionarias triunfadoras provenían del norte y, por lo mismo, no tenían un origen racial mestizo o mulato, mucho menos indígena; ni que la mayor parte de ellas habían tenido suficientes recursos económicos antes del estallido revolucionario. Pobres, en realidad, no habían sido nunca. Nada de esto importó. Había, por razones políticas e ideológicas, que construir una historia de acuerdo al momento que se vivía; conforme a los ideales revolucionarios que se querían imponer, así fuera a costa de la verdad histórica.

Soto y Gama lo sabía muy bien y se dio a la tarea de edificar la imagen de Guerrero como consumidor de la Independencia:

Los únicos libertadores de México fueron: don Miguel Hidalgo, el iniciador; Morelos, el continuador, y Vicente Guerrero, el glorioso indio, el indio glorioso de las montañas del sur, el *insig-*

<sup>96</sup> El debate también tuvo connotaciones raciales, véase por ejemplo el largo discurso del diputado Siroub, *idem*, pp. 153-159.

ne precursor del agrarismo, él fue el verdadero consumidor de la independencia nacional.<sup>97</sup>

Lo que sería ratificado varias veces en el curso de los debates. Martínez de Escobar afirmó que Vicente Guerrero fue "el único y verdadero consumidor efectivo de la Independencia", y de paso, estableció una diferencia insalvable entre aquél e Iturbide: la moral: <sup>98</sup> "Guerrero fue al idealista, fue el soñador, fue el iluso como lo fueron todos los iniciadores de la guerra de Independencia; Iturbide fue un mediocre, fue el que bailaba la danza de la vida alrededor del becerro de oro, Iturbide bailaba la danza alrededor de la ambición".<sup>99</sup>

Era necesario martillar esta idea, fijarla de una vez por todas, así que Avilés arremetió por su lado: "el que verdaderamente consumió la Independencia no fue el charlatán de Iturbide, sino que fue don Vicente Guerrero",<sup>100</sup> un caudillo que sí tenía "derecho a nuestra eterna gratitud y viviente veneración", según Manrique.<sup>101</sup> Los calificativos, en consecuencia, no se hicieron esperar: "el hijo del pueblo, el liberal de abolengo, el demócrata esplendoroso, el indio"<sup>102</sup> todo "limpieza" y todo "grandeza".<sup>103</sup>

Puesto así, y disculpado oportunamente tanto del apoyo como del reconocimiento que otorgó a Iturbide y a su plan monarquista<sup>104</sup> se imponía una lógica conclusión: un abismo insalvable separaba a Iturbide y a Guerrero. El significado del abrazo de Acatempan se diluía ante la argumentación de los diputados radicales: ambos no podían "existir" juntos, porque representaban "dos tendencias opuestas, dos factores absolutamente diversos y antitéticos", afirmaría Rafael Ramos Pedrueza.<sup>105</sup> El maniqueísmo que caracteriza toda nuestra historia oficial había dado un importante paso al servicio de la consolidación de un Estado Revolucionario... pro yankee.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 191.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 192.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 213.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 218.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 193.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 164.

<sup>104</sup> *Idem*, pp. 165, 193 y 219.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 164. Curiosamente un hermano de este diputado, Antonio Ramos Pedrueza, había pronunciado un discurso en la Escuela Nacional Preparatoria el 13 de agosto del mismo año acerca de *El Plan de Iguala, sus orígenes y su importancia*, donde defendió la memoria y la obra de Iturbide. Vid. ANTONIO RAMOS PEDRUEZA, *Conferencias*, México, Eusebio Gómez de la Puente, 1922, pp. 123-138.

Varios e inútiles fueron los intentos de Alessio Robles y de Olliver para ubicar en su exacta dimensión el papel desempeñado por Guerrero en la última etapa de la Independencia: El primero destacando la inconsecuencia de adherirse al monarquista Plan de Iguala cuando antes "había jurado la fe republicana"<sup>106</sup> y el segundo al poner en entredicho el nivel cultural de Guerrero como para poder "aportar un contingente intelectual en el proyecto del Plan de Iguala y en los Tratados de Córdoba, que fueron los que instituyeron el programa liberal avanzado de aquel tiempo... la libertad de imprenta y el respeto a las garantías individuales, la igualdad de derechos entre mexicanos y españoles..."<sup>107</sup> Crítica ésta que habría de ser contestada cincuenta años después, como verá adelante.

El 5 de octubre, después de oír los largos discursos finales de los radicales potosinos miembros de la Comisión —Manrique y el imprescindible Soto y Gama, quien no pudo evitar festinar días antes su inminente triunfo— se votó la iniciativa, pero por falta de *quórum* no pudo tomarse ninguna decisión. Entonces la aplanadora surtió sus efectos. Como había denunciado el diputado Moreno, la decisión estaba determinada por razones políticas, no por el convencimiento personal de muchos de los diputados, quienes "en juntas privadas, en conversaciones aisladas" no tenían inconveniente en afirmar que en lo personal no se atreverían "a poner en duda que Iturbide fue uno de los grandes cooperantes de la obra de la Consumación de la Independencia Nacional";<sup>108</sup> lo que no impidió que el día de la votación 126 diputados se inclinaron a favor de la iniciativa contra 11 que la rechazaron: Vito Alessio Robles, José Castañón, Francisco Castillo, Norberto Domínguez, Gálvez, Laris Rubio, Francisco Olliver, Ramírez Luque, Gustavo P. Serrano, Vizcarra, y Jesús Z. Moreno.<sup>109</sup>

Conseguido el objetivo deseado ocurrió la desbandada de diputados a quienes poco importó la aprobación del artículo segundo del decreto que a nadie pareció interesarle ya. Será hasta quince años después, el 30 de noviembre de 1936, cuando el Congreso ordene la inscripción del nombre de don Belisario Domínguez en los muros del recinto parlamentario.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> ROMERO FLORES, *op. cit.*

<sup>107</sup> *Idem*, p. 203.

<sup>108</sup> *Idem*, p. 160.

<sup>109</sup> *Idem*, pp. 227 y 228.

<sup>110</sup> *Idem*, p. 231.

La Revolución y la Ley habían triunfado sobre la Historia. El debate en torno a Iturbide tuvo un valor ideológico trascendente puesto que como lo afirmara el diputado Manlio Fabio Altamirano suponía un debate más amplio: el del "pasado frente al porvenir".<sup>111</sup> Había, en efecto, triunfado ese pasado construido artificiosamente desde el poder y con todos los recursos del poder contra al sentido común y frente al futuro. Cincuenta años después se remacharía la obra iniciada en 1824 y hábilmente continuada en 1921.

#### V. NUEVO INTERMEDIO

Durante los siguientes cincuenta años la importancia que la historiografía y el discurso oficiales fueron dando a Vicente Guerrero fue creciendo en la medida misma que la de Iturbide fue disminuyendo hasta desaparecer del todo de ese discurso. En el "grito" del día 15 jamás se pronunció su nombre, aunque en honor a la verdad tampoco el del caudillo insurgente sino hasta la época de Díaz Ordaz.<sup>112</sup> La figura del Emperador pareció ser patrimonio exclusivo de los historiadores considerados de derecha o "reaccionarios" en el lenguaje oficialista, hasta que se publicó la bien documentada e imparcial biografía escrita por un historiador norteamericano, Robertson, *Iturbide of Mexico*, que fue muy bien recibido por la crítica histórica<sup>113</sup> si bien todavía espera su traducción al español. Los lectores mexicanos, en tanto, se tuvieron que conformar con la lectura de los *Iturbide* de autores calificados como conservadores: Ezequiel A. Chávez, Mario Mena, Bravo Ugarte, Andrés Barquín, Alfonso Trueba, el hondureño Rafael Heliodoro Valle y el padre Mariano Cuevas que en 1947 publicó su *Libertador*.<sup>114</sup> Por otro lado creció el número de libros sobre Guerre-

<sup>111</sup> *Idem*, p. 91.

<sup>112</sup> Vid. SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *El grito de independencia. Historia de una pasión nacional*, México, Porrúa, 1995 (Sepan Cuantos 653), pp. 136-170.

<sup>113</sup> S. ROBERTSON, William, *Iturbide of Mexico*, Durham, North Carolina, Duke University Press, 1952. Vid. las reseñas de SILVIO ZAVALA, de JOSÉ BRAVO UGARTE y de Nettie Lee BENSON aparecidas en *Historia Mexicana*, núms. 6 y 7 de octubre-diciembre de 1952 y enero-marzo de 1953, respectivamente.

<sup>114</sup> CHÁVEZ, Ezequiel A., *Agustín de Iturbide. Libertador de México*, México, Jus, 1994; MENA, Mario, *El dragón de fierro. Biografía de Agustín de Iturbide*, México, Jus, 1969 (Col. México Heróico, 101); BRAVO UGARTE, José, *Iturbide, su muerte, exhumación, rehumación y monumento en Padilla*, México, Jus, 1964 (Col. México Heróico, 30); BARQUÍN Y RUIZ, Andrés, *Agustín de Iturbide. Campeón del hispanoamericanismo*, México, Jus, 1968 (Col. México Heróico, 77); TRUEBA OLI-

ro, antaño reducidos a los de José María Lafragua y de Nicolás Rangel:<sup>115</sup> los de Ramírez Fentanes, Antonio Magaña Esquivel, José Mancisidor y Fernando Ramírez de Aguilar,<sup>116</sup> dirigidos a mantener viva la interpretación tan finamente establecida por los diputados en 1921. En 1969 el Colegio de México publicó la importante tesis doctoral de Javier Ocampo *Las ideas de un día* que tanto habría de ayudar a reencontrar el camino que la ley pretendía ocultar. Hasta que llegó el inevitable y no menos comprometedor 150 aniversario de la Consumación de la Independencia.

#### VI. TERCER TRAMO: LA HISTORIA POR DECRETO

El discurso antiiturbidista y la consiguiente glorificación de don Vicente Guerrero hechas por el régimen de la Revolución se mantuvieron inalterables hasta 1971, cuando, so pretexto del ciento cincuenta aniversario de la consumación de la Independencia, se consagró oficialmente a Guerrero como su Consumador, evitándose cuidadosamente cualquiera mención a don Agustín de Iturbide. Tal vez porque los argumentos oficialistas no convencieron la fiesta pasó sin pena ni gloria, y la pretendida glorificación de Guerrero desapercibida para la mayor parte de los mexicanos, que casi ni se enteraron de las pocas ceremonias que se llevaron a cabo, de los pésimos y demagógicos discursos pronunciados, de las anodinas declaraciones políticas, ni de las develaciones de estatuas del prócer de Tixtla.

Por otro lado, los actos, ceremonias, discursos y publicaciones oficiales que se organizaron, y los decretos promulgados parecen obedecer a un plan preconcebido: silenciar por un lado el nombre de Agus-

VARES, Alfonso, *Iturbide, un destino trágico*, México, Jus, 1954; VALLE, Rafael Heliodoro, *Iturbide, varón de Dios*, México, 1944; CUEVAS, Marjano, *El Libertador. Documentos selectos de don Agustín de Iturbide*, México, Patria, 1947. El propio Vito Alessio Robles publicó en 1945 *La correspondencia de Agustín de Iturbide después de la proclamación del Plan de Iguala*, México, Secretaría de la Defensa, 2 volúmenes).

<sup>115</sup> LAFRAGUA, José María, *Vicente Guerrero*, artículo publicado en el *Diccionario Universal de Historia y Geografía*, México, 1855; RANGEL, Nicolás, *Breve reseña histórica de la vida política y militar del ilustre general Guerrero*, México, Lara, 1868.

<sup>116</sup> RAMÍREZ FENTANES, Luis, *Guerrero*, México, Secretaría de la Defensa Nacional, 1958; MAGAÑA ESQUIVEL, Antonio, *Guerrero, el héroe del Sur*, México, Xóchitl, 1946; MANCISIDOR, José, *Hidalgo, Morelos, Guerrero*, México, s/e, 1956; RAMÍREZ DE AGUILAR, Fernando, *Don Vicente Guerrero, síntesis de su vida*, México, Secretaría de Educación Pública, 1931.



tín de Iturbide y por otro, consagrar definitivamente en la opinión pública la idea de que Vicente Guerrero fue el consumidor de la independencia nacional. La consigna —que no cuesta ningún trabajo descubrir que sí existió— se cumplió fielmente y alcanzó el éxito deseado. El nombre del primer Emperador mexicano desapareció totalmente del discurso oficial. Como afirmaría O'Gorman, con este nuevo paso se pretendió "cerrar el ciclo de odio de esta curiosa historia", llegándose "al extremo y lógico ardid de desempolvar a un viejo y marginado —aunque meritorio— guerrillero insurgente para llenar con él el vacío que dejaba la reducción de Iturbide, por orden suprema, a la condición de fantasma *nemontemi* en el calendario de las gestas patrias".<sup>116 b1a</sup>

En esta ocasión, sin embargo, apreció una diferencia notable con respecto a las decisiones tomadas en 1824 y 1921; ahora la iniciativa provino no del Congreso sino del Ejecutivo federal, muy acorde con el fortalecimiento del presidencialismo mexicano y con la correlativa servidumbre sufrida por el legislativo después de la Revolución.

La estrategia escogida fue hábilmente planteada por el presidente Echeverría y consistió en destacar el nombre y las acciones de Vicente Guerrero. A esta estrategia —que no podía sino aplaudirse puesto que nunca se había cuestionado el papel heroico desempeñado por el general Guerrero en la lucha por la independencia— se sumaron los tres poderes de la Federación que cumplieron con lo dispuesto en el decreto aprobado por el Congreso de la Unión, a iniciativa del Ejecutivo Federal, el 14 de septiembre de 1971:

*Artículo 1o. Los Tres poderes de la Unión celebrarán los 150 años de la iniciación de nuestra vida independiente, el día 27 de septiembre del presente año, con una solemne ceremonia cívica en honor del general Vicente Guerrero, que tendrá lugar en la ciudad de Tixtla de Guerrero, del Estado que lleva su nombre, lugar en donde nació este denodado defensor de nuestra libertad.*

*Artículo 2o. Inscríbase con letras de oro en lugar destacado de los recintos de las Cámaras de Diputados y Senadores del Honorable Congreso de la Unión, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en el Palacio Nacional, la frase del general Vicente Guerrero: La Patria es primero.*<sup>117</sup>

<sup>116 b1a</sup> Edmundo O'GORMAN, "La aparición histórica de la nación mexicana", en *Dos revoluciones, México y Estados Unidos*, México, Fomento Cultural Banamex, 1976, p. 35.

<sup>117</sup> *El Gobierno mexicano*, segunda época, núm. 10, septiembre de 1971, p. 378.

Aunque el decreto no lo señala, resulta obvio que el homenaje se organizó por considerar a Guerrero como el consumidor de la Independencia el 27 de septiembre de 1821; lo que si se afirmó expresamente en el texto de la exposición de motivos enviada por Echeverría al Congreso:

El hombre de Tixtla, modesto y noble, pero lleno de fortaleza y de fe en su causa, es el caudillo que hace posible el triunfo de las razones del pueblo frente al dominio colonial y al oportunismo conservador. Su intuición histórica y su actitud plena de desinterés y patriotismo lo caracterizan como el genuino consumidor de la independencia.<sup>118</sup>

Y aunque se recordó la "triumfal entrada a la ciudad de México" del Ejército Trigarante como el "acontecimiento que señala el inicio de nuestra vida independiente"<sup>119</sup> no se mencionó el nombre de su caudillo ni del primer jefe que iba a la cabeza de ese ejército. Esta decisión quedó más claramente demostrada en las ceremonias del "grito" que Echeverría presidió a partir del 15 de septiembre de 1972 y durante las de 1973, 1974, 1975, y 1976: "¡Viva Guerrero, Consumador de la Independencia!"; grito que ningún otro presidente se ha atrevido a repetir, conformándose con el de "¡Viva Guerrero!"<sup>120</sup>

La estrategia se había planeado y comenzado a desarrollarse desde febrero del mismo año, pues el día 24 de este mes se conmemoró el 150 Aniversario de la creación de la Bandera nacional, por ser la fecha de promulgación del Plan de Iguala por Iturbide; hecho que absolutamente nadie recordó y que hasta la fecha ignora la inmensa mayoría de los mexicanos. Para conmemorar este evento el presidente expidió un Acuerdo dirigido a las Secretarías de Gobernación, de la Defensa y de Educación en el cual ordenaba la organización de una ceremonia en Iguala donde habrían de estar presentes las históricas banderas siguientes: "Banderín *El Doliente de Hidalgo*, Bandera del Generalísimo José María Morelos y Pavón, Bandera de las Tres Garantías, Bandera del Batallón de San Blas, Bandera del Batallón de los Cazadores de Galeana, y Bandera de Francisco I. Madero", a efecto de recibir la veneración debida.<sup>121</sup> En los considerandos que

<sup>118</sup> *Idem*, núm. 11, octubre de 1971, p. 11.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> SERRANO, *op. cit.*, pp. 172-182.

<sup>121</sup> *El Gobierno mexicano*, núm. 3, febrero de 1971, pp. 129 y 130.

antecedan a este *Acuerdo* tampoco se mencionó a Agustín de Iturbide, aunque sí se afirmó "que la Bandera de las Tres Garantías marchó a la cabeza de los ejércitos que consumaron nuestra Independencia", habiéndose concebido el "emblema tricolor... en la ciudad de Iguala en 1821".<sup>122</sup>

El día y en la ciudad señalados se realizó la ceremonia prevista, con asistencia del presidente Echeverría, parte de su gabinete, representantes de los otros dos poderes de la Federación y el gobernador del estado de Guerrero. En el acto pronunciaron sendos discursos el joven Ramiro Carreón Domínguez, a nombre del gobierno y pueblo del estado de Guerrero, y el general Hermenegildo Cuenca Díaz, secretario de la Defensa Nacional, a nombre de los tres poderes.

El joven guerrerense, debidamente aleccionado, se abstuvo de referirse al Inombrable y en cambio afirmó que "en 1821, después de once años de lucha, el Paladín de la Insurgencia y gran Patricio General Vicente Guerrero, consumó la *Independencia Nacional*".<sup>123</sup> Al referirse a los tres colores del lábaro patrio no mencionó su significado prefiriendo utilizar un lirismo chabacano:

¡Verde, blanco y rojo!, son los colores que todos los mexicanos veneramos con profunda excelsitud; colores impregnados en hilos de seda, cuya imagen simboliza la parte más noble del corazón de quienes con acendrado patriotismo rendimos homenaje a la tierra bendita que nos vio nacer y que orgullosamente llamamos Patria mexicana.<sup>124</sup>

Le correspondió al general Cuenca dar el paso que le faltó al joven orador y hacer la sustitución de significados.

...México espera confiado un prometedor futuro, nuevamente sus colores nos representan: el Rojo, la sangre de un pueblo vigoroso y pujante que tiene fe en su destino; el Blanco la pureza de su juventud aquí presente, y el Verde, la certidumbre de ver una Patria más grande, más fuerte y más libre.<sup>125</sup>

Ninguna mención a la Religión, ni a la Unión... ni a la Independencia. Antes se había referido a una leyenda tarasca donde creyó

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> *Idem*, p. 165.

encontrar los orígenes de los colores de la bandera: los plumajes del colibrí, de las gaviotas y de las guacayamas. ¡Las Tres Garantías se habían reducido a los colores de tres aves! Y aunque sí mencionó al Plan de Iguala fue para asegurar falsamente que al proclamarse éste el 24 de febrero de 1821 "el caudillo insurgente Vicente Guerrero juró ante el Altar de la Patria la nueva nacionalidad, sembrando la simiente de veneración a nuestra Bandera".<sup>126</sup> De Iturbide ni una palabra.

Casi lo mismo ocurrió en septiembre. Antes de llevarse a cabo la ceremonia programada en Tixtla, la Cámara de Diputados discutió y aprobó la iniciativa presentada por el Ejecutivo. El día 9 hablaron los diputados Juan Landerreche Obregón, del Partido Acción Nacional, Juan Barragán Rodríguez, Maximiliano León Murillo, Moisés Ochoa Campos y Jesús Arroyo Alanís. La iniciativa fue aprobada por absoluta unanimidad, pasando en consecuencia al Senado. Y es que nadie quería ni iba a oponerse a la colocación en los muros del Congreso de la frase indiscutible: "La Patria es primero", ni a poner en tela de juicio el prestigio de su autor. Pero más allá de esta aprobación absoluta se pueden entresacar de las palabras de los diputados frases veladas o ausencias notables que revelan con toda claridad la consigna oficial: no mencionar el nombre de Agustín de Iturbide y, en su lugar, glorificar a Guerrero como el consumidor exclusivo de la Independencia. El pequeño intercambio de opiniones no llegó a debate pues, repito, nada había que discutir acerca de la iniciativa. Sin embargo Ochoa Campos afirmó que el objeto de la iniciativa era "sin disputa, rendir un homenaje a Vicente Guerrero como consumidor de la Independencia nacional", pues había sido "el anverso de ese reverso histórico emanado de las juntas de La Profesa". Mientras que calificó a Guerrero de "hombre del pueblo", cuya tez era morena como la tierra "y negro y tosco su cabello", Iturbide —a quien se cuidó muy bien de no mencionar por su nombre— era "el traidor" que "no puede ser un héroe". En la interpretación hecha por este diputado, con Guerrero la insurgencia había consumado la Independencia mexicana que se vinculaba "al proceso de una Revolución que ha continuado conquistando nuevas Independencias".<sup>127</sup>

Landerreche Obregón, por su parte y a nombre de su partido, hizo constar su inconformidad, no con la iniciativa sino con el hecho de

<sup>126</sup> *Idem*, p. 163.

<sup>127</sup> *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 9 de septiembre de 1971, p. 6.

que no se mencionara el hombre del autor del Plan de Iguala, precisando muy bien que no deseaban ni aceptarían ninguna discusión histórica que pudiera dividir a los mexicanos, pero sin dejar de asentar que Iturbide había sido "también" consumidor de esa Independencia:

no vemos y no aceptaremos ni seguiremos una discusión histórica, porque *no es este el papel de la representación nacional* pero si queremos que haya unidad en nuestra patria... deben superarse querellas históricas que pertenecen al pasado y no tienen razón de ser.

Reconocemos la figura, el valor, el mérito de Vicente Guerrero... pero consideramos que al hablar de la independencia de México, no puede ignorarse y debemos decirlo y que quede claramente que Agustín de Iturbide fue *también* consumidor de esa independencia". "Mi afirmación... no excluye que también lo sea Vicente Guerrero."<sup>128</sup>

En consecuencia, solicitó que el decreto fuera motivo de unión y que no se quisiera "hacer motivo de separación y de diferencia entre ellos".

En el discurso de Landerreche se aprecia cuánto había ganado ya la tesis oficialista como para ser rechazada en aras de la verdad histórica. Iturbide ya no era, como se había afirmado cincuenta años atrás, el Consumador, sino "también el Consumador", y se aceptaba el mismo papel para Vicente Guerrero.

Pero ni siquiera esta solución prudente y conciliadora fue aceptada por la tesis oficial, tan larga y cuidadosamente diseñada e impuesta desde hacía tanto tiempo. El diputado Murillo, del Partido Popular Socialista, entró al quite, afirmando que no podía "atribuirse, como lo hacen los conservadores y reaccionarios, la consumación de la Independencia a don Agustín de Iturbide a quien calificó de "ladrón y oportunista" —. "Si acaso fuere posible ubicar este hecho en una persona para nosotros, los mexicanos bien nacidos, no había más Consumador de la Independencia que don Vicente Guerrero", sorprendiéndose de que el pueblo no entendiera "que el consumidor de la Independencia es don Vicente Guerrero", hecho histórico que no podría olvidarse.<sup>129</sup>

Jesús Arroyo Alanís, por su parte, calificó al Héroe de Iguala como

<sup>128</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>129</sup> *Idem*, p. 11.

"picara figura" contrapuesta a la "sencillez y a la humildad del caudillo del Sur"; y al igual que en los debates de 1921 asimiló a Iturbide con Santa Anna. Se refirió al decreto que ordenó quitar el nombre de Iturbide del Congreso y acusó a las "fuerzas oscurantistas de México" de promover su recuerdo:

Esa es precisamente en nuestros días, la actitud de esos herederos, la de seguir exaltando y distorsionando la historia de México a través de la figura de Agustín de Iturbide en las escuelas confesionales.<sup>130</sup>

La visión histórica había dado un giro de 180 grados: ante la tesis oficial, única cierta, fruto del auténtico trabajo historiográfico y verdad histórica consagrada, los responsables de la manipulación y de la maquinación histórica, los distorsionadores de la verdad y sostenedores de la mentira, resultaban "los conservadores y reaccionarios". La estrategia y todas y cada una de sus tácticas tenían el éxito esperado. Iturbide se había convertido en el Inombrable. Arroyo Alanís reforzó el camino construido a través del discurso demagógico, afirmando "categóricamente, desde esta tribuna, que la consumación de la Independencia política de México, la realizó el pueblo mexicano, representado por Vicente Guerrero",<sup>131</sup> mostrando así una evidente falta de convencimiento en la propia tesis que pretendía consolidar.

El 14 de septiembre, el Senado —donde no estaba representado ningún partido de oposición— aprobó la iniciativa con dispensa de todos los trámites "a petición del senador Martín Luis Guzmán [prominente hombre de letras, miembro del Ateneo de la Juventud, y destacado revolucionario] quien pronunció, para fundamentarla, un documentado y brillante discurso en el que, con base en datos históricos, se demuestra de manera fehaciente e incontrovertible, que por sus ideas y actos, el verdadero consumidor de la Independencia de México fue don Vicente Guerrero".<sup>132</sup>

Y por fin llegó el día de la sesión solemne en el Congreso para inscribir la famosa frase de Guerrero. Fue el 23 de septiembre y ahí hablaron los diputados Ramiro González Casales, Dorado Baltazar y Francisco Ortiz Mendoza; Abel Salgado Salazar, Bernardo Bâtiz y

<sup>130</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>131</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>132</sup> *El Nacional*, 15 de septiembre de 1971, citado por SERRANO, *op. cit.*, p. 172.

Guillermo Ruiz Vázquez, estos dos últimos del Partido Acción Nacional; Rubén Moheno Velasco y Alfredo Bonfil. El primero calificó a Guerrero de "hombre puro" y afirmó, dentro de la más pura tradición maniquea y profética que:

*Nada podrá borrar de la mente de los mexicanos que se sientan orgullosos de serlo, que Guerrero e Iturbide no representan dos vidas paralelas. Uno, es lo verdadero, lo positivo, el otro lo falso, lo negativo. Los mexicanos recogemos entre una y otra actitudes el juicio implacable de la Historia.*<sup>133</sup>

Bátiz se refirió exclusivamente al festejado cuyas palabras engalanarían los muros del Congreso, pero no dejó de hacer una velada referencia a la mentira histórica creada y sostenida desde el aparato estatal, poniendo de esta forma el dedo en la llaga:

pero la historia pasada no puede modificarse. ésa no, los hechos acontecidos de un modo o de otro, nos gusten o no, ya fueron y no hay poder humano que pueda modificarlos, es por eso que no aceptamos una historia por decreto que pretenda moldear los hechos pasados para acomodarlo a caprichos políticos circunstanciales. *Rechazamos por eso categóricamente la existencia de una historia oficial.*<sup>134</sup>

Alfredo Bonfil calificó a Guerrero de "símbolo de los que luchan por la independencia económica", sin percatarse que de al hacerlo confirmaba la tesis del diputado panista; y es que entonces preocupaban mucho las luchas del Tercer Mundo y las cartas de deberes y derechos económicos de los Estados promovidas por Luis Echeverría, muy a tono con una época de esplendor populista:

Hoy, entendemos a Vicente Guerrero, no como el hombre a quien debemos que se haya consumado la independencia política de México, sino como el símbolo de los hombres del pueblo.<sup>135</sup>

Reconoció y reafirmó una vez más la tesis oficial al declarar a Guerrero "único Consumador de la Independencia... símbolo de la libertad política de este país",<sup>136</sup> lo que también hizo el presidente de la

<sup>133</sup> *Diario de Debates*, 23 de septiembre de 1971, p. 3.

<sup>134</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>135</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

Cámara cuando afirmó que la representación nacional "rindió justo homenaje al Consumador de la Independencia, General Vicente Guerrero".<sup>137</sup> Guillermo Ruiz Vázquez, se limitó a deslindar al PAN de cualquier responsabilidad en la organización de los festejos que se llevarían a cabo el domingo 25 en conmemoración por la Independencia, y a los que habían convocado el Grupo Bernardo Bergöend, los Caballeros de Colón y el Movimiento Cívico Tradicionalista de México, si bien defendió el derecho de cualquiera a participar en las ceremonias cívicas y religiosas que creyera convenientes en honor de Iturbide.<sup>138</sup>

Las intervenciones parlamentarias en septiembre de 1971 no alcanzaron ni con mucho el nivel de discusión logrado en 1921. La razón es obvia: entonces se discutió un decreto para quitar el nombre de Iturbide de los muros del Congreso, lo que por fuerza implicó discutir y mencionar expresamente el nombre y la obra de quien dio a los mexicanos la posibilidad real de construir un Estado independiente; en cambio, en 1971 la iniciativa era indiscutible y obedeció a una hábil maniobra que sólo implicaba directamente la persona de Guerrero, no la de Iturbide. De cualquier forma, revelan dos cosas significativas: que la tesis oficial no dio un paso atrás, consolidándose y logrando evitar con éxito cualquier mención a Iturbide; y que la opinión conciliadora de los defensores de éste admitió el carácter de Guerrero como consumidor de la Independencia cayendo en la trampa colocada por la historia oficial. Es decir, si en 1971 las discusiones de la Cámara no se significaron por su radicalismo fue por varias razones; en primer lugar porque en realidad no había materia para debatir; segundo, porque los representantes del PAN mantuvieron un tono conciliador sin dejar por esto de afirmar una verdad histórica incontrovertible, pese a los esfuerzos de sus opositores; tercero, porque tuvo éxito la estrategia planteada por el gobierno: ensalzar a Vicente Guerrero y hacer un vacío absoluto alrededor de Iturbide, estrategia que parcialmente fue avalada por los diputados panistas dispuestos a aceptar el papel de Guerrero en la consumación de la independencia, en aras de la unidad de los mexicanos.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 3.

<sup>138</sup> Se había organizado una ceremonia en el Teatro Metropolitano donde hablaría Alfonso Junco, y misas en la capilla de San Felipe de Jesús, en la Catedral de México —donde reposan los restos de Iturbide— y en el templo de La Profesa.

El gobierno de Echeverría mantuvo la misma posición en la ceremonia celebrada en Tixtla, Gro., el 27 de septiembre, en boca del gobernador del estado, Israel Noguera Otero, quien afirmó que el decreto para colocar la frase de Guerrero en los muros de la Suprema Corte, en las cámaras del Congreso y en el Palacio Nacional resolvía "una controversia histórica".

En este día la figura de Vicente Guerrero se agiganta, se dignifica. *Concluyen las especulaciones históricas* y se le reconoce para siempre su sitio entre los inmortales por su capacidad de lucha, por su voluntad tenaz y por su serenidad imperturbable.<sup>139</sup>

Guerrero fue calificado primero como "mexicano prototipo", "luz", "diáfana claridad que abrió nuevos e ilimitados horizontes", "íntegro y cabal guerrillero" y finalmente "Consumador", "porque en todo momento representó la genuina idea de la Independencia", para después marcar la distancia insalvable que lo separaba de Iturbide:

Su egregia condición de libertador, no la han apagado los 150 años transcurridos; él sigue brillando por encima de la figura opaca de aquel mercenario que representaba los insanos propósitos de los traidores de La Profesa.<sup>140</sup>

Con aires triunfales creyó poner fin a esta historia:

Después de 150 años de controversia, de contradicciones y de rencores, en esta fecha se aniquila la burda figura de Iturbide y se da a Vicente Guerrero el honoroso título de consumador único de nuestra independencia, se dignifica al Jefe Insurgente después de que el fanatismo conservador quiso convertirlo en añicos para opacar su gloria. Y no podía ser de otra manera; la iniciativa presidencial es fruto de la serenidad y del buen juicio; porque en tanto Vicente Guerrero procede de un hogar humilde, Iturbide descende de aristocrático linaje; en tanto Guerrero se forja en desinteresada y larga militancia al lado de los caudillos insurgentes, Iturbide oscila entre el espionaje y la tradición oportunista; en tanto Guerrero fue indulgente ante el vencido, Iturbide se solazaba en crueles venganzas; en tanto Guerrero asciende con la satisfacción de las victorias, Iturbide atrapa grados ocul-

<sup>139</sup> *El Gobierno mexicano*, núm. 10, septiembre de 1971, p. 366.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 367.

tando sistemáticas derrotas; en tanto Guerrero protegió a los oprimidos, Iturbide se erige en su explotador despiadado, y en tanto Vicente Guerrero resguarda la dignidad de los miembros del Primer Congreso de Anáhuac, herencia de Morelos, Iturbide pretendió exterminarlos con saña criminal.<sup>141</sup>

La opinión expresada por el gobernador guerrerense exhibe el grado de sumisión de los gobernantes mexicanos a las decisiones y deseos de los presidentes. No se trataba ahora de cuestionar si un debate parlamentario podía o no *fixar* verdades históricas o funcionar como tribunal histórico, sino de algo aún más grave: se aceptaba que la voluntad de una sola persona estaba legitimada para determinar y consagrar en forma definitiva desde las alturas del Poder esas verdades históricas y para *cancelar* por siempre controversias históricas.

Al mismo tiempo, otros guerrilleros secuestraban en la ciudad de México a Julio Hirschfeld Almada, director de Aeropuertos y Servicios Auxiliares.<sup>142</sup>

## VII. QUIEN CONTROLA LA LEY CONTROLA A LA SOCIEDAD... Y A SUS HISTORIADORES

La interpretación oficial que senadores, diputados, gobernadores y presidentes se obstinaban en difundir debía tener un aval historiográfico y no podía sostenerse sólo con base en declaraciones demagógicas insuficientemente fundadas. Resultaba más conveniente *documentar* la participación decisiva de Guerrero en el proceso final de la Independencia mexicana, y que su carácter de consumidor fuera lo más inobjetable posible. Ya vimos cómo Soto y Gama pretendió demostrarlo con documentos y papeles que nunca mostró y que dijo poseer o que obraban en manos de los miembros de la Comisión dictaminadora; también se transcribió el juicio de Olliver acerca de las limitaciones intelectuales de Guerrero que lo imposibilitaban para colaborar en la elaboración del Plan de Iguala, y recuérdese que Martín Luis Guzmán hizo referencia a "datos histórico" que demostraban "de manera fehaciente e incontrovertible" que Guerrero era el Consumador. Pues bien, en 1971 los historiadores nacionales al servicio de la maquinaria del poder se propusieron una nueva tarea: qui-

<sup>141</sup> *Idem*, pp. 368 y 369.

<sup>142</sup> *Idem*, p. 371.

tarle a Iturbide el mérito de ser el autor del Plan de Iguala. Creyeron encontrar el argumento con el que pensaron matar dos pájaros de un tiro. Argumento que se encuentra en el trasfondo de la actitud y las declaraciones de las autoridades en septiembre de 1971. Se basaba en un documento que si bien se había descubierto y publicado por Abraham López Lara en 1968 hasta ahora sería utilizado en favor de la tesis oficial, gracias a la publicación de un artículo del destacado historiador Ernesto Lemoine en la *Revista de la Universidad de México*.<sup>143</sup> Según este autor, el Plan de Iguala había sido originalmente concebido por Vicente Guerrero meses antes de que Iturbide lo diera a conocer. La tesis se pretendió documentar en una carta dirigida en agosto de 1820 por Guerrero al coronel realista Carlos Moya, invitándolo a tomar partido por la causa mexicana, encabezando "con la banda de Capitán General" las tropas americanas contra los peninsulares, prometiéndole a cambio su subordinación y ayuda en "tropas y armas" para consumar la independencia en favor de "los hijos de este suelo mexicano así legítimos como adoptivos".<sup>144</sup> Nada más decía el documento pero el criterio de Lemoine extrajo de aquí el origen del Plan iturbidista en favor de la independencia absoluta del Imperio mexicano, de la monarquía constitucional con Fernando VII u otro príncipe de casa reinante a la cabeza, de la unión entre criollos, españoles, negros, asiáticos e indios; de la absoluta igualdad entre todos éstos; de la formación del ejército mexicano; del establecimiento mismo de un Imperio mexicano, en fin... Sin recordar que hacia 1820 y como el propio Iturbide confesara la actividad política de los novohispanos favoreció la realización no de uno sino de muchos planes en favor de la Independencia.

Las conclusiones de Lemoine me parecen excesivas:

A este plan [se refiere al de Guerrero] que *cabalmente se realizó*, la historia ha dado un hombre: *Iguala*; que... no se origina en La Profesa, *ni en la mente de Iturbide*, sino en la muy lúcida del "rústico" Vicente Guerrero.

Guerrero discurrió con seis meses de antelación a Iguala, el *único plan viable* que por entonces podía conducir a la indepen-

<sup>143</sup> LEMOINE, Ernesto, "Vicente Guerrero y la consumación de la Independencia", *Revista de la Universidad de México*, vol. XXVI, núm. 4, diciembre de 1971, pp. 1-10. El texto proviene de una conferencia dictada por su autor el 21 de abril en la Facultad de Filosofía y Letras.

<sup>144</sup> *Idem*, pp. 7 y 8.

dencia, y que fue, precisamente, el que Iturbide encabezó. La idea matriz, *la fórmula mágica* para desatar el nudo sin romperlo y el procedimiento para ponerla en práctica, *todo salió del nimen de Guerrero*.<sup>145</sup>

La intención de secuestrar la figura de Iturbide no puede ser más evidente y yo diría burda. De la lectura de la carta descubierta no se pueden sacar conclusiones como las que sacó Lemoine. Si acaso se puede aceptar la idea de que debiera ser un jefe criollo realista el que consumara la independencia pasándose a la causa americana, lo cual, por otro lado demostraría dos cosas: que Guerrero estaba consciente de la debilidad e incapacidad de la insurgencia para poner fin al dominio peninsular (es decir, de *su propia incapacidad* militar) y, segundo, que Guerrero estaba dispuesto a aceptar por fuerza no una alianza sino la subordinación respecto de quien, desde el lado realista, proclamase la independencia. Esto explicaría la facilidad con que aceptó el Plan de Iguala, obra de Iturbide, que no se limitó simplemente a proponer un jefe criollo para un ejército compuesto por insurgentes y criollos realista, sino que tuvo un contenido más complejo y ambicioso.<sup>146</sup>

En el documento publicado y utilizado por Lemoine la historia oficial creyó encontrar el "texto y contexto" suficientes "para otorgarle a don Vicente Guerrero el crédito de, digamos, *inventor de la Consumación de la Independencia*. (Inventar: 'hallar una cosa nueva', 'crear por medio de la imaginación')"<sup>147</sup> si bien esto me resulta bastante cuestionable. De lo que no se puede dudar es que ayudó a destruir la tesis falsa sobre la ignorancia y las pocas luces de Guerrero, leyenda que todavía afloró en los debates de 1921.

Después del artículo de Lemoine, aparecieron las biografías de Guerrero escritas por Vicente Fuentes Díaz, Eugene W. Harrell, Juan R. Campuzano, Herminio Chávez, y por Mario Salcedo<sup>148</sup> y se

<sup>145</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>146</sup> Vid. DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Una nueva lectura del Plan de Iguala", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 18, núm. 18, 1994, pp. 45-75.

<sup>147</sup> LEMOINE, *op. cit.*, p. 7.

<sup>148</sup> FUENTES DÍAZ, *Revaloración del Gral. Vicente Guerrero. Consumador de la Independencia*, México, Gobierno del estado de Guerrero, 1983; HARRELL, *Vicente Guerrero and the birth of Modern Mexico 1821-1831*, An Arbor, Tulane University, 1976; CAMPUZANO, *General Vicente Guerrero, héroe de la firmeza y del desinterés*, Tixtla, s/e, 1975; CHÁVEZ, *Vicente Guerrero, el consumador*, México, Cultura y Ciencia Política, 1971; SALCEDO, *Vicente Guerrero is struggle for Mexican independence 1810-1821*, Santa Bárbara, University of California, 1978.

organizaron mesas redondas y homenajes al héroe muerto vilmente en Cuilapan.<sup>149</sup> Por el contrario, sobre Iturbide se escribió poco y en ocasiones en tono demasiado polémico por parte de escritores mexicanos, no llegándose a superar todavía la biografía de Robertson ni el bien logrado estudio de Javier Ocampo: Salmerón (quien también arremetió contra Guerrero), Castellanos, Gutiérrez Casillas, Macías<sup>150</sup> y los estudios correctamente elaborados de Jiménez Codinach, de la Torre Villar, de Manuel Calvillo y la sugerente y original interpretación de O'Gorman contraria a las versiones tradicionales sobre la independencia de México.<sup>151</sup> La historiografía extranjera, en cambio, supo aportar una perspectiva más interesante e imparcial en los libros de Anna, Ladd, Rodríguez, Hamnett, Ferrer y —como libro de divulgación— de Josefa Vega,<sup>152</sup> por citar sólo algunos de los más destacados. Aún así el bicentenario del nacimiento de Iturbide en 1983 pasó totalmente inadvertido.

<sup>149</sup> *Memoria de la mesa redonda sobre Vicente Guerrero*, México, Instituto José María Luis Mora, 1982.

<sup>150</sup> SALMERÓN, Celerino, *En defensa de Iturbide*, México, Tradición, 1974; *El General Guerrero*, México, Tradición, 1983; CASTELLANOS, FRANCISCO, *El Trueno, Gloria y Martirio de Agustín de Iturbide*, México, Diana, 1982; GUTIÉRREZ CASILLAS, Jesús, S.J., *Papeles de don Agustín de Iturbide. Documentos hallados recientemente*, México, Tradición, 1977; MACÍAS, José, S.J., *Iturbide*, México, Tradición, 1986.

<sup>151</sup> JIMÉNEZ CODINACH, Guadalupe, *México en 1821: Dominique de Pradt y el Plan de Igualta*, México, Ediciones El Caballito/Universidad Iberoamericana, 1982; DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, *La Independencia de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992; CALVILLO, Manuel, *La consumación de la independencia y la instauración de la República Federal*, México, Departamento del Distrito Federal, 1974; O'GORMAN, Edmundo, "La aparición histórica de la nación mexicana", en *Dos revoluciones, México y Estados Unidos*, México, Fomento Cultural Banamex, 1976.

<sup>152</sup> ANNA, Timothy E., *El imperio de Iturbide*, México, Alianza Editorial/Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1991; *La caída del gobierno español en la ciudad de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981; LADD, Doris M., *La nobleza mexicana en la época de la independencia 1780-1826*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984; RODRÍGUEZ (ed.), Jaime E., *The independence of Mexico and the creation of the new Nation*, Irvine, UCLA, 1989; *El proceso de la Independencia de México*, México, Instituto Mora, 1992; "La transición de colonia a nación: Nueva España, 1820-1821", en *Historia Mexicana*, 170, octubre-diciembre de 1993, pp. 265-322; HAMNETT, Brian R., *Revolución y contrarrevolución en México y el Perú*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978; FERRER MUÑOZ, Manuel, *La formación de un Estado nacional en México. El Imperio y la República Federal, 1821-1835*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995; VEGA, Josefa, *Agustín de Iturbide*, Madrid, Historia 16-Quorum, 1987.

En 1994, la tesis elaborada pacientemente por los regímenes revolucionarios encontró un nuevo argumento historiográfico en la opinión de Verónica Zárate, quien publicó un interesante trabajo titulado *Agustín de Iturbide entre la memoria y el olvido*<sup>153</sup> en el cual se propuso estudiar exactamente lo contrario de lo que me he propuesto hacer en estas líneas: la actitud de quienes desde el siglo pasado pretendían mantener vivo el recuerdo de Iturbide. Un paso más se daba. No satisfechos con excluir a Iturbide de la historia mexicana había que excluir también a quienes pretendieran mantener vivo su recuerdo. Se trataba, pues, de borrar toda huella del Inombrable y de quienes lo seguían recordando. Para hacerlo se recurrió a una hábil estrategia: imputar a otros lo que congresistas y gobiernos habían hecho desde 1824 con la ayuda de la Ley, es decir la elaboración de un plan o proyecto para mantener vivo ese recuerdo; ignorando en lo absoluto el plan diseñado y llevado a cabo por aquéllos regímenes tendiente precisamente a borrar de la historia mexicana la memoria de Iturbide. Zárate partió, desde luego, del supuesto de que la historia oficial ha tenido razón en condenar al olvido a Iturbide y por lo mismo aceptó las "verdades" descubiertas por esa historia. Desde esta perspectiva se preocupó por estudiar la actitud de los que no la han aceptado, de los que la han resistido atribuyéndola a una supuesta maquinación para "fomentar el culto que reconociera a Iturbide como uno de los forjadores de la nación *tratando de inventar una tradición*",<sup>154</sup> llegando incluso a escandalizarse de que "en las postrimerías del siglo XX, cuando el *discurso de la modernidad* se repite con frecuencia y han transcurrido más de 170 años desde que México se convirtió en un país independiente, *aún existen personas y asociaciones que reclaman para Iturbide un lugar junto a los héroes nacionales*".<sup>155</sup>

Lo que primero demuestra la actitud asumida por esta historiadora es, paradójicamente, el triunfo y el fracaso de una idea y de una "verdad" histórica. Con su propio artículo comprueba la tesis sustentada en estas líneas: el éxito conseguido por el poder para imponer una historia oficial que ignore el nombre de Iturbide hasta el grado de que incluso buenos historiadores mexicanos como la propia autora, sean incapaces de plantearse críticamente el uso y el abuso de esa

<sup>153</sup> *Op. cit.*, supra nota núm. 4.

<sup>154</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>155</sup> *Idem*, p. 5.

historia oficial, y estén dispuestos a aceptar sin más sus conclusiones. Tendríamos aquí, si aceptamos las ideas expresadas en 1971 en el sentido inverso, un magnífico ejemplo de los resultados alcanzados por la enseñanza de la historia en la escuela oficial. Pero, a la vez, lo que escandalizó a Zárate Toscano, demuestra al mismo tiempo el fracaso del poder para imponer a todos los mexicanos su visión de la historia de la Independencia. Aunque esto escandalice todavía a muchos aún tenemos quienes "reclamamos para Iturbide un lugar junto a los héroes nacionales", precisamente porque no creemos en esa historia oficial construida desde el poder, con su fuerza y sobre todo con sus recursos legales, económicos, políticos, ideológicos y propagandísticos. ¿Qué significan frente a esta maquinaria creadora de leyes y decretos las misas en catedral de unos cuantos "conservadores y reaccionarios", los discursos del "ultraderechista" Celerino Salmerón en el cine Metropolitán, o las ceremonias con que se festejó en la Catedral de México el 150 aniversario de la Consumación de la Independencia? En todo caso no son estos hechos, ni estos discursos los que imponen la verdad histórica por decreto; ni las que tienen la fuerza suficiente para divulgarse popularmente. Las cosas han sido exactamente al revés: al contrario de lo que piensa Verónica Zárate lo que sí ha existido es un propósito, un proyecto o un plan gubernamental llevado a cabo por etapas y en forma insistente para conseguir excluir a Iturbide del panteón de los héroes; para desarrollar este plan el aparato del poder se ha valido de la actividad legislativa más que de la historiografía producida en torno a Iturbide y a su obra.

Podemos fijar en forma muy esquemática los pasos que se han dado desde ese aparato para dar cumplimiento a este propósito. De 1824 a 1921 se buscó y consiguió trasladar la fecha de la independencia al 16 de septiembre quitándola del 27 del mismo mes; esto implicó la glorificación de los insurgentes, principalmente de Hidalgo y de Morelos y la consecuente negación de la gloria reconocida en 1821 por todos los mexicanos a Iturbide como consumidor de nuestra independencia. Sin embargo, el nombre de Iturbide continuó mencionándose como uno de los héroes de la independencia. En 1921, como resultado del furioso antiiturbidismo de la Revolución triunfante, se construyó una interpretación que buscó y consiguió negarle a Iturbide el mérito de la consumación de la Independencia, a la vez que comenzó a perfilarse la tesis en favor de Vicente Guerrero. En 1971 se consagró oficialmente al Caudillo del Sur como el único con-

sumador de la Independencia y se logró suprimir cualquier mención y recuerdo de Agustín de Iturbide. Todo lo anterior con ayuda de la Ley. Finalmente, en 1996 y previa la preparación supuestamente historiográfica de 1971 y de 1994, se consigue cerrar el círculo: ignorar el 175 aniversario de la Consumación de la Independencia en demérito ya no sólo de Iturbide, sino incluso de Guerrero y de todo el pueblo mexicano. Es decir, se ha seguido fielmente el camino que señala Zárate, pero no por la "reacción" sino por los regímenes gubernamentales, para lograr un silencio y un vacío oficial en torno a Iturbide y a su obra con la ayuda de la promulgación de leyes, decretos y acuerdos.

En la última etapa se dio entrada a la tarea historiográfica, y cuando menos hasta la fecha en que escribo estas líneas, ya no parece haberse necesitado la promulgación de nuevas leyes o decretos. Se ha preferido continuar con el camino del silencio. El objetivo ha ido dirigido a la mente y a la memoria de los mexicanos del siglo XX: acabar con el recuerdo de Iturbide, imponer una nueva verdad y, como resultado de ésta, crear una nueva memoria. Todo con la fuerza del poder y de la ley. Sólo así se explica que las cosas aparezcan al final del siglo XX al revés: que sean los que defienden la memoria de Iturbide los acusados de pertenecer a "la facción que busca un lugar en la historia". Si así fuera esta facción cuenta con notables aliados: desde Lorenzo de Zavala hasta Timothy Anna, de Lucas Alamán hasta Edmundo O'Gorman (quien se resistió a comulgar "con el metafísico absurdo de un Iturbide que, de hecho, existió, pero que, 'en realidad', no existe, o si se prefiere con el extraño acertijo histórico de un hombre que no hizo lo que hizo porque lo que hizo lo hizo otro sin saber que lo hizo", como lo exige creer el "dogma oficial del surgimiento de la nación mexicana")<sup>156</sup> y tendría el mérito cuando menos de no olvidar el aniversario 175 de la Independencia mexicana.

El ensayo de Verónica Zárate exhibe hasta donde han llegado las cosas tratándose de Agustín de Iturbide. Ella desde luego no ha pretendido "limpiar la imagen de traidor" de quien la historia oficial ya ha dictado sentencia inapelable. Lo dramático del ensayo es que sirve para exhibir lo que verdaderamente ocurrió: la construcción de un capítulo más de la historia oficial. Es al poder y no a la historiografía a quien debemos esta tradicional manera de imponer la verdad histórica y Zárate lamentablemente parece haberse propuesto avalar esta

<sup>156</sup> O'GORMAN, *op. cit.*, p. 35.



tradición. Sin embargo, creyendo denunciar a quienes no nos tragamos esa historia, ha contribuido a lo que nunca hubiera deseado: "de una u otra manera, llamar la atención sobre la historia de Iturbide".

### VIII. EPÍLOGO ANECDÓTICO Y SENTIMENTAL

Quiero terminar con una anécdota y con un recuerdo muy personal. Cuando cada 27 de septiembre el maestro Manuel Herrera y Lasso preguntaba a sus alumnos qué se conmemoraba esa fecha acostumbraba responderse de la siguiente manera: "ese día entró a la ciudad de México el Ejército Trigarante con don Vicente Guerrero a la cabeza, y parece ser que con un mozo de estribo llamado, si no mal recuerdo, Agustín de Iturbide".<sup>157</sup> Estas palabras —también de otro jurista potosino (*para que la cuña apriete*)— exhiben con toda su carga irónica la ridícula posición de quienes han querido borrar toda huella de la obra de quien simple y llanamente consumó la Independencia de México. El recuerdo: de niño mi padre me prestó un libro que nunca le he devuelto: *El libro de mis recuerdos* de Antonio García Cubas. Con éste y con él aprendí a amar a México. Él, liberal y libre, admirador de Hidalgo y de Ocampo, de Cárdenas y de Juárez, pasante a principios de los treinta en el despacho de Soto y Gama y de Aurelio Manrique, jamás pudo enseñarme algún tipo de admiración a Iturbide, pero sí supo mostrarme lo que significan la libertad y la verdad. Por ambas sufrió. Quisiera al terminar el siglo que casi hundió en el olvido al Consumador de la Independencia de México, recordar el apólogo de García Cubas, quien ante el "templo y sagrario de la Justicia" puso en la balanza las acciones de tres héroes: Hidalgo, Morelos e Iturbide:

Puse inmediatamente sobre el platillo de la derecha el 16 de Septiembre, más su peso fué tan grande, que obligó a descender con rapidez y a posarse en el suelo. deposité en seguida en el otro platillo hechos como los de Valladolid y Guadalajara, y el inflexible fiel se inclinó, haciendo levantar al primero de aquéllos un centímetro sobre el suelo.

Libres después los platillos y puestos de nuevo en equilibrio,

<sup>157</sup> Esta frase me fue comunicada el mes de agosto de este año por mi maestro y amigo Francisco de Icaza, quien la escuchó de labios del propio Herrera y Lasso en las aulas de la Escuela Libre de Derecho.

coliqué las sucesivas campañas de Morelos en el de la derecha, el cual descendió hasta quedar igualmente comprimido contra el suelo en fuerza de tanto peso; puse luego en el de la izquierda, las órdenes de represalia del grande hombre y gravitando, obligó al primero a alzarse un centímetro sobre el suelo. . .

De la misma manera procedí respecto de Iturbide, colocando, como era natural, en el primero de los mencionados platillos el *Plan de Iguala* y el *27 de Septiembre*, principio y fin de nuestra última epopeya, y aquél, como en las otras pesadas, descendió hasta tocar el suelo; deposité en el otro las acciones militares de Iturbide contra los insurgentes, y con su peso levantó un centímetro sobre el suelo el primer platillo.

De las acciones practicadas me preguntó la diosa:

—¿Cuáles han sido los resultados?

—Dos he obtenido —le contesté—: sea el primero, que en la balanza de la justicia las acciones meritorias de los tres héroes pesan mucho más que sus errores; sea el segundo, que los tres héroes, el *iniciador*, el *laborador* y el *consumador* de la independencia, son igualmente acreedores a la estimación de los mexicanos, a quienes nada autoriza para convertirlos en banderas políticas.

Tenéis razón. ¡Tal conducta, no sólo es irreverente, sino impía!<sup>158</sup>

Esta es la opinión que quisiera encontrar en mi patria en los años 2010 y 2021, sin mengua de los méritos de ningún otro héroe de una independencia hoy intencionada y vergonzosamente olvidada por nuestros actuales gobernantes.\*

<sup>158</sup> GARCÍA CUBAS, *op. cit.*, pp. 517-520.

\* Alcance al 27 de septiembre: Pasó el aniversario prácticamente desapercibido por el gobierno y los mexicanos; salvo la honrosa excepción del Archivo General de la Nación que organizó un importante ciclo de conferencias y una excelente exposición documental. Además, la misa tradicional en la Catedral; timbre postal, moneda conmemorativa y entrevistas censuradas.

## NOTAS SOBRE LOS LIMITES DE LOS REGLAMENTOS DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL EN EL DERECHO MEXICANO

Miguel CARBONELL SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de reglamento.* III. *Limites a la facultad reglamentaria.* IV. *Conclusiones y propuestas.*

### I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende exponer algunas de las limitaciones a que se encuentra sometida la facultad reglamentaria del Presidente de la República en el sistema jurídico mexicano.<sup>1</sup> Para lograrlo se ha tomado como apoyo no solamente el texto de la Constitución General de la República sino también los pronunciamientos más importantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cuando se ha considerado relevante también se ha acudido al derecho de otros países incluyendo sus respectivos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. La amplitud y dificultad del tema no permite presentar un tratamiento exhaustivo del mismo y de la bibliografía que lo ha tratado, por lo que debe entenderse al presente trabajo como una mera aproximación panorámica que deberá ser completada por posteriores esfuerzos.

La temática de los límites de los reglamentos y en general la creación normativa del Poder Ejecutivo<sup>2</sup> se encuadra dentro del campo

<sup>1</sup> Sobre el tema ya he podido realizar algunas observaciones, aunque más superficiales, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, "Presidencialismo y creación legislativa" dentro de la obra colectiva *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*, México, Aldus, 1994, pp. 15-177.

<sup>2</sup> Sobre tal creación se ha dicho que "Desde el momento mismo en que el Estado constitucional aparece en el escenario histórico, la controversia sobre la extensión e intensidad del poder de la Administración de crear Derecho, de dictar normas jurídicas, no ha cesado", BAÑO LEÓN, José Ma., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991, p. 23.

más amplio de las fuentes del Derecho y tiene relevancia práctica en dos sentidos principalmente: a) en cuanto a las relaciones entre la ley y los reglamentos, pues entre ambos tipos normativos se desarrolla una interacción recíproca de la mayor importancia para la configuración y entendimiento del sistema de fuentes en su totalidad; y b) en cuanto al control de constitucionalidad que puede efectuar el Poder Judicial Federal mexicano sobre los reglamentos, pues la mayor parte de las veces cuando los reglamentos infringen los límites que se exponen en este trabajo resultan inconstitucionales y pueden ser invalidados por el órgano competente.

El fundamento constitucional de la facultad reglamentaria del Presidente se encuentra, como se sabe, en la fracción I del artículo 89 de la Carta Magna, que dice: "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia".

Como se desprende del texto transcrito, la facultad reglamentaria no se encuentra claramente recogida dentro de las potestades del Ejecutivo, sin embargo, la doctrina y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación han sostenido que es ahí donde debe buscarse el apoyo constitucional para que el Presidente pueda dictar reglamentos.<sup>3</sup> A pesar de ello, un tratadista tan importante como Felipe Tena Ramírez ha dicho que "hoy en día es el precedente y no el texto, el que justifica en nuestro derecho la facultad reglamentaria".<sup>4</sup>

Tal vez sería bueno que en una futura reforma constitucional se acometiera la labor de dotar de mejor redacción al texto del artículo 89 fracción I. Se puede tomar en consideración, por ejemplo, el artículo 171 de la Constitución de Cádiz de 1812, que otorgaba al Rey, en ese entonces titular del Poder Ejecutivo y de la administración pública (papel que hoy en día desarrolla el Presidente en México), la potestad de "expedir los decretos, reglamentos e instrucciones convenientes para la ejecución de las leyes". Más claramente todavía

<sup>3</sup> Cfr. FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 30a. edic., México, Porrúa, 1990, p. 110, así como el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, tercera parte, tesis 404, p. 709.

<sup>4</sup> *Derecho constitucional mexicano*, 24 edic., México, Porrúa, 1991, pp. 466-467. Como sostiene Raymond CARRÉ DE MALBERG, "cada vez que los autores se ven reducidos a invocar la costumbre para justificar un estado de cosas establecido de hecho, ello equivale a decir que dicho estado de cosas carece de base en derecho", *Teoría General del Estado*, México, FCE, 1948, p. 621.

se expresaba la fracción IV del artículo 87 de las Bases Orgánicas de 1843, que señalaba como facultad del Presidente la de "Expedir órdenes y dar los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin alterarlas ni modificarlas". Otra carta constitucional que puede servir de ejemplo para una futura reforma del artículo mencionado es la más reciente Constitución española, de 1978, que de forma escueta pero correcta asigna al Gobierno "la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes" (artículo 97).

La importancia de estudiar la facultad reglamentaria resulta obvia si se piensa en la expansión que, tanto cuantitativa como cualitativamente, ha tenido la misma en los últimos años. Cada vez más las leyes se van quedando como las normas que contienen los grandes principios, las decisiones generales sobre determinada materia y los reglamentos son los que recogen las reglas prácticas, las que se aplican de manera inmediata al ciudadano.<sup>5</sup> Del total de normas que conforman el ordenamiento un gran porcentaje son de tipo reglamentario, de modo que conocer cómo se producen y a qué límites deben sujetarse tantas y tan importantes normas puede resultar interesante para los juristas mexicanos.

Antes de pasar a enunciar las limitaciones de la facultad reglamentaria del Presidente vale la pena detenerse, así sea de forma breve, a estudiar el concepto mismo del reglamento como norma jurídica.

## II. EL CONCEPTO DE REGLAMENTO

Aunque en el ordenamiento mexicano también a los poderes Legislativo y Judicial se les haya otorgado facultades de expedir reglamentos para regular lo relativo a su organización interna, lo cierto es que el reglamento típico es el que emana del Poder Ejecutivo,<sup>6</sup> de

<sup>5</sup> Vid. sobre las causas de ese fenómeno y las tendencias generales del Estado en las que se inscribe: CABO, Carlos de, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986, pp. 71-72, entre otros.

<sup>6</sup> NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, México, FCE, 1995, p. 81. Por eso se ha definido al reglamento como "toda norma escrita dictada por la Administración", GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, 6a. ed., Civitas, Madrid, 1994 (reimp.), p. 167.

la administración pública en sentido amplio. A él se hace referencia al tratar de formular un concepto de reglamento.

Si se analizan sus características intrínsecas se puede observar que el reglamento, en principio, reúne las mismas que una ley: generalidad y abstracción, es decir, no se dirige a una o más personas en particular y no se crea para regular uno o varios actos determinados sino para todos aquellos que, estando en el supuesto reglamentario previsto de antemano, se sucedan en el tiempo en el que el reglamento permanezca vigente.<sup>7</sup>

Si los reglamentos no fueran generales y abstractos sino particulares y concretos, entonces no se trataría en realidad de reglamentos sino de actos administrativos que agotarían su actuación en una sola aplicación a un caso concreto sin que pudieran servir para aplicarse a casos ulteriores. Su característica de continuidad en el tiempo es lo que diferencia a los reglamentos de los actos administrativos generales, puesto que un acto administrativo general "no tiene ninguna vocación de permanencia, que es lo característico de las normas, y, aunque afecte a grupos numerosos de ciudadanos o, incluso, a todos... se extingue en una sola aplicación".<sup>8</sup>

El constitucionalista Jorge Carpizo define al reglamento como "una norma de carácter general, abstracto e impersonal, expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales, y que tiene como finalidad la mejor aplicación de la ley, a la cual está subordinada".<sup>9</sup>

Perfilando un poco más la anterior definición se puede decir que el reglamento es la norma jurídica general y abstracta que emite el Poder Ejecutivo con el fin de llevar a cabo la aplicación de las leyes que se encuentran dentro del ámbito de su competencia.

<sup>7</sup> Sobre la generalidad y abstracción, *vid.* BOBBIO, Norberto, *Teoría General de Derecho*, Madrid, Debate, 1991, pp. 143 y ss., donde se define a las normas generales como aquellas que son universales respecto del destinatario y a las abstractas como aquellas que son universales respecto de la acción (p. 143). Las primeras se contraponen a las que tienen por destinatario un individuo particular y que se pueden llamar normas concretas, mientras que las segundas se contraponen a las que regulan una acción particular y se pueden llamar normas concretas o más apropiadamente órdenes (p. 144).

<sup>8</sup> PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, t. I, Parte General, 6a., ed. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 63. *Vid.* también MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, "Actos administrativos generales y reglamentos", *Revista de Administración Pública*, número 490, Madrid, 1963.

<sup>9</sup> *El presidencialismo mexicano*, 9a. ed., México, Siglo XXI, 1989, p. 107.

Normalmente los reglamentos del Ejecutivo suelen clasificarse en dos, aparte de las clasificaciones más complejas que hacen algunos autores: a) *Reglamentos ejecutivos*, que son aquellos que se dictan con el fin de permitir la mejor aplicación y ejecución de una ley del Congreso y que únicamente detallan, desarrollan o complementan los preceptos legales,<sup>10</sup> y b) *Reglamentos autónomos o independientes*, que son los que crea la misma Constitución sin necesidad de que exista una ley del Congreso para que puedan ser dictados;<sup>11</sup> en este caso la relación normativa no se da entre ley y reglamento, sino entre Constitución y reglamento.

En el derecho mexicano los reglamentos son normalmente ejecutivos y sólo excepcionalmente autónomos o independientes, como lo demuestra el texto mismo de la fracción I del artículo 89 constitucional que se ha citado, pues en él se conceptualiza a la facultad reglamentaria como parte del proceso más complejo de "ejecución de las leyes". Un ejemplo de los reglamentos autónomos lo constituye el que se recoge en el párrafo quinto del artículo 27 constitucional en el que se faculta al Presidente para dictar reglamentos referidos a la extracción y utilización de aguas del subsuelo.

Una vez que se han revisado algunas cuestiones generales en torno a la facultad reglamentaria y a los reglamentos como producto normativo de la misma, es momento de empezar el análisis de las limitaciones a las que se encuentra sujeta tal facultad de creación normativa.

### III. LÍMITES A LA FACULTAD REGLAMENTARIA

Para su mejor exposición se han dividido en siete las limitaciones a las que se encuentran sometidos los reglamentos: titularidad de la facultad para expedirlos, ámbito material de validez, reserva de ley,

<sup>10</sup> En este sentido *cfr.* SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, 14a. ed., México, Porrúa, 1988, t. I, p. 193; OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 217, y GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 198, entre otros.

<sup>11</sup> BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pp. 163 y ss., donde se explica la incidencia del reglamento independiente sobre dos principios básicos del Estado de Derecho: la división de poderes y el principio de legalidad de la administración; así como la evolución histórica del concepto de reglamento independiente.

jerarquía normativa, irretroactividad normativa, dependencia respecto de las leyes del Congreso de la Unión y publicidad normativa. Sobre decir que estos son los únicos límites a los que se encuentran sujetos los reglamentos, puede ser que ni siquiera sean los más importantes —o al menos no todos ellos—, pero han sido escogidos en virtud de que representan un marco suficientemente amplio como para poder profundizar en las muchas cuestiones por resolver en torno al tema en posteriores ocasiones.

#### A) Titularidad de la facultad reglamentaria

En principio y de acuerdo con el texto mismo del artículo 89 fracción I, únicamente el Presidente puede dictar reglamentos, sin que pueda delegar esta facultad en ningún otro órgano. La Suprema Corte de Justicia así lo ha manifestado al sostener que

conforme a nuestro régimen constitucional, sólo tiene facultades para legislar el poder Legislativo y excepcionalmente el Ejecutivo en el caso de la facultad reglamentaria, que únicamente puede ser ejercitada por el titular de ese Poder, sin que en la Constitución exista una disposición que lo autorice para delegar en alguna otra persona o entidad, la referida facultad, pues ni el Poder Legislativo puede autorizar tal delegación.<sup>12</sup>

Este principio se observa matizado en los últimos tiempos debido a que, en algunas leyes, el Poder Legislativo le ha otorgado potestades reglamentarias a los secretarios de Estado, aunque cabe insistir en que, a la luz del texto constitucional, la titularidad exclusiva para dictar reglamentos le pertenece al Presidente de la República,<sup>13</sup> sin que ello sea obstáculo para que el Poder Legislativo pueda habilitar a otros sujetos para dictar a su vez reglamentos en el ámbito de su

<sup>12</sup> Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, tercera parte, tesis 402, p. 702. La posibilidad de habilitación legal a los ministros para dictar reglamentos se encuentra expresamente recogida en la Constitución Alemana (artículo 80.I).

<sup>13</sup> En el texto de las constituciones latinoamericanas no se prevé la facultad de los secretarios de Estado o ministros de dictar reglamentos o resoluciones internas, aunque tal facultad se puede considerar implícita según Humberto QUIROGA LAVIE, *Derecho constitucional latinoamericano*, México, IJ-UNAM, 1991, p. 283.

propia competencia.<sup>14</sup> Al respecto la jurisprudencia ha sostenido el siguiente criterio, de significativa importancia para el tema y que por lo mismo se reproduce en su totalidad:

*Secretarios de Estado. Sus facultades normativas cuando son autorizados por el legislador para crear nuevas reglas de derecho. Cláusulas habilitantes y los límites de su ejercicio.*

En términos del artículo 89 fracción I de la Constitución, los Secretarios de Estado no participan de la facultad reglamentaria. Sin embargo, el gran desarrollo de la actividad administrativa en los últimos años ha provocado una transformación de este estado de cosas debido a la inserción en algunos cuerpos legales de cláusulas delegatorias de facultades normativas generales en favor de quienes hasta entonces no estaban dotadas de ellas, en particular, de los Secretarios de Estado. Se está en presencia de una cláusula de este género cuando a través de una norma formalmente legislativa o reglamentaria, el Congreso de la Unión o el Presidente de la República, respectivamente, habilitan a un órgano de la Administración para regular una materia concreta y específica, sea que ésta haya sido objeto de regulación con anterioridad o que no lo haya sido, de acuerdo con los principios y lineamientos contenidos en la propia norma habilitante. Sin prejuzgar sobre la constitucionalidad de tales cláusulas habilitantes (asunto ajeno a este fallo), parece claro que su adopción por parte del legislador ordinario tiene por efecto esencial y primario un fenómeno de ampliación de las atribuciones conferidas a la Administración en sus relaciones con los gobernados, al permitirle actuar en materias que antes le estaban vedadas, con el consecuente quebrantamiento del principio clásico de división de poderes. Por este motivo, adquiere especial relevancia el control jurisdiccional sobre las normas producidas en ejecución de dichas autorizaciones, control que puede realizarse atendiendo a los límites formales (competencia, procedimiento, jerarquía) o materiales (principios generales de derecho, reserva de ley y garantías individuales) de la propia habilitación.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, señalan que la potestad reglamentaria de los ministros (secretarios de Estado en México) puede ser ejercida en referencia a las cuestiones internas de sus departamentos sin necesidad de habilitación legal, pero si tal potestad tiene incidencia sobre terceros no se le puede concebir como una potestad originaria, sino que tiene que derivar de una específica habilitación legal, *Curso...*, t. I, cit., p. 178 y 191.

<sup>15</sup> Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1986, tercera parte, p. 127.

### B) *Ámbito material de validez de los reglamentos*

Esta limitación se refiere a las *materias* en que el Presidente puede dictar reglamentos. Estas materias están determinadas por aquellas áreas cuya ejecución corresponde al Poder Ejecutivo, por lo tanto se limitará exclusivamente al ámbito administrativo. En consecuencia, el Presidente no puede dictar reglamentos de las leyes cuya aplicación corresponda al Poder Judicial o al Poder Legislativo, por ejemplo el Presidente no puede reglamentar la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal o la Ley Orgánica del Congreso de la Unión.<sup>16</sup>

Así lo corrobora la jurisprudencia, según la cual la facultad reglamentaria "por útil y necesaria que sea, debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propia del Poder Ejecutivo, esto es, la norma reglamentaria actúa por facultades explícitas o implícitas que se precisan en la ley, siendo únicamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquella y que, por ello, compartan además su obligatoriedad",<sup>17</sup> aunque le falta mencionar que se trata de leyes que el Ejecutivo tenga a su cargo ejecutar y no a las otras con las cuales no tiene ninguna relación como las que se han mencionado.

Además de lo anterior, el ámbito material de los reglamentos también se encuentra condicionado por aquellas materias que, en virtud del mandato del artículo 124 constitucional, pertenecen a la competencia de las entidades federativas, de modo que los reglamentos del Presidente tampoco podrán regular materias que no tengan atribuidas los poderes federales en el listado que ofrece el artículo 73 de la Carta Magna o alguna otra disposición constitucional en relación con las facultades implícitas de que habla la última fracción del mismo artículo 73.

### C) *Reserva de ley*

Esta limitación tiene que ver con la anterior, pero no se determina en tanto al órgano competente para la aplicación de una determinada

<sup>16</sup> En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, pp. 189-192, y BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pp. 101-102.

<sup>17</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VII, p. 83.

ley, sino al *tipo de norma* que la Constitución prevé que deberá regir cierto tipo de conductas.

La reserva de ley en la actualidad tiene que ver con el carácter democrático y pluralista del Estado contemporáneo. Manuel Aragón explica que la reserva de ley se nutre de la idea de que ciertas materias y sus respectivos contenidos sean regulados por un órgano que no solamente sea representativo, pues también el Poder Ejecutivo es elegido por sufragio universal, sino por un órgano plural en el sentido de recoger la opinión de los diversos sectores representados en las Cámaras y principalmente de los minoritarios:

Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma.<sup>18</sup>

El problema tal vez más grande a que se enfrenta el tema de la reserva de ley no es el de entender cuáles son las materias que se encuentran reservadas, sino el de saber hasta qué punto debe desarrollar el legislador parlamentario una materia reservada y hasta qué punto puede ser "entregada" esa materia al desarrollo o complementación del poder reglamentario del ejecutivo: "Lo que preocupa en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial es si el legislador tiene límites para pedir la colaboración del reglamento en las materias reservadas".<sup>19</sup>

Con razón se ha señalado que tan ilegítimo es que un reglamento del poder ejecutivo entre a regular una materia reservada en forma absoluta a la ley, como que el propio poder legislativo otorgue competencia reguladora al ejecutivo en aquellas áreas que la Constitución ha querido que sean reservadas a la "efectiva" regulación legislativa.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> ARAGÓN R., Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 126, en el mismo sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, vol. I, Torino, UTET, 1992 (ristampa), p. 54.

<sup>19</sup> BAÑO LEÓN, *op. cit.*, p. 21.

<sup>20</sup> *Cfr.*, en el mismo sentido, GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 115. En Italia, sin embargo, tanto la doctrina como

En México, además de la materia penal<sup>21</sup> (artículo 14 párrafo tercero constitucional) también la materia fiscal se encuentra afectada por reserva de ley (artículo 31 fracción IV de la Constitución) y, en consecuencia, se puede hablar de un principio de legalidad en materia tributaria por lo que hace a la determinación de los elementos de las contribuciones que los habitantes de la República están obligados a aportar para el gasto público (artículo 31 fracción IV constitucional).<sup>22</sup> Sobre el tema la Suprema Corte ha sostenido, entre muchas otras, la siguiente tesis:

*Impuestos, principio de legalidad que en materia de, consagra la Constitución Federal.*

...examinando atentamente el principio de legalidad, a la luz del sistema general que informa nuestras disposiciones constitucionales en materia impositiva y de explicación racional e histórica, se encuentra que la necesidad de que la carga tributaria de los gobernados esté establecida en una ley, no significa tan sólo que el acto creador del impuesto debe emanar de aquel poder que, conforme a la Constitución del Estado, está encargado de la función legislativa, ya que así se satisface la exigencia de que sean los propios gobernados, a través de sus representantes los que determinen las cargas fiscales que deben soportar, sino

la Corte Constitucional han distinguido entre reservas "absolutas" y reservas "relativas" para describir la imposibilidad total o parcial de actuación de normas infra-legales en algunas materias, GUASTINI, *op. cit.*, p. 117. Igualmente el Tribunal Constitucional español ha usado el concepto de "reserva de ley absoluta"; por ejemplo en la STC 25/1984 fundamento jurídico 3 en referencia a la legislación penal.

<sup>21</sup> El origen de la reserva de ley en materia penal se encuentra en el pensamiento político iluminístico liberal, PAGLIARI, A., "Legge penale. Principi generali", *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIII, Varese, 1973, p. 1040. Por ejemplo BECCARIA ya sostenía en su famoso ensayo *De los delitos y de las penas* que "sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social...", trad. de Las Casas (1774), Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 14. Iguales conceptos se pueden encontrar en *El contrato social* de J. J. ROUSSEAU. *Cfr.*, además, las observaciones de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, trad. de Perfecto Andrés y otros, Madrid, Trotta, 1995, pp. 34-36.

<sup>22</sup> Este principio, sin embargo tiene algunas excepciones previstas en el propio texto constitucional, *cfr.* ANDREA, FRANCISCO J. de, y RÍOS ESTAVILLO, J. J., "Artículo 31" en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 5a. ed., México, IJ-UNAM, 1994, p. 155.

fundamentalmente que los caracteres esenciales del impuesto y la forma, contenido y alcance de la obligación tributaria, estén consagrados de manera expresa en la ley.<sup>23</sup>

Otra reserva de ley importante en el texto constitucional lo constituye el artículo 90 que reserva a una ley la organización de la administración pública federal.<sup>24</sup> Algún autor ha propuesto recientemente la interesante tesis de que también todo lo referido a los derechos humanos se encuentra reservado a una ley.<sup>25</sup>

En suma, en aquellas materias en que exista una reserva de ley, la facultad reglamentaria no podrá determinar sus supuestos básicos, ni aún si se le delega tal poder por el Legislativo, pues la reserva de ley supone una doble obligación: a) al Ejecutivo para que no regule por vía reglamentaria la materia de que se trate, y b) al Legislativo para que no haga una remisión en blanco al Ejecutivo, sino que debe regular "efectivamente" la materia que la Constitución ha designado para que sea regulada, al menos en sus aspectos esenciales, por una ley y no por alguna otra norma del sistema jurídico.

Así lo ha sostenido, por mencionar un ejemplo, el Tribunal Constitucional español, para el que en el ámbito de la reserva de ley, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siendo tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desampoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, primera parte, Tribunal Pleno, p. 158. Sobre la reserva de ley en materia tributaria el Tribunal Constitucional español ha sostenido que "...la reserva de ley hay que entenderla referida a los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria: la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, que pertenecen siempre al plano o nivel de la ley y no pueden dejarse nunca a la legislación delegada y menos todavía a la potestad reglamentaria" (STC 6/1983, fundamento jurídico 4).

<sup>24</sup> NAVA NEGRETE, *op. cit.*, p. 90.

<sup>25</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime F., *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, IJ-UNAM, 1996.

<sup>26</sup> Sentencias 99/1987, 178/1989 y 47/1990. La idea de la regulación "efectiva" viene de Otto, Ignacio de, *op. cit.*, pp. 151-154.

## D) Principio de jerarquía normativa

Por este principio se limita la facultad reglamentaria en el sentido de que no podrá modificar o alterar el contenido de una ley en sentido formal. La jerarquía normativa es una técnica por la cual se ordena el sistema jurídico y que según la tradicional teoría kelseniana hace depender la validez de las normas que lo integran de aquellas otras normas que se encuentran en el escalón jerárquico superior, hasta llegar a la norma última de todo el sistema que ya no encuentra su fundamento en otra superior por lo que tiene que ser presupuesta.<sup>27</sup>

En el Estado democrático se le suele otorgar una mayor jerarquía a las normas que emanan de los órganos más directamente representativos, como lo son los de tipo parlamentario. La superioridad de una norma sobre otras no es más que la traducción jurídico formal de la preeminencia de un poder del Estado sobre los demás y un criterio para lograr la unidad del sistema jurídico en tanto todo él es reconducible a una norma superior que determina la validez de las demás.<sup>28</sup>

En este sentido, un reglamento para ser válido debe ir de acuerdo con la ley que está reglamentando, por ser ésta de superior jerarquía y su parámetro de constitucionalidad. La descripción del sostenimiento a la ley por parte de los reglamentos ha sido expuesta con singular claridad por García de Enterría y T. R. Fernández en los siguientes términos: el reglamento "es una norma secundaria, subal-

<sup>27</sup> Al respecto puede verse la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM-Porrúa, 1991 y las otras obras del autor traducidas al castellano como la *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988) y los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (trad. de Wenceslao Roces, México, IIJ-Porrúa, 1987), así como el ensayo de MERKL, A., "Prolegomina ad una teoria della costruzione a gradi del diritto" en MERKL, A., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. de Carmelo Geraci, Giuffrè, Milán, 1987, entre otros.

<sup>28</sup> "La jerarquía es, pues, la consecuencia natural de la diferente posición de la supremacía política o superioridad orgánica de las organizaciones que emiten distintos tipos de normas; estas posiciones se objetivan, transfiriendo la superioridad subjetiva de los órganos a sus respectivos productos normativos", SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 315.

terna, inferior y complementaria de la Ley... es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas... Su misión a la ley es absoluta en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradictorios, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido".<sup>29</sup>

La Suprema Corte así lo ha entendido, expresando que la facultad reglamentaria abarca

la expedición de disposiciones generales, abstractas e impersonales que tienen como objeto la ejecución de la ley, desarrollando y completando en detalle sus normas, pero sin que, a título de su ejercicio pueda excederse al alcance de sus mandatos o contrarias o alterar sus disposiciones, por ser precisamente la ley su medida y justificación.<sup>30</sup>

## E) Principio de irretroactividad normativa

Este principio se aplica con diversos matices y distinto alcance a todas las normas jurídicas de carácter general y abstracto como las leyes y los tratados internacionales, no sólo a los reglamentos. Su razón de ser se encuentra en el hecho de que las normas deben regir para el futuro. Por ello los reglamentos no pueden afectar derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de los mismos, en orden al mandato del artículo 14 primer párrafo de la Constitución,<sup>31</sup> que aunque usa el término de "ley", se debe entender como toda

<sup>29</sup> *Curso...*, t. I, cit., p. 168.

<sup>30</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 163-168, p. 7.

<sup>31</sup> BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 23a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 499-518. En España el Tribunal Constitucional ha sostenido que la prohibición de retroactividad sólo es aplicable a los derechos "consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas (STC 129/1987 fundamento jurídico 5). En otra sentencia ha dicho que una norma debe considerarse retroactiva cuando incide sobre "relaciones consagradas" y "afecta a situaciones agotadas" (STC 227/1988).



norma general y abstracta, y no sólo como las leyes creadas por el órgano legislativo en sentido estricto. La jurisprudencia al respecto ha sostenido que "es principio general de derecho, el que las leyes deben empezar a regir en la fecha en que ellas determinen o en la de su publicación, y con anterioridad, porque pecarían de retroactivas..."<sup>32</sup>

Hay que señalar que el problema de la retroactividad (en general, no solamente la de los reglamentos) dista mucho de estar mínimamente resuelto, ya que las fórmulas planteadas por la doctrina y por la jurisprudencia no responden a la enorme serie de posibilidades que se han ido dando en la realidad, de hecho, el concepto mismo de retroactividad no se ha podido delimitar con precisión de modo que a veces no se sabe con certeza cuándo se está frente a la aplicación retroactiva de una norma: "El inmenso despliegue doctrinal —se ha dicho con razón— que el tema de la retroactividad ha merecido en el tiempo y el espacio no ha conseguido decantar siquiera un mínimo de materia indiscutible, todo en él se torna evasivo y controvertible; el propio concepto de retroactividad es el arquetipo mismo de la equívocidad: un concepto elástico y polémico como pocos".<sup>33</sup>

#### F) Principio de dependencia

Por este principio, en caso de que una ley se derogue o abroge, los reglamentos que se hayan expedido en virtud de esa ley también resultan derogados o abrogados, ya que su existencia depende de la vigencia de la ley que les da vida. Existe una excepción al principio de dependencia que se verifica cuando se expida una nueva ley que contenga la misma regulación que la anterior, en cuyo caso sí se podrá seguir aplicando el reglamento emitido con anterioridad a la ley.<sup>34</sup> La jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

*Reglamentos. Cesan de regir cuando es abrogada la ley que los originó*

<sup>32</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXVIII, p. 2297, Adame Melo y coags.

<sup>33</sup> LÓPEZ MENUDO, Francisco, "El principio de la retroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional", *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje a Eduardo García de Enterría*, t. I, Madrid, Civitas, 1991, p. 456.

<sup>34</sup> Cfr. el Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1977, tribunales colegiados, p. 146.

Como todo reglamento es una norma rigurosamente subordinada a determinada ley, cuyas disposiciones debe desarrollar y pormenorizar, requiere por necesidad una ley preexistente, de tal suerte que abrogada ésta, dejan de estar vigentes los reglamentos fundados en la misma o referidos a ella.<sup>35</sup>

#### G) Principio de publicidad normativa<sup>36</sup>

Este principio, al igual que el de irretroactividad, se aplica no sólo a los reglamentos sino también a otras normas de carácter general y abstracto como la ley y la jurisprudencia.

La publicidad sirve para preservar la seguridad jurídica, pues permite a los habitantes estar en condiciones de conocer las normas que les pueden ser aplicadas y que rigen la vida en sociedad por un lado y establecer la presunción de que todos conocen las normas jurídicas por lo que nadie puede alegar ignorancia del derecho para excusarse del cumplimiento de sus obligaciones, por otro.<sup>37</sup> El requisito de la publicidad normativa no lleva la necesidad de que todas las normas sean publicadas, sino únicamente aquellas que se manifiestan por escrito —como es el caso de los reglamentos— y que además sean de carácter general y abstracto; si no fuera así "se podría entender que han dejado de ser fuentes del Derecho las costumbres y los Principios del Derecho, salvo aquellos que resultaran de la propia Constitución o de las leyes".<sup>38</sup>

La publicación de los reglamentos se deberá hacer justa y precisamente en el lugar y el medio oficial que señale el propio ordenamiento jurídico (en México, como se sabe, es el *Diario Oficial de la Federación*). Sólo habiéndose publicado previamente, y a través del medio indicado, es como un reglamento podrá obligar a los sujetos a

<sup>35</sup> Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1976, tercera parte, p. 140.

<sup>36</sup> En general sobre este principio PIZZORUSSO, Alessandro, *La pubblicazione degli atti normativi*, Giuffrè, Milán, 1963, con amplísima bibliografía.

<sup>37</sup> En este sentido el artículo 21 del Código Civil del Distrito Federal establece que "La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento"; "La ignorancia del Derecho no supone una amenaza para el status personal de los ciudadanos, sino una cláusula de seguridad jurídica implícita en el sistema axiológico legitimador del Estado de Derecho" dice Antonio Enrique PÉREZ LUÑO refiriéndose a la disposición similar que contiene el Código Civil español, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 77.

<sup>38</sup> Díez-PICAZO, Luis, "Constitución y fuentes del Derecho" en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, t. I, Madrid, IEF, 1979, p. 657.

los que va destinado.<sup>39</sup> Al respecto la Suprema Corte ha dicho que "la obligación, para los habitantes del país, de cumplir con la ley no debe existir sino hasta que conozcan los mandatos de la misma",<sup>40</sup> agregando que "una ley es obligatoria cuando es conocida o se presume legalmente que lo es";<sup>41</sup> en ambas tesis se usa la palabra ley en sentido amplio, es decir, entendiendo por ley toda norma escrita de carácter general y abstracto.

Con la publicación se busca obtener un grado aceptable de certidumbre acerca de las normas que están vigentes en un determinado tiempo y lugar. En tanto mayor sea la difusión de las normas mayor grado de cumplimiento tendrán y, con ello, mayor eficacia para regular las relaciones sociales que contemplan en sus respectivos supuestos: "Todo el ordenamiento jurídico será más o menos eficaz dependiendo del grado de conocimiento que de él tengan sus destinatarios".<sup>42</sup>

La publicidad de los reglamentos, como ya se ha mencionado, se logra al publicar estos en el *Diario Oficial de la Federación*<sup>43</sup> bajo

<sup>39</sup> Cfr. BIGLINO CAMPOS, Paloma, *La publicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1993. Esta autora señala que la publicación "constituye un requisito de existencia de la ley", ya que el "texto no publicado carece de relevancia jurídica para el ordenamiento", *op. cit.*, p. 80. Por ello la ausencia de publicación "conduce a la inexistencia de la ley, concebida no como una forma de vicio, sino como una situación de hecho" agrega la misma autora, p. 94. Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto del reglamento.

<sup>40</sup> *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988*, segunda parte, salas y tesis comunes, p. 1752.

<sup>41</sup> *Idem.*, p. 1756.

<sup>42</sup> BONIFAZ ALFONSO, Leticia, *El problema de la eficacia del derecho*, México, Porrúa, 1993, p. 164. "...sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento" ha dicho el Tribunal Constitucional español (STC 179/1989 fundamento jurídico 2).

<sup>43</sup> Que es "el órgano del Gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, de carácter permanente e interés público, cuya función consiste en publicar en el territorio nacional, las leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos, expedidos por los Poderes de la Federación en sus respectivos ámbitos de competencia, a fin de que éstos sean aplicados y observados debidamente" (artículo 2 de la Ley del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales publicada en el mismo el 24 de diciembre de 1986); *vid.*, además, el artículo 3 fracción II de la misma ley y el primer párrafo del artículo 4 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA).

modalidades parecidas a las que rigen para la publicación de las leyes, por lo cual también les resulta aplicable la jurisprudencia que sobre el tema ha sostenido la Suprema Corte y que, sin ser abundante sí resulta de interés consultar.<sup>44</sup>

#### IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

De los límites que, de forma meramente enunciativa y no limitativa, se han señalado respecto de la facultad reglamentaria del Presidente, se puede deducir fácilmente la importancia de su existencia así como la necesidad de su debido control por el Poder Judicial Federal. Algunos de esos límites responden a valores esenciales del Estado democrático de Derecho como la seguridad jurídica, la publicidad de las normas, la primacía de la ley dentro del sistema de fuentes y otros indispensables en los ordenamientos jurídicos modernos.

Aun así, son muchos los pasos en los que se puede avanzar para delinear una función normativa reglamentaria más adecuada a los requerimientos del Estado de Derecho. Su propuesta y análisis excede el marco de este breve trabajo por lo que basta mencionar solamente dos cuestiones concretas en las que me parece que se debe insistir para lograr tal objetivo:

A) Se puede abrir el proceso interno de creación de los reglamentos de forma que, aún sin llegar a los niveles de publicidad que tiene el procedimiento legislativo que realizan las Cámaras del Congreso de la Unión,<sup>45</sup> sí se tenga conocimiento público de los pasos que se han seguido y de las consultas que se han efectuado en el camino de creación de un reglamento; ello añadiría un grado de democraticidad nada despreciable para los reglamentos al hacer partícipe a la opinión pública de su creación y una mayor confianza de sus destinatarios hacia sus normas. Como ejemplo de esta participación de los interesados en la creación de los reglamentos se encuentra el artículo 105 de la Constitución española, que dispone que "La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de

<sup>44</sup> Algunas tesis al respecto se han recogido en CARBONELL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 157-158.

<sup>45</sup> Sobre tal procedimiento se puede ver CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, "Algunos aspectos del procedimiento legislativo en México", *Estudios Jurídicos*, Escuela Libre de Derecho, México, 1994, pp. 45-42 y bibliografía citada.

las disposiciones administrativas que les afecten".<sup>46</sup> Una disposición parecida ya se encuentra en México en el párrafo segundo del artículo 4 de la LPPA que dispone la posibilidad de publicar en el *Diario Oficial de la Federación* los proyectos de reglamentos, "cuando afecten el interés público... para dar oportunidad a los interesados de formular observaciones sobre las medidas propuestas...".

B) Se puede expedir una ley por parte del Congreso de la Unión, con la correspondiente sanción del Presidente obviamente, para normar todo lo relativo a la creación de los reglamentos. En Italia se ha hecho lo que aquí se propone y parece que el éxito ha sido manifiesto, pues se ha logrado acabar con la dispersión y la incertidumbre que tradicionalmente han acompañado a la creación de este importante tipo de normas jurídicas.<sup>47</sup> Una ley para regular la facultad reglamentaria tendría la ventaja de poner fin a las zonas de penumbra y a la falta de definiciones que en México se tienen respecto de los reglamentos y de su creación. Por ejemplo, la mencionada ley italiana ha tenido el efecto de dar "una interpretación de las fragmentarias indicaciones constitucionales y una reordenación de las deshilvanadas disposiciones legislativas anteriores concernientes a la potestad reglamentaria del Gobierno".<sup>48</sup>

En todo caso, lo cierto es que la facultad reglamentaria es una forma de creación normativa que debe ser estudiada con detenimiento y entusiasmo por los constitucionalistas y los administrativistas mexi-

<sup>46</sup> Vid. PARADA, *op. cit.*, pp. 68-70 y EMBID IRUJO, Antonio, "Potestad reglamentaria", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991, p. 111 y ss., para una explicación de la regulación legislativa y jurisprudencial que ha tenido este artículo. Sobre el mismo tema pero para el caso de Estados Unidos, LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1990.

<sup>47</sup> Ley 23/1988 de 23 de agosto de "Disciplina de la actividad del Gobierno y ordenación de la Presidencia del Consejo de Ministros". Sobre ella *vid.*, PIZZORUSSO, A., "El poder reglamentario en la nueva ley italiana de ordenación del Gobierno". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 4, Madrid, septiembre-diciembre de 1989, pp. 89-114; CARLASSARE, Lorenza, "Il ruolo del parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare" y CHELI, Enzo, "Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare", ambos en *Quaderni costituzionali*, año X, núm. 1, abril de 1990, pp. 7-52 y 53-76 respectivamente, entre otros.

<sup>48</sup> PIZZORUSSO, *ult. op. cit.*, p. 90. Al momento de redactar las presentes líneas —junio de 1996— existe en España un proyecto de ley de ordenación del Gobierno donde también se regula lo relativo a la potestad normativa del poder ejecutivo, en general, y se ordena lo concerniente a la facultad reglamentaria, en particular.

canos ya que su importancia práctica es enorme pero, lamentablemente, todavía no ha sido correspondida por estudios actualizados y novedosos en el plano teórico. Mientras tal situación no cambie seguirá siendo aplicable a los estudios de la materia lo que alguna vez se dijo en referencia a ella en otro país: "Lo que en los libros se cuenta sobre esta potestad (reglamentaria) rara vez se ajusta a la realidad de las cosas".<sup>49</sup>

<sup>49</sup> SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pp. 688-689.

## HART Y RAZ: EL DERECHO COMO FENÓMENO INSTITUCIONAL

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. I. La dimensión social del derecho. 1. El "sociologismo hartiano". 1.1. Entre dos miradores. 1.2. La aceptación de las reglas. 1.3. Los tipos hartianos. 2. Joseph Raz: señales contradictorias. 2.1. El recurso de la lógica. 2.2. El "positivismo moderado". 2.3. El significado sistemático del derecho. 2.4. El Derecho es una variable dependiente. 2.5. Las normas son razones para actuar. 3. Algunos rasgos para el cotejo. II. Las pretensiones sistemáticas del Derecho. 1. Los avances hartianos. 1.1. La secuencia elemental de la propuesta. 1.2. Una breve acotación sobre las normas como razones para la acción. 1.3. El acoplamiento sistemático de las reglas. 1.4. Las vicisitudes de la Regla de Reconocimiento. 2. La construcción ecléctica de Joseph Raz. 2.1. El sistema jurídico en el macrosistema social. 2.2. La articulación de los sistemas jurídicos. 2.3. Las funciones del sistema. 2.4. Rectificaciones a la tesis de la regla de reconocimiento. III. La vertiente jurídica institucional. 1. H.L.A. HART y la búsqueda de la unidad oficial del sistema. 1.1. El derecho es un sistema con zonas de penumbra. 1.2. El perfil difuso de la autoridad. 1.3. La organización oficial del sistema. 1.4. El derecho como sistema institucional de la moral. 2. Joseph Raz: el énfasis en la textura institucional. 2.1. La autoridad del derecho. 2.2. Las dudas que envuelven la noción de autoridad. 2.3. El derecho como marco general de organización. 2.4. La especificación institucional del material jurídico. 3. Algunas consideraciones adicionales sobre la institucionalidad del derecho.*

### I. INTRODUCCIÓN

Las obras de Hart y Raz constituyen dos pilares insoslayables en el esfuerzo de la teoría contemporánea del derecho por lograr una visión equilibrada de los fenómenos jurídicos. Ambos autores privilegian un enfoque que relaciona de manera adecuada los aspectos normativos del derecho con la génesis y los efectos sociales del ordenamiento. Tanto Hart como Raz trabajan desde la realidad jurídica anglosajona; ello les ha permitido, sin duda, desembarazarse de las excesivas cargas dogmáticas que gravan la teoría jurídica de la Europa continental.

del derecho dentro de la dimensión general de los procesos de construcción de orden en las sociedades. Esta búsqueda principal, relativiza los excesos de los enfoques normativistas, y de plano desplaza las aproximaciones de tipo dogmático. La visión hartino-raziana del derecho, si vale la integración de la mancuerna, se acerca a la perspectiva sociológica de los fenómenos jurídicos, pero sin prescindir de los datos esenciales del derecho; de esta combinación afortunada, obtienen Hart y Raz sus mejores logros teóricos.

## I. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL DERECHO

### 1. El "sociologismo" hartiano

#### 1.1 Entre dos miradores

En el año de 1961, cuando Hart escribió el prefacio de *El concepto del Derecho*, perfiló de manera clara la intención de aproximarse a la realidad jurídica, a través de un enfoque abierto que le permitiera poner en evidencia, al mismo tiempo, la autonomía relativa y la correlación que guardan tres tipos distintos de fenómenos sociales: el derecho, la coerción y la moral. El conocimiento del derecho debía partir de la distinción que lo distancia, por una parte, del mero hecho de la fuerza y, por la otra, del trasvase lineal de su naturaleza en la moral. Esta forma de aproximarse al objeto se sitúa dentro una doble dimensión crítica: por un lado, se deslinda de la visión coactiva del sistema jurídico procedente del pensamiento de Austin y Kelsen, en lo que respecta a la sustancialidad que dicha posición atribuye a la coacción y, por otro lado, Hart establece una alternativa respecto del iusnaturalismo de signo metafísico, cuyos representantes han negado la naturaleza autónoma del derecho en relación con la moral.<sup>1</sup>

El ejercicio para distinguir los fenómenos jurídicos no puede consistir en aislarlos del resto de la realidad social; por el contrario, la intención final ha de orientarse hacia la identificación del sistema jurídico como parte constitutiva de su entorno. Una de las más firmes convicciones hartianas expresa precisamente la negación de la autosuficiencia del derecho. Para pocos analistas ha sido tan evidente que

<sup>1</sup> HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., trad. de Genero R. Carrió, México, Editora Nacional, 1978, pp. XI y s.

los sistemas jurídicos no comienzan ni terminan en sí mismos. Hart ha indicado de manera reiterada que el origen y el destino del material jurídico tienen sede siempre en una sociedad determinada.<sup>2</sup> La base sobre la que descansa finalmente el derecho consiste en la aceptación social de ciertas reglas y del carácter obligatorio que los mismos sujetos destinatarios les atribuyen.<sup>3</sup>

Al amparo de la autodefinition metodológica hartiana no caben los intentos purificadores de la escuela austriaca, ni resultan justificadas las aproximaciones que priorizan el carácter abstracto del derecho. En la obra de Hart se cancelan temprano los presupuestos que conducen a la escisión entre *sein* y *sollen*. El derecho se entiende compuesto por un conjunto de reglas que imponen deberes o que confieren facultades; dichas reglas, aunque se distinguen de los hábitos, de las reglas morales y de las convenciones, trabajan al lado de éstas en la regulación de los comportamientos sociales. Las tesis hartianas se refieren siempre a un derecho circunscrito al ámbito de la sociedad, cuya textura no es a fin de cuentas, diversa del resto de los hechos. Los rasgos específicos de las reglas jurídicas proceden de la distinción de sus funciones en el medio social en el que accionan.

La propuesta hartiana señala con precisión que el derecho puede ser observado desde dos miradores distintos: uno interno, desde el que se atisvan los circuitos normativos del sistema y que implica compromiso con su carácter prescriptivo, y otro externo, que corresponde a la visión del orden jurídico desde la neutralidad del entorno.<sup>4</sup> Para Hart no pasa desapercibido cómo que las tendencias formalizadoras que predominan en los sistemas jurídicos, eclipsan parcialmente la visión del contexto social, sobre todo cuando se trata de observarlo desde la interioridad del mismo derecho. Para superar los desvaríos de tipo formalista, Hart propone atender con prioridad al uso social de los conceptos jurídicos; a fin de cuentas el sentido de las expresiones normativas responde a la forma real en que se organizan ciertas prácticas sociales. El significado específico de los conceptos jurídicos depende en todo caso del contexto en el que se utilizan. No es raro, sin embargo, que dichos contextos resulten obnubilados por el carácter aparentemente autárquico de las reglas jurídicas y del sistema que las contiene. Lamentablemente, Hart no abunda demasiado en el tópico

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. XII.

<sup>3</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 143 y 171.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 110 y ss.

relativo al desvanecimiento de los contenidos sociales del derecho, a pesar de que su obra transcurre en una continua alusión a las prácticas sociales y al reconocimiento del sentido obligatorio de las reglas por parte de sus destinatarios.

Al observar el derecho desde el punto de vista interno se debe asumir que, en general, los conceptos específicamente jurídicos y los conceptos políticos que por lo común se les asocian, suelen distorsionarse por la visión simplista de quienes intentan explicar el derecho desde la perspectiva del modelo básico; es decir, de la existencia de reglas normalmente obedecidas y respaldadas por amenazas.<sup>5</sup> La visión interna del derecho es más compleja y requiere la incorporación de las nociones que explican las facultades privadas y las potestades públicas; ambas provienen de reglas que no se dedican a prohibir o a prescribir conductas de manera obligatoria, tal como sucede por ejemplo con las reglas del derecho penal. El punto de vista interno incluye la comprensión del derecho como sistema autoprescriptivo; o dicho en otros términos, como sistema de reglas que regula su propia creación, identificación y desarrollo. Las tareas de reconocimiento del material jurídico corresponden a los órganos especializados en la aplicación del derecho; porque la comprensión de los materiales jurídicos, en cuanto integrantes de un sistema, no es algo que pueda exigirse a los miembros de la sociedad de manera normal. El uso del lenguaje jurídico está determinado por la especificación interpretativa y prescriptiva que realizan los órganos jurisdiccionales en su carácter de autoridades.<sup>6</sup>

Por lo dicho, no debe sorprender que en el prefacio de *El concepto del Derecho* Hart establezca la posibilidad de una doble lectura de su obra; él sabe que para los especialistas se trata de un ensayo de *filosofía analítica* del derecho; sin embargo, entiende que el tono positivista de su método puede también autorizar la interpretación que considere al texto un ensayo de "sociología descriptiva".<sup>7</sup> Bajo este último extremo, la relación entre arreglos normativos y formas de vida se convierte en la línea principal de las tesis hartianas; éstos dos elementos conforman un eje que lleva del uso social de los conceptos jurídicos, a las relaciones de éstos con el contexto en el que se manifiestan.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 49 a 52.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. XI y ss.

## 1.2 La aceptación de las reglas

En la exposición de Hart es indudable que el sistema jurídico integra un complejo técnico para guiar la conducta; la naturaleza del derecho debe por eso buscarse entre las técnicas de control del comportamiento de los agentes sociales. En este aspecto, existe una franca coincidencia con el perfil que usa Kelsen para caracterizar al derecho, aunque quizá la obra hartiana desarrolle al respecto matices mucho más finos. Por ejemplo, Hart distingue entre los instrumentos de control social de tipo general —reglas, pautas o criterios de comportamiento—, y los instrumentos que consisten en directivas particulares, orientadas a cada individuo.<sup>8</sup> Las técnicas de control de tipo general son indispensables en las sociedades complejas, de ahí la obvia necesidad que los Estados nacionales tienen del derecho. A través de la calificación y la orientación genérica de los comportamientos, el sistema jurídico aporta un cauce muy importante para la simplificación de la *diversidad* social; en lugar de que el orden se construya a partir de una pluralidad incontrolable de sujetos y circunstancias, se hace posible tipificar regularidades en torno a estándares o parámetros. Por eso el derecho se refiere generalmente "a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias".<sup>9</sup> La eficacia del derecho depende, en igual medida, de la convertibilidad de los hechos particulares en tipos jurídicos y de la comprensión que los sujetos sociales mantengan, acerca de los parámetros regulativos y de su aplicabilidad a las circunstancias concretas.

El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico aporta los medios naturales de comunicación que vinculan las circunstancias particulares en las que se generan los hechos sociales, con los procedimientos a través de los cuales se elaboran las reglas generales del sistema. Entre los mecanismos estructuradores del ordenamiento jurídico destacan, por su peso específico en los sistemas normativos contemporáneos, la legislación y el precedente. Tanto leyes como resoluciones judiciales, se ofrecen como cauces naturales "para comunicar las pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en las que han de ser aplicadas".<sup>10</sup>

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>9</sup> *Loc. cit.*

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 160.

Hart, al introducir el tema de la aceptación de las reglas jurídicas por parte de los sujetos a los que se dirigen, reconoce como infranqueable la tensión que suscita la coexistencia entre quienes acatan voluntariamente las reglas y por añadidura cooperan para su mantenimiento, y quienes las rechazan; estos últimos, cuando se someten al sentido de las reglas, lo hacen sólo como previsión contra las desventajas que les plantea la exposición al castigo. Esta posición antitética de los agentes sociales produce reacciones opuestas en relación con la valoración del sistema jurídico; sin embargo, ambas posturas son relevantes a la hora que una determinada teoría del derecho se propone una explicación cabal de los fenómenos jurídicos. Negar o postergar cualquiera de los polos en tensión, provocará la parcialización del enfoque y la consecuente distorsión cognoscitiva.<sup>11</sup>

Extrapolando los argumentos hartianos se puede afirmar, que aquellos que acatan voluntariamente las normas representan normalmente una mayoría. Además, los sujetos sociales que obedecen el orden jurídico porque lo aceptan, tienen a su favor la fuerza institucional de los órganos especializados que crean, aplican y transforman el derecho. La disciplina institucional de los agentes especializados suele inclinar la balanza en favor del *statu quo* que garantiza el orden jurídico. Bajo esta línea de razonamiento, el derecho se muestra mejor que nunca como la fuerza de control que realmente es: control de los comportamientos y, específicamente, control de las diferencias y las jerarquías que existen entre los sujetos sociales. Hart deja esclarecido que el derecho no atiende de una manera exclusiva a los agentes sociales que manifiestan voluntades coincidentes con el sentido de sus reglas, sino al contrario, su función se realiza también cuando es necesario disciplinar los comportamientos disidentes. Los consensos jurídicos siempre son parciales; el sistema se sustenta en la aceptación que le brindan grupos específicos de practicantes y nunca en la aquiescencia total de los destinatarios de las normas. Desde esta perspectiva, el derecho tiene dos resortes principales: el *consentimiento* de los practicantes que reconocen su obligatoriedad por razones distintas al temor, y, la *coacción*, cuya fuerza se dirige contra aquellos que no otorgan su convencimiento en relación con el sentido de las reglas.

El proceso de estructuración de un sistema jurídico y el carácter prescriptivo que irradia causan que la vivencia social del derecho no

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 113.

se produzca en un solo plano. Una es la percepción de las reglas que registran los sujetos comunes y corrientes, y otra es la experiencia de los agentes que juegan un rol especializado en relación con el derecho. El acatamiento de quienes fungen como funcionarios de los aparatos jurídicos tiene un peso cualitativo superior desde el punto de vista de los procesos estructurantes del derecho. Los órganos especializados son quienes realizan, de manera principal, la tarea de identificación del material jurídico; a ellos les corresponde precisar, generalmente con gran rigor formal, los alcances interpretativos de las reglas que componen el sistema. Los sujetos sociales que no desempeñan tareas especializadas solamente efectúan autocalificaciones provisionales de su conducta a partir del sentido de las reglas; sin embargo, la calificación definitiva del comportamiento no se producirá sino hasta que la regla se aplique por un órgano con autoridad reconocida para dirimir conflictos. El sentido de esta última valoración le corresponde arbitrarlo de manera exclusiva a los órganos especializados. De este modo, la sociedad confirma el sentido definitivo de las reglas jurídicas a través de su interpretación oficial.<sup>12</sup> Por lo expuesto, se puede afirmar que los agentes sociales únicamente están en contacto directo con el trabajo de creación y adaptación de las normas jurídicas a través de la costumbre y esto, sólo en aquellos casos que ésta es reconocida expresamente como fuente del derecho. Por lo que se refiere a las fuentes principales: la legislación y el precedente, el material jurídico se estructura con una manifiesta ajeneidad respecto a los agentes sociales comunes.

Tanto el carácter general de las reglas jurídicas como la índole especializada de los funcionarios del sistema, operan una aparente disociación del sistema jurídico en relación con el contexto social en el que éste se produce. De ese modo, el derecho aparece como un orden sobrepuesto al conjunto de los agentes sociales o, para decirlo en términos hartianos, como un sistema de hechos asociados al fenómeno de la autoridad. La vinculación de las reglas del derecho a una determinada agencia o aparato donde radica el poder soberano, no implica, sin embargo, la subordinación de los fenómenos jurídicos al sentido simple de una relación vertical de gobierno. En la mayoría de las sociedades, "las reglas son constitutivas del soberano"; es decir, el derecho forma parte, como elemento estructurador, del poder

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 143 y ss.

regulativo que los sujetos de un determinado grupo reconocen a favor de agentes específicos.<sup>13</sup> En este sentido, el sistema jurídico establece los límites y contornos de la relación entre gobernantes y gobernados; asimismo, funciona como vehículo que difunde el sentido de la obediencia entre los ciudadanos comunes, y también como auto-limitación para quienes ejercen potestades de tipo soberano.

Hart elude deliberadamente las referencias al Estado, como suele suceder entre los juristas formados en la tradición anglosajona. Sus escasos apuntes sobre la autoridad apenas delinear algunas zonas de contacto entre derecho y órganos de gobierno. A despecho del interés que este binomio suscita entre los teóricos alemanes y franceses, Hart bosqueja discretamente la existencia de un detentador institucional de la autoridad al que le corresponde soportar el sentido básico de las reglas jurídicas y garantizar tanto su interpretación oficial como su aplicación obligatoria.

El derecho primitivo es una buena prueba de que el sistema jurídico puede existir sin referencias estatales; en realidad, el único factor institucional específico del orden jurídico es la presencia de órganos jurisdiccionales habilitados por reglas, los cuales, a su vez, utilizan otras reglas para resolver las controversias que les son planteadas. Así, sin ceder al influjo de la teoría continental del estado, Hart permanece fiel a la tradición del judicialismo anglosajón. Esta posición no implica la negación de la importancia del derecho prefijado, ni que Hart abandone su pensamiento a los excesos del creacionismo judicial; en este sentido, el autor del *Concepto del Derecho* conservó siempre una sana distancia respecto de los realistas norteamericanos.<sup>14</sup>

### 1.3 Los tipos hartianos

Al configurar sus modelos analíticos, Hart trabaja en dos planos: por un lado, distingue el *modelo básico* que responde en su perfil simplificado a las órdenes respaldadas por amenazas; es decir, a la caracterización del derecho como sistema imperativo de órdenes generalmente obedecidas y garantizadas por la coacción; por otra parte, delinea el *modelo complejo*, según el cual, el derecho deviene producto del acoplamiento de las normas obligatorias —dirigidas directamente a los miembros del grupo—, con normas de naturaleza intrasistemá-

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 105.

tica, las cuales se refieren a la regulación de los criterios de identificación, adaptación y aplicación del material jurídico.<sup>15</sup> En otro orden de ideas, a partir de los rasgos del modelo básico, Hart construye un tipo ideal al que puede denominarse *estado prejurídico*, cuya característica principal es la ausencia de especificación del derecho como sistema autónomo; bajo esta circunstancia, las reglas jurídicas de carácter obligatorio no se distinguen plenamente de otro tipo de reglas sociales, ya que, en dicho estado, no existen criterios de identificación ni órganos especializados en el tratamiento de las reglas. Por contraste, puede definirse un tipo social antitético: el *estado jurídico*, cuyo perfil consiste en la identificación del derecho como sistema, a partir de criterios homogéneos que desarrollan los órganos especializados en el procesamiento de las reglas. En el estado jurídico surgen las reglas que contienen los criterios intrasistemáticos que aportan las condiciones de pertenencia, adecuación y adjudicación de las reglas jurídicas.<sup>16</sup>

Vista desde una lejanía conveniente, la obra hartiana muestra sus rasgos más gruesos: se trata de una teoría del derecho que busca recuperar la dimensión social de los fenómenos jurídicos, pero sin renunciar a valorar de una manera específica los aspectos normativos y sistemáticos del material jurídico. Poco es lo que ofrece Hart para beneficiar el desarrollo dogmático del derecho; en su enfoque prevalece una visión que ayuda más a comprender el sistema jurídico a través de sus perfiles ordenadores. El derecho, entendido así, es algo más que un sistema de reglas garantizado por la coacción, y el plus lo componen, precisamente: la aceptación de su sentido prescriptivo a través del uso práctico de sus conceptos; la relación entre sentido de las reglas y prácticas sociales y, finalmente, el sentido sistemático del ordenamiento, que conjuga de una manera deliberada la regulación de la conducta de los agentes sociales comunes, con la regulación de los actos de los agentes especializados en quienes recae, en última instancia, la preservación de la coherencia sistemática del derecho.

La abreviación que sufren los procesos de formalización jurídica en las explicaciones hartianas, colocan a estas últimas de cara a un análisis sociológico del derecho; sin embargo, Hart nunca se decidió a profundizar en este tipo de análisis. A pesar de que sus límites son claros, no resulta exagerado afirmar que *El Concepto del Derecho*

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 122 a 125.



es un libro que puede ser utilizado por la teoría social como cuña analítica para penetrar las especificidades históricas de los sistemas jurídicos. Raz ya había advertido la presencia de este umbral al que Hart nos condujo, aunque sin exigirnos cruzarlo.<sup>17</sup>

## 2. Joseph Raz: señales contradictorias

### 2.1 El recurso de la lógica

En más de un sentido el pensamiento de Raz debe considerarse tributario de la obra hartiana; sin embargo, esto no quiere decir que carezca de rasgos propios, ni que sus desarrollos críticos deban ser desestimados. Menos, si tenemos en cuenta que la obra de Hart es, en muchos de sus tópicos, más un boceto que un producto terminado. En la perspectiva más general de análisis, Raz comparte con Hart el bando del positivismo moderado que caracteriza a los militantes recientes de la jurisprudencia analítica, aunque su acento característico proviene de lo que el propio autor identifica como la *filosofía del razonamiento práctico*.<sup>18</sup> Dentro de esta corriente, el foco principal de análisis lo constituyen las deliberaciones prácticas de los sujetos en relación con sus actos: "el problema más discutido con respecto a las razones prácticas es el de su función en la aplicación del comportamiento y, en particular, si las razones son causas".<sup>19</sup> Para establecer un contraste hay que decir que el contrapunto natural de la filosofía del discernimiento práctico lo concreta la razón teórica, es decir, el razonamiento especulativo que no persigue como fin visible promover u orientar la acción de los sujetos sociales. Raz se aparta voluntariamente de la especulación pura y adopta como enfoque principal la vertiente más concreta que se desprende del pensamiento kantiano.

En la dimensión total de la filosofía práctica el estudio de las reglas jurídicas ocupa sólo un sector. El horizonte que abarca este tipo de pensamiento comprende tanto aspectos que derivan de los procesos

<sup>17</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2a. ed., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed. UNAM (Col. Estudios Doctrinales, núm. 62), p. 125.

<sup>18</sup> RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, 2a. ed., trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Col. El Derecho y la Justicia, núm. 27), p. 13.

<sup>19</sup> RAZ, Joseph (comp.), *Razonamiento práctico*, trad. de Juan José Utrilla, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1986 (Col. Breviarios, núm. 402), p. 8.

valorativos del comportamiento, como los reductos formales donde se ventila el análisis lógico de los conceptos. El programa cognoscitivo de la razón práctica, además de ocuparse del derecho, cruza los campos de la reflexión moral y política. Sin dejar de considerar los nexos necesarios que se producen entre los distintos ámbitos del pensamiento práctico, Raz pretende mejorar la comprensión de las justificaciones peculiares que encuentran los sujetos sociales para obedecer el derecho y, en especial, le interesa deslindarlos del influjo que ejercen los criterios derivados de la validez moral.<sup>20</sup> En este sentido, Raz establece una distancia intencional respecto de las posiciones iusnaturalistas, conservándose en lo sucesivo fiel al carácter positivista de su tesis, a diferencia de Hart, que intentó al final recuperar los contenidos morales del derecho. Raz nunca ha negado las vinculaciones entre derecho y moral, pero sí esclareció la aceptación de un enfoque particular y diverso para las reglas jurídicas, completamente al margen de las justificaciones de índole moral.

El más caro instrumento de trabajo de la filosofía práctica proviene de la lógica moderna y, para el caso del derecho, la fuente obligada ha sido la obra de Von Wright.<sup>21</sup> Coherente con estos antecedentes, el vehículo argumentativo de Raz tiene un fuerte apoyo en las formulaciones de la lógica deóntica; aunque la adopción de esta herramienta ha traído como efecto inevitable para el análisis raziano su excesiva formalización. El discurso deóntico empleado para el análisis normativo contraría necesariamente la sobriedad conceptual propia de los trabajos de Hart. El uso de fórmulas discursivas sintéticas no es fácilmente compatible con el intento de analizar al derecho desde la especificidad del contexto social en el que surge, como lo quiere Raz, según sus propias expresiones. El análisis lógico-formal del derecho decanta en exceso las peculiaridades históricas de los órdenes jurídicos y vacía las normas de su contenido social; por eso, Raz experimenta los remordimientos positivistas que lo llevan a reafirmar con energía el carácter fáctico de los fenómenos jurídicos.<sup>22</sup> Sin embargo, la obra raziana no resuelve con atingencia las contradicciones entre su ver-

<sup>20</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 8.

<sup>21</sup> VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Ed. Técno, 1979 (Col. Estructura y Función, núm. 30), toda la obra.

<sup>22</sup> RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed. UNAM, 1986 (Col. Estudios Doctrinales, núm. 93), pp. 252 y ss.

tiente lógica y aquella que clama por una mayor presencia de los instrumentos analíticos de la teoría social. En sus desarrollos formales Raz se acerca a Kelsen y se aleja de Hart. Aunque la *Teoría Pura* nunca utilizó la lógica como vehículo discursivo, el análisis formal de las normas a través de las cadenas de validez, resulta una vía aceptable para enfocar el carácter normativo del derecho, desde una perspectiva formal.

## 2.2 El "positivismo moderado"

No es sin embargo el uso de los recursos deónticos en la obra de Raz lo que aquí se busca como tema principal; al contrario, lo que se pretende aprovechar es la veta positivista de su análisis y, en especial, el tono polivalente de sus enfoques sobre el derecho. Raz es muy enfático cuando advierte sobre la necesidad de rescatar la dimensión social para el análisis jurídico y, por su forma de insistir, no es difícil reconocer los dejos sociológicos y realistas que salpican una buena parte de sus intenciones metodológicas.<sup>23</sup> Sin embargo, como antes se apuntó, las promesas de tipo realista se ven frecuentemente asfixiadas por el discurso deóntico, que necesariamente inhibe y desplaza las especificaciones sociales del análisis. Esta tensión disloca de modo inevitable la obra de Raz y evita que se reconcilien los anuncios metodológicos con sus desarrollos discursivos.

Es conveniente, para no equivocar la impresión inicial, saber que Raz se autoconcibe como integrante del grupo de teóricos que consideran al derecho, "al menos en parte, como una cuestión de hechos políticos o sociales".<sup>24</sup> Esta proclama lo aleja definitivamente de cualquier enfoque autónomo del derecho y, de paso, lo dispone a aceptar las consecuencias derivadas de dicho planteamiento: a) que el derecho, en cuanto segmento de la realidad social, se encuentra estructuralmente imbricado con otros fenómenos grupales y, b) que es posible trasladar instrumentos analíticos de la teoría social al estudio del derecho, particularmente en aquellos aspectos que tienen que ver con la existencia, la función y la eficacia de los órdenes jurídicos. Los empréstitos de otras disciplinas son necesarios para superar los límites que acotan el análisis jurídico, los cuales se hacen visibles sobre todo cuando éste se realiza dentro de los márgenes estrechos de la

dogmática tradicional. Así, si no hay derecho en estado puro, no deberá existir tampoco teoría pura del derecho.

En las manifestaciones realistas de Raz hay algunos puntos oscuros que deben ser destacados. Por ejemplo, en el párrafo que abre el prefacio a la edición castellana de *La autoridad del derecho*, el autor expone: "el derecho es un hecho social y un orden normativo".<sup>25</sup> Cabría de inmediato preguntar si los órdenes normativos pueden existir de algún modo diverso al resto de las realidades sociales. No hay, lamentablemente, una respuesta clara a esta pregunta dentro de la obra de Raz y, para contestar, existen por lo menos dos escenarios posibles: por una parte, cabría ir a la búsqueda del ámbito normativo en una especie de reducto formal o lógico, semejante al campo del *deber ser* kelseniano. En este caso la normatividad del derecho dependería fundamentalmente de las relaciones sistemáticas internas del orden jurídicos y habría que entender, bien que los nexos sistemáticos y discursivos del derecho tienen su sede fuera de la realidad social; o bien, que esta última comprende tanto los hechos materiales como los fenómenos normativos y en tal caso, estos últimos participarían de una naturaleza ideal que llevaría a distinguirlos de los acontecimientos concretos. Este tipo de solución tiene el inconveniente de que, tarde o temprano, deriva en un enfoque metafísico, y ésta no parece ser la opción predilecta de Raz.

La otra lectura posible, coloca a lo normativo en la dimensión de los hechos sociales; bajo esta alternativa el derecho es normativo porque guía la conducta pero, tanto la directriz como el comportamiento orientado, se localizan en el campo concreto de lo fáctico. Vale la pena recordar que en un pasaje de *Razón práctica y normas*, Raz se inclinó por señalar que el uso del lenguaje normativo (deberes, obligaciones, facultades, etcétera) es lo que se encuentra en el núcleo del problema de la caracterización del derecho.<sup>26</sup> El desarrollo de esta afirmación revierte el pensamiento raziano a sus fuentes oxienenses y, especialmente, a Hart. La focalización sobre el uso social de los conceptos jurídicos es el preámbulo de la tesis que considera las normas jurídicas como prácticas sociales y, aunque Raz se esforzó por criticar esta postura y por deslindar su pensamiento de ella, a la postre fue poco lo que consiguió alejarse, pues su convicción acerca del derecho como fenómeno institucional, lo situó muy cerca de la referencia hartiana

<sup>23</sup> *Loc. cit.*, vid. también RAZ, *La autoridad...* *passim* (n. 17), pp. 12 y 60.

<sup>24</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 55.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>26</sup> RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), p. 197.

que considera las reglas jurídicas como prácticas de los agentes sociales: prácticas de los órganos especializados que crean y aplican el material jurídico, y prácticas también de los individuos comunes a los que las normas se dirigen para guiar su comportamiento.<sup>27</sup>

Es obvio que Raz mantiene una cierta ambigüedad en cuanto a la naturaleza final del derecho; sin embargo, la lectura de conjunto de su obra lleva a reconocer que su vena positivista es sincera y que, manifestaciones como las que vertió en el *prefacio a la edición española de la Autoridad del Derecho* en relación con la naturaleza dual de los fenómenos jurídicos, no son sino excesos expresivos, dirigidos más en contra del formalismo que a favor de la metafísica. Al final de cuentas, la división entre orden normativo y realidad social es algo que no se sostiene dentro de la obra raziana, donde son frecuentes las afirmaciones explícitas en torno a la consideración fáctica de los fenómenos jurídicos.

Situado dentro de la dimensión positivista, Raz afirma que bajo el signo de dicha concepción se conjugan tres vertientes explicativas: la tesis social, que se refiere al origen fáctico de todas las disposiciones jurídicas, conocida también como "tesis de las fuentes"; la tesis valorativa, que intenta demostrar que la validez del derecho no se edifica sobre valores morales y, finalmente, la tesis semántica, que alude a la función de los conceptos jurídicos fundamentales. Dentro de la concepción positivista, estos tres componentes se balancean de tal modo que la "tesis de las fuentes" resulta preponderante y, al proyectar sus efectos sobre las otras dos tesis, provoca el desechamiento de las vías morales para encontrar la justificación del derecho, y también la deposición del campo dogmático, entendido en términos hartianos como "el paraíso de los conceptos" de los juristas.<sup>28</sup> El lenguaje jurídico tiene sentido, más que como un sistema de formas autorreferidas, como discurso dinámico que acciona para la construcción de orden dentro de la sociedad. Con mucha claridad, Raz expuso: "no queremos ser esclavos de las palabras, nuestro objetivo es atender la sociedad y sus instituciones".<sup>29</sup> Con este tipo de afirmaciones quedó sentenciado que el destino de la "tesis de las fuentes" y de todo positivismo bien comprendido, es el reconocimiento y análisis del derecho como fenómeno institucional. Incluso la naturaleza normativa del or-

den jurídico adquiere significado y se realiza específicamente, cuando se comprenden los procesos de creación y aplicación de normas como resultado del manejo de órganos especializados en la resolución de controversias.

### 2.3 El significado sistemático del derecho

Para la exacta focalización de los fenómenos jurídicos una de las primeras cosas que hay que comprender es que el material normativo no se produce de manera aislada: el derecho se manifiesta en sistemas y las normas sólo adquieren su significado real cuando se las ubica en la perspectiva de su pertenencia a un determinado orden jurídico. En opinión de Raz, cuando el conocimiento del derecho atiende a su naturaleza sistemática destacan dos tipos de cuestiones: las que tienen que ver con la identidad del sistema, y las que se refieren a su forma específica de existencia dentro de la sociedad.<sup>30</sup> Con el propósito de permitirnos conocer mejor los sistemas jurídicos, Raz revela la conveniencia de atender a un triple componente: la eficacia, que consiste en el grado de practicabilidad y aceptación del material jurídico; el carácter institucional del derecho, que alude a la existencia de órganos especializados en la creación y aplicación de las normas jurídicas y, finalmente, las fuentes, que son aquellos hechos en virtud de los cuales una norma es válida y su contenido identificado.<sup>31</sup>

La propuesta raziana de la triple vertiente reúne un alto grado de plausibilidad teórica; por una parte, explica con enorme naturalidad los procesos a los que Kelsen aludió bajo el rubro de la dinámica del sistema-creación y aplicación de normas; por otro lado, liga a estas variables la practicabilidad social de las disposiciones jurídicas. Así, las funciones que cumple el derecho en la sociedad, la experiencia de los sujetos sociales en torno de los fenómenos jurídicos y las tareas de producción, adaptación y aplicación del derecho, son todos factores que se ubican en una poderosa línea explicativa de alcance integral. Esta forma de plantear el análisis jurídico es quizás el mejor logro de Raz, ya que consigue poner en una misma secuencia los mejores alcances del análisis kelseniano con los productos más decantados del pensamiento de Hart. Lo lamentable es que, en ocasiones, por el énfasis que Raz ha dado a sus desarrollos lógicos, extravía la

<sup>27</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 145 y 148.

<sup>28</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), pp. 59 a 73.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>30</sup> RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), pp. 17 y ss.

<sup>31</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), pp. 61 y ss.

fuerza del eje analítico principal que construyó con tanta perspicacia y poder sintético: creación y aplicación de las formas jurídicas de cara a las prácticas sociales; reacciones valorativas alineadas en torno a la aceptación y a la practicabilidad del derecho; consensos jurídicos al margen de las determinaciones morales; definición de contenidos a partir de la acción valorativa de los órganos especializados en la aplicación de las normas; en fin, la línea metodológica raziana abre posibilidades combinatorias de infinita riqueza que lamentablemente no han sido aprovechadas por el autor en toda su magnitud. Sin embargo, vale la pena intentar la reconstrucción del cuerpo metodológico bocetado por Raz, ya que en su síntesis, aguardan bien acopladas las herramientas de los mejores juristas del presente siglo.

Junto a los problemas relativos a la existencia y a la identidad de los sistemas jurídicos, Raz sugiere atender también los aspectos que se refieren a la estructura y al contenido de los órdenes jurídicos.<sup>32</sup> Como se advierte, otra vez sus tesis nos sitúan ante un compromiso de integralidad en el enfoque. No se trata sólo de identificar el carácter histórico del derecho, lo cual se logra cuando se atiende a los problemas de existencia; no se pretende tampoco dirigir el análisis exclusivamente a la coherencia sistemática del orden normativo, como sucede cuando el interés se centra en los asuntos de pertenencia; lo que se quiere es penetrar el carácter del derecho como patrón ordenador de la conducta; es decir, llevar el análisis del plano básico que ofrece la coherencia sistemática del sistema jurídico, a la dimensión más profunda en la que se constata su capacidad ordenadora.<sup>33</sup> Asimismo Hart ha intentado explicar la obediencia al derecho prescindiendo de los criterios de justificación moral; para ello, ha entendido que los órdenes jurídicos son también sistemas de creencias que articulan consensos parciales, en torno a patrones obligatorios que devienen comunicables de manera general y homogénea al conjunto de la sociedad.

#### 2.4 El Derecho es una variable dependiente

Raz apunta de forma insistente que el derecho no actúa sólo dentro de las sociedades que regula, sino que comparte espacios con otros sistemas normativos tanto institucionalizados como no institucionali-

zados. Entre los primeros, a guisa de ejemplo, se pueden citar los regímenes regulatorios de los clubes sociales o de las organizaciones políticas; de los segundos, la moral y las convenciones sociales, resultan referencias obligadas. A Raz le preocupa distinguir los rasgos característicos del derecho en el cotejo con otros sistemas normativos institucionalizados; entre las peculiaridades jurídicas que señala después del contraste, destacan: el carácter autoritativo que revisten las determinaciones de sus órganos de aplicación, y el alcance abierto y pretendidamente omnicompreensivo de su cuerpo de normas, entre las que sobresalen las reglas de conflicto, a través de las cuales el derecho incorpora normas procedentes de otros sistemas, asimilándolas y dotándolas de los mismos factores que caracterizan al material jurídico original. Esta forma de incorporación de disposiciones ajenas permite al derecho ampliar su ámbito regulatorio y abarcar a través de tales extensiones, prácticamente la totalidad del espectro de conductas posibles. La factibilidad de inserción y asimilación de otros órdenes normativos, confiere al derecho una proyección tal que lo sitúa como marco general ordenador de la actividad social y, por ende, como sistema hegemónico respecto de los otros órdenes normativos.<sup>34</sup>

Pero, si por un lado Raz reconoció al derecho el rango de sistema institucionalizado preponderante, por otra parte, advierte que el sistema jurídico no puede autosostenerse; al contrario, resulta una variable absolutamente dependiente del sistema político al que apuntala. Para entender hasta qué punto el derecho está determinado por factores externos, basta con recordar que, ni su origen ni su desaparición ocurren en una zona controlada por los alcances regulativos del sistema; uno y otro hecho pertenecen al ámbito de los acontecimientos políticos y sociales.<sup>35</sup>

Hecha la advertencia anterior, ya no sorprende que Raz afirme, como lo hace, que los sistemas jurídicos son en realidad subsistemas de formas más complejas, como los estados, tribus o religiones. Así, la identidad de los sistemas jurídicos —o mejor dicho, su perfil histórico— responde al sello que le confieren los macrosistemas a los que pertenece el derecho. Cuando Raz añade al *Concepto de Sistema Jurídico* el *post-scriptum*, una de sus preocupaciones principales consiste en reiterar que los sistemas jurídicos no son "autárquicos", sino que conforman un segmento del orden institucional de los sistemas políti-

<sup>32</sup> RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 18.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 252 y además RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), pp. 131 y ss.

<sup>34</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* *passim* (n. 17), pp. 144 y 150.

<sup>35</sup> RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 253.

cos. Así, aunque el derecho regula también relaciones entre particulares, su verdadero telón de fondo son las relaciones entre gobernantes y gobernados. De hecho, el sistema jurídico estabiliza el sentido jerárquico del régimen político en cuanto transforma la obediencia al soberano en obediencia y aceptación de un orden impersonal que se expresa a través de disposiciones generales.

Si el sistema jurídico aporta regularidad y estabilidad al régimen político, lo que éste a su vez confiere al derecho es la continuidad. El orden jurídico tiene una duración subordinada a la permanencia del sistema político del que forma parte.<sup>36</sup> El tiempo del derecho alude sólo a su existencia momentánea, o mejor dicho, el derecho no tiene un tiempo propio; su carácter histórico es contingente y su suerte se encuentra ligada a las circunstancias del arbitraje efectivo de la fuerza. El único tiempo posible del derecho no corresponde al curso de los acontecimientos; se trata de un tiempo ideal en el que transcurren los procesos lógicos que ligan a las normas con las consecuencias que establecen. Podría hablarse mejor de una duración de naturaleza hipotética.

Cabe señalar que la linealidad con la que Raz vincula al derecho con el sistema político resulta obviamente exagerada; porque es posible concebir la vigencia de un sistema jurídico incluso sin sus apalancamientos políticos. Esta afirmación tiene sustento, paradójicamente, en una afirmación del propio Raz, quien llegó a manifestar que los sistemas normativos —el derecho inclusive— existen en virtud de su impacto en el comportamiento de los individuos.<sup>37</sup> Con esta tesis podríamos cimentar la hipótesis de una sociedad en la que se hubiera derrocado un régimen específico, pero que, ante la incertidumbre de la transición, los sujetos sociales siguieran utilizando de manera efectiva los patrones jurídicos del régimen derrocado. En esta hipótesis, el derecho parecería tener un tiempo propio y, en todo caso, independiente de la continuidad que le hubiera podido proporcionar el régimen político al que se hubiere debido el sistema jurídico.

Por todo lo dicho, resulta evidente que Raz no comparte el soslayamiento del Estado, que campeó en las explicaciones hartianas. Una de las propuestas razianas más llanas, expresa que una teoría del derecho debe estar siempre soportada en una teoría del estado.<sup>38</sup> Raz

<sup>36</sup> *Loc. cit.*

<sup>37</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 136.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 131.

entiende al Estado no como un aparato específico ni como un concepto que engloba una unidad ideal de elementos constituyentes; su noción de estado es elemental, pero al mismo tiempo muy eficiente: se trata de la organización política de una sociedad; es decir, del régimen de relaciones entre gobernantes y gobernados. A pesar de que puede considerarse un acierto haber devuelto a las explicaciones jurídicas las referencias estatales, hay que decir que el planteamiento de Raz es al respecto insuficiente, ya que no intenta explicar con profundidad los nexos que existen entre derecho y poder. Tampoco existen las alusiones que hubieran sido necesarias para la inserción del sistema de tribunales —u órganos primarios, como los denomina Raz— en los circuitos públicos. Los órganos jurisdiccionales cobran sentido específico en el Estado de Derecho; es decir, como piezas que aportan racionalidad al régimen político. El uso, así fuera incipiente, de la teoría constitucional, hubiera conferido a las tesis razianas la ambientación analítica necesaria para reconstruir de fondo los nexos entre derecho y estado.

### 2.5 Las normas son razones para actuar

Para Raz, el carácter normativo del derecho se reconoce a plenitud cuando se le observa como guía del comportamiento; a final de cuentas las normas jurídicas son razones para actuar. Y no se trata solamente de razones ordinarias, sino de auténticos mecanismos de valoración excluyente que, por una parte prescriben el sentido específico de una acción y, por otra, descartan la posibilidad de que el sujeto actúe de acuerdo con otras razones que puedan hallarse en conflicto con el sentido de la regla. Así entendidas, las normas son razones estandarizadas que relevan a los sujetos sociales de la necesidad de efectuar valoraciones *ad hoc* en relación con el sentido de sus actos.<sup>39</sup> Las normas se convierten en *entidades* fijas que regularizan el sentido de determinadas decisiones y devienen puntos concretos para la canalización del comportamiento. Bajo esta perspectiva, el derecho se explica como una técnica motivacional de la acción social que sustituye las decisiones individuales por una racionalidad institucional que expresa los sentidos organizativos del grupo. El derecho fija —y aún cosifica— el curso del comportamiento, en la medida que proporciona estructuras institucionales al sentido de las decisiones grupales.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 46 y además RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 245 y ss.

Aunque aparentemente el sistema de Raz depone la capacidad de deliberación individual de los sujetos sociales en favor del sentido prescriptivo de las normas, en realidad, dicha capacidad de los agentes se conserva como referente central del discurso; solamente que los individuos ya no deciden en relación con su forma de actuar en cada caso, ahora lo que tienen que discernir es si su conducta se ajusta o no al sentido de una norma determinada. Así, en última instancia, el sistema raziano se cierra en un proceso de imputación que atribuye responsabilidades por la selección de la situación adecuada de acuerdo con lo prescrito en una norma.<sup>40</sup> Los órganos especializados, en tal sentido, efectúan una tarea de calificación del comportamiento a partir de estándares normativos, cuya valoración supone, en su lado más profundo, la responsabilidad del sujeto en torno a la decisión de apartarse o conservarse dentro del sentido del derecho.

En el sistema teórico de Raz existe una laguna difícil de llenar, porque no hay indicios suficientes que permitan establecer el paso entre las deliberaciones individuales y el sentido general de las prescripciones normativas. Al respecto, se extraña la tesis de Hart de las normas concebidas como prácticas sociales; bajo el influjo de esta aserción es posible conectar el análisis jurídico con el sociológico y lograr una visión integral de los procesos de sedimentación del sentido del comportamiento, a través de los cuales se fija la orientación institucional de las prácticas grupales; en cambio, por el camino de la razón práctica al que se acoge Raz, el encuentro se dificulta. Así, sin la posibilidad de rastrear paso a paso el proceso de construcción institucional que desarrollan los miembros del grupo por medio de su interacción, la génesis social del derecho se extravía, dejando a los fenómenos jurídicos, otra vez, fuera del ámbito de relaciones y traslapes en el que interactúan con otros procesos normativos de la sociedad.

### 3. Algunos rasgos para el cotejo

Aunque Raz se obstina en señalar motivos de diferencia con los planteamientos hartianos, en realidad el punto de llegada de ambos pensadores es muy parecido; ambos terminan por reconocer las peculiaridades jurídicas más a través de la acción de los órganos jurisdic-

<sup>40</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 43.

cionales que de cualquier otro elemento.<sup>41</sup> Ninguno niega, por otro lado, que los tribunales, al resolver las controversias que les son planteadas, aplican normas prefijadas y, al mismo tiempo, desarrollan el contenido del derecho. Tanto Hart como Raz insisten en el carácter general de las reglas jurídicas y en la función de guía que éstas ejercen en relación con el comportamiento.<sup>42</sup> A pesar de los resquemores de Raz, éste culmina cediendo ante la importancia de las prácticas sociales en relación con la eficacia del derecho y esto confiere factibilidad a la conversión de sus respectivas categorías analíticas en instrumentos útiles para la teoría social.

Los escritos de Hart preparan adecuadamente el camino para que Raz desarrolle la tesis del derecho como fenómeno institucional. Sin embargo, no es dable una caracterización de este tipo sin presuponer el paso previo por la tesis de las reglas jurídicas como expresión de prácticas sociales.<sup>43</sup> En realidad, el derecho no depende de sí mismo ni de alguno de los elementos ordenadores de la realidad social. Hart fue proclive a aproximar el derecho a la moral, así fuera la de contenidos mínimos a la que alude en su obra; mientras Raz se inclinó por considerar al orden jurídico como un satélite de la órbita política.<sup>44</sup> Ni uno ni otro pensador son consistentes en la forma unilateral que utilizan para relacionar al derecho con otros fenómenos ordenadores; en cambio, de la obra de ambos, pueden legítimamente rescatarse las bases para una tesis que establezca la vinculación multivalente del derecho con su entorno. La textura del sistema jurídico en el grado de "desformalización" con el que se trabaja en la jurisprudencia analítica oxiense, da para reconstruir los vínculos con el mercado, con el estado, con la moral, con la religión y con cualquier mecanismo estructurador del comportamiento social. El punto de contacto entre el derecho y otros sistemas normativos de la vida social, es la función común que todos éstos conjuntos regulativos desempeñan en los procesos de construcción de orden de la sociedad y, con esta solución, no es necesario ligar los fenómenos jurídicos de manera preponderante a cualquiera de los otros sistemas normativos que integran el entor-

<sup>41</sup> HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), pp. 127 y ss. y RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* (n. 17), pp. 123 y 127.

<sup>42</sup> HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), p. 155 y RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 171.

<sup>43</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, *passim* (n. 1), pp. 49, 106 y 245.

<sup>44</sup> HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), pp. 239 y ss. y RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 253.

no. Ni Hart ni Raz eluden hablar en su momento del derecho como fuerza que mantiene la estratificación social, las jerarquías y las funciones diferenciadas de los agentes sociales;<sup>45</sup> por lo tanto, sus opiniones no riñen con la perspectiva estructuradora que se confiere al derecho en la presente interpretación, ni con ningún punto de vista que considere al orden social, básicamente, como un orden de la desigualdad y las diferencias.

El tono realista que las obras de Hart y Raz autorizan para el análisis jurídico no favorece el desarrollo de argumentos para el fomento de una dogmática de signo tradicional. Afortunadamente, el influjo de la filosofía del lenguaje del último Wittgenstein fue lo suficientemente potente como para preservar la obra de ambos juristas de la tentación vocacional de los conceptos. En cambio, ambos se mantienen firmes al buscar el sentido del derecho en los usos sociales y no en el camino doctrinario de la jurisprudencia continental. De hecho, el modo de esgrimir el análisis jurídico desde la óptica de la "tesis de las fuentes", favorece en gran medida la reformulación crítica de la dogmática. Y no se trataría con ese ejercicio de cuestionar las bases ideológicas de los dogmas modernos, sino de poner a prueba el entramado metodológico al que se atiene dicha forma de pensamiento.

Desde un ángulo naturalista, cabría atribuir a las obras de Hart y Raz un dejo de idealismo, porque ambos aluden a la estructura del pensamiento jurídico —y no al derecho— como ambiente de su análisis. Esta forma de especificar el campo de trabajo proyecta una pantalla entre el derecho como conjunto de funciones sociales y el autor del análisis que aparece al margen de su objeto; pareciera que el propósito final fuera hacer el estudio de la mentalidad o las mentalidades jurídicas y no de un proceso con límites históricos específicos. Sin embargo, este tipo estricto de lectura debe ser remontado, porque en los atisbos de ambos autores hay guías muy precisas para un buen análisis positivista del derecho.

Una de las paradojas más grandes de las teorías que se analizan es, que siendo dos sistemas de pensamiento orientados a la comprensión práctica del derecho, resulten ambos difíciles de conciliar con la práctica profesional de los juristas. En este sentido se trata de dos buenas teorías exteriores, porque ninguna genera conceptos de tipo funcional para los usos dogmáticos o forales de los especialistas prác-

<sup>45</sup> HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), p. 241 y RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* (n. 17), pp. 132 y 144.

ticos del derecho. Vistas las cosas desde esta óptica, la obra de Kelsen resulta menos lejana porque, su autor construyó muchos de sus pasajes teóricos a partir de la crítica concreta de ciertas categorías básicas dentro de la dogmática tradicional; esto vale también para Ross, quien se ocupó largamente en bordar críticamente en torno a los derechos subjetivos. Hart y Raz, sin embargo, están expuestos al confinamiento teórico, hasta en tanto la base de su pensamiento no se use como palanca para embestir los reductos del añejo formalismo jurídico. Tanto en la obra de uno como en la del otro, se encuentran los fundamentos para beneficiar un enfoque realista y balanceado del derecho, que lo mismo puede beneficiar a la teoría social que al desarrollo del conocimiento antidogmático de los fenómenos jurídicos. Sin embargo, para obtener el efecto demostrativo que conlleva una visión de este tipo es necesario lanzar sus resultados como dardos críticos sobre las categorías de la dogmática tradicional y reconstruir el sistema de conceptos a partir de la revaloración de la dimensión social del derecho.

## II. LAS PRETENSIONES SISTEMÁTICAS DEL DERECHO

### 1. Los avances hartianos

#### 1.1 La secuencia elemental de la propuesta

Para comprender la concepción hartiana del sistema jurídico se debe partir del doble contraste que efectúa su autor: el derecho es distinto al orden que representa el modelo básico austiniano, y es también diferente al *tipo ideal* que Hart denominó situación prejurídica, en la cual sólo existen algunas reglas que imponen obligaciones a los miembros del grupo. Los aspectos contrastantes en relación con el modelo básico tienen que ver con la omisión que hay en éste de dos aspectos fundamentales: no se respeta la diversidad del material jurídico, al no consignarse la existencia de las normas que confieren facultades a los sujetos privados y potestades a los órganos públicos,<sup>46</sup> ni tampoco se da cuenta del carácter normativo del derecho, ya que la mera obediencia que dispensan los destinatarios de las reglas, no significa la *aceptación* de estas últimas como guías del comportamiento. Las discrepancias entre el estado jurídico y el *tipo ideal* del estado preju-

<sup>46</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, *passim* (n. 1), pp. 35, 39 y 48.

rídico se marcan en torno de tres aspectos antitéticos: falta de criterios para la identificación del material jurídico *vs.* existencia de una *regla de reconocimiento*; falta de elementos para adecuar las normas al flujo dinámico de la realidad *vs.* *regla de cambio* y, finalmente, dispersión en la forma de obtener presión para el cumplimiento por parte de los sujetos *vs.* *regla de adjudicación*.<sup>47</sup>

Los contrastes sugeridos por Hart se encaminan a demostrar que el dato peculiar de los órdenes jurídicos no estriba solamente en su función regulativa del comportamiento, puesto que el derecho comparte este mismo rasgo con otros sistemas de reglas sociales. La diferencia específica radica en que el derecho establece, además, reglas que controlan su propia coherencia como mecanismo ordenador y que permiten anticipar la forma en que el sistema se acopla con la vida social. No se trata de un conjunto regulativo de un solo nivel; el orden jurídico está compuesto por dos rangos distintos de control: uno se dirige directamente a los destinatarios comunes de las reglas, y otro se encamina a los funcionarios del sistema, cuyo objeto es garantizar la coherencia intrasistemática del derecho.<sup>48</sup> Así, a diferencia de otras reglas sociales, las reglas jurídicas se encuentran entramadas en dos diferentes planos: con la realidad social y consigo mismas.

La trama interna del derecho no consiste solamente en un conjunto de nexos lógicos sino que tienen también valor normativo; sin embargo, en este caso, su sentido prescriptivo no es abierto, alcanza solamente a los sujetos dotados de competencia para manipular el material jurídico como agentes especializados. La potestad de estos últimos deviene obviamente de las reglas que los habilitan para la realización de determinadas tareas intrasistemáticas. De este modo, entre las reglas que imponen deberes a los agentes comunes y las prácticas de éstos, el derecho genera una zona de ejercicios especializados a partir de la cual se acciona su sistema interno de ordenación.

Las categorías básicas del planteamiento hartiano son los conceptos de obligación, regla, y sujeto común, para el primer plano del derecho; y reconocimiento, cambio, adjudicación y órganos especializados, para el segundo nivel. La *aceptación* del sentido prescriptivo de las reglas es un concepto que trabaja de manera simultánea a lo largo de estos dos ejes. El orden jurídico presupone la *aceptación* mayoritaria de las reglas que imponen deberes por parte de los agen-

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 115 a 117.

<sup>48</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 49, 52 y 76.

tes sociales que funcionan como destinatarios y, por otro lado, requiere también *aceptación* de los funcionarios que operan los órganos de adaptación y aplicación del derecho. A pesar de la importancia que tiene el término *aceptación* dentro de la obra hartiana, el autor no proporciona un concepto para determinarla.<sup>49</sup> Sin embargo, parece que la *aceptación* debiera ocupar un sitio intermedio entre el acatamiento necesario y la adhesión del sujeto que comparte los valores de una regla jurídica. Dicho concepto involucra el sentido crítico de los sujetos, pero no llega hasta el punto de su opción moral. Se trata de un tipo de reconocimiento que cae por completo en el ámbito del derecho y que evita la justificación de las disposiciones jurídicas a través de los procesos de validación moral.

El concepto de *obligación* es otra de las categorías básicas dentro de la obra hartiana. Atendidos al modelo austriano sobre el que se dirijan las críticas de Hart, *obligación* significa *verse* obligado a realizar una determinada acción, teniendo como móvil el carácter coactivo del mandato o de la directriz a través de la cual se ordena la ejecución. En cambio, apegados al significado hartiano del término, la obligación implica el reconocimiento del sentido de la regla como pauta de comportamiento; de este modo, se concede un peso determinante al compromiso crítico del sujeto, en relación con el contenido prescriptivo de la regla.<sup>50</sup>

La estabilidad que el sistema jurídico confiere a las pautas obligatorias de interacción de un grupo determinado, se vincula a la comprensión implícita del sentido de las reglas por parte de los agentes, la cual se manifiesta precisamente en su *aceptación*. La comunicabilidad del sentido de las reglas, a su vez, está relacionada con el uso regular y controlado de ciertos conceptos dentro del sistema. Para mantener significados relativamente fijos e identificables el derecho requiere un cierre semántico por lo menos parcial. La comunicabilidad de los mensajes obligatorios de las reglas, entonces, permite al derecho trascender sus propias circunstancias momentáneas; así, el significado de las reglas se prolonga en el tiempo como un mensaje gene-

<sup>49</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 49, 76, 106, 142, 143, 145 y 245 y además *cf.* DE PÁRAMO, Juan R., *H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (Col. El Derecho y la Justicia, núm. 3), pp. 251 y 421 y también RAMOS PASCUA, José Antonio, *La regla de reconocimiento en la teoría de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Técno, 1989 (Col. Derecho, Cultura y Sociedad), p. 120.

<sup>50</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, (n. 1), pp. 105 y ss.



racional que regulariza las formas de valoración normativa de los comportamientos, tanto en el presente como en el futuro próximo.

En la propuesta hartiana se colocan en una misma línea explicativa los elementos prescriptivos del derecho y las prácticas sociales que éstos motivan. No es necesario, desde tal punto de vista, adulterar el análisis, como ocurre en el modelo kelseniano, que sitúa el criterio de eficacia como condición para la validez de las normas jurídicas. En las tesis de Hart, al encontrarse el derecho en el mismo plano que los hechos sociales, el carácter obligatorio de sus reglas puede perfectamente buscarse en los efectos que el orden jurídico suscita entre los agentes sociales: este tipo de acercamiento al ámbito jurídico permite conjurar los fantasmas cognoscitivos del formalismo. Ahora bien, lo que significa virtud para quienes reconocen la plausibilidad del análisis sociológico del derecho, para otros es defecto, porque consideran que reducir el sistema jurídico al nivel de las prácticas sociales impide la comprensión cabal de su sentido normativo. Sin embargo, la obra de Hart constituye una demostración fehaciente de que el derecho puede ser realísticamente enfocado sin demérito de sus cualidades prescriptivas y sistemáticas.

El concepto de *regla* tiene, por su parte, una connotación de índole multifuncional: por un lado, es guía de la conducta; por otro, patrón de calificación del comportamiento y, desde un tercer ángulo, puede considerársele pieza de un sistema de regulación que sigue, a su vez, el sentido que le marcan los controles intrasistemáticos.<sup>51</sup> Dentro de la obra de Hart, las reglas aportan únicamente medio rostro del objeto a considerar, la otra fase consiste en la *aceptación* de su carácter prescriptivo por parte de los agentes sociales. Aquí, otra vez el concepto de *aceptación*, al completar el significado de la noción de *regla*, acciona como pivote de la teoría hartiana. Así, las reglas son hechos porque existen como parte de un sistema positivo que regula el comportamiento; pero son también fácticas, por sus efectos concretos sobre la conducta social. La explicación del derecho no puede detenerse en la existencia formal de la regla, sino que avanza hacia el terreno de sus efectos concretos y, de esta manera, el análisis permite que se manifieste el verdadero valor sociológico de los presupuestos hartianos.

La noción de sistema jurídico no atañe nada más a la forma en que se estructuran y entrelazan las reglas primarias con las reglas secun-

<sup>51</sup> *Ibidem, passim*, pp. 10-11, 34-41, 70-72, 100-101, 128-129, 301 y 302.

darias; sino que abarca el modo peculiar en que una sociedad procesa la experiencia jurídica: tanto la común, como la especializada. Los aspectos de la prescriptibilidad del sistema se resuelven, como siempre, con la *aceptación* del sentido de las reglas por los destinatarios; cualquier sistema jurídico descansa sobre la base que le proporcionan los comportamientos normales de los sujetos que integran el grupo. El sistema jurídico legitima, además, las reacciones críticas contra los transgresores de las reglas, dándoles apoyo regulativo y estructura institucional. En este nivel, el derecho se convierte en un factor de justificación para la represión de las conductas antigrupales. Hart tiene claro que el potencial sancionador que confiere el sistema jurídico conlleva un riesgo latente de ejercicio político autoritario; de ahí que se pronuncie porque el derecho mantenga contenidos morales mínimos.<sup>52</sup>

## 1.2 Una breve acotación sobre las normas como razones para la acción

Hay una diferencia sutil entre *verse* compelido por un motivo de fuerza —física o moral— y el hecho de reconocer, a través de una función crítica del entendimiento, que una regla es, en sí misma, el motivo para efectuar un acto determinado.<sup>53</sup> En ambos casos, la acción del sujeto corresponde a una exigencia de carácter involuntario; sin embargo, en la situación inicial, el agente no está en condiciones de poder reflexionar sobre la posibilidad de someterse o no al sentido de una orden; su capacidad crítica se encuentra abatida por las circunstancias del caso. Cuando un agente está obligado a actuar por una regla, ésta adquiere el carácter de una razón para la acción; en esta segunda hipótesis, el discernimiento del sujeto no se encuentra constreñido y éste puede decidir si cumple o no con la exigencia normativa; más aún, tiene la posibilidad de poner en juego diversos móviles para someterse a la regla;<sup>54</sup> recordemos que la *aceptación* del sentido prescriptivo de una disposición jurídica no involucra el compromiso con su contenido moral.

Las reglas que imponen obligaciones suponen, según Hart, dos cuestiones fácticas: una conducta regular en acatamiento de la regla, he-

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 248 a 250.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>54</sup> *Ibidem, passim*, pp. 104 y 106.

cho que puede constatarse a través de la observación externa, y una actitud del sujeto que distingue el sentido de la regla y ve en ella una pauta o modelo para efectuar sus actos.<sup>55</sup> El destinatario usa la regla para autocalificarse en relación con su contenido y, asimismo, la utiliza como factor de cálculo en relación con sus propios intereses. Desde este punto de vista, las reglas revelan un cierto grado de madurez social, porque responden a una forma de organización más compleja que aquella, por ejemplo, en la que los hábitos aportan la fuerza ordenadora principal. La obligatoriedad del derecho sólo puede experimentarse a plenitud desde el punto de vista interno del sistema; es decir, desde la óptica de quienes han aceptado su papel como destinatarios y practicantes del carácter prescriptivo de las reglas que lo integran.<sup>56</sup>

Para explicar cómo se ejerce la presión para que el sujeto cumpla con una determinada exigencia que le plantea una regla jurídica, hay un trayecto que presupone el previo reconocimiento de la autoridad y, además, del carácter estable de los órganos que la ejercen. El sujeto que infringe la regla cae en el núcleo de un sistema disciplinador organizado centralmente donde la fuerza de presión se encuentra modulada por el mismo derecho.<sup>57</sup> El caso antitético lo representa la situación del asaltante; bajo este supuesto, la necesidad circunstancial que apremia al sujeto lo coloca en un estado de inferioridad momentánea. Hart no profundiza en el carácter peculiar que el aparato sancionador confiere al derecho, pero a pesar de ello, hay que señalar que, en alguna de sus vertientes, el sistema jurídico trabaja como mecanismo represor y su misma existencia revela una situación de asimetrías en la estructura del grupo social al que regula. El derecho, desde este punto de vista, especifica el papel de los agentes sociales dentro de un régimen de dominación, así se trate de un tipo racionalizado de ejercicio del poder.

### 1.3 El acoplamiento sistemático de las reglas

En un estado primitivo —típicamente considerado— sólo se perciben reglas que imponen deberes cuyo contenido gira normalmente en torno al uso de la fuerza, la protección de los bienes y el aseguramien-

<sup>55</sup> *Loc. cit.*

<sup>56</sup> *Ibidem, passim*, pp. 107 y 111.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 107.

to de la sinceridad de los compromisos personales.<sup>58</sup> Una sociedad compleja, en cambio, demanda atención jurídica de tipo sistemático; ya no le es funcional un grupo semidesarticulado de reglas elementales. La armonía sistemática del orden normativo potencia las capacidades regulatorias y expande las respuestas posibles del derecho. Bajo el modelo que únicamente reconoce reglas que imponen deberes, no puede explicarse cabalmente la estructura sistemática del derecho porque un análisis de este tipo, deja fuera las normas que confieren potestades; si esta omisión se mantiene, se violentan los conceptos y se distorsionan los resultados del análisis; por lo tanto, los límites del modelo básico tienen que trascenderse y, para tal efecto, es inaplazable abrir paso a la explicación del segundo nivel del sistema jurídico: precisamente, el de las reglas que otorgan facultades y confieren potestades. Las funciones intrasistemáticas que requiere el material jurídico para organizarse como sistema derivan de reglas secundarias, que son las que habilitan a determinados órganos para modificar, ampliar y aplicar los mandatos regulativos. Las reglas secundarias, generalmente autorizan a determinados sujetos para generar nuevas reglas de contenido obligatorio; es decir, para desarrollar el sistema hasta sus márgenes de aplicación más concreta.<sup>59</sup>

La diferencia entre un estado primitivo de organización social y otro moderno, es que, en el primero, la mayor parte de las reglas son producto de la espontaneidad de las prácticas sociales; en estas condiciones, la costumbre juega un papel principal como factor de ordenamiento. Sin embargo, en un sistema complejo, la sociedad, o mejor dicho sus órganos de gobierno, ameritan un instrumento que permita movimientos deliberados del orden regulativo; no basta con disposiciones dispersas y espontáneas que se generan y ajustan a través de lapsos dilatados. Una sociedad compleja, mantiene una dinámica tal que requiere de un esfuerzo de síntesis tipificadora que reduzca la diversidad; de un sistema de acoplamiento que actualice el sentido de las reglas, y de un conjunto de aparatos institucionales para desarrollar los trabajos de aplicación y práctica reproductiva del derecho.

El cuerpo básico del sistema jurídico lo componen las reglas que imponen deberes, pero las reglas secundarias deben proveer criterios para su desarrollo, ajuste y aplicación. Incluso los sujetos comunes requieren para su ejercicio privado zonas personales de desarrollo que,

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 143.

a su vez, demandan disposiciones jurídicas encaminadas a crear derechos y obligaciones recíprocos que aseguren la interacción. La primacía relativa de las reglas que imponen obligaciones proviene de su función disciplinadora y, sobre todo, de la proximidad de dichas disposiciones en relación con los sujetos a los que se aplican. El papel de las reglas secundarias no siempre se manifiesta de manera visible al conjunto de la sociedad; su manejo especializado les reserva una imagen discreta. Sin embargo, las llamadas reglas secundarias son las que aportan la argamasa que sirve de unión a los sistemas jurídicos; en ellas radica la legitimación específica de las funciones ordenadoras más importantes de la sociedad.<sup>60</sup>

Desde un punto de vista normativo, es inevitable que el cierre del sistema jurídico tenga que apoyarse en algo semejante a lo que Kelsen describe como cadenas de validez. Unas normas deben encontrar sustento en otras y también las facultades de quienes crean y aplican el orden jurídico, ameritan un fundamento normativo. Los nexos internos de las reglas plantean varios problemas que reclaman atención: la definición de los criterios de pertenencia y vigencia del material jurídico, así como la extensión de sus ámbitos regulativos. Estas cuestiones corresponden al segundo nivel ordenador del derecho y se resuelven con la proyección de sus cualidades sistemáticas. La explicación de estos criterios surge como la tarea principal de la Teoría del Derecho; su omisión, en cambio, condena a paralizar la visión del material jurídico y a excluir los problemas que resultan relevantes para entender las funciones sociales del derecho.

#### 1.4 Las vicisitudes de la Regla de Reconocimiento

Si en la *Teoría Pura del Derecho* el tema de la *norma fundamental* ha generado borbotones críticos; la *Regla de reconocimiento* de la teoría hartiana no le ha ido a la zaga. Conviene hacer algunas aclaraciones en torno a la caracterización de esta regla tan peculiar.<sup>61</sup> Primero, hay que señalar el hecho de que Hart concibe la regla en cuestión como el sustituto crítico del *soberano* al que se refiere el modelo explicativo de Austin. Según la tesis de este último, los problemas de pertenencia y de obligatoriedad del material jurídico se resuelven a partir de la identificación del origen de las disposiciones que lo inte-

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 118 a 122.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 126 y ss.

gran: si las reglas fueron expedidas por el *soberano* con la intención de obligar, son derecho; la aserción austiniana es franca y su linealidad no admite matices. Segundo, a pesar de que Hart dice orientarse a la refutación de la propuesta de Austin, en realidad, su diálogo más intenso lo entabla con la escuela austriaca del derecho. La *hipótesis básica* o *norma fundamental* intenta responder a dos problemas —pertenencia y obligatoriedad de las normas— que en realidad tienen un curso común dentro de la *Teoría Pura*: el de la validez. Dentro de la obra kelseniana, una norma es válida y, por lo tanto obligatoria, si forma parte del ordenamiento. Para indagar sobre su pertenencia es necesario remontar las cadenas de validez hasta encontrar la norma que habilita al órgano que expidió la regla que se encuentra cuestionada. Sin embargo, tales cadenas de validez deben tener un límite; generalmente, éste se localiza en la primera constitución histórica de un país. Para encontrar el fundamento normativo de la primera constitución es necesario suponer una norma última, que contenga la habilitación del poder constituyente original. Esa norma, a la que se considera básica, no tiene manifestación positiva; es solamente un supuesto lógico que ofrece los cimientos formales del sistema.<sup>62</sup>

La *regla de reconocimiento*, por su parte, carece asimismo de una formulación expresa de carácter positivo; sin embargo, Hart se resiste a considerarla una norma hipotética; se trata de una regla cuyo contenido consiste en perfilar los criterios oficiales mediante los cuales los agentes del grupo social realizan la identificación de las reglas válidas del sistema.<sup>63</sup> La *regla del reconocimiento* resuelve los problemas de validez y pertenencia de las reglas del derecho; aunque su existencia no se puede constatar entre los instrumentos regulativos materializados, sino sólo a través de la observación de las prácticas de reconocimiento que efectúan los ciudadanos comunes y los funcionarios especializados del sistema.<sup>64</sup> La *regla de reconocimiento* sólo puede ser aprehendida con cierta seguridad cuando se analiza el trabajo de adjudicación de las reglas, en cuya base se localiza un conjunto de prácticas estandarizadas de especificación del material jurídico, según el tipo de fuentes del que proceden las disposiciones. Desde el punto de vista externo, la *regla de reconocimiento* evidencia están-

<sup>62</sup> Vid. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vergara, México, Ed. UNAM, 1986 (Col. Estudios Doctrinales, núm. 20), pp. 201 y 202 y 205 a 214.

<sup>63</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, *passim* (n. 1), pp. 127, 129 y 143.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 127.

dares de identificación; desde el punto de vista interno, sin embargo, funciona como una regla *aceptada* que tasa el sentido de las tareas que realizan los órganos especializados en el trabajo de adjudicación.<sup>65</sup>

Hart resuelve el problema de la validez de las reglas del sistema jurídico refiriendo la situación de cada regla a los criterios de pertenencia que contiene la *regla de reconocimiento* para el caso. Al igual que la *hipótesis básica* kelseniana, la regla hartiana funciona como referencia última del sistema;<sup>66</sup> sin embargo, su contenido se refiere a un conjunto de hechos que consisten en prácticas de especificación, relacionadas con los criterios que justifican las fuentes del derecho. La *regla de reconocimiento* alberga también un sistema de jerarquías que ordena la prelación de las fuentes con base en un criterio final de pertenencia.<sup>67</sup> De manera un tanto contradictoria, Hart se pronuncia por atribuir a la regla en cuestión el mismo carácter modélico y prescriptivo que caracteriza a las otras reglas del sistema. Bajo este punto de vista, la regla de referencia participa de una doble naturaleza: fáctica y normativa. Por una parte, engloba un conjunto de prácticas regulares; por otra, conlleva la aceptación como guía obligatoria del comportamiento de aquellos que tienen la función de operar los actos de reconocimiento; estos últimos se atienen a sus criterios prescriptivos y los incorporan a sus prácticas como funcionarios.<sup>68</sup> En ese sentido, la *regla de reconocimiento* deviene justificación de la "Tesis de las Fuentes" y apología, en última instancia, de las fuentes mismas, ya que su efecto final consiste en atribuir carácter válido al producto del trabajo legislativo, reglamentario, judicial y punitivo que se realiza dentro de una sociedad.

No es fácil mantener la tesis hartiana en el nivel que su autor la situó. En realidad, la concepción de la *regla de reconocimiento* empa-ta más de lo que Hart supone con la tesis kelseniana de la hipótesis básica; en muchos sentidos el contenido de la regla hartiana es una hipótesis, un supuesto cuyo sentido proviene de la generalización de una experiencia, y no de un acto positivo de creación. La *regla de reconocimiento*, por su naturaleza, se coloca detrás de las prácticas que sirven para su identificación pero, al mismo tiempo, Hart pretende que se convierta en guía normativa para la ejecución de dichos ejercicios. La circularidad del argumento es evidente. La vía de obser-

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>67</sup> *Loc. cit.*

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 137.

vación externa conlleva a la visualización *a posteriori* de los criterios de identificación que practican de una manera regular legos y especialistas del derecho. La vía interna, por su parte, supone que los destinatarios de la regla la observen y la apliquen como una regla terminada y otorgada de antemano.<sup>69</sup> Hart pretende sustituir el carácter hipotético de la norma básica de Kelsen, con la afirmación de que la *regla de reconocimiento* consiste en ciertas prácticas de identificación oficial de las disposiciones jurídicas; sin embargo, su contenido y sus alcances concretos no dejan de ser principalmente un *supuesto* que otorga justificación a las fuentes jurídicas positivas. A pesar de que Hart afirma que la *regla de reconocimiento* existe fácticamente, en realidad nunca es derecho antes de que su contenido se concrete de una manera positiva en alguna de las piezas materiales del sistema.<sup>70</sup>

Si Hart hubiera sido más consecuente con el carácter positivista de su método, quizá no habría requerido de una mediación entre los hechos y el derecho. Al consistir el sistema jurídico en un conjunto de hechos sociales, hubiera bastado con reconocer que el derecho es una variable de los procesos de construcción de orden dentro de la sociedad; que su fuerza se concentra en la forma en que justifica y estabiliza el sentido de un determinado régimen y, que sus requerimientos formales de tipo sistemático, provienen de las necesidades grupales mismas. La sociedad, para ordenarse, amerita un sistema regulativo con pretensiones de ser completo, coherente y efectivo; para conseguir ese propósito, se vuelve necesario distanciar relativamente al cuerpo regulativo del curso histórico inmediato. Las formulaciones sintéticas que engloban las reglas jurídicas presuponen un orden formal, *apriorístico*, a partir del cual se intenta la ordenación concreta de los agentes sociales. El sentido de los comportamientos grupales que las reglas jurídicas intentan prefigurar, tiene un carácter intencional y deliberado, en la medida en que los grupos humanos son capaces de anticipar el sentido de su organización y desarrollo. Pero Hart no siguió el camino directo de los hechos; sino que quiso explicar las necesidades sistemáticas del ordenamiento jurídico a partir del sentido normativo del derecho; de ese mismo sentido autónomo que él mismo proscribió en el prefacio de su obra. La *regla de reconocimiento* concreta el intento desesperado por situar la unidad y coherencia del sistema jurídico dentro de sí mismo, sin explorar la posibilidad

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>70</sup> Cfr. RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 168 y ss.

de que dichos atributos sistemáticos provengan de las necesidades regulatorias de la sociedad y no del propio derecho.

La aceptación de la *regla de reconocimiento* por los miembros del grupo significa la aceptación de la *validez* de un régimen determinado y de un específico orden jurídico, considerado como sistema regulatorio integral. Cuando los funcionarios otorgan su disciplina oficial al sentido de los procedimientos positivos de producción jurídica y cuando los sujetos ordinarios son anuentes a someterse al sentido de las reglas positivas, lo que ambos grupos de agentes reconocen no es una regla última del sistema, sino la legitimidad integral que éste posee. Hasta hoy, todavía la mayor parte de los teóricos del derecho sostienen una posición inconsistente en relación con el carácter fáctico que tienen los sistemas jurídicos; siempre el énfasis termina depositándose en su carácter normativo. Aunque una cosa sea la norma y otra su acatamiento, ambos elementos se localizan en el terreno de los hechos sociales. El sentido ideal de los modelos regulativos del derecho es reflexión de los agentes de la sociedad que se concreta en arreglos institucionales determinados; las ideas en su conjunto son reflexiones en torno a la práctica social: productos de la realidad y, como tales, también realidades históricas.

Cuando Hart se resistió a calificar la *regla de reconocimiento* desde el punto de vista de la validez del sistema, aceptó implícitamente que dicha regla no mantiene un carácter normativo como las otras piezas del derecho; su condición fáctica se debe a la generalización del sentido de los actos históricos a través de cuales se establece el derecho en una sociedad. De la *regla de reconocimiento* se puede suponer su existencia, pero en cuanto regla última, no es posible deducir su validez de otra regla; su carácter final impide que ella pueda calificar y ser calificada a un mismo tiempo.<sup>71</sup>

La *regla de reconocimiento* culmina el intento por establecer un cierre relativo del sistema jurídico en relación con su entorno. A pesar de que Hart insiste una y otra vez en la naturaleza fáctica del derecho, por la textura peculiar del orden jurídico, este siempre evidencia un cierto grado de separación aparente respecto del contexto social. Desde la sociedad, el derecho se observa sobrepuesto a los hechos; sus imágenes no se alinean con las prácticas de una manera simple, ya que la propia sociedad parece requerir que el sistema institucional

y normativo por el que resuelve las controversias que se producen en su seno, no presente contradicciones internas; por ello, es necesario definir sus piezas a un elevado nivel de abstracción y plenitud, de manera que sea posible mantener el control interno del sistema e impedir la irrupción en su interior de los factores conflictivos de la realidad. Así, el sistema ordenador se preserva de las tendencias caóticas que cruzan el ámbito del objeto ordenado. Esta visión del derecho como sistema distanciado del contexto social, conlleva una dosis de insuficiencia crítica, porque siempre supone cierta incapacidad para penetrar y desmitificar la imagen de separación. A fin de cuentas el derecho es un producto social genuino y, en este sentido, su naturaleza es similar a los otros elementos culturales que produce la interacción de los agentes sociales.

## 2. La construcción ecléctica de Joseph Raz

### 2.1 El sistema jurídico en el macrosistema social

Las normas jurídicas no se manifiestan históricamente como entidades aisladas; su existencia y su sentido sólo se explican cabalmente cuando se las remite al sistema del que forman parte.<sup>72</sup> El derecho, por su lado, no es concebible como unidad ideal; su contenido se integra por un conjunto sistemático de pautas coactivas que orientan el comportamiento social y autorizan la represión institucional contra los transgresores. Al margen de la experiencia concreta de los sistemas jurídicos, sencillamente no hay derecho.

Las categorías de norma y sistema se entrelazan como polos explicativos de los fenómenos jurídicos. Y mientras la norma depende de su pertenencia al sistema para ser comprendida en su cabal referencia ordenadora, el sistema debe a la norma el cauce de individuación que especifica su función como ordenamiento regulador. Entre los extremos sistema y norma, el otro factor que completa la triada principal de una teoría del derecho es la noción de sujeto, la cual, a su vez, se desdobra en una vertiente dual: la de los operadores del sistema y la de los destinatarios del sentido prescriptivo de las normas.

La teoría del derecho, según la expectativa raziana, tiene que satisfacer un doble enfoque: por una parte, debe explicar los nexos lógicos de las disposiciones jurídicas dentro del sistema; por otro lado,

<sup>71</sup> HART, H. L. A., *op. cit.* (n. 1), pp. 134 y ss.

<sup>72</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* (n. 17), pp. 130, 131 y 132.

ha de revelar el sentido social de los patrones *autoritativos* de comportamiento que se proyectan a través de las normas y se establecen como sistema de calificación institucional de la conducta.<sup>73</sup> Desde este punto de vista, el derecho se traduce en un sistema de razones prácticas que determinan, de forma excluyente, las decisiones y los actos de los sujetos a los que se dirigen. La comprensión de los elementos sistemáticos que ligán las disposiciones jurídicas es clave para entender la función que desempeña el derecho en la sociedad. Sin embargo, el vínculo entre la naturaleza sistemática del orden jurídico y la forma concreta en que el sistema se finca como guía del comportamiento, generalmente no puede observarse a primera vista. Los sistemas jurídicos irradian una imagen de sí mismos que los presenta como productos u obras absolutamente deliberadas de los agentes sociales. En la medida en que el derecho deviene criatura social, como lo sugieren los pensadores modernos en sus excesos voluntaristas, se pierde la posibilidad de analizar los fenómenos jurídicos como factores orgánicos de los grupos sociales.

Raz concibe al sistema jurídico como parte del macrosistema que contiene al régimen político de la sociedad. A partir de este enlace, hay una especie de consustanciación del derecho con el estado, que se origina en las pretensiones autoritativas de los órdenes jurídicos y en las necesidades de los regímenes políticos que ameritan contar con ejercicios gubernativos jurídicamente controlados.<sup>74</sup> En la obra *raziana*, obediencia y autoridad se fijan como los límites entre los que transcurre la acción ordenadora del derecho. La autoridad supone la capacidad de generar y transformar las situaciones sociales previamente estabilizadas por la acción de normas obligatorias; la obediencia, por otro lado, es una actitud de sumisión y acatamiento que implica la *creencia* en el carácter legítimo de la autoridad. El poder que nutre cualquier cualidad autoritativa consiste entonces en la posibilidad de alterar y desarrollar situaciones normativas. Una situación regulada jurídicamente se caracteriza porque los sujetos sociales han aceptado sustituir su capacidad de evaluar cada disyuntiva en la que tendrían que poner en juego un balance de razones, por una razón excluyente de tipo general, que se resuelve en la obediencia a una pauta específica de comportamiento.<sup>75</sup> El poder normativo se actualiza siem-

<sup>73</sup> RAZ Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 17.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>75</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* (n. 17), pp. 34, 35 y 46.

pre que alguien transforma los patrones que estandarizan los motivos de obediencia de los agentes sociales, estableciendo una ruta nueva para la conducta.

Es difícil dilucidar si el derecho genera su propia autoridad; en todo caso, ésta no derivará de ningún proceso de validación moral. En la obra de Raz, la autoridad del derecho parece provenir del régimen político. Por la forma en que los sistemas jurídicos incorporan en su seno valores y normas procedentes de otros sistemas regulatorios, se hace posible acoger los influjos de la autoridad positiva del régimen político y convertirla en la autoridad del orden jurídico. Así, la obediencia al derecho por parte de los sujetos sociales es en realidad fidelidad a un sistema. Sin embargo, el derecho ayuda a que este presupuesto de aceptación y creencia en la legitimidad de una autoridad, no se muestre de manera directa, sino que adquiera en su manifestación la forma de sumisión a un régimen autoproducido y, en cualquier caso, impersonal y racionalizado.

La autoridad del derecho supone la obligatoriedad de sus disposiciones. Los rasgos jurídicos más característicos tienen que ver con la forma peculiar en la que el derecho organiza la obediencia; esto es, generando un motivo estándar que los sujetos aceptan como razón justificada para someterse.<sup>76</sup> Dicha justificación nunca es absoluta, porque pende de circunstancias aleatorias y de la capacidad irrenunciable de los agentes sociales para disentir. Así, aunque los sistemas jurídicos no reúnen en todos los casos cualidades autoritativas, siempre las pretenden. El proceso de legitimación del orden jurídico es una variable móvil que se ajusta de acuerdo con las mutaciones del sistema de creencias del grupo social. A pesar de la relatividad que envuelve los procesos de justificación de los sistemas jurídicos, es claro que la autoridad del régimen político se mantiene como el núcleo que proyecta los radios ordenadores de la actividad social. Las directrices regulativas que la sociedad desarrolla a favor del régimen de dominación proceden de la autoridad, así tenga ésta una textura de tipo democrático. En la obra de Raz, no se trasluce la forma en que los agentes sociales construyen el régimen político a partir del cual se ejerce el control institucional del comportamiento social; sin embargo, el orden deviene en mayor grado producto de la autoridad, que obra de los miembros del grupo.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 51, así como RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 116.

El enfoque raziano no conduce a la justificación moral del sistema jurídico, sino a la explicación de sus funciones en un contexto de organización más amplio. La relación entre sistema jurídico y macrosistema social amerita el desarrollo de una tesis para identificar los límites del derecho y distinguir sus contornos respecto de los otros sistemas ordenadores de la conducta. El cierre del derecho no se encuentra solamente en sus criterios intrasistemáticos, sino también en la práctica de los órganos que aplican sus disposiciones. Hay límites formales que atañen a la estructura normativa del derecho y al ámbito de validez de sus disposiciones; pero existen también fronteras reales, que se delinean por la forma en que los órganos jurisdiccionales reconocen y operan en los hechos el material jurídico.<sup>77</sup> Los sistemas de derecho conservan su clausura relativa gracias al balance entre la aplicación de las disposiciones normativas en cuanto pautas generales, y su correspondiente grado de eficacia. Dicho en otros términos, la identificación del material jurídico por parte de los órganos jurisdiccionales no se realiza al libre arbitrio de los funcionarios, sino que éstos deben seguir pautas obligatorias para el reconocimiento de las disposiciones jurídicas. Del grado de cumplimiento de dichas pautas, se pueden pergeñar los límites reales del derecho y la existencia concreta de sus disposiciones.<sup>78</sup>

Superados los argumentos que enfatizan los aspectos que ayudan a la distinción del material jurídico, Raz insiste en considerar al derecho como sistema que soporta la obligatoriedad de otros ordenamientos regulativos del comportamiento social.<sup>79</sup> La moral, por ejemplo, suele encontrar en las instituciones jurídicas los cauces para la concretización de ciertos valores, cuyo sentido se beneficia de los factores técnico-operativos que caracterizan al sistema jurídico. Y las normas no solamente pesan porque confieren la posibilidad de utilizar garantías coactivas; son importantes asimismo porque sus fórmulas expresivas establecen patrones con un alto grado de comunicabilidad. Las pautas de obediencia se difunden a través de un lenguaje probado y decantado en la práctica judicial; también en los ámbitos dogmáticos la depuración práctica de los enunciados jurídicos y el control doctrinario de sus significados, proporcionan el vehículo idóneo para la difu-

<sup>77</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 144.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 153.

sión de cualquier contenido valorativo entre los miembros de la sociedad.

## 2.2 La articulación de los sistemas jurídicos

Los sistemas jurídicos representan conjuntos unitarios cuyos elementos se homologan a dos niveles: en el nivel material, se registran las disposiciones jurídicas y las instituciones que crean y aplican el derecho; en el nivel formal, el objeto a considerar son los criterios intrasistemáticos del orden jurídico. La propuesta de Raz admite la mezcla de entidades formales —como las normas y los principios que las identifican y las relacionan—, con elementos materiales; tal es el caso de los aparatos de creación y aplicación del derecho. No hay pruritos dirigidos a diferenciar los aspectos concretos de los que no lo son. Esto supone que Raz mantiene su convicción positivista y por eso coloca en una misma secuencia el sentido prescriptivo del derecho, su naturaleza sistemática, y el reflejo concreto que todo esto produce en la sociedad.

Entre los datos más relevantes de un sistema jurídico, Raz focaliza tres: el normativo, que alude a las disposiciones jurídicas como pautas de comportamiento o, más concretamente, como organizadoras de un sistema de razones para la acción; el institucional, que corresponde al carácter especializado de los órganos que crean y aplican el derecho y, finalmente, el coactivo, que conduce a la garantía ulterior de las disposiciones jurídicas, cuyo sentido siempre entronca con la fuerza.<sup>80</sup> Raz, a semejanza de Hart, no comparte el punto de vista de quienes localizan la diferencia específica de lo jurídico en sus rasgos coactivos; su posición se orienta hacia la combinación acendrada de las tres vertientes que identificó; la conjunción de elementos es la que confiere al derecho su propia dimensión. Así, en lo normativo radican los patrones de calificación que proyecta el orden jurídico; en lo institucional, las formas concretas de ejecución autoritativa, y en lo coactivo, la interiorización de la fuerza que lo sostiene, a la que, por su parte, el derecho le aporta un influjo racionalizador que metodiza su ejercicio.

Según lo propone Raz, la misión de la teoría del derecho consiste en penetrar las cuatro áreas críticas vinculadas a la naturaleza siste-

<sup>80</sup> RAZ, Joseph, *El concepto...* (n. 22), p. 19.

mática de los órdenes jurídicos: existencia, identidad, estructura y contenido.<sup>81</sup> Los criterios que sirven para la identificación de estos factores no son todos de naturaleza intrasistemática, como podría sugerirlo una primera mirada al asunto. En cada uno de los rubros problemáticos anotados, concurren aspectos de carácter fáctico que obligan a efectuar el análisis de los sistemas jurídicos con un ojo puesto en los elementos de tipo lógico-normativo, y con el otro dedicado a la observación de los impactos sociales en el sistema. Las cuatro áreas apartadas reciben una dedicación asimétrica en la obra de Raz: los problemas de existencia y contenido son apenas esbozados; en tanto que los relativos a la estructura y pertenencia, reciben un énfasis analítico mayor.

En lo que respecta a las cuestiones de tipo estructural, Raz sigue el trazo hartiano; es decir, comparte la idea de que el derecho está compuesto por dos niveles regulativos: uno atingente a la sociedad en general; otro, dirigido a normar el trabajo de los órganos especializados del derecho. Sin embargo, el pensamiento raziano presenta avances relativos en relación con lo que podría denominarse la "tesis de la individuación" del material jurídico. Bajo este orden de ideas, se pretende encontrar la *mínima unidad* de la materia jurídica que abarque los rasgos característicos del sistema. En contraste con Hart, Raz señala a la disposición jurídica —y no a la regla— como unidad analítica básica. No todas las disposiciones jurídicas encarnan la estructura de una norma, ni todas las normas pueden tipificarse en el modelo dual que sugiere la obra hartiana. Para Raz, por ejemplo, las reglas que otorgan potestades para la creación jurídica de tipo legislativo, no son auténticas normas, aunque les reconoce carácter de disposiciones jurídicas; esto mismo sucede con las disposiciones permisivas, las cuales autorizan un campo de posibilidades para la acción, pero no establecen una guía concreta para realizar determinada conducta.<sup>82</sup>

Según Raz, los sistemas jurídicos admiten el análisis desde dos variables temporales distintas: el *tempo* genético y el *tempo* operativo. Los procesos genéticos contienen las relaciones jerárquicas y de validez que se suscitan entre las disposiciones jurídicas; bajo este supuesto, lo que se busca es la reconstrucción retrospectiva de la de obligatoriedad de una norma. Así, el análisis debe conducir de una determinada disposición jurídica a otra que autoriza su creación; las

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 174 a 176.

relaciones estructurales genéticas permiten un ejercicio retráctil que evidencia el sentido de los procesos de creación del material jurídico. Entonces, las disposiciones jurídicas devienen signos visibles de las secuencias evolutivas del derecho. Desde tal perspectiva, el *tempo* del ordenamiento se extiende a lo largo de sus cadenas de validez. En cambio, cuando se atiende a la estructura operativa del sistema, no es posible dilatar el análisis más allá de sus impactos momentáneos. Se trata, en este último caso, de registrar los efectos actuales del sistema jurídico. Los procesos operativos constituyen el presente del derecho y, a través de su *tempo* instantáneo, se concreta la positividad del sistema. Si las dos vertientes temporales se contemplan simultáneamente, permiten remontar el sentido actual de las disposiciones del ordenamiento, elevando el análisis hasta su origen normativo y, en sentido contrario, se hace posible transitar desde el origen genético de las disposiciones jurídicas hasta sus efectos actuales.<sup>83</sup> La tesis de los dos *tempos* del derecho autoriza el tratamiento de la cuestión en términos de coyuntura y de duración estructural. Se trata en todo caso de una idea sugerente que hace compatible el análisis raziano con la teoría sociológica de la estructuración.

### 2.3 Las funciones del sistema

Uno de los temas más frecuentemente desdeñados por los teóricos del derecho, antiguos y modernos, ha sido el de la caracterización de las funciones sociales de los sistemas jurídicos. Raz advierte con razón que este soslayamiento es injustificado, puesto que una explicación cabal del derecho no se puede desentender de los efectos concretos del sistema y, sobre todo, de su específico sentido ordenador.<sup>84</sup> Visto el problema desde la perspectiva de las necesidades sociales, Raz apunta que la vida en común requiere el establecimiento de patrones de abstención, cooperación y coordinación.<sup>85</sup> Los sistemas ordenadores de la sociedad trabajan en favor de fórmulas balanceadas, mediante las cuales se intenta equilibrar la acción de los sujetos sociales con las necesidades del grupo. Sobre la forma en que el derecho proyecta pautas de interacción y ordena los comportamientos sociales, Raz desplanta una tipología de las funciones del sistema que incluye

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 219 a 223.

<sup>84</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 207.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 71.



tanto los efectos deliberados, como los que se causan sin premeditación. El criterio discriminatorio inicial separa las funciones directas de las indirectas; las primeras, tienen asegurada su realización por la aplicación y el acatamiento del derecho; las segundas, involucran las reacciones sociales frente al sistema jurídico y, en ese terreno, su efectividad tiene siempre un carácter aleatorio.<sup>86</sup>

Las funciones directas engloban dos subtipos de contenidos: a) el de las funciones primarias, que se expresa en tareas como: el control del comportamiento y represión; el otorgamiento de medios para el desarrollo de la interacción privada; la regulación de la distribución social de bienes y servicios y, finalmente, la resolución de disputas no previstas por la regulación positiva; y b) el de las funciones secundarias, a las que también puede denominarse intrasistemáticas y que se refieren a las tareas que constituyen el segundo nivel regulativo del derecho; son en todo caso funciones atingentes a la condición de las normas dentro del sistema.<sup>87</sup>

No abundan las aserciones razianas que ayuden a reconstruir la línea de continuidad entre funciones primarias y secundarias. Sin embargo, hay algunas afirmaciones aisladas sobre la relación entre derecho y fuerza que pudieran resultar orientadoras. Un sistema jurídico restringe y autoriza el uso de la fuerza; a su vez el derecho descansa en una maquinaria de ejercicio centralizado donde se concentra la energía coercitiva del régimen político. Bajo esta doble referencia, es posible afirmar que el contenido sustancial del orden jurídico consiste en la imposición de patrones de comportamiento deseable y la represión de conductas indeseadas. Las normas que corresponden a la estructura imperativa del derecho son las que guardan una relación más próxima con los mecanismos coercitivos y, de alguna manera, todas las otras disposiciones del sistema, están vinculadas con ellas a través de relaciones serviles de diverso grado. Es posible establecer entonces una jerarquización de las funciones del derecho que van, desde la regulación imperativa de las normas penales y de responsabilidad civil extracontractual, a los mecanismos más sutiles de las normas de planeación, en cuyo contenido apenas se percibe la sombra coactiva del ordenamiento jurídico. Las normas fuertes del sistema son las que aportan sentido a las demás; las otras deben subordinarse a la conservación de su coherencia, actualización y operación. Esto no

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 212 y ss.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 213 y ss.

quiere decir que las disposiciones que otorgan facultades y potestades públicas no tengan rango propio; lo que se afirma solamente es que, en última instancia, el sentido del sistema depende de las disposiciones que realizan la función primaria del derecho.<sup>88</sup>

En relación con las funciones indirectas es poco lo que Raz desarrolla, pero no obstante su frugalidad teórica, proporciona apuntes valiosos al respecto: las funciones indirectas consisten en las reacciones de los agentes sociales frente al derecho y en la interacción del sistema jurídico con las normas y las instituciones pertenecientes a otros sistemas regulatorios. Desde la primera hipótesis, el derecho provoca un cambio en la naturaleza de las reacciones críticas que generan los comportamientos antisociales, al encauzar institucionalmente las respuestas del grupo. El sistema jurídico regula la organización de las sanciones y racionaliza el ejercicio violento de la fuerza. Desde la segunda hipótesis, el derecho engarza los sistemas ordenadores de la sociedad y los subordina al sentido principal del régimen político; es decir, el ordenamiento jurídico cohesiona los subsistemas regulatorios y los somete al mismo control que ejerce sobre sus disposiciones.<sup>89</sup> Así, el derecho realiza una función que lo trasciende desde el punto de vista de su ámbito material, pero que lo actualiza desde la óptica de sus influjos reguladores en la sociedad.

#### 2.4 Rectificaciones a la tesis de la regla de reconocimiento

Cuando Raz trata los problemas de pertenencia de las disposiciones jurídicas, cuestiona parcialmente la tesis hartiana de la *regla de reconocimiento*. Las objeciones referidas tienen que ver con el carácter único de la regla y con la poca claridad relativa a su origen y contenido específico.<sup>90</sup>

Desde la perspectiva raziana, el criterio último de validez de un sistema jurídico no deriva de ninguna regla, sino que radica en un principio teórico que justifica la unidad del sistema. Esta afirmación adquiere relieve especial porque ninguno de los juristas paradigmáticos del presente siglo se había atrevido a situar, de plano, la justificación de los criterios de validez fuera del derecho y al margen también de la moral. Según el punto de vista de Raz, el orden jurídico debe

<sup>88</sup> *Loc. cit.*

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 221 y ss.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 126 a 128.

tener tantas *reglas de reconocimiento* como órdenes concretas de aplicar el derecho se dirijan a los funcionarios que realizan esta función. Raz atribuye el carácter de *regla de reconocimiento* sólo a aquellas disposiciones jurídicas que se encuentran formalmente integradas al sistema y que, además, imponen la obligación a los órganos jurisdiccionales de aplicar determinadas normas a la solución de problemas específicos.<sup>91</sup>

Hart ubicó a la *regla de reconocimiento* en el ámbito de las reglas secundarias, porque la función que le atribuyó fue de naturaleza intrasistemática; para Raz en cambio, la regla en cuestión es una disposición que impone deberes, en la medida en que sus mandatos obligan directamente a los funcionarios que efectúan el trabajo de identificación y aplicación del material jurídico.<sup>92</sup> De hecho, Raz sustituye a la *regla de reconocimiento* de tipo hartiano por un principio orgánico, según el cual las instituciones jurisdiccionales están obligadas a aplicar el derecho vigente para resolver las controversias de las que conocen. Dicho principio puede o no tener sede normativa en alguna disposición vigente, pero su existencia condiciona de un modo total la eficacia del sistema. El argumento raziano que destaca el carácter obligatorio de la tarea de juzgar, admite cierta flexibilidad, cuando la carencia de una norma anterior, fuerza al órgano jurisdiccional a integrar la laguna en cuestión mediante un juicio propio. En esta última hipótesis, es posible que, si la norma autoriza al juzgador, éste aplique disposiciones de otros sistemas normativos, ampliando así el cúmulo de las respuestas jurídicas posibles.<sup>93</sup>

Siempre resultará encomiable que Raz se haya decidido a terminar con la generación de fantasmas cognoscitivos como la *norma básica kelseniana* o la *regla de reconocimiento* de Hart; en ambos casos, el punto que sustenta la validez del sistema se había situado artificialmente dentro del ordenamiento jurídico. La explicación de Raz permite ver con toda claridad que los esfuerzos por dar una justificación de tipo formal al origen del sistema jurídico, resultan infructuosos. La legitimidad del derecho no se debe a sí mismo, sino que necesariamente se deposita en el sistema de *creencias* de los sujetos del grupo y en la situación de prevalencia de los gobernantes de un

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>92</sup> RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 169 y ss.

<sup>93</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 128.

régimen.<sup>94</sup> Seguramente el derecho requiere de ciertos soportes lógicos como lo sugirió Kelsen; sin embargo, éstos no tienen el carácter de reglas del sistema. Tales principios lógicos no son estrictamente necesarios para la operación del derecho; su papel tiene relevancia sólo en determinado plano de las justificaciones teóricas.

### III. LA VERTIENTE JURÍDICA INSTITUCIONAL

#### 1. H.L.A. HART y la búsqueda de la unidad oficial del sistema

##### 1.1 *El derecho es un sistema con zonas de penumbra*

Como sistema ordenador y como parámetro de calificación de la conducta el derecho enfrenta el problema de señalar sus alcances y sus límites. Cualquier lenguaje ordenador acusa insuficiencias en su poder comprensivo cuando se enfrenta a la infinita diversidad de la realidad. Hay casos que escapan a la capacidad de anticipación de los legisladores y que, por su diferencia, no pueden tipificarse en los moldes normativos construidos con anterioridad. El poder anticipatorio del derecho no depende de que sea completo, porque en este sentido cualquier pretensión resulta corta. La verdadera aptitud de adaptación y desarrollo de los sistemas jurídicos radica en que sus autores reconozcan que el ordenamiento admite lagunas pero, a cambio, prevean la existencia de procedimientos para superarlas.<sup>95</sup>

Los contenidos regulativos del derecho no pueden generarse al margen de la experiencia social; en última instancia, las reglas del sistema operan sobre conductas regulares que la costumbre ha sedimentado. ¿De dónde entonces pueden generarse las reglas necesarias para integrar las lagunas que presentan los sistemas jurídicos? Para responder esta cuestión en términos hartianos, hay que entender que el derecho obtiene su fuerza ordenadora de la congruencia con el orden efectivo de la sociedad; por lo tanto, el contenido de las nuevas reglas y soluciones sólo puede provenir de la extrapolación del sentido de las reglas indiscutidas del sistema. En la medida que los enuncia-

<sup>94</sup> RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), p. 199.

<sup>95</sup> Cfr. HART, H. L. A., *op. cit.*, *passim* (n. 1), pp. 155 y 159; también HART, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1962, pp. 38 a 40.

dos regulativos sean comunicables, se puede pensar en trasladar algunos de sus elementos a través de cotejos y analogías a los casos que se encuentran en penumbra. Así, el derecho atiende a la realidad de dos maneras: a través de un cuerpo de reglas probadas y de aplicación indiscutible y, también, a partir de la capacidad controlada del sistema para ampliar sus alcances hacia las zonas menos claras.<sup>96</sup> Únicamente bajo estos dos extremos, el sistema jurídico puede presentarse como un orden regulativo que mantiene la pretensión de ser completo.

Lo que Hart llama "textura abierta" del derecho, se refiere precisamente a la insuficiencia regulativa de los sistemas que ordenan la conducta.<sup>97</sup> En la medida que el derecho sintetiza el sentido de la acción social y lo encuadra en fórmulas regulativas de alcance general, se genera un riesgo concomitante: el del sacrificio de la diversidad. Así las cosas, la falta de certeza en relación con una zona marginal de casos no comprendidos en las fórmulas generales del derecho, es el precio que el sistema debe pagar por manejarse en un grado elevado abstracción. La suficiencia regulativa anticipada no puede ser un ideal para ningún sistema normativo. El carácter dinámico de la vida social amerita que los órdenes reguladores mantengan zonas abiertas para recibir las disposiciones que habrán de solventar los estímulos imprevistos.<sup>98</sup>

Precisamente en torno al carácter semiabierto del sistema jurídico Hart identifica dos tipos extremos de respuesta: por una parte, el *formalismo* intenta el sacrificio de la diversidad, confiando a las dotes anticipatorias de los legisladores la suerte del derecho. Desde este punto de vista, el sistema jurídico se reduce a sus posibilidades mecánicas elementales y se deja al margen la recepción inmediata de cualquier gama de situaciones novedosas. Así, el derecho se adapta a las nuevas condiciones sociales sólo a través de movimientos legislativos a *posteriori*. El otro extremo lo representan quienes descansan el desarrollo del derecho en el juicio de elección que llevan a cabo los tribunales, al seleccionar el criterio normativo aplicable para la solución de una controversia. Una respuesta de este tipo es característica de aquellas corrientes del pensamiento jurídico que han prohiado el *escepticismo ante las reglas*. Se trata de una posición radical que no

<sup>96</sup> HART, H. L. A., *El concepto...* (n. 1), p. 162.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 190 y ss.

reconoce ninguna capacidad de antelación a los órganos creadores de las disposiciones generales del sistema jurídico. Para Hart, *formalismo* y *escepticismo ante las reglas* son tipos de reacción exacerbada ante el problema de la "textura abierta" del derecho.<sup>99</sup> Estos dos polos antagónicos son útiles sólo en la medida en que se neutralicen y resulten funcionales para pensar una solución de compromiso entre ambos bandos.<sup>100</sup> Con la pretensión de ofrecer una explicación equilibrada del problema, Hart puntualiza que no puede perderse de vista el rasgo principal de los sistemas jurídicos; éstos son, antes que nada, sistemas que agrupan reglas generales de conducta, las cuales se aplican normalmente a un número mayoritario de casos seguros. Por otra parte, a la luz de la variabilidad de las circunstancias, es necesario que los órdenes jurídicos conserven inacabado un sector de su cuerpo regulativo, para que pueda ser desarrollado por la acción de los tribunales y de los funcionarios al solventar determinadas controversias de intereses. La acción principal del derecho se realiza a través de la función regulativa de carácter general; pero los ajustes del sistema y su implantación concreta en la sociedad, se lleva a cabo a través de la acción integradora que se destina a ocupar el margen indefinido del derecho. Los dos niveles son indispensables para que el sistema funcione adecuadamente en la sociedad.

La diversidad de la vida social provoca flujos permanentes de presión sobre el sistema jurídico. Las reglas del derecho conservan siempre un grado controlable de tensión, porque en múltiples ocasiones no se adaptan de manera total e inmediata al sentido fáctico de las causas planteadas. Sin embargo, los aparatos especializados en la creación y aplicación del material jurídico deben constituir una zona de amortiguamiento que procese y mitigue los embates de la realidad; esta tarea tendrá que realizarse sin que asfixie los estímulos fácticos, porque de la sensibilidad para su recepción depende la suerte histórica del sistema jurídico. El derecho debe procesar técnicamente los estímulos externos y convertirlos en material regulativo en el mediano plazo. De este modo, la realidad social podrá ubicarse como factor principal de desarrollo del derecho y, por su parte, el sistema jurídico estará en condición de consumir su función primordial, actualizando su capacidad ordenadora de la vida del grupo.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 169 a 172.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 183.

### 1.2 El perfil difuso de la autoridad

Cuando Hart realiza la crítica del modelo básico austiniano deja claro que la visión simplificada que ofrece ese paradigma del material jurídico, no permite reconstruir las especificidades sistemáticas del derecho. Las limitaciones del modelo básico no se refieren sólo a la omisión de las reglas que otorgan facultades, sino también a una caracterización lineal del soberano, cuya posición suprema lo sitúa incluso por encima del sentido prescriptivo del orden jurídico. Al no existir en dicho modelo una referencia precisa a las potestades jurídicas que especifican las funciones públicas, se dificulta la explicación del papel conformador que la noción del derecho ejerce sobre los órganos de gobierno.<sup>101</sup> Hart no tuvo ningún prurito para afirmar que las reglas jurídicas son *constitutivas* del soberano, deslindándose así de cualquier posición que atribuya al gobernante una situación de independencia en relación con el carácter obligatorio del derecho.

A pesar de que la indicación crítica de Hart contra el modelo de Austin resulta sustancialmente correcta, también es cierto que parece insuficiente para servir de base a la caracterización del fenómeno de la autoridad y de su relación con el derecho. Una teoría como la hartiana, que admite que el sedimento último del sistema jurídico consiste en un conjunto de prácticas sociales regulares, y que su función deviene fundamentalmente ordenadora, hace indispensable una noción de autoridad con anclaje franco en el concepto de poder. Es difícil entender la función de los órganos públicos que manejan el segundo nivel ordenador del derecho; es decir, las funciones de creación, adaptación y aplicación de las reglas del sistema, sin contar con una visión adecuada de los procesos que dan vida al régimen político y que operan la transformación de las prácticas sociales en órganos de gestión de las tareas públicas.<sup>102</sup>

Hart dejó enfáticamente asentado que el derecho no sólo constriñe sino que también habilita; su noción de reglas facultativas permite observar el carácter integrador del sistema jurídico fuera de la perspectiva de las reglas imperativas. Este mismo argumento hubiera sido predicable acerca del poder y, particularmente, del poder jurídicamente organizado. La autoridad implica la delegación del poder en una organización, en tanto que el sentido y la regularidad que carac-

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>102</sup> Cf. RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), p. 130.

terizan a dicha organización, obedece al balance entre el control represivo y el carácter habilitante que generan, tanto las reglas que ordenan los comportamientos, como los recursos materiales que se despliegan para la instrumentación del poder. Una visión global de este proceso hubiera tenido que sustentarse en el análisis de los efectos sociales del derecho desde la óptica de la dominación. A pesar de que las alusiones de Hart sobre el tema son escasas, resultan suficientes para revelar que el autor tuvo conciencia de este problema y que intencionalmente lo soslayó.

Cuando Hart bocetó el contraste entre validez jurídica y valor moral evidenció que cualquier sistema social mantiene en su base un patrón de abstenciones mutuas por parte de sus miembros. Sin embargo, no todos los integrantes de un grupo están dispuestos a brindar cooperación voluntaria a través de la automoderación de la conducta; eso vuelve necesario un sistema impositivo que se sobreponga a las eventuales resistencias de los sujetos.<sup>103</sup> Pero aunque el ordenamiento jurídico se implante por la fuerza, siempre requerirá un margen de cooperación voluntaria que sostenga de manera espontánea su sentido prescriptivo. Es claro que la aceptación no es el único resorte sobre el que trabaja el sistema y, en el caso específico del derecho, tal vez ni siquiera sea la fuerza principal. Dentro de un escenario de poder ningún tipo de aquiescencia funciona sobre la base exclusiva de una motivación directa. Por eso, no se debe perder de vista la importancia que el sistema de sanciones tiene para el derecho y, asimismo, reafirmar que, lo que para unos sujetos resulta constreñimiento, para otros es habilitación y potestad.

Hart está consciente de que el poder coercitivo del derecho se encuentra apalancado en la autoridad y que puede ser utilizado en dos sentidos principales: a) para infligir castigo a los transgresores, provocando bien su concurso forzoso en las tareas sociales, o bien su exclusión, y b) para sojuzgar y mantener en una posición de inferioridad a un grupo de agentes sometidos, cuyo número puede ser mayor o menor, según se imbriquen las condiciones de dominación con la capacidad de resistencia del ordenamiento.<sup>104</sup> Como se observa, Hart tiene presente el riesgo potencial que apareja la centralización del ejercicio del poder y sabe también que sus proyecciones generan un efecto de exclusión inevitable sobre los sujetos sociales, cuyas convic-

<sup>103</sup> HART, H. L. A., *El concepto...*, *passim* (n. 1), pp. 244 248 y ss.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 249 y ss.

ciones no están representadas por el sentido prescriptivo del ordenamiento. Bajo esta perspectiva, no extraña la conclusión de que la efectividad y la resistencia de un orden regulatorio estén directamente ligadas con la capacidad del sistema para integrar las expectativas de los miembros del grupo. La exclusión lisa y llana de intereses mayoritarios, tarde o temprano provoca desestabilización y crisis. El corolario hartiano al respecto, se expresa así: "el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada", a lo que podría agregarse, que la *aceptación* depende de la capacidad del ordenamiento para integrar pretensiones alternativas.<sup>105</sup>

El carácter relativamente abstracto del material jurídico opera una despersonalización en el ejercicio del poder y favorece su institucionalización. Los órganos del sistema se instrumentalizan a través del sentido técnico de su práctica. Este proceso formalizador encubre el sentido asimétrico de las relaciones sociales que radican en la base de un determinado régimen de dominación. Hart hace pocos intentos por revelar el carácter instrumental de las reglas y las instituciones jurídicas y por establecer su vinculación con los propósitos específicos de los agentes sociales. Así, en cuanto ordenamiento aparentemente neutral y anónimo, el derecho regulariza la obediencia y afianza la posición de los sujetos que se ven favorecidos con las ventajas del sistema.

Para completar los argumentos en torno a la relación derecho-poder hay que señalar que Hart no elude el tema de la función del sistema jurídico como garantía del proceso de jerarquización social; por el contrario, su obra exhibe una clara conciencia de que el derecho genera cierres parciales alrededor de clases determinadas de agentes sociales, con la consecuente exclusión de otros grupos y sujetos.<sup>106</sup> Estos ámbitos regulativos que imponen restricciones se convierten de forma normal en circuitos de asignación de privilegios, porque los derechos que confieren a los beneficiarios de los grupos cerrados en cuestión, resultan inaccesibles para los sujetos que se encuentran al margen de tales subsistemas. El problema que plantea la caracterización de la justicia como contenido del sistema jurídico, obliga al análisis de la forma en que el derecho jerarquiza y excluye a determinados agentes sociales, cuando se actualizan sus funciones de distribución y de organización dentro de los grupos.<sup>107</sup> Bajo este punto de vista, el sistema

<sup>105</sup> *Loc. cit.*

<sup>106</sup> *Loc. cit.*

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 198 y ss.

jurídico efectúa enlaces no visibles entre los agentes que se encuentran disfrutando de ciertos privilegios, y aquellos que resultan excluidos de tales prerrogativas. Siguiendo la secuencia de estos enlaces soterrados, el derecho se ofrece como un régimen que fija desigualdades y legítimas exclusiones. Por ejemplo, en el ámbito del derecho de propiedad, al habilitar la ley a los titulares del derecho para realizar actos exclusivos de aprovechamiento de los bienes, traza un margen de exterioridad al que confina a todos los sujetos no propietarios. El modelo de aprovechamiento individual de los bienes, establece vínculos de relación que afianzan al titular del derecho frente a quienes no tienen la misma condición jurídica. De este modo, el régimen de las relaciones patrimoniales, termina siendo el régimen de vinculación entre los propietarios y los no propietarios.

A pesar de los señalamientos anteriores, en la obra de Hart se extravía por largos momentos la función que desempeña el derecho en los procesos de dominación. De hecho, la asignación de funciones a la que Hart dedica mayor atención se refiere a una mera división "técnica" de las tareas jurídicas, entre los funcionarios del sistema y los agentes ordinarios. A unos les corresponde desarrollar el ordenamiento, a otros acatarlo; sin embargo, en este proceso no se trasluce la forma en que la autoridad se construye. Tampoco queda esclarecido el modo concreto en que la autoridad del derecho se beneficia de la autoridad política. Hart deja incompletas sus explicaciones al respecto al no penetrar en los vericuetos de la dialéctica de la dominación, que tanto revuelo han despertado entre los sociólogos de los dos últimos siglos.

### 1.3 La organización oficial del sistema

Existe un interesante problema cognoscitivo en torno a los procesos de concretización del derecho en la sociedad, al que es pertinente atender, más si se reconoce que las reglas son *hechos* generadores de hechos. Siguiendo este orden de reflexión, resultaría lógico colocar en una misma línea explicativa las reglas jurídicas que integran el derecho y las instituciones u órganos encargados de la reproducción del sistema. Así, el ordenamiento jurídico tendría un pie formal, que contendría las reglas en cuanto directivas de conducta, y un pie material, cuya proyección incluiría las instituciones encargadas de crear, aplicar y adaptar el material jurídico vigente. Dicho en otros térmi-

nos, el derecho sería, tanto cuerpo de reglas, como conjunto de aparatos que encarnan las experiencias sociales de un grupo en torno al sistema jurídico. A pesar de que los planteamientos hartianos no contienen una deficiencia expresa en este sentido, no parece lejana la posibilidad de extrapolar de *El Concepto del Derecho* una visión dual y comprensiva de los fenómenos jurídicos. En realidad, Hart no pone una distancia significativa entre el derecho y las prácticas sociales regulares; incluso la autoridad que reviste los materiales jurídicos provienen de un tipo especializado de práctica, cuya base consiste en la aceptación por parte de los agentes del grupo de las reglas que guían la acción de los órganos especializados. Una visión de este tipo conduce de manera cierta a la consustancialización parcial del ordenamiento jurídico con el régimen político; no por casualidad fue ésta la conclusión a la que llegó Raz en años posteriores.

En las tesis hartianas radica la convicción de que el sistema jurídico de una sociedad compleja funciona en tanto que persista una relación eficiente entre los operadores especializados del sistema y su cuerpo de disposiciones intrasistemáticas. A pesar de que las reglas del derecho deben guiar el comportamiento de los tribunales y de los órganos de creación, su eficacia dependerá, en última instancia, de la forma peculiar en la que dichos órganos acaten y operen el material jurídico. Los aparatos del sistema realizan una mediación efectiva entre las fórmulas abstractas que contienen las reglas y las prácticas sociales en particular. La tipificación de la realidad en los parámetros regulativos es, asimismo, parte de la función especializada de los agentes habilitados por el derecho para su operación. Lo que no queda plenamente explicado en la obra de Hart, es cómo ocurren los trasvases del sentido popular de ciertas prácticas sociales en los moldes regulativos e institucionales que establece el derecho. No sería coherente a estas alturas del análisis hartiano, que el autor se hubiera abandonado a la visión voluntarista de los procesos sociales y hubiese entendido que, a través de las decisiones selectivas de los agentes especializados, llegara a consumarse la transformación de prácticas en normas. Una explicación de este tipo tendría que ser contrapesada con el análisis de los procesos efectivos de sedimentación de los comportamientos, partiendo desde los hábitos más elementales, para terminar en la integración institucional más compleja. Un ejercicio de esta naturaleza ya ha sido realizado por la sociología; sin embargo, lo atractivo desde el punto de vista del derecho, sería recons-

truir este trayecto en forma paralela a la explicación de los procesos de creación y aplicación del material jurídico. La visión acompañada del proceso, podría proporcionar claves importantes para la explicación de las funciones sociales del derecho y para el entendimiento de las relaciones que éstas guardan con el proceso de institucionalización dentro de la sociedad.

Si la relación de los órganos especializados del orden jurídico con las reglas secundarias no tiene como trasfondo una comprensión elemental del carácter prescriptivo del sistema por parte de los agentes ordinarios, cabe la presencia de una disfunción o, como le llama Hart, de una patología del sistema.<sup>108</sup> Un hecho caótico de este tipo haría posible un desfase entre el sentido del marco regulatorio del grupo social y la forma concreta en la que se construyen las experiencias sociales. Para evitar tales despropósitos sería deseable que la institucionalidad del derecho fuera producto de la positivización de los valores genuinos del grupo; de otra suerte, las reglas no reflejarán la recursividad efectiva de las prácticas sociales y tampoco, en consecuencia, podrán orientar tales comportamientos. En las reglas jurídicas subyace la necesidad de que su contenido se proyecte como una metodización de las motivaciones sociales pero, para que eso ocurra, los sujetos deben sentir reflejados sus intereses en los enunciados prescriptivos. El ciudadano común no expresa su aceptación sólo a través de la conformidad con las reglas, sino que también ha de manifestar su aquiescencia en relación con los actos oficiales que concretan las tareas intrasistemáticas del derecho. Por un lado es necesario legitimar las reglas y, por otro, su operación.

La autoridad que revisten las emisiones de los órganos especializados se especifica en su función. Hart no habla de la forma en que dicha autoridad se construye al margen del derecho, se concreta a proporcionar una explicación formal —entiéndase normativa— del proceso. La autoridad en este sentido surge como potestad normativa; es decir, como habilitación jurídica para actuar y para resolver de manera vinculante los aspectos que surgen de la creación y la aplicación de las reglas jurídicas. Desde el punto de vista funcional, la habilitación normativa significa capacidad de los órganos especializados para operar en favor de sus decisiones la maquinaria coactiva que funciona como sistema centralizado de castigos.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 146 y ss.

Lo interesante de las reflexiones hartianas sobre la naturaleza institucional del derecho, es que el autor percibe al conjunto de órganos especializados como un sistema de aparatos vinculados por el sentido de su función en el ordenamiento jurídico. Para que la acción de estos cuerpos resulte fértil desde el punto de vista de la eficacia del sistema, es necesario que actúen bajo lo que Hart denomina un "criterio oficial y público de decisiones".<sup>109</sup> La coherencia funcional de las tareas jurídicas especializadas procede de la aceptación y la práctica de los criterios que contiene la *regla de reconocimiento* del sistema. Así, el *criterio oficial de decisiones* supone, a su vez, la *aceptación oficial unificada* de las directrices que establece la *regla de reconocimiento*. No resulta claro del todo cómo concretamente los órganos especializados han de asimilar el contenido de una regla que no tiene formulación expresa. Tal parece entonces que Raz lleva razón cuando localiza el propósito unificador de la acción de los tribunales tanto en la naturaleza de su propia práctica, como en las referencias explícitas del orden jurídico, sobre la manera de operar el material jurídico procedente de las diversas fuentes productoras.

Bajo estas premisas, los órganos especializados materializan no sólo el sentido prescriptivo de las reglas del derecho sino también los cauces específicos de su operación como sistema ordenador. Las reglas jurídicas institucionalizan la distribución de funciones entre los aparatos especializados y el común de la gente, dejando a cargo de los primeros las tareas de tipo intrasistemático.<sup>110</sup> Además, los órganos en cuestión realizan la distribución de recursos institucionales entre los distintos aparatos del sistema; jerarquizan su función y su papel ordenador específico, definiendo segmentos competenciales normativamente acotados, los cuales resultan complementarios en la lógica del ejercicio institucional y unitario del poder.

El derecho, visto como fenómeno institucional, difunde el sentido de interioridad del sistema y amplía sus márgenes de aplicación a todos los comportamientos posibles. La institucionalidad del derecho propaga un sentido de compromiso y pertenencia en relación con el carácter prescriptivo de las reglas. Este sentimiento tiene como resorte principal la disciplina de los funcionarios de los aparatos oficiales; en ellos radica la posibilidad de hacer tangibles los criterios de validez contenidos en la *regla de reconocimiento*. La exterioridad del

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 145.

sistema queda reducida a las dimensiones remotas del entorno y a las disidencias internas, que en todo caso tenderán a convertirse a la larga en manifestaciones marginales.

Como todo sistema institucional, el derecho posee un código de significados que se expresa parcialmente en su lenguaje habitual; sin embargo, los significados jurídicos conservan ciertos sentidos ocultos que tienen que ver con la relación del sistema con el régimen de dominación. Esto fuerza a buscar detrás de los usos lingüísticos intrasistemáticos del derecho los significados de la dominación. En este aspecto, como se ha dicho, Hart no llegó demasiado al fondo; no obstante, su visión ayuda a la comprensión exterior del derecho, porque, si bien privilegia los criterios intrasistemáticos, su orientación no es dogmática y, por lo tanto, resulta útil para construir una reflexión crítica sobre el conjunto del sistema.

#### 1.4 *El derecho como sistema institucional de la moral*

No es sencillo reconstruir la totalidad de la argumentación hartiana en relación con los vínculos entre moral y derecho. Basta recordar que Hart intentó una explicación que pudiera deslindar la forma de entender la validez del derecho respecto de la moral, pero que, no obstante, respetará la trama de estos dos fenómenos cuya conexión resulta insoslayable. Concretamente, Hart se pronunció por incorporar al análisis jurídico los contenidos morales mínimos que los sistemas de derecho han mantenido como una constante a lo largo de su historia.<sup>111</sup> No se trata de contenidos morales de tipo metafísico, sino más bien de ciertos núcleos valorativos elementales que se consideran ineludibles en la construcción de cualquier sistema regulativo. La mayoría de los núcleos morales rondan los problemas de distribución de los recursos apropiables y de las tareas sociales; se trata, en suma, de asuntos de equidad en la relación de los agentes.

El derecho funciona como sistema de concretización para los valores mínimos que constituyen los núcleos morales del sistema: de hecho, las reglas jurídicas son las que fijan institucionalmente esos valores. A través del código técnico del derecho se hace posible consumir la adaptación social de tales criterios de convivencia y, además, se vuelve factible el control formal de los comportamientos en torno a

<sup>111</sup> *Ibidem*, pp. 239 y ss.

tales valores. Se puede afirmar que el derecho funciona parcialmente como vehículo institucional para la moral mínima que finca los rasgos cooperativos de la vida social. Bajo esta idea, los órganos y aparatos jurídicos asumen el carácter de instituciones polivalentes que lo mismo operan como códigos valorativos, que como reglas específicas para guiar el comportamiento. El derecho puede tecnificar los parámetros morales de valoración y fijarlos de una manera coactiva entre los miembros del grupo. Y no por eso los criterios morales ven adulterada su naturaleza específica; lo que ocurre es que su especial relevancia para la vida del grupo los presiona a transferir su sede institucional hacia las reglas jurídicas, para aprovechar las garantías coactivas del ordenamiento.

## 2. Joseph Raz: el énfasis en la textura institucional

### 2.1 La autoridad del derecho

Como sucedió con las tesis hartianas, la obra de Raz, dadas sus premisas realistas, requiere contar con un concepto claro de autoridad que proporcione sustento a la obligatoriedad del orden jurídico. El perfil de la autoridad se vincula a dos cuestiones de suma importancia para la comprensión de los comportamientos sociales relativos al derecho: en primer lugar, a la obediencia que los agentes sociales dispensan a las reglas del sistema y, en segundo lugar, a la justificación de la mencionada obediencia. El respeto al derecho no deriva, según Raz, de ningún argumento legitimador de tipo moral sino, en última instancia, de la operatividad efectiva del sistema.<sup>112</sup>

De forma similar a Hart, Raz acusa una cierta falta de recursos analíticos para caracterizar a la autoridad; sin embargo, llega a enunciar aspectos interesantes que merecen comentarios específicos. Por ejemplo, al tratar lo relativo a la vinculación entre autoridad y poder, afirma que la autoridad es una forma peculiar de poder normativo y, asimismo, que este último consiste en la capacidad de crear o modificar situaciones normativas, lo cual se traduce en la facultad de fijar o alterar el *status* jurídico de las personas a través de disposiciones obligatorias.<sup>113</sup> El poder normativo participa de la misma intención principal que caracteriza a todas las formas de poder: la

orientación hacia la realización de los propios deseos. Pero Raz no proporciona pistas para explicar qué tipo de agentes sociales y a través de qué actividades, son los que logran filtrar sus intereses a los núcleos valorativos del ordenamiento jurídico. En todo caso, el derecho esfuma el origen concreto de los intereses particulares que resguarda, al tiempo que busca, por otra parte, su genuina legitimación a través de la operación del sistema.

La legitimidad del ordenamiento jurídico no es explicable como un atributo moral. Quienes usan el lenguaje normativo para calificar sus propias situaciones vitales se basan en la *creencia* de que las disposiciones jurídicas son razones válidas para motivar su acción. El acatamiento de una regla implica también la aceptación de la autoridad que la emite. El problema surge cuando se debe dilucidar si el orden jurídico *en sí mismo* es depositario o posee algún tipo de autoridad. Según Raz, todos los sistemas jurídicos *pretenden* autoridad, pero sólo llegan a tenerla cuando sus disposiciones son consideradas por los agentes sociales como razones protegidas —léase excluyentes— para actuar.<sup>114</sup> El sistema jurídico concreta el desplazamiento de las decisiones individuales a los espacios institucionales; desde allí, las reglas del ordenamiento deben proyectar sus indicaciones prescriptivas, reemplazando la deliberación personal en torno a las razones concretas para actuar.<sup>115</sup> En cuanto técnica de control social, el derecho anticipa el sentido de los comportamientos a través de la emisión de directrices obligatorias que desplazan la posibilidad deliberatoria de los agentes sociales. Al positivizar razones excluyentes, el sistema jurídico estandariza las motivaciones y permite pasar por alto las razones que eventualmente puedan suscitar la inconformidad con su sentido. La *creencia* en la autoridad del derecho no necesita tener una extensión integral, basta con que los órganos que operan el sistema mantengan su acatamiento. En palabras de Raz, "el derecho presenta un conjunto de patrones *autoritativos* que requieren de quienes lo aplican que reconozcan su validez".<sup>116</sup>

El concepto raziano de validez es mucho menos formal que el esbozado por Kelsen en la *Teoría Pura*. La validez del sistema en la obra de Raz está vinculada con el sentido de reconocimiento y aplicación efectiva del material jurídico por parte de los órganos especia-

<sup>114</sup> *Ibidem*, pp. 47 a 49.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>112</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...*, *passim* n. 17), pp. 23-24; 34 y 47

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 34 a 36.



lizados del sistema. De este modo, la validez es la cualidad que adquieren las disposiciones jurídicas por ser parte de un ordenamiento y por ser efectivamente utilizadas como patrones de conducta y calificación para resolver las controversias. Una disposición jurídica se considera válida cuando su carácter autoritativo provoca el efecto de la obediencia; por lo tanto, las normas que no son aplicadas por los órganos especializados no resultan relevantes desde el punto de vista de la función social del derecho.<sup>117</sup>

## 2.2 Las dudas que envuelven la noción de autoridad

Hay varios aspectos problemáticos en el concepto de autoridad que sirve de base al análisis de Raz; tales ángulos conflictivos tienen origen en una explicación poco afortunada de la relación entre derecho y estado. A pesar de que Raz reconoce la necesaria relación entre estos dos factores de la realidad social, sus propuestas analíticas resultan insuficientes. El pasaje sobre las pretensiones de autoridad de los órdenes jurídicos es uno de los que mejor comprueban las inconsistencias de la tesis. No es plausible afirmar en un tono francamente fetichista que los sistemas jurídicos albergan pretensiones. Como conjunto de hechos, los ordenamientos regulatorios son siempre atributos de la acción de los agentes sociales; es decir, predicados. El sujeto de las pretensiones de autoridad no puede ser el derecho, sino los agentes que lo operan. En todo caso es el grupo, o una parcialidad de sus miembros, los que pretenden autoridad para el sistema regulador. La relación de legitimidad y prestigio no se entabla entre el derecho y la sociedad; sino entre quienes acatan y promueven la obediencia a un sistema jurídico determinado y quienes resienten su aplicación, o de plano rechazan su sentido.

Como el mismo Raz reconoció, el sistema jurídico es apenas un segmento de un conjunto mayor al que el autor identifica con el régimen político. El derecho no se autosostiene como cuerpo normativo, sino que descansa de manera obvia en un régimen de dominación que aporta la garantía final para sostener la obligatoriedad de las normas jurídicas. Los órganos especializados en la creación y aplicación del derecho son, a su vez, piezas de una maquinaria orgánica más laxa. En cuanto entidades concretas, los aparatos jurídicos están ligados al sistema institucional que estabiliza al régimen político. La fuerza real

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 115.

que condensa el Estado y los otros focos efectivos de poder que se produzcan, son la verdadera causa de que los sujetos sociales abandonen la ponderación de razones concretas y sustituyan sus procesos individuales de toma de decisiones por el acatamiento a un cuerpo de razones excluyentes, como las que contiene el derecho.

Si el sistema jurídico provee el marco general de organización a una sociedad, hay que admitir que la eficacia del sistema y su continuidad dependen en buena medida del poder efectivo de la autoridad política. Es muy complicado mantener la consistencia de un argumento que requiere la independencia de tres tipos distintos de autoridad —la jurídica, la política y la moral— porque, en realidad, estos tres factores conforman las fases convergentes de un proceso común: la construcción, el sostenimiento y la adaptación del orden dentro de una sociedad determinada. En la medida en que el análisis de las distintas vertientes del orden se disgreguen, los criterios autonómicos terminarán por imponerse, proporcionando una visión exacerbada de la autarquía de cada uno de los subsistemas ordenadores. En descargo de Raz, hay que recordar cómo los practicantes del derecho se han encargado de representar la comedia de la pureza de los fenómenos jurídicos. Los agentes sociales creen en la autoridad del derecho, porque en sus razonamientos prácticos lo perciben como un conjunto ordenador autónomo; en ese nivel, el sistema jurídico efectivamente se presenta como un orden sin compromisos políticos ni morales. Sin embargo, la pertenencia y hasta la consustancialidad del derecho con el régimen político, vuelve sospechosa la autonomía de los fenómenos jurídicos. No es posible, por ejemplo, explicar el derecho sin referencias concretas a la fuerza, y conste que ésta siempre se sitúa fuera del ámbito formal del ordenamiento; luego entonces, el sistema jurídico no se encuentra autosustentado, participa de circuitos institucionales más amplios y, en esa medida, lo que el analista debe destacar es la peculiar aportación del derecho al proceso general de construcción de orden dentro de la sociedad. Estas razones tornan artificial el intento de encontrar motivos autónomos para la obediencia de los sujetos sociales a las disposiciones jurídicas.

Se debe tener presente que los móviles subjetivos de la obediencia al derecho ceden muy frecuentemente ante la emergencia de los dictados de la autoridad. Sobre este aspecto conviene recordar a Durkheim, quien con insistencia se refirió al carácter prescriptivo de la realidad. De acuerdo con sus ideas, las personas nunca enfrentan las

disyuntivas vitales sin prejuicios formativos y sin preconcepciones de todo tipo. El orden social es un proceso que envuelve a los agentes sociales y que influye sus procesos deliberativos prácticamente desde el principio de su vida consciente. Por dichas razones la obediencia al derecho es, la mayoría de las veces, obediencia al orden en general. Los lapsus críticos de los agentes sociales, para llegar a convertirse en verdaderos impulsos autonomistas, tienen que recorrer un trayecto demasiado azaroso. La mayoría de los sujetos sociales pliegan antes su conducta al peso de las convenciones, de la tradición, de los sistemas morales o de las reglas familiares. El sometimiento al derecho puede, en efecto, sugerir algunos móviles peculiares pero, por lo común, se alinea a los patrones más amplios de obediencia, cuyas referencias finales se ubican en determinado régimen de dominación. En algún pasaje visionario, Raz expuso que "una atmósfera pública de respeto por el derecho descansa en el efecto acumulativo de la conducta de los individuos".<sup>118</sup> Bajo este parámetro, el respeto al sistema jurídico es, en el fondo, lealtad a ciertos aspectos de la vida institucional de una comunidad específica.

### 2.3 *El derecho como marco general de organización*

Como ningún otro sistema regulador de la vida social, el derecho aporta claridad, certeza y control al manejo prescriptivo de sus contenidos axiológicos. En cuanto conjunto de procesos técnicos, el sistema jurídico tiene una naturaleza preponderantemente funcional que le permite mantener un estado de apertura valorativa y acoger soluciones morales muy disímolas. En su dimensión funcional el derecho no entraña compromisos más que con los valores que finalmente positiviza. La neutralidad valorativa es una cualidad del derecho en general, pero no un atributo de cada sistema en particular. Históricamente, los órdenes jurídicos siempre aparecen cargados de significados morales, económicos y políticos. El material jurídico es una argamasa noble que se utiliza para vincular relaciones casi de cualquier índole; por eso precisamente, el derecho suele servir de vehículo para la obediencia con tanta asiduidad. Son las vertientes que enfatizan la vena técnica de las disposiciones jurídicas, las que hacen del derecho un material privilegiado para cualquier tipo de construcción institucional.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 294 y ss.

Ningún orden alternativo ofrece, al mismo tiempo, tantas posibilidades de regularización del comportamiento, ni tanto control de sus propios elementos.<sup>119</sup>

Se pueden recolectar con facilidad argumentos que subrayen el carácter benéfico de la influencia jurídica en otros órdenes reguladores; tal es el caso de las expresiones weberianas que atribuyen al derecho un efecto racionalizador sobre el fenómeno de la dominación; en el mismo sentido, la expresión "Estado de Derecho" remite al contexto de una fórmula virtuosa de organización política. La virtud en este último caso se cifra, justamente, en las funciones de control que el derecho ofrece contra el ejercicio arbitrario del poder político. En el caso del matrimonio, las reglas jurídicas fungen como estabilizadores; en el supuesto de los negocios, juegan como factores de previsión, en los procesos electorales, como garantías de transparencia, y así sucesivamente. Valgan estos ejemplos para demostrar que el sistema jurídico trabaja como marco de intersección de otros procesos articuladores. Su capacidad formalizadora ha sido adaptada a lo largo de la historia para servir de cauce de control a los más diversos regímenes de relación; sin embargo, la consustancialidad del derecho con el régimen de dominación, hace de los fenómenos jurídicos una vertiente privilegiada para la organización de las relaciones de poder; o más bien, para situar el régimen político, como parámetro final del proceso ordenador.

En el derecho se produce una combinación afortunada de aspectos normativos; órganos de aplicación y recursos coactivos de respaldo; ningún otro sistema de control conjunta tantos factores favorables para la estabilización de los comportamientos. Además, el derecho cuenta con recursos para regular el acoplamiento interno de sus distintos factores, lo que potencia considerablemente su poder organizador y lo sitúa como el sistema institucional más contundente. Si a esto se añan las necesidades de proyección total de los regímenes políticos sobre sus ámbitos de influencia, se comprenderá mejor por qué el derecho tiene características idóneas para articular al conjunto de los subsistemas ordenadores de una determinada sociedad. Al atraer a su ámbito disposiciones de otros ordenamientos, el derecho amplía sus capacidades de respuesta, al tiempo que transfiere a dichos órdenes parciales una parte muy importante de sus propios atributos, permitiendo con

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 155.

ello que dichos subsistemas se beneficien con la plenitud ordenadora de su estructura.

Es difícil pensar el derecho fuera del contexto de un régimen político determinado; la extensión y la continuidad del ordenamiento jurídico dependen por completo del ámbito de control efectivo y de la permanencia del régimen de relaciones políticas donde las disposiciones jurídicas se producen. El régimen político depende por su parte, en un alto grado del derecho; sin este último, la justificación del ejercicio político es impensable. Los ejercicios gubernativos se legitiman normalmente a través de su control y, para tales propósitos, no hay mejor solución que la jurídica. En sentido inverso: tampoco es imaginable un ordenamiento jurídico sin el aporte coactivo de la fuerza que concentra el régimen político. Las tendencias referidas son convergentes: el derecho y el régimen político se entrelazan en una trama difícil de escindir; así, mientras el primero proyecta un influjo racionalizador que formaliza el ejercicio de la función gubernativa, el segundo, aporta recursos y aparatos para la aplicación de las reglas jurídicas. En el proceso hay, como se observa, una auténtica consustancialización entre los dos sistemas, la cual adquiere el carácter de una recíproca asimilación.<sup>120</sup>

Entre los rasgos del derecho, el que mejor explica su naturaleza multifuncional es el de su manifiesta neutralidad axiológica. Como cualquier otro conjunto técnico, el material jurídico puede utilizarse en diversos sentidos; incluso es susceptible de ser orientado a la satisfacción de necesidades contradictorias. Esto, aunado a su gran comunicabilidad, proporciona al derecho una independencia y una autonomía que no es predicable de los otros subsistemas reguladores. Sin embargo, la excesiva convertibilidad axiológica de material jurídico lo expone a ser utilizado con fines particulares dentro de los procesos de dominación. El uso cínico del material jurídico provoca a la larga una merma inevitable en la fuerza institucionalizada del derecho, que normalmente termina por dañar también la legitimidad del régimen político. La crítica moral del ordenamiento jurídico no puede surgir, sin embargo, de los entreveros doctrinarios donde los aspectos formales del derecho se conforman y reproducen, porque allí los agentes especializados se encuentran comprometidos con su sentido prescriptivo. La crítica, por eso, es siempre exterior y suele provenir de los antagonistas políticos al régimen que se evalúa.

<sup>120</sup> Vid., por ejemplo, *ibidem*, p. 275.

A este nivel del análisis subsiste una duda de fondo: ¿cada uno de los subsistemas reguladores de la organización social debe considerarse como factor independiente, o por el contrario, conforman todos una corriente ordenadora común que se expresa en diversas facetas? La respuesta a la primera alternativa parece estar históricamente desmentida, porque no hay grupo humano en el que los procesos de ordenamiento no se imbriquen a favor del *statu quo*. La segunda alternativa se aviene mejor a la realidad social; en este caso, habría que reconocer que el derecho funge como articulador de articuladores: se constituye como segundo nivel de ordenación respecto de los otros subsistemas, a los que ofrece su planta principal de apoyo. Así, no son los núcleos valorativos los que le otorgan al derecho un sitio especial entre los procesos de control del comportamiento, sino su exquisitez formal, secularmente decantada.

#### 2.4 La especificación institucional del material jurídico

Raz inserta el tema de la naturaleza institucional del derecho en el contexto de lo que denomina la "tesis de las fuentes"; entiende por ello que los fenómenos jurídicos son una forma peculiar de hechos sociales y, en consecuencia, que su cara concreta forma también parte del sistema.<sup>121</sup> En cuanto conjunto institucional, el derecho se compone tanto de disposiciones regulatorias, como de aparatos de ejecución. La interacción de las normas jurídicas con los órganos que las operan permite observar los flujos jurídicos desde su origen normativo, hasta sus efectos concretos en el comportamiento social.

Las funciones del ordenamiento jurídico se realizan a través de aparatos especializados.<sup>122</sup> Esto distingue al derecho de otros sistemas regulatorios y de cualquier complejo de comportamientos sociales recursivos, como los hábitos, las convenciones y las costumbres. El derecho no se apoya solamente en situaciones espontáneas de autocontrol grupal, sino que establece una clara distribución de papeles y funciones entre quienes acatan de manera genérica el sentido de las disposiciones jurídicas y aquellos que las operan en cumplimiento de una función especializada.

Los órganos jurídicos basan el ejercicio de sus tareas en el carácter

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 60 a 63.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 212.

autoritativo de sus resoluciones.<sup>123</sup> Lo que al principio es sólo especialización de la función del manejo del material normativo se convierte a la postre en directrices obligatorias dentro de los órganos jurídicos. Como se ha establecido, la institucionalidad del derecho coincide en buena parte con la institucionalidad del régimen político. El sistema jurídico sostiene el carácter obligatorio de las resoluciones de sus órganos en la *creencia* que dispensan los agentes sociales acerca de su legitimidad, pero también —y esto no puede olvidarse— en la fuerza concentrada que le suministra el régimen político.

Frente al cuerpo de reglas que integran un sistema jurídico existe un *sistema de aparatos* que producen y aplican el derecho. Se trata de una *maquinaria* cuyos movimientos se encuentran controlados por normas y que tienen como tarea principal la operación de los patrones jurídicos.<sup>124</sup> Los aparatos del ordenamiento están así doblemente acotados, ya que el sistema regulativo rige tanto su establecimiento como el ejercicio de su función. Las tareas operativas de dichos órganos son obligatorias; cada entidad del sistema tiene el deber de realizar la creación o la aplicación del material jurídico, según haya quedado definida su competencia por las normas facultativas que los fundan. A diferencia de Hart, Raz piensa que los criterios para identificar y para adjudicar las disposiciones jurídicas son vinculantes para los órganos del sistema. No se trata, en consecuencia, de criterios orientadores, sino de órdenes específicas dirigidas a los funcionarios.<sup>125</sup>

Raz distingue dos tipos de funciones institucionales a cargo de los aparatos del sistema jurídico: las creadoras y las aplicadoras. Entre las primeras cita a los parlamentos y, entre las segundas, a las autoridades administrativas y a las jurisdiccionales. Sin embargo, de este espectro amplio, Raz elige a los órganos tribunales como referencia institucional básica para la caracterización de un sistema jurídico.<sup>126</sup> A las autoridades ejecutoras y a los órganos oficiales de creación les otorga un papel contingente. Con ejemplos no muy claros ni contundentes Raz niega a los aparatos que realizan funciones directamente coactivas el carácter principal para la identificación de los sistemas

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 140 y ss., también RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, G. B., Ed. Oxford, University, 1994,

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 144.

pp. 187 a 192.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>126</sup> *Ibidem*, pp. 138 a 144; también RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 155 a 159.

jurídicos. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales son considerados como piezas insustituibles, debido a que colaboran a la identificación del material jurídico y, asimismo, porque encarnan el vehículo natural por el que desciende el contenido de una norma general, hasta el nivel de la situación jurídica concreta que guardan los destinatarios de las disposiciones del sistema.

No se pueden resolver controversias con decisiones de tipo autoritativo si los órganos jurisdiccionales actúan desarticulados, por lo tanto, es menester que su función esté regulada por criterios centrales que establezcan los ejes unificadores de su trabajo. La *maquinaria* jurisdiccional es el núcleo dinámico del sistema, al grado que, entre el material jurídico y los cometidos judiciales, se establece una dialéctica inquebrantable: los órganos jurisdiccionales aplican, en teoría, derecho preexistente; el orden jurídico, por su parte, fija los parámetros de existencia y control para la tarea judicial. En cada caso, el sistema jurídico contiene normas que revisten de obligatoriedad las sentencias de los tribunales y, para tal efecto, les atribuye el mismo carácter prescriptivo que distingue a las disposiciones jurídicas. Las sentencias son asimiladas como piezas del sistema, adoptando a partir de entonces el carácter de normas individualizadas. Cuando el sistema de fuentes del ordenamiento reconoce al precedente como actividad productora de disposiciones generales, la función judicial se convierte en proceso creativo e integrador. Con todo, no debe olvidarse que, aunque se reconozca cierta discrecionalidad a los funcionarios de los tribunales, el derecho es un sistema de control del comportamiento que trabaja primordialmente a través del establecimiento de patrones públicos autoritativos.<sup>127</sup> Aquí otra vez la tesis de Raz entronca con su raíz hartiana.

Las disposiciones generales del sistema jurídico funcionan como un gran código a partir del cual los tribunales realizan la tarea específica de calificar conductas en lo individual. Llama la atención que, entre las distintas funciones sociales del derecho, la que más lo distinga sea precisamente el proporcionar un cauce institucional para la solución de conflictos dentro de un grupo determinado. La especialización dogmática, procesal e institucional constituye la verdadera línea vertebral del sistema, porque los órganos judiciales, cuando resuelven autoritativamente los conflictos que se presentan a su aten-

<sup>127</sup> RAZ, Joseph, *Razón práctica...* (n. 18), pp. 159 a 163.

ción, desarrollan de forma paralela una eficientísima tarea de control intrasistemático. No se trata sólo de graduar la aplicación del material jurídico hasta su individualización, sino también de fijar la concreta extensión de los preceptos, la naturaleza de sus relaciones y sus consecuencias para todo el sistema. Así, la solución de casos particulares es la vía por la que el derecho desarrolla la especificación y el control técnico de su propio material. La operación de las disposiciones jurídicas es, entonces, depuración sistemática y, la sincronización de estos procesos, provoca que el sistema se fortalezca a través de su mero funcionamiento. Otra vez aquí se hace patente por qué el derecho guarda una situación hegemónica con respecto a los otros sistemas ordenadores de comportamiento social: su operación es en sí misma causa de la tecnificación del material normativo y factor de consolidación de la articulación del sistema. El derecho, se auto-ajusta de tal modo que su sentido se reproduce, aun cuando se modifica para adaptarse a los nuevos estímulos sociales. Esta recursividad controlada confiere a los ordenamientos jurídicos una fuerza de continuidad que supera la de cualquier otro sistema ordenador.

Como sucedió con Hart, Raz mantiene la convicción de que la *aceptación* del sentido prescriptivo del derecho que más importa para la vigencia de un sistema jurídico es la que aportan los órganos especializados. La validez del sistema en su conjunto depende de que las disposiciones generales que lo forman sean objeto de un juego real y permanente por parte de los aparatos que las aplican y las reproducen. La autoridad social de las instituciones jurídicas se cifra en buena medida en las prácticas que las sociedades efectúan a partir de su material regulativo. Entre todos los ejercicios posibles, las tareas especializadas que desempeñan los tribunales resultan por eso determinantes. Los tribunales identifican, fijan y seleccionan el material jurídico aplicable siguiendo para ello directrices normativas. Raz afirma que las normas de reconocimiento del sistema son varias: una por cada tipo de fuente. No cree que una sola *regla de reconocimiento* sostenga la unidad del sistema: el derecho válido es, a fin de cuentas, el que los tribunales identifican; por lo tanto, la unidad del sistema radica en la función selectiva de los órganos judiciales.<sup>128</sup> La extensión y los límites de un ordenamiento jurídico se pueden medir si se atiende al grado de efectividad de la pluralidad de *reglas de reconocimiento* del sistema.

<sup>128</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad...* (n. 17), pp. 128 y ss.

La validez de las disposiciones jurídicas no depende de que la decisión de los órganos jurisdiccionales sea correcta; el criterio formal que mueve las instituciones judiciales no está cimentado en su infalibilidad; sino en el tipo de trabajo que realizan. Este factor confiere al derecho una fuerza integradora especial, porque coloca la acción de sus órganos más allá de los criterios lineales de verdad.<sup>129</sup> Esto no quiere decir desde luego que el propio sistema no prevenga la forma para revisar técnicamente las fallas de los tribunales. Pero en todo caso las resoluciones judiciales quedan al juicio de otros órganos de la maquinaria del sistema; en cambio, si sus resultados se sujetaran a pruebas de calificación en torno a categorías como correcto o incorrecto, se suscitaría el riesgo de que la calificación de sentencias se desplazara hacia zonas no jurídicas. Debe recordarse que hay siempre corrientes metafísicas que acechan los sucesos jurídicos con la intención de enjuiciarlos con argumentos de tipo moral.

Es difícil imaginar la sistematicidad del derecho sólo como un ámbito de carácter lógico. La naturaleza sistemática de los ordenamientos jurídicos es algo que prohija la misma práctica de sus directrices operativas. No hay posibilidades de encontrar un ámbito específico para el *deber ser*, en el sistema jurídico todo es positividad, aunque ésta se exprese en graduaciones diversas. La parte fuerte de la institucionalidad del derecho la aportan desde luego sus propios aparatos; el extremo más débil se deposita, en cambio, en los contenidos valorativos de las disposiciones jurídicas; sin embargo, en cuanto los principios morales fincan su contenido en el derecho, adquieren una buena parte de la firmeza institucional que conlleva el material jurídico. Del hecho que las disposiciones del sistema tengan una suerte aleatoria desde el punto de vista de su eficacia, no puede inferirse que su existencia no sea un dato material con efectos concretos en la vida comunitaria. El derecho no pretende —si vale la expresión raziana— la conformidad total de los comportamientos con su sentido; busca sólo un grado razonable de asentimiento que depende sobre todo de la disciplina institucional de sus órganos. El derecho no es otra cosa que su propia operatividad. El carácter institucional del sistema jurídico tiene que ser visto como el resultado de una práctica formalizadora que construye y fija los contornos del sistema. El derecho, por tanto, es una de las vías en que las sociedades ejercen sus prácticas de or-

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 142.

denación y, a juzgar por la precisión de sus controles, parece ser el modo de organización por excelencia.

### 3. Algunas consideraciones adicionales sobre la institucionalidad del derecho

El tema de la institucionalidad del derecho proporciona un rastro seguro para el análisis realista de los fenómenos jurídicos; sin embargo, en los esfuerzos de Hart y Raz se resiente la falta del instrumental analítico que la teoría social ha diseñado exprofeso. Particularmente la sociología estructuralista contiene aportes valiosos para entender la organización social como *praxis* de los agentes del grupo. La incorporación de elementos sociológicos al análisis exterior del derecho hubiera abierto perspectivas cognoscitivas o, en el peor de los casos, habría ayudado a penetrar con más contundencia en la explicación de los fenómenos de control y regularización de las conductas. Sin tratar de hacer una enumeración exhaustiva, conviene señalar algunos tópicos y categorías de la sociología estructuralista que resultan aprovechables para el análisis del derecho desde una perspectiva institucional:

a) Lo primero sería situar el concepto hartiano de prácticas sociales en una perspectiva que permita remontar su sentido hasta las formas más elementales de *rutinización* del comportamiento, para de allí partir al estudio de los hábitos, las convenciones, las pautas formalizadas y, finalmente, llegar a las instituciones;<sup>130</sup>

b) Cabría desarrollar más la identificación del lenguaje como expresión de determinadas formas de vida y, en especial, destacar su carácter de mediador entre el *ser* y el *hacer* de los agentes.<sup>131</sup> Sería conveniente, en este rubro, profundizar en la concepción del derecho como *paralenguaje* formalizado del orden social;

c) En general, en los estudios de teoría del derecho se atiende poco a la dimensión de los *procesos espacio-temporales*.<sup>132</sup> Al respecto, no debe perderse de vista que la institucionalización tiene anclas históricas muy claras y que los aparatos institucionales procesan el manejo de estas dos dimensiones en favor de la continuidad y la extensión del orden social;

<sup>130</sup> GIDDENS, Anthony, *La constitución de la sociedad. Bases para una teoría de la estructuración*, trad. de José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1995, pp. 24 y 398.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 23 y ss.

<sup>132</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 58 y 195.

d) La caracterización de los procesos institucionales como conjunciones o *estructuras* de elementos valorativos, normativos y fácticos. Las instituciones combinan la formalidad de ciertos elementos prescriptivos con los recursos y los medios materiales destinados al control de los objetivos del órgano o cuerpo social de que se trate. Al respecto, es interesante la función distribuidora de roles y recursos que se desarrolla dentro de las instituciones;<sup>133</sup>

e) La localización de categorías como *presencia y ausencia* permitiría manejar con más precisión el enlace de los elementos que permanecen en los códigos ocultos del derecho, con los datos exteriores del sistema.<sup>134</sup> El derecho no procesa sus contenidos valorativos ni su carácter instrumental de una manera transparente; sin embargo, es necesario conocer las tendencias menos visibles de los ordenamientos jurídicos para explicar cabalmente sus funciones sociales;

f) Vinculado con el punto anterior, se encuentra la necesidad de rescatar los niveles de la *acción histórica* con objeto de ubicar el sentido del material jurídico desde el punto de vista de los intereses sociales en conflicto y de los propósitos específicos a los que se orientan las fuerzas políticas;<sup>135</sup>

g) La concepción del *saber como proceso constitutivo de la realidad social*,<sup>136</sup> también podría ayudar en buena medida a la caracterización de los procesos de objetivación que se realizan en las instituciones jurídicas;

h) La noción de *sistema*,<sup>137</sup> sería un valioso auxiliar para enmarcar el estudio del derecho en la trama de los procesos generales de construcción de orden, e

i) El concepto mismo de *orden*,<sup>138</sup> como proceso de funciones, recursos y de establecimiento de jerarquías y patrones de relación, debería ser colocado como categoría privilegiada para darle al estudio del derecho la dimensión social de la que con frecuencia carece.

Los tópicos apuntados constituyen apenas en elenco no exhaustivo de aportaciones que la teoría social podría efectuar al conocimiento de los fenómenos jurídicos. La carencia de este tipo de instrumentos ana-

<sup>133</sup> *Ibidem*, pp. 64 a 70, y también TOURAINE, Alain, *Producción de la sociedad*, trad. de Isabel Vericat, México, Coed. UNAM-IFAL, 1995, pp. 48 y 148.

<sup>134</sup> GIDDENS, Anthony, *op. cit.* (n. 130), p. 53.

<sup>135</sup> TOURAINE, Alain, *op. cit.*, *passim* (n. 133), pp. 62-63; 146 y ss.

<sup>136</sup> GIDDENS, Anthony, *op. cit.* (n. 130), p. 29.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 399.

<sup>138</sup> *Ibidem*, *passim*, pp. 61, 66 y 211.

líticos se hace patente en las obras de Hart y de Raz quienes, a pesar de colocarse en una posición cognoscitiva adecuada respecto del derecho, restringen su visión al concretarse a explicar la naturaleza institucional de los fenómenos jurídicos, como un mero flujo de *reificación* de sus contenidos prescriptivos. Para ambos autores, el derecho es institucional porque su proceso de creación y aplicación se lleva a cabo a través de aparatos especializados; sin embargo, omiten la referencia a los sistemas jurídicos como mecanismos globales de institucionalización de los comportamientos sociales. Desde esta última perspectiva, el derecho deviene macro-institución, en cuyo seno se fijan, a su vez, zonas parciales de control e integración de la conducta grupal. Así, el derecho estabiliza relaciones familiares, mercantiles, laborales, etcétera. El sistema proporciona coherencia final a sus segmentos, ubicándolos dentro del gran referente constitucional que distingue los papeles de los gobernantes y los gobernados. El macro-sistema institucional que comprende el ordenamiento jurídico se integra por el cuerpo de disposiciones positivas, por los órganos que las crean y las aplican, y por todo el conjunto de intersecciones del derecho con otros subsistemas ordenadores. Las instituciones jurídicas en particular se expresan en dos vertientes: los regímenes regulativos específicos y los aparatos operativos; el proceso institucional comprende ambos brazos del sistema.

Como unidades objetivas, las normas se entifican y concretan; sus cauces prescriptivos impactan efectivamente el comportamiento y, en esa medida, el derecho asume un carácter institucionalizador. Sin embargo, las funciones intrasistemáticas del derecho también se cosifican y se transforman en aparatos específicos de acción, acotados por las normas del sistema. Los órganos especializados en la creación, adaptación y aplicación del material jurídico desempeñan una labor que, por un lado, proyecta las normas hacia las relaciones efectivas de los agentes sociales; pero por otro, orienta el trabajo de los aparatos del sistema a la consecución de su propio control. Esta función queda a cargo de lo que se podría denominar el sector de *reproducción institucional especializado*. Lamentablemente en los autores seleccionados para servir de referencia a estas reflexiones no existe una proyección cabal de la naturaleza institucional del derecho en sus dos niveles: el común y el especializado; tanto Hart como Raz, sólo atienden al segundo.

líticos se hace patente en las obras de Hart y de Raz quienes, a pesar de colocarse en una posición cognoscitiva adecuada respecto del derecho, restringen su visión al concretarse a explicar la naturaleza institucional de los fenómenos jurídicos, como un mero flujo de *reificación* de sus contenidos prescriptivos. Para ambos autores, el derecho es institucional porque su proceso de creación y aplicación se lleva a cabo a través de aparatos especializados; sin embargo, omiten la referencia a los sistemas jurídicos como mecanismos globales de institucionalización de los comportamientos sociales. Desde esta última perspectiva, el derecho deviene macro-institución, en cuyo seno se fijan, a su vez, zonas parciales de control e integración de la conducta grupal. Así, el derecho estabiliza relaciones familiares, mercantiles, laborales, etcétera. El sistema proporciona coherencia final a sus segmentos, ubicándolos dentro del gran referente constitucional que distingue los papeles de los gobernantes y los gobernados. El macro-sistema institucional que comprende el ordenamiento jurídico se integra por el cuerpo de disposiciones positivas, por los órganos que las crean y las aplican, y por todo el conjunto de intersecciones del derecho con otros subsistemas ordenadores. Las instituciones jurídicas en particular se expresan en dos vertientes: los regímenes regulativos específicos y los aparatos operativos; el proceso institucional comprende ambos brazos del sistema.

Como unidades objetivas, las normas se entifican y concretan; sus cauces prescriptivos impactan efectivamente el comportamiento y, en esa medida, el derecho asume un carácter institucionalizador. Sin embargo, las funciones intrasistemáticas del derecho también se cosifican y se transforman en aparatos específicos de acción, acotados por las normas del sistema. Los órganos especializados en la creación, adaptación y aplicación del material jurídico desempeñan una labor que, por un lado, proyecta las normas hacia las relaciones efectivas de los agentes sociales; pero por otro, orienta el trabajo de los aparatos del sistema a la consecución de su propio control. Esta función queda a cargo de lo que se podría denominar el sector de *reproducción institucional especializado*. Lamentablemente en los autores seleccionados para servir de referencia a estas reflexiones no existe una proyección cabal de la naturaleza institucional del derecho en sus dos niveles: el común y el especializado; tanto Hart como Raz, sólo atienden al segundo.

## LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/95 EN CONTRA DE LA LEY DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA DEL DISTRITO FEDERAL

Rafael ESTRADA SÁMANO  
Rubén F. PÉREZ SÁNCHEZ

SUMARIO: I. Consideraciones generales. 1. La reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994. 2. La nueva justicia constitucional. II. La acción de inconstitucionalidad 1/95 presentada en contra de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal. 1. Antecedentes. 2. Planteamiento de la demanda. 3. Recurso de Reclamación en contra del auto por el cual se desechó la demanda in limine litis por notoriamente improcedente. 3a) Opiniones presentadas por la actora y por las demandadas. 3b) Opinión presentada por el Procurador General de la República. 3c) Resolución del recurso. 4. Admisión de la demanda y notificación a las partes. 4a) Opiniones de las partes. 4b) Opinión del Procurador General de la República respecto del fondo del asunto y sobre la defensa de los derechos políticos. 5. La discusión en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación y la resolución de improcedencia. 6. Consideraciones finales.

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

#### 1. La reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994

Como uno de sus primeros actos de gobierno después de asumir el cargo de Presidente de la República, el doctor Ernesto Zedillo remitió al órgano revisor a que se refiere el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través del Congreso de la Unión, el 6 de diciembre de 1994, una iniciativa de reformas constitucionales que formaba parte de un paquete legislativo encaminado a garantizar la convivencia de los mexicanos en el marco de un pleno Estado de Derecho. El 31 de diciembre de 1994 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el correspondiente Decreto de reformas a la misma Constitución, que abarcó, entre otros, a los sistemas de procuración e impartición de justicia.



Como se recordará, la reforma constitucional se orientó en los siguientes puntos básicos:<sup>1</sup>

- a) Lograr la plena autonomía del Poder Judicial Federal.
- b) Establecimiento del Consejo de la Judicatura Federal que se encarga de las funciones administrativas del Poder Judicial Federal.

Ambos puntos encuentran su reglamentación en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 26 de mayo de 1995, en vigor al día siguiente.

- c) La Suprema Corte de Justicia de la Nación asumió con mayor fortaleza la función de Tribunal Constitucional, a través del trámite y de la resolución de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad planteadas con base en el nuevo texto del artículo 105 de la Constitución Federal, que en relación con el numeral 102-A de la propia Ley Fundamental, prevé la participación permanente y personal del Procurador General de la República en dichas acciones y controversias. Esta función se desarrolla en los términos que establecen el mismo artículo 105 constitucional y la Ley Reglamentaria correspondiente que se publicó el 11 de mayo de 1995 en el *Diario Oficial de la Federación* y entró en vigor treinta días después.

- d) Se reformó la esfera competencial de la Procuraduría General de la República y se estableció la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, reglamentadas respectivamente en la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de mayo de 1996 y en las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicadas en el mismo órgano oficial el 15 del propio mes y año.

- e) Se estatuyó, mediante adición al artículo 21 constitucional un recurso jurisdiccional en contra del no ejercicio de la acción penal, mismo que a la fecha espera su reglamentación.

- f) Se establecieron en el artículo 21 de la Constitución Federal las bases del Sistema Nacional de Seguridad Pública, las cuales se complementaron con la publicación de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública,

<sup>1</sup> Sobre la importancia de la reforma constitucional se puede consultar el artículo "Reforma de la justicia, necesidad inaplazable de la Nación" publicado en *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 13, 1995.

publicada el día 11 de diciembre de 1995 en el *Diario Oficial de la Federación*.

## 2. La nueva justicia constitucional

La reforma al artículo 105 de la Constitución de la República significa un gran avance para el perfeccionamiento de los mecanismos de defensa de la constitucionalidad, pues a los ya establecidos por la Ley Suprema se agrega ahora el de la acción de inconstitucionalidad en contra de normas generales, al tiempo que se perfecciona la controversia constitucional al incluir al Municipio como sujeto activo de este procedimiento. La reforma constitucional referida colocó a nuestra Carta Magna en el contexto internacional de la justicia constitucional.

La justicia constitucional es considerada por Cappelletti "como la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época".<sup>2</sup> El nuevo marco constitucional a que nos referimos constituye un parteaguas en la historia jurídica mexicana contemporánea. Hoy México cuenta con una Corte Constitucional cuya integración y facultades se apegan al modelo predominante en el mundo. La Suprema Corte, además, no dedica ya sus esfuerzos a tareas administrativas que la distraían de su alta función. De esta forma, a nuestra tradicional institución jurídica del amparo sumamos ahora nuevas fórmulas para garantizar la plena vigencia del Estado de Derecho y el principio de supremacía constitucional, a saber las controversias constitucionales entre órganos de gobierno y las acciones de inconstitucionalidad en contra de normas generales, con la peculiaridad de que las resoluciones que el más alto Tribunal de la República emita pueden tener efectos generales en caso de resolverse la inconstitucionalidad.

El primer mecanismo de control de constitucionalidad que contempla el nuevo texto de la fracción I del artículo 105 de la Carta Magna, se refiere a las controversias constitucionales entre órganos de gobierno, lo que no es nuevo en nuestra historia constitucional pues se encontraba ya en el artículo 137, fracción I de la Constitución Federal de 1824, en los siguientes términos: "Conocer de las diferencias que pueda haber de uno a otro estado de la Federación",<sup>3</sup> aunque el texto

<sup>2</sup> Citado por el doctor Héctor Fix Zamudio, al prologar la obra "La Justicia Constitucional" de Mauro Cappelletti, editada por la Facultad de Derecho de la UNAM. La referida obra resulta fundamental para comprender los mecanismos de defensa

que estuvo vigente hasta junio de 1995 proviene de 1917, cuando quedó redactado de la siguiente manera: "Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados; entre uno o más Estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo Estado y entre órganos de gobierno de Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la ley".

El nuevo texto de la fracción I del artículo 105 recoge esta figura y la perfecciona toda vez que el texto anterior se refería a un número limitado de hipótesis de controversia, en tanto el nuevo prevé casi cualquier conflicto que sobre disposiciones generales o respecto de actos de las autoridades se pueda presentar entre órganos de gobierno, al reconocer al Municipio plena legitimación activa para promover controversias ante la Corte. Las resoluciones del Máximo Tribunal, en determinados casos, pueden llegar a tener efectos generales cuando sean aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos; en los demás casos las resoluciones tendrán efecto únicamente respecto de las partes en la controversia.

Con esta nueva redacción del artículo 105 constitucional en su primera fracción, los tres niveles de gobierno que contempla la Constitución, a saber, Federación, Estados y Municipios, cuentan con un mecanismo judicial para la resolución de las controversias que se susciten entre ellos, por lo que las resoluciones se tomarán al margen de intereses políticos o partidistas y tendrán como base estudios exhaustivos sobre la constitucionalidad de los actos o normas generales.

Ahora bien, por mandato del artículo 102 apartado A, tercer párrafo de la Ley Fundamental, el "Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de esta Constitución". En consecuencia, este servidor público tiene la obligación de intervenir en los juicios de controversias constitucionales que se presenten entre los niveles de gobierno que prevé la Constitución. La importancia de la intervención constitucional que existen en las constituciones del mundo, así como su evolución y su perfeccionamiento.

<sup>3</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada. Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Procuraduría General de la República, México, 1994. Comentarios al artículo 105.

del Procurador General de la República en una controversia constitucional reside en su tradicional carácter de representante social y de los intereses de la Federación, pero sin duda también de manera fundamental en su nueva o al menos más explícita atribución de velar porque las relaciones y los actos entre órganos de gobierno se apeguen estrictamente a la Constitución.

Conviene referirse, aunque sea brevemente, a lo expuesto por el Ministro Juventino V. Castro y Castro cuando habla del papel del Procurador General de la República, en su reciente obra "El Artículo 105 constitucional", al preguntarse "¿qué misión dentro de la normatividad constitucional desempeña? Si *representa* al Presidente de la República, pretende *discretamente* oponerse a las leyes locales que no le parecen adecuadas. Si *no lo representa*, es en verdad el *órgano de la constitucionalidad*, que vigila que no se incumpla el espíritu constitucional. ¡Es el *fiel de la balanza!*" para más adelante señalar "Habrà que reflexionar sobre su naturaleza, su esencia, su operatividad, su fiscalización, sus responsabilidades, su ubicación, y sobre todo su *trascendencia en el nuevo panorama constitucional mexicano*".<sup>4</sup>

Es así que el Procurador General de la República tiene ahora la más alta responsabilidad de coadyuvar en la consolidación de la nueva justicia constitucional. A su carácter de representante social y de los intereses de la Federación suma la tarea de velar por la irrestricta aplicación de la Constitución interviniendo en todos los juicios de controversias constitucionales que se presenten ante la Suprema Corte.

El segundo mecanismo que se ha incorporado en el artículo 105 de la Constitución Federal es la acción de inconstitucionalidad, misma que puede ser ejercitada por el 33% de los integrantes de alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, de las Legislaturas Locales o de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en contra de leyes aprobadas y emanadas de dichos órganos, así como de tratados internacionales exclusivamente en el caso del Senado. Este nuevo procedimiento también incorpora al Procurador General de la República como parte permanente en la tramitación de los juicios de acciones de

<sup>4</sup> En su obra "El Artículo 105 Constitucional" el señor Ministro Juventino V. Castro y Castro hace una profunda reflexión sobre el papel y la participación del Procurador General de la República en los nuevos mecanismos de control de la constitucionalidad, para tal efecto pueden ser consultadas las páginas de la 109 a 113, y de la 205 a la 208 de la obra referida.

inconstitucionalidad, al conferirle un ámbito de acción mayor que el de los órganos legislativos antes enunciados, ya que le es dable ejercitar la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal, estatal o del Distrito Federal, así como de Tratados y Convenios Internacionales, dentro de la tendencia de su nueva misión constitucional de garantizar la supremacía de la Carta Magna en todos los fueros de competencia. Debe indicarse también que independientemente del órgano legislativo que promueva la acción de inconstitucionalidad, y en caso de que no sea él mismo, el Procurador debe, durante el trámite de este tipo de juicio constitucional, emitir su opinión y hacer sus pedimentos ante el Máximo Tribunal del país.

Con esta fórmula, la Suprema Corte de Justicia de la Nación adquiere el estatuto de Tribunal Constitucional pleno y el Procurador General de la República el de promotor de la constitucionalidad de las normas generales, en todos los fueros. La intervención del Procurador, en los términos del artículo 102 apartado A en relación con el 105 de la Constitución, a diferencia de lo que acontece en el juicio de amparo, no requiere la iniciativa previa de persona u órgano de gobierno, pues debe ser su dictamen técnico el que motive dicha acción y la misma debe ser ejercida con la más absoluta y personal responsabilidad.

El artículo octavo transitorio del Decreto de Reformas a la Constitución ordenaba "Las reformas al artículo 105, entrarán en vigor en la misma fecha en que entre en vigor la ley reglamentaria correspondiente" misma que con el nombre de Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se publicó, como ya se dijo, el 11 de mayo de 1995, para entrar en vigor treinta días después, es decir, el 10 de junio del mismo año, fecha en que por consecuencia también entró en vigor el nuevo texto del artículo 105 de la Ley Suprema.

Las nuevas atribuciones de la Suprema Corte tienen una excepción que es la materia electoral, pues los actos o disposiciones generales de órganos de gobierno, así como las normas generales que tengan contenido electoral escapan a su control.

El nuevo ámbito competencial de la Suprema Corte planteó inquietudes en ciertos sectores sobre la posible "politización" del máximo órgano jurisdiccional del país. En este sentido, es válido lo señalado por el doctor Héctor Fix Zamudio al referirse a la obra de Cappelletti "El análisis relativo a la actividad y las facultades del juez constitu-

cional de acuerdo con la naturaleza tendencialmente discrecional de sus decisiones, aborda con profundidad las cuestiones muy debatidas todavía en la actualidad sobre la naturaleza de la función de justicia constitucional, que para algunos autores significa una invasión de carácter político en la esfera de actividad de los restantes órganos del Estado.

Sin embargo, Mauro Cappelletti, señaló en su cuidadoso examen que las citadas atribuciones de los jueces constitucionales no significan interferencia o invasión, sino exclusivamente un control de la conducta de los otros órganos públicos, y que al aplicar la voluntad constitucional deben realizar una actividad predominantemente discrecional, en virtud de la falta de certeza y la ambigüedad de las normas constitucionales".

Por lo demás, los miembros de la renovada Suprema Corte de Justicia de la Nación parecen no estar preocupados por esa pretendida "politización", a juzgar por lo que con toda claridad han expresado los ministros Góngora Pimentel y, Castro y Castro.<sup>5</sup>

## II. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/95 PRESENTADA EN CONTRA DE LA LEY DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

### 1. Antecedentes

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé en su artículo 122 una serie de órganos de gobierno en cuyas manos se deposita la organización política *sui generis* en que se ha tornado la administración capitalina a partir de la reforma política del Distrito Federal. En el mismo numeral se previó la existencia de los Consejos Ciudadanos cuya reglamentación, junto con la de los demás órganos de gobierno, debía llevarse a cabo en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal que emitirá el Congreso de la Unión. Dicho Estatuto, publicado el día 26 de julio de 1994 en la *Gaceta del Distrito Federal* y en el *Diario Oficial de la Federación*, previó en el artículo 123 la participación de los partidos políticos en la elección

<sup>5</sup> Precisamente en estos términos su libro "El Artículo 105 Constitucional" el Ministro Castro y Castro: "En la Reforma Constitucional de fines de 1994, para entrar en vigor en 1995, se plasmaron algunas de las tendencias —no todas—, para fortalecer al Poder Judicial Federal, como un verdadero Poder Político, totalmente diferente, sin embargo, y con misión claramente diversificada del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo".

de los Consejos Ciudadanos postulando candidatos para tales puestos de elección, en los siguientes términos:

*"Artículo 123. Los Consejeros Ciudadanos serán electos por fórmula, integrada por un propietario y un suplente, que para cada área vecinal en que se dividan las Delegaciones podrán presentar los partidos políticos con registro nacional".*

Sin embargo, una rápida reforma al Estatuto, publicada de 3 de junio de 1995, mutiló tal participación, o más bien la hizo confusa, de tal manera que por los términos en que fue redactada permitía su interpretación en muy diversos sentidos. El novísimo texto establece:

*Artículo 123. Los Consejeros Ciudadanos serán electos por fórmula, integrada por un propietario y un suplente, y en cada área vecinal en que se dividan las Delegaciones podrán presentar para su registro los ciudadanos vecinos del área correspondiente, en los términos que establezca la ley.*

*Cada una de las solicitudes de registro de fórmulas deberá estar avalada por al menos el cuatro por ciento de los ciudadanos que residan en el área vecinal de que se trate, inscritos en el padrón electoral federal. La ley determinará los requisitos que deberá reunir la solicitud para los efectos de la identificación y la comprobación de la residencia de los firmantes, así como los procedimientos de verificación. No procederá el registro en los casos en que los órganos competentes comprueben irregularidades respecto de la autenticidad de las firmas o de la residencia manifestada en la solicitud.*

*Cada ciudadano tiene derecho de apoyar el registro de una sola fórmula de candidatos. Los partidos políticos con registro nacional participarán en el proceso de integración de los Consejos de Ciudadanos en lo relativo a la organización y vigilancia de la elección, en los términos que disponga la ley que dicte la Asamblea de Representantes del Distrito Federal".*

## 2. Planteamiento de la demanda

Tomando como fundamento el tan rápidamente reformado texto del artículo 123 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, la Asamblea de Representantes emitió la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal que, entre otros aspectos, regula el proceso de elección de los consejeros ciudadanos, negando a los partidos políticos, al no permitir su participación, la posibilidad de postular candidatos

para tales puestos de elección. Por esta razón un grupo de asambleístas mostraron su inconformidad al considerar que tal disposición contravenía los derechos de los partidos políticos, establecidos y protegidos por la Carta Magna.

Así, el día 3 de julio de 1995 se presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fundamento en el inciso e) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Federal, demanda en vía de acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 60 al 68 y 71 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, por el 33% de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. Se trató de la primera demanda de acción de inconstitucionalidad interpuesta en nuestro país.

Los conceptos de invalidez esgrimidos por los asambleístas en el escrito de demanda se concentraron en alegar la inconstitucionalidad de los preceptos mencionados, por negar a los partidos políticos con registro nacional el derecho de postular candidatos para la elección de los Consejos Ciudadanos. Se alegó que al no autorizar la Ley de Participación Ciudadana a los partidos políticos con registro nacional postular candidatos para desempeñar los cargos públicos de consejeros ciudadanos, se violaban en su perjuicio los derechos conferidos por los artículos 41 y 122, fracción I, inciso e) de la Constitución Federal.

El artículo 41 de la Constitución Federal establece que los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y, como organizaciones de ciudadanos que son, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público. En congruencia, el artículo 122, fracción I, inciso e) de la Ley Fundamental, al referirse a los Consejos de Ciudadanos, indica que la ley establecerá la participación de los partidos políticos con registro nacional en el proceso de integración de los mismos.

Los asambleístas actores argumentaron que los términos comunes en los artículos 41 y 122 constitucionales, son la participación de los partidos en los procesos para la integración de los órganos de representación. El artículo 41 constituye la base para que los partidos puedan postular candidatos, los cuales, si triunfan en las urnas, se integrarán a los órganos de representación nacional. No obstante, en el caso de los Consejos Ciudadanos, la Ley de Participación Ciudadana no permitió a los partidos políticos postular candidatos para su integración.

Por otro lado, también se adujo que la adición del inciso e) de la fracción I del artículo 122 de la Constitución, tuvo como motivo que las facultades del Consejo de Ciudadanos no sólo se limitaran a la evaluación de programas y gestión de acciones, tal como se propuso por el Ejecutivo Federal en su iniciativa correspondiente, sino que se ampliaran dichas facultades para incluir las de supervisión, de control o de aprobación que vincularan a la autoridad por resoluciones de los Consejos. Asimismo, se consideró necesario que la elección de los Consejeros Ciudadanos debía hacerse precisamente a través de los partidos políticos, por contar éstos con la estructura y plataforma, es decir, con la oferta política dirigida a los ciudadanos, prerrogativas de ley, compromisos programáticos y doctrinales. El texto del inciso e) de la fracción I, del artículo 122, de la Ley Suprema establece después de la reforma aludida:

*"Las bases para la integración, por medio de elección directa en cada demarcación territorial, de un consejo de ciudadanos para su intervención en la gestión, supervisión, evaluación y en su caso, consulta o aprobación, de aquéllos programas de la administración pública del Distrito Federal, que para las demarcaciones determinen las leyes correspondientes. La Ley establecerá la participación de los partidos políticos con registro nacional en el proceso de integración de los consejos ciudadanos"*.

Los asambleístas demandantes hicieron referencia a la reforma del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de junio de 1995, en sus artículos 123 y 125, mediante la cual se excluye a los partidos políticos del derecho constitucional de postular candidatos para la elección de los Consejeros Ciudadanos.

También se argumentó que el hecho de que la Ley de Participación Ciudadana esté de acuerdo con el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, reformado el 3 de junio de 1995, no convierte a dicha ley en un ordenamiento jurídico constitucional, ya que tanto el Estatuto como la Ley violentan la Constitución al negar a los partidos políticos el derecho de postular candidatos para la elección de consejeros ciudadanos. Siguiendo el principio de la supremacía constitucional, ni el Estatuto de Gobierno ni la Ley de Participación Ciudadana pueden anteponerse a la Constitución Federal.

Desde su nacimiento, abundaban los asambleístas actores, los partidos políticos han tenido como propósito y tarea básica postular, ciu-

dadanos a los puestos de elección popular. Y los consejeros ciudadanos, de acuerdo con el artículo 122 constitucional, se eligen por medio de elección directa.

La demanda en comento concluye alegando su procedencia en vía de acción de inconstitucionalidad, en virtud de que el derecho de los partidos políticos para postular candidatos rebasa en sí mismo la materia electoral propiamente dicha. La materia electoral, causa de incompetencia para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no puede abarcar el derecho previo que los partidos políticos tienen de participar postulando candidatos.

### 3. RECURSO DE RECLAMACIÓN EN CONTRA DEL AUTO POR EL CUAL SE DESECHÓ LA DEMANDA POR RESULTAR NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE

El 10 de julio de 1995, el Ministro Juventino V. Castro y Castro, previamente designado Instructor en la acción, resolvió desechar, con base en los artículos 105 de la Constitución y 65 en relación con el 25 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por notoria improcedencia, la demanda de acción de inconstitucionalidad, al considerar que para la declaración de invalidez de las disposiciones impugnadas deberían "...examinarse normas generales de naturaleza electoral", pues "...en la medida que se refieren al procedimiento para la designación de los integrantes de las fórmulas que habrán de servir para la constitución, mediante sufragio, de este novedoso órgano de representación vecinal como son los Consejos de Ciudadanos; al margen de ello, el texto constitucional ha privado expresamente al Poder Judicial de la Federación de cualquier intervención directa en la decisión de controversias relativas a los derechos político-electorales, de manera que los actos de autoridad que se susciten en esa materia, constitucionales o no, legales o no, escapan del ámbito de control que la Ley Suprema ha conferido al Poder Judicial de la Federación".

El Ministro advierte que "...el prestigio de las más importantes funciones constitucionales atribuidas a nuestro más alto tribunal deben quedar a salvo de polémicas o controversias, y en particular del debate político...".

El auto de referencia fue recurrido por los asambleístas demandantes, razón por la cual el día 10. de agosto de 1995 presentaron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación recurso de reclamación en contra del proveído de desechamiento de la demanda.

El día 8 de agosto del mismo año, se notificó a las partes, incluido el Procurador General de la República, del proveído mediante el cual se ordenó correr traslado a las partes en la acción, por el término de cinco días, a fin de que manifestaran lo que a su derecho conviniera en relación con el recurso de reclamación.

Con base en el turno que al efecto se lleva en la Subsecretaría General de Acuerdos del Máximo Tribunal correspondió al ministro Juan Díaz Romero instruir el recurso correspondiente.

### 3a) Alegatos formulados por la parte demandada

En su momento, al formular los alegatos correspondientes, las autoridades demandadas esgrimieron diversos argumentos por los que buscaron demostrar a la Suprema Corte que la resolución de desechamiento estaba debidamente fundada porque en ningún momento se violaba con la Ley de Participación Ciudadana lo establecido por la Ley Suprema.

Sólo el Procurador General de la República, que también es parte aunque no demandada, presentó opinión en el sentido de que no era tan notoria la improcedencia de la demanda al tiempo que se requería de hacer algunas definiciones previas.

La síntesis de las opiniones vertidas en los alegatos se presentan a continuación.

Los alegatos presentados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal fueron en el sentido de que la resolución recurrida estaba debidamente fundada en las normas aplicables al caso y en ninguna forma resultaba violatoria de los derechos públicos consagrados en la Carta Magna o en cualquier otro ordenamiento legal; por lo que, además de lo señalado por el Ministro Instructor, debía tomarse en cuenta lo siguiente:

Lo establecido por el artículo 35 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal en el sentido de que la integración y elección de los Consejos de Ciudadanos como órganos de representación vecinal y de participación ciudadana en cada Delegación del Distrito

Federal, se efectuará mediante el voto libre, secreto y personal de los ciudadanos vecinos de la misma.

El contenido de los artículos 60 y 68 de dicha Ley, que establece el procedimiento para la designación de los integrantes de las fórmulas para Consejeros Ciudadanos. En este sentido, la Ley de Participación Ciudadana establece un procedimiento para la elección de los Consejeros Ciudadanos, de acuerdo con el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, los que integrarán 16 Consejos de Ciudadanos, que, tendrán entre otras funciones, las de avaluar, supervisar y aprobar los programas operativos anuales delegacionales.

Tomando en cuenta lo anterior, la acción de inconstitucionalidad se refiere precisamente a la acción de Consejeros Ciudadanos, para lo cual no tiene competencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que debe confirmarse el desechamiento.

Por otro lado, la reforma al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, en su artículo 123, párrafo cuarto, establece la participación de los partidos políticos con registro nacional en el proceso de integración de los Consejos Ciudadanos en lo relativo a la organización y vigilancia de la elección. La propia Ley de Participación Ciudadana en su artículo 42 establece la integración de un Comité Central que forma parte de la Comisión de Integración de los Consejos Ciudadanos, el cual está integrado, entre otros, por un representante de cada partido político. De esta manera no se viola lo establecido la Constitución por dicho ordenamiento, pues tanto el Estatuto de Gobierno como la Ley de Participación Ciudadana, le dan participación a los partidos políticos en el proceso de integración de los Consejos Ciudadanos, además señala se viola el artículo 41 de la Carta Magna, disposición que se refiere concretamente a elecciones federales y no a las que está regulando la multicitada Ley de Participación Ciudadana.

El Presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal presentó sus alegatos en los siguientes términos:

El recurso de reclamación presentado por integrantes de la Asamblea de Representantes debe resolverse en el mismo sentido que lo hizo el Ministro Instructor, ya que tratándose de acciones de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no está facultada para conocer de las mismas cuando se refieren a la materia electoral. Por lo que corresponde al desechamiento de la demanda el

Ministro procedió con estricto apego a la obligación que le impone la Ley Suprema, toda vez que el motivo de improcedencia es indudable para el caso que nos ocupa.

La competencia que en materia de participación ciudadana tiene la Asamblea de Representantes es la conferida expresamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Bajo este orden de ideas es importante destacar lo siguiente: primero, que es facultad de la Asamblea de Representantes legislar en materia de participación ciudadana y, segundo, que en ningún momento la Asamblea de Representantes del Distrito Federal está invadiendo la competencia del Congreso de la Unión para legislar en materia electoral, ya que es atribución expresa de aquella la expedición de la Ley multicitada, aunque su contenido sea de naturaleza electoral.

Lo anterior permite concluir que la propia Constitución prevé la expedición de una ley que norme la participación de los partidos políticos en el proceso de integración de los Consejos. Por lo que puede inferirse válidamente que la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal contiene diversas disposiciones de carácter electoral precisamente porque lo ordena, por una parte la Constitución, por la otra, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

A mayor abundamiento la Ley de Participación Ciudadana no priva a los partidos políticos con registro nacional de los derechos que le confiere la Constitución Federal para participar en el proceso de integración de los Consejos de Ciudadanos, sino que es precisamente la misma ley la que faculta para que participen en la organización y vigilancia de la elección.

En relación con el segundo agravio expresado por el recurrente, en el sentido de que se viola lo dispuesto por la Constitución Federal por no haber dado vista al Procurador General de la República con el escrito por el que se ejerció la acción de inconstitucionalidad, en opinión del Presidente de la Comisión resulta infundado, ya que dicha obligación se hace exigible cuando la demanda ha sido admitida y el Ministro Instructor ordena el inicio del procedimiento, lo que no aconteció en este caso porque fue desechada de plano por haber encontrado motivos manifiestos e indudables de improcedencia.

El Secretario de Gobernación presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación los alegatos que correspondían al Presidente de la República, por tal motivo expresó que el titular del Ejecutivo Federal se abstenía de argumentar sobre la competencia de la Supre-

ma Corte de Justicia de la Nación en materia electoral. Sin embargo, y para el evento de que ese Máximo Tribunal resuelva la procedencia de la acción intentada, en su debida oportunidad procesal se haría valer los argumentos para demostrar la constitucionalidad de la citada Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal y del acto de promulgación de la misma.

La representación de los Asambleístas demandantes presentó sus alegatos en dos grandes rubros: el primero relativo al significado de "materia electoral" para efectos constitucionales y, el segundo, en cuanto al fondo de la litis planteada.

En cuanto a la primera cuestión planteada, la representación común aseveró que los argumentos esgrimidos por las autoridades al rendir sus informes resultaban totalmente improcedentes. La materia electoral indiscutiblemente abarca el proceso electoral que incluye su organización, preparación de la elección, jornada electoral, resultados, y declaración de validez de las elecciones. El Código de Instituciones y Procedimientos Electorales, claramente preceptúa lo que es la materia electoral, además de establecer que los actos de impugnación en todo el proceso electoral está a cargo de diversos órganos con jurisdicción plena para decidir y calificar las elecciones correspondientes. Precisamente, por razón de que la propia Constitución y su Ley reglamentaria tienen instituidas las instancias y los órganos competentes para conocer de toda la materia electoral, es que esa H. Suprema Corte de Justicia de la Nación no interviene en ese ámbito.

Si se hubiera dotado a esa Suprema Corte de facultades para conocer mediante la acción de inconstitucionalidad sobre la materia electoral, se hubieran presentado contradicciones entre preceptos constitucionales. En el caso que nos ocupa el derecho conculcado no es materia propiamente electoral que correspondería resolver a los órganos competentes previstos en la Constitución y en su Ley reglamentaria; se trata de un derecho previo, elevado a un rango constitucional, que naturalmente incide en un proceso electoral, pero que atento a la estructura de nuestra Constitución y los medios de control constitucional, rebasa el ámbito de competencia de los órganos constituidos que conocen el proceso electoral en sí mismo.

En otras palabras, de nada serviría una norma constitucional que proclame u otorgue un derecho subjetivo público, cualquiera que sea su contenido, sea de libertad, seguridad jurídica o política, si no se prevé en la propia Constitución el mecanismo o instrumento para res-

tablecer o revertir el derecho conculcado o violado. Es evidente e inquestionable que compete a esa H. Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerlos para que no queden las normas constitucionales en un mero postulado o quimera sin eficacia.

El derecho conculcado sólo puede ser reivindicado a través de la acción de inconstitucionalidad, pues de lo contrario se estaría aceptando que subsista una norma contraria a la Constitución y, lo más grave, se eliminaría la posibilidad de que se dé oportunidad al accionante para que el Máximo Tribunal de Justicia se pronuncie sobre el particular.

### 3b) Opinión presentada por el Procurador General de la República

Con base en las nuevas atribuciones constitucionales que se confieren al Procurador General de la República, a las que ya nos hemos referido, éste presentó su opinión en el sentido de solicitar la procedencia de la demanda, pues el impedimento que inmemorialmente ha limitado a la Corte para conocer de asuntos de índole electoral y que permanece en sus nuevas funciones de Corte controladora de constitucionalidad, debía ser delimitado por la misma definiendo lo que ha de entenderse, para los efectos de su competencia, como materia electoral.

En un análisis del contenido de las normas generales que se impugnaron, concluyó que las mismas revisten un contenido intrínsecamente político y no meramente electoral. Adujo que los derechos políticos deben diferenciarse de los electorales, como derechos ciudadanos pre-existentes a la materia electoral y elevados a nivel constitucional. El derecho político que en concreto se alega como violentado es precisamente el de los ciudadanos para votar y ser votados, mismo que se traduce en la actividad de los partidos políticos, la cual está prevista en el artículo 41 constitucional que los considera como entes de interés público que tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, *hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público*.

El Procurador General de la República se manifestó por la admisión de dicho recurso de reclamación ya que era condición indispensable para la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisar el alcance que la expresión "materia electoral" debería tener en relación

con el primer párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional. El término en cuestión no es unívoco, claro o preciso y por lo tanto no se puede desechar por notoriamente improcedente una demanda con base en algo que no se sabe con precisión cuándo se aplica y cuándo no, especialmente cuando la Suprema Corte no ha fijado un criterio preciso y constante durante los 78 años de vigencia de la Constitución.

El Procurador esbozó una definición, y en tal sentido estimó en un primer momento que por "materia electoral" debía entenderse, para los efectos del artículo 105 constitucional, *las normas y actos que regulan los procedimientos mediante los cuales el pueblo, en ejercicio de su soberanía, lleva a cabo la elección, nombramiento o designación de las personas que van a constituir los poderes públicos que la Constitución señala, es decir, el ejecutivo, el legislativo, y, en su caso, el judicial*. En consecuencia, la Corte estaría impedida de conocer la calificación de elecciones para los poderes públicos, sin embargo, sí puede conocer de la inconstitucionalidad de leyes y actos que vulneran los derechos políticos de los ciudadanos o de las asociaciones y los partidos políticos, pues estos derechos no se refieren estrictamente a la materia electoral.

La opinión del Procurador se orientó en los siguientes puntos básicos:

*Primero*. La Suprema Corte resolvió desechar por notoria improcedencia un asunto que consideró de materia electoral, sin entrar al estudio y determinación de aquello que debe ser considerado como materia electoral, lo que evidentemente es una petición de principio. En tal sentido agregó:

A) No toda cuestión electoral está vedada del conocimiento de la Suprema Corte. Esto se demuestra observando el texto del artículo 97, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que faculta a dicho órgano para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de algunos de los Poderes de la Unión. Esta última parte fue agregada a partir del 6 de diciembre de 1977, pero ya desde 1917, la Suprema Corte de Justicia de la Nación poseía la facultad para conocer, a través de un procedimiento investigador, de las posibles violaciones al voto públi-



co. Resulta entonces que la Suprema Corte no ha estado ni está excluida de conocer de toda controversia que verse sobre materia electoral.

Las atribuciones que le asigna el artículo 97 son de orden eminentemente político constitucional, pero tienen características distintas de las que señalan las demás facultades o atribuciones de este alto tribunal. Esta simple facultad de averiguación es distinta de la facultad de decisión que tiene en los demás casos, lo que demuestra que el Constituyente quiso que la Suprema Corte en su carácter de Poder Político y de entidad política, no permaneciera ajena a ninguna de estas tres cosas: garantías individuales, voto público, delitos penados por ley federal.

La Suprema Corte de Justicia ha conocido y se ha pronunciado en diversos asuntos relativos a cuestiones electorales, por lo que es importante ahora más que nunca, distinguir el ámbito de su competencia en esta materia e interpretar detalladamente cuáles son las disposiciones legales respecto de cuya inconstitucionalidad no puede conocer por referirse "a la materia electoral".

B) Aún con las facultades que la Suprema Corte ha tenido en materia del juicio de amparo, en repetidas ocasiones ha declarado que puede conocer de asuntos en materia electoral, cuando en el curso de los mismos se vulneren las garantías individuales y no desechar de plano su competencia. Para tal efecto se citaron diversas tesis jurisprudenciales.

C) El Poder Judicial Federal de igual forma se pronunció anteriormente a la reforma de 1994, en el sentido de que no podía conocer de derechos políticos, sino que únicamente podía conocer de cuestiones relativas a la violación de garantías individuales, al efecto también citó el Procurador diversas tesis jurisprudenciales.

Sin embargo, en opinión del Procurador General de la República, a partir de la reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994, la Corte puede conocer de derechos políticos, por tanto es necesario distinguir entre la tradicional competencia de la Suprema Corte de Justicia, en la cual se abocaba exclusivamente al conocimiento y salvaguarda de las garantías individuales a través del juicio de amparo, y la nueva facultad a efecto de determinar la constitucionalidad de los ordenamientos legales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer de asuntos donde se salvaguarden los derechos políticos consa-

grados por la Constitución, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los órganos representativos por los que el pueblo ejerce su soberanía son entidades políticas. De igual forma, es indudable que la Suprema Corte constituye también un poder político que desempeña funciones judiciales: la supremacía constitucional es así un principio no meramente jurídico, sino político-constitucional, de carácter fundamental para el Estado mexicano.

D) Es falso que todo lo relativo al voto o al sufragio sea un asunto electoral, ya que de aceptarse tal tesis, la Suprema Corte de Justicia, estaría imposibilitada de conocer, por ejemplo, de las siguientes cuestiones:

a) Respecto de leyes secundarias que inconstitucionalmente restringieran la universalidad del sufragio, por razones o motivos de raza, credo, clase social, posición económica o nivel educativo.

b) Por otra parte, por estar sujetos a votaciones, tampoco podría conocer la Suprema Corte de asuntos relativos a la constitucionalidad en la aplicación u observancia del procedimiento legislativo previsto en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni de la constitucionalidad de los ordenamientos legales, cuya negación no se apegare a tales disposiciones.

c) Respecto de amparos relacionados con la legalidad de la elección en las asambleas celebradas por las sociedades mercantiles, que regulan los artículos del 181 al 190 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

d) Respecto de la elección de dirigentes sindicales que se prevén en la Ley Federal del Trabajo, artículos 359 y 371.

e) De las elecciones celebradas por las Asociaciones y Sociedades Civiles, contempladas en los artículos 2670 a 2735 del Código Civil para el Distrito Federal, entre otras.

En conclusión, es evidente que el sufragio es uno de los elementos de la materia electoral, mas sin embargo, no todo lo que tiene que ver con el derecho al sufragio es materia de incompetencia para la Suprema Corte de Justicia. De ser así, tendría que afirmarse también, por ejemplo, que son electorales las formas de participación política y ciudadana de la democracia directa que en otros países se conocen como referéndum y plebiscito.

Segundo. De la simple lectura del artículo 122 de la Constitución, se observa que la Asamblea de Representantes del Distrito Federal no tiene facultades para legislar en materia electoral. Sin embargo, se

desechó la demanda por referirse a la materia electoral, aun tratándose de un acto que por su naturaleza no está facultada para emitir la Asamblea de Representantes.

Es necesario señalar que la regulación de todos los aspectos electorales del Distrito Federal quedan reservados al Congreso de la Unión, en tanto que la Asamblea de Representantes sí tiene facultades para emitir leyes en materia de participación ciudadana.

Las competencias consignadas en la Constitución, en lo referente a los Consejeros Ciudadanos, que establece el artículo 122, fracción I, inciso e), consisten en la "...gestión, supervisión, evaluación y, en su caso, consulta o aprobación, de aquéllos programas de la administración pública del Distrito Federal, que para las demarcaciones determinen las leyes correspondientes".

Dada la descripción de su funcionamiento, los Consejos Ciudadanos no podrán ejercer actos de autoridad y, por lo tanto, no se trata de la constitución de poderes públicos, sino de órganos de participación ciudadana.

Por lo anterior, se concluye que no podía calificarse el caso concreto como notoriamente improcedente por ser relativo a la materia electoral, ya que el concepto electoral que prevé la Constitución, *no ha sido definido* para los efectos del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en consecuencia, la Corte está obligada a fijar los criterios de su competencia.

*Tercero.* Al desechar por notoria improcedencia la acción intentada, por considerarla de materia electoral, se eliminó toda posibilidad de encontrar la defensa constitucional en materia de legislación de participación ciudadana.

El Poder Judicial de la Federación ha considerado jurisprudencialmente que por notoria improcedencia deben entenderse los motivos manifiestos e indudables de improcedencia que afectan a la demanda; deben ser evidentes por sí mismos, o sea, que sin ulterior comprobación o demostración, surjan a la vista. De no ser así, lo conducente es admitir y tramitar la demanda, a fin de estudiar debidamente esas cuestiones, dando oportunidad a las partes para que rindan los elementos de convicción relacionados con aquélla, para que en su oportunidad se dicte la resolución que corresponda. Estos criterios, aunque fueron establecidos tratándose de juicios de garantías, son igualmente aplicables a la acción de inconstitucionalidad.

La causal de improcedencia invocada por el Ministro Instructor, no tenía un carácter evidente por sí misma; sino que debía estudiarse con mayores elementos de convicción que las propias partes aportaran y, si en su momento, de ese estudio apareciere la existencia de alguna causa de improcedencia, declarar la misma y evitar de esa manera que se causen perjuicios irreparables a las partes y en última instancia, por tratarse de una acción de inconstitucionalidad, a la sociedad misma.

*Cuarto.* Existen ordenamientos que aunque incidan en materia electoral y respecto de los cuales la Constitución no haya establecido el mecanismo o instrumento para protegerlos compete a la Suprema Corte de Justicia conocerlos, y el caso en concreto sólo puede ser dilucidado a través de la acción de inconstitucionalidad.

Nos podemos llegar a encontrar ante la existencia de un derecho previo, que como condición *sine qua non* es anterior a toda la materia electoral procedimental, y que consiste, en uno de sus aspectos, en el derecho subjetivo público de los partidos políticos de postular candidatos para la elección de consejeros ciudadanos y, en otro, en el derecho subjetivo público de los ciudadanos miembros de los partidos políticos a ser postulados como tales candidatos.

Indudablemente corresponde a la Suprema Corte de Justicia establecer la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de un ordenamiento legal que pudiese atentar contra dicho derecho previo y, por ello, contra el espíritu de los artículos 35, 41 y 122, fracción I, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Corte debe determinar la constitucionalidad de una norma que no encuadra en lo meramente electoral, así se encuentre relacionada con esta materia, pero que sí tiene que ver con los derechos políticos y con la esencia misma de la institución constitucional que son los partidos políticos y tiene que ver también con los derechos políticos de los ciudadanos.

Se trata de salvaguardar, incluso, los derechos individuales ciudadanos, que se ejercen a través de la participación de los partidos políticos, que preexisten a todo proceso electoral y que están legitimados constitucionalmente.

El conocimiento de los conflictos meramente electorales está reservado a la autoridad competente, que se pronuncia respecto de la legalidad de los procedimientos que actualizan los principios de representación popular. Sin embargo, el artículo 35 constitucional fracción III,

establece que son prerrogativas de todo ciudadano: "Asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país".

Por ello es importante señalar que, si bien pudiera parecer en un primer análisis que el fondo del asunto pudiera ser de naturaleza electoral, también es cierto que al desechar la demanda, por notoria improcedencia, se estaría violentando el precepto anterior, ya que en el caso nos encontramos ante la existencia de un derecho político-constitucional, que no es procedimental ni de naturaleza eminentemente electoral. Por tanto resulta necesario analizar el fondo de la cuestión planteada.

Por las razones expuestas el Procurador General de la República solicitó al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, revocar el auto por el cual se desechó por notoria improcedencia la acción de inconstitucionalidad.

### 3c) Resolución del recurso

A la vista de las consideraciones vertidas por las partes en el litigio de acción de inconstitucionalidad y tomando como base el proyecto presentado por el Ministro Díaz Romero, con fecha 4 de septiembre de 1995, el Pleno de la Corte declaró por unanimidad de once votos (es decir, incluso con el voto emitido por el ministro Castro y Castro quien, como ya se dijo, había desechado la demanda por notoria improcedencia. Con esto, don Juventino demostró su alta calidad como juzgador) que no existía la aludida plena improcedencia con que se había calificado *in limine litis* a la promoción de la acción de inconstitucionalidad de las normas previstas en la Ley de Participación Ciudadana, por lo que se dio entrada a la demanda.

### 4. Admisión de la demanda y notificación a las partes

Una vez admitida la demanda y devueltos los autos al Ministro Instructor Castro y Castro, se notificó con copia de la misma a las partes demandadas con fecha 11 de septiembre de 1995; asimismo se dio vista al Procurador General de la República a fin de formular la opinión el pedimento correspondiente, en los términos del artículo 66 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como resul-

tado de las notificaciones referidas rindieron los informes correspondientes la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Presidente de la República y el Jefe del Distrito Federal, como autoridades legislativa y promulgadoras de la ley impugnada en la acción de inconstitucionalidad.

### 4a) Opiniones de las partes

A continuación se presenta una síntesis de los informes rendidos por las autoridades demandadas.

El Jefe del Departamento del Distrito Federal presentó su informe solicitando el sobreseimiento de la acción, reiterando la opinión vertida con motivo del recurso de reclamación sobre el contenido electoral de la Ley, al señalar que su propósito normativo es la "elección" de los Consejeros Ciudadanos.

Ofreció argumentos para desvirtuar las pretensiones de la parte actora y sostener la constitucionalidad de los preceptos materia de la *litis* indicando que:

1. La base constitucional para legislar en materia de elección de consejeros ciudadanos es el artículo 122, fracción I, inciso e) y fracción IV, inciso g), de la Constitución Federal.

2. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal en su artículo 123, cuarto párrafo, establece:

"Los partidos políticos con registro nacional participarán en el proceso de integración de los Consejos de Ciudadanos en lo relativo a la organización y vigilancia de la elección, en los términos que disponga la ley que dicte la Asamblea de Representantes del Distrito Federal".

3. La discusión y aprobación de la Ley estuvieron ajustadas al marco legal, por lo que el proceso legislativo es válido.

4. La reforma al Estatuto de Gobierno no fue impugnada, en consecuencia se trata de un acto consentido y consumado. La demanda de acción de inconstitucionalidad es improcedente porque para ello era necesario que se hubiera atacado de inconstitucionalidad previamente al Estatuto, pues la Ley de Participación Ciudadano es un acto derivado de éste. Se trata de un acto derivado de un acto consentido.

5. En caso de que se considerase a la Ley de Participación Ciudadana de contenido "no electoral", la contradicción se suscitara entre la misma y la Constitución Federal, pero no respecto del Estatuto que, además insiste, no fue impugnado.

La declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de Participación Ciudadana conllevaría la del Estatuto y esa hipótesis no se presentó en la *litis*.

6. La Ley de Participación Ciudadana, según el Jefe del Departamento del Distrito Federal, no contraviene a la Constitución, y guarda conformidad con el artículo 41 de la misma, ya que la naturaleza de los Consejos Ciudadanos no se dirige a la obtención del poder público, son sólo una instancia de representación vecinal y de participación ciudadana. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal en sus artículos 129 y 130 establece la competencia de los consejeros y el 131 sus limitaciones.

7. Por disposición de la Constitución, la Ley secundaria determinará la participación de los partidos en la elección de los Consejeros Ciudadanos, los términos y condiciones en que se llevará a cabo, e inclusive su financiamiento. En la Ley sí se reconoce participación a los partidos políticos, pero no se les otorga el derecho a postular candidatos, de conformidad con el Estatuto de Gobierno. Además, los partidos políticos participan en la integración del Comité Central y del Comité Delegacional. Como se trata de órganos ciudadanos, no procede que exista contienda electoral entre los partidos. Los Consejeros Ciudadanos deben ser electos por los vecinos a los que van a representar, pues el Consejo Ciudadano es un órgano que se ocupará de los problemas que correspondería atender propiamente al Municipio en las entidades federativas.

8. La Ley no contraría el fin de los partidos políticos, pero en este caso el legislador prefirió un contacto directo entre el candidato y los ciudadanos. La Ley de Participación Ciudadana reconoce a los partidos como entidades de interés público, sus objetivos, fines y prerrogativas fundamentales, así como el pluralismo político. Lo establecido en los artículos 60 al 68 de la Ley de Participación Ciudadana es congruente con el artículo 123 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, pues se establece la participación de los partidos en los términos del Estatuto y ha sido emitida por el órgano competente.

9. La Ley se ocupa del establecimiento de órganos de colaboración vecinal, cuyos fines son distintos de los que orientan a los partidos políticos. Además, los Consejos Ciudadanos no son órganos de gobierno del Distrito Federal. El artículo 41 de la Constitución señala como fin de los partidos políticos hacer posible el acceso de los ciuda-

danos al ejercicio del poder político para postular candidatos, pero no para postular ciudadanos.

10. La Ley no impide a los partidos políticos participar en la liza para la elección de Consejeros Ciudadanos, sólo que no lo hacen a partir de la postulación de candidatos. Los partidos no impugnaron el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, y por otro lado quienes impugnan la Ley son Asambleístas y no los partidos, por lo que se está actuando sin legitimación procesal, ya que no existe interés legítimo de los asambleístas. Si algún derecho se hubiera violentado sería el de los partidos políticos, quienes en su caso deberían haber intentado la acción.

11. La Ley de Participación Ciudadana se ajusta al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, que no ha sido impugnado como inconstitucional, y sí regula la participación de los partidos políticos en la integración de Consejos.

12. No existe violación al artículo 41 constitucional, pues dejar de postular ciudadanos como candidatos no contradice dicho precepto. En realidad, la demanda se trata de una *sine actione agis*.

El Secretario de Gobernación, en representación del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, presentó un informe por el que alegó la improcedencia de las pretensiones de los actores, conforme a los siguientes puntos:

1. El acto que se imputa al Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos consiste en la promulgación de la Ley de Participación Ciudadana, específicamente los artículos del 60 al 68 y 71 que impugna la parte actora. Manifiesta que tal promulgación está apegada a derecho y a la Constitución, y tuvo el refrendo del Jefe del Departamento del Distrito Federal. Se trata de una ley que tuvo un proceso legislativo local debido y que no transgrede el contenido de los artículos 41 y 122 constitucionales.

2. Los partidos políticos sí participan en el proceso de integración de los Consejos Ciudadanos, esto es a través de la Comisión de Integración de los Consejos de Ciudadanos, que funciona con un Comité Central y un Comité para cada Delegación del Distrito Federal, dichos comités se integran, entre otros, con un representante de cada partido político con registro nacional. Los partidos políticos también pueden acreditar representantes ante las Mesas Directivas de Casilla, para participar en la recepción y conteo de la votación, y pueden hacer

observaciones sobre los incidentes que se suscitaren durante la jornada electoral.

3. No se violenta el artículo 122, fracción I, inciso e) de la Constitución, pues dicho precepto no establece que los miembros de los partidos políticos con registro nacional deban formar parte de los consejos ciudadanos, ya que el Consejo es un órgano de representación vecinal y de participación ciudadana, que se integrará por candidatos electos por el voto libre, secreto y personal de los vecinos en su demarcación territorial. El Secretario de Gobernación indica que se está confundiendo el derecho constitucional de postular candidatos a puestos de elección popular, con el derecho constitucional de los ciudadanos del Distrito Federal para integrar los consejos ciudadanos.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales regula una materia diferente a la contenida en la Ley de Participación Ciudadana, aquél se refiere al derecho de los miembros de los partidos para participar en las elecciones de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión, así como de la Asamblea de Representantes. Esta Ley de Participación Ciudadana regula la intervención de todo ciudadano interesado en resolver los problemas de su comunidad, y quien haya cumplido con los requisitos establecidos en la propia Ley, será candidato para integrar un consejo ciudadano. Concluye el Secretario de Gobernación con el corolario de que los consejos no son órganos que integran la representación nacional, ni son órganos que ejercerán el Poder Público.

La Presidenta de la Mesa Directiva de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, rindió su informe en los siguientes términos:

1. Solicitó el sobreseimiento de la acción en virtud de que se actualiza la causal de improcedencia consistente en que la materia de que se trata es electoral, y que está contenida en la fracción II del artículo 105 constitucional, en cuanto la Ley de Participación Ciudadana regula diversos aspectos relacionados con la elección de consejeros ciudadanos, entre los que destacan los relativos a las fórmulas a través de las cuales serán electos quienes aspiran a ser consejeros ciudadanos y las etapas que comprende el registro de las fórmulas de candidatos, así como las características de la propaganda que podrán utilizar los candidatos registrados en sus actos de proselitismo.

2. La Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal establece las reglas que en la elección de los miembros de los Consejos Ciudadanos deberán seguirse, y que son de naturaleza electoral, te-

niendo su origen en la propia Constitución, cuando ordena en el inciso e) de la fracción I de su artículo 122, como contenido del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, la determinación de "Las bases para la integración, *por medio de elección directa* en cada demarcación territorial, de un Consejo de Ciudadanos...".

La elección directa como medio para la integración de los Consejos Ciudadanos, es la base para afirmar que tal integración tiene un carácter meramente electoral, legitimado en la Constitución y en el Estatuto de Gobierno.

3. La materia electoral que no le es atribuida al órgano local con facultades legislativas en el Distrito Federal es evidentemente la del ámbito federal, esto es, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal no puede expedir las normas para su proceso electoral, sino que ello compete al Congreso de la Unión, pero sí puede legislar en la materia electoral tocante al proceso de integración de los consejos ciudadanos. Este argumento lo fundamenta la Asamblea de Representantes del Distrito Federal en la fracción IV, inciso g) del artículo 122 constitucional.

4. La Asamblea de Representantes afirma que es errónea la afirmación de la actora en el sentido de que el registro de candidatos es un acto previo al proceso electoral; haciendo un símil con el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en que se considera como parte del proceso electoral a los actos preparatorios de la elección, al igual que a las campañas electorales, a los procedimientos para la integración y ubicación de las mesas directivas de casilla, al registro de representantes y a la documentación. El propio artículo 39 de la Ley de Participación Ciudadana regula dentro del proceso de integración de los Consejos de Ciudadanos la solicitud de registro de fórmulas de candidatos y el registro mismo.

5. La materia electoral engloba, en opinión de la Presidenta de la Mesa Directiva de la Asamblea del Distrito Federal, las siguientes funciones:

- a) Legitimación del sistema político y del gobierno, de un partido o alianza de partidos o candidato independiente.
- b) Expresión de confianza en personas y/o partidos.
- c) Representación de opiniones e intereses electorales.
- d) Ajuste de las instituciones políticas a las preferencias del electorado.

- e) Movilización del electorado en torno a valores sociales, metas y programas.
- f) Canalización de conflictos mediante procedimientos pacíficos.
- g) Concientización política de la población mediante la explicación del problema y exposición de alternativas.
- h) Integración de la pluralidad social.

6. Los puntos primordiales de la materia electoral, se concluye, son precisamente los señalamientos constitucionales sobre: uno, el proceso de elección para la legalidad y legitimidad política, y dos, el órgano objeto de la elección.

4b) Opinión del Procurador General de la República respecto del fondo del asunto y sobre la defensa de los derechos políticos.

La opinión y pedimento del Procurador General de la República respecto de la demanda fue congruente con su primera posición. Se dio vista al mismo servidor público con los informes correspondientes a las autoridades legisladoras y promulgadoras de la Ley de Participación Ciudadana. Se trataba de un asunto en que convergían diversos puntos a discusión, pero existían dos puntos principales: en primer lugar, se discutió la procedencia o no de la acción de inconstitucionalidad, pues este rubro debe tratarse en todo caso y sobre todo como de previo y especial pronunciamiento respecto del fondo del asunto; en segundo lugar se trató la constitucionalidad o no de las normas materia de la acción planteada.

El escrito fue dividido en dos grandes rubros. En la primera parte se refiere a los antecedentes del litigio, a saber, contenido de la demanda y alegatos presentados por la parte demandada; en seguida realiza un análisis sobre las similitudes existentes entre la Asamblea de representantes cuando fue creada y los Consejeros Ciudadanos para concluir que en el primer caso, a pesar de los elementos comunes, sí se dio participación plena a los partidos políticos; como siguiente punto se refirió a las funciones y la importancia de los partidos políticos en México; la diferencia entre los derechos políticos y los propiamente electorales ocupan una parte importante del análisis de este apartado, sobre todo si se considera que esa distinción es total para la comprensión de la demanda; por último, en esta primera parte se intenta hacer una definición sobre lo que debe entenderse por "materia electoral" y su contenido.

La segunda parte tuvo el propósito de fortalecer los argumentos esgrimidos y anteriormente señalados. En tal virtud, se realizó un aná-

lisis sobre el principio de la supremacía constitucional, sobre la representación popular y los cuerpos colegiados en los que ella recae, todo ello en relación con la evolución política de los Estados Unidos Mexicanos, y finalmente sobre la defensa constitucional de los derechos políticos de los mexicanos.

Con base en las argumentaciones señaladas, el Procurador General de la República solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación declarar inconstitucionales y consecuentemente nulas e inválidas las disposiciones contenidas en las Secciones Tercera y Cuarta, que comprenden los artículos 60 al 68 y 71 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal.

A continuación se presentan los argumentos más sobresalientes:

1. La Asamblea de Representantes del Distrito Federal, es la institución política destinada a concretar la democracia participativa en el Distrito Federal. Fue creada para construir una instancia válida de participación popular en las decisiones de gobierno de la ciudad; para discutir y analizar sus problemas; reglamentar todos los aspectos de la vida cotidiana en el Distrito Federal y buscar, por la vía del señalamiento de prioridades presupuestales y de la actividad directa de la Asamblea, la solución a los problemas propios de una ciudad con las características y la importancia de la de México.

El Dictamen de las Comisiones de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal, de la Cámara de Diputados, al proponer la creación de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, y refiriéndose al contexto en que la misma se creaba, indicó: "A partir de su evolución histórica, el Distrito Federal es una institución propia del sistema federal mexicano y se distingue del resto de las unidades que lo integran. Mientras que los Estados se caracterizan por contar con autoridades propias electas por su ciudadanía, así como por estar dotados de autonomía constitucional, el Distrito Federal no es una entidad autónoma. Está sometido a la jurisdicción directa de la Federación. Su gobierno incumbe en conjunto a la Federación y no solamente a las personas que lo habitan, por ello, los órganos de gobierno del Distrito Federal son los del conjunto de la Unión, poderes que cumplen la doble función de gobernar a la Federación y al Distrito Federal, en su carácter de sede de los poderes federales".

El Dictamen en cita, propuso dentro de las facultades de la Asamblea, la de la supervisión permanente de los programas de obras y prestaciones de servicios encomendados a las autoridades administra-

tivas de la capital, como "...función específica de este nuevo órgano de participación ciudadana...".

La Asamblea de Representantes del Distrito Federal nació con las mismas características de los Consejos de Ciudadanos, como un órgano de participación ciudadana; ahora bien, hasta hoy, ese órgano ha estado integrado por representantes de la ciudadanía propuestos siempre por los partidos políticos. Incluso fueron denominados como "representantes" y no como "diputados" los funcionarios que integran la Asamblea, pues la naturaleza de la misma emana de una vinculación directa con la ciudadanía ciudadana, que conociera de los problemas más íntimos y palpables que le son inherentes. No hubo objeción para que estos representantes fueran siempre propuestos por los Partidos Políticos, pues estuvo y sigue estando reconocido el propósito de los mismos de establecer planes y programas propositivos de reforma social, económica y política.

Se consideró importante establecer que las elecciones de los representantes de la Asamblea del Distrito Federal se regirían, en lo conducente, por las normas electorales federales contenidas en la Constitución y en el entonces Código Federal Electoral. Lo anterior, en función del carácter federal de la Asamblea y de la elección que le sirve de origen. En consecuencia toda elección que se efectúe en el Distrito Federal, tiene que ser regida por la legislación electoral federal, pues el Distrito Federal es un territorio federal, por ser sede de los poderes federales y por no haber pasado a constituirse en un Estado más, al menos hasta ahora, a pesar de que esa transformación ha estado prevista en nuestras Leyes Fundamentales de 1857 y de 1917. Por lo tanto, la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, no puede tocar rubros de materia electoral, pues la misma está conferida exclusivamente al ámbito federal.

Los Consejos Ciudadanos nacen ahora con facultades similares a aquellas con las que nació la Asamblea de Representantes, no se explica el por qué ahora se veda a los partidos el derecho de participar en un aspecto importante de la vida nacional. La Ley de Participación Ciudadana se emite gracias a las nuevas y ampliadas facultades de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, específicamente en lo dispuesto por el artículo 122, fracción I, incisos e) y g).

La Ley de Participación Ciudadana debe prever la participación efectiva de los partidos políticos con registro nacional en el proceso de integración de los consejos ciudadanos, pues existe claridad del

texto constitucional cuando afirma la participación de los partidos políticos en el proceso de integración de los Consejos Ciudadanos, el cual, por imperativo constitucional ha de llevarse a cabo precisa y únicamente por medio de elección directa.

El artículo 36 de la Ley de Participación Ciudadana, al establecer los requisitos para ser miembro de los Consejos, no hace referencia a ninguna condición partidaria política, por su parte el artículo 42, al referirse al Comité Central, como órgano encargado de la organización y vigilancia de la elección de Consejeros, indica que la integración del mismo será por:

*"I. Seis ciudadanos con voz y voto, designados por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, de una propuesta de dieciocho personas que le presente el Jefe del Distrito Federal. La designación requerirá la aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. En caso de no alcanzarse esa mayoría se realizará una insaculación del total de las personas propuestas a efecto de designar a los propietarios y suplentes.*

*II. Cuatro miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, designados por la misma, con voz y voto.*

*III. Un representante del gobierno del Distrito Federal, con voz y voto; y*

*IV. Un representante de cada partido político con registro nacional, con voz pero sin voto...".*

Así, es una mayoría parlamentaria local la que designa a los seis ciudadanos que en el Comité Central tendrán voz y voto, lo que puede implicar una inequidad en las tendencias partidistas que estos podrían tener.

Por otro lado el artículo 45, en sus fracciones IV y V, indica que los ciudadanos referidos no deberán desempeñar o haber desempeñado cargo de elección popular, ni haber sido postulados como candidatos; así como no ser o haber sido dirigentes nacionales, estatales o municipales de algún partido político, en los tres años anteriores al de su designación, y la fracción IV del artículo 42, establece que los representantes de los partidos ante el Comité Central tienen voz, pero no voto.

Análogamente, el artículo 43, al referirse a la integración de los Comités Delegacionales, indica en su fracción II la participación de un representante de cada partido político con registro nacional, con voz

pero sin voto, así como de seis ciudadanos con voz y voto designados por el Comité Central, sin detallar el procedimiento de elección de los mismos.

En el artículo 71, al referirse a los actos de proselitismo, se establece que en la propaganda de los candidatos no podrán utilizarse emblemas, frases, leyendas ni colores de partido político alguno.

Por tanto, la Ley de Participación Ciudadana soslaya la actuación de los partidos políticos en la integración de los Consejos Ciudadanos, atentando contra el texto del artículo 122, fracción I, inciso e), constitucional; sin embargo, no impide esa actuación en las diversas instancias de participación ciudadana, lo cual resulta ciertamente inconsistente.

Del análisis de las funciones es posible deducir que las facultades de los Consejos Ciudadanos no tienen un carácter vinculatorio, pero sí poseen el carácter de órgano de representación popular, calidad reiterada por el artículo 35 de la Ley de Participación Ciudadana.

2. El desarrollo político de México ha requerido y aún requiere que el sistema de partidos sea un elemento de conjugación orgánica de las fuerzas políticas que en el transcurso de nuestra vida nacional vayan articulándose al todo y a éste sirvan. A partir de 1977, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció las bases para la creación de un sistema plural de partidos políticos, permitiendo el acceso institucional a fuerzas políticas que antes actuaban en el anonimato o en la clandestinidad, garantizándoles un mínimo de elementos indispensables para su desarrollo. Es así como el artículo 41 plasma a nivel constitucional la naturaleza, fines, derechos y prerrogativas de los partidos políticos.

El primer párrafo del artículo 41 recoge y amplía las tesis de la soberanía popular, del régimen representativo y del sistema federal, previstas en los artículos 39 y 40 constitucionales, partiendo de la base de que el pueblo es el único titular de la soberanía. Con la reforma política de 1977 se incorpora plenamente el partido político al derecho constitucional mexicano, auspiciando la configuración de un auténtico sistema de partidos. Es así como en el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución se establece expresamente que los partidos políticos son entidades de interés público y que la ley determinará las formas específicas de su intervención electoral. El carácter de interés público que se les otorga a los partidos políticos resulta de capital importancia porque implica la obligación del Estado de asegurarles las

condiciones indispensables para que se desarrollen. En efecto, es obligación del Estado fortalecer e impulsar a esas organizaciones, no para crear un pluralismo ficticio, sino, por el contrario, para que respetemos y hagamos valer nuestra conformación plural.

En este sentido, estamos ante un problema de conculcación a la categoría constitucional que se ha otorgado a los partidos políticos en el derecho mexicano, pues al dejar de reconocer su participación efectiva, es decir su capacidad para proponer candidatos a Consejeros Ciudadanos en el Distrito Federal, no sólo se violentan las disposiciones constitucionales relativas al Distrito Federal, sino las que conciernen a los fines de los partidos políticos, sus prerrogativas, sus más altos orígenes y consecuencias.

La participación de los partidos políticos, natural en la vida democrática en todo Estado de Derecho, no tiene por qué ser marginada en el Distrito Federal, pues por su función, en opinión de los analistas del tema, está interrelacionada con la sociedad y el gobierno, mediante la representación y el ejercicio del poder.

Los Consejos Ciudadanos no deben ser sino el reflejo de la participación efectiva del pueblo en la vida democrática, son medio para lograr la integración de dicha vida y la coadyuvancia con las autoridades administrativas para el buen gobierno de la ciudad. Además éstas se integrarán mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. No existe entonces razón alguna para que los partidos queden disminuidos ante la integración de los Consejos Ciudadanos, pues esta institución será un medio efectivo para el logro de los fines de los partidos políticos, que como organizaciones ciudadanas, tienen la prerrogativa constitucional de llegar a obtener la representatividad y actualizar los programas y principios que postulan.

3. Un punto crucial es la naturaleza de los derechos que se violentan con la exclusión que se ha hecho para que los partidos políticos no puedan proponer candidatos para llegar a ser Consejeros Ciudadanos.

En opinión del Procurador los derechos que se violentan son los políticos, *sin confundirlos con los electorales*; es decir, los ciudadanos de la República, y específicamente, los ciudadanos del Distrito Federal, tienen prerrogativas y obligaciones reconocidas constitucionalmente en los artículos 35 y 36 de la Ley Fundamental, al siguiente tenor:

Los derechos políticos son verdaderas funciones públicas en la mayor parte de los Estados, donde al mismo tiempo que el aspecto de



derecho, tienen el deber u obligación. Así, los derechos al sufragio y a la opción a cargos públicos se pueden apreciar como deberes; en muchas legislaciones positivas, de acuerdo con este modo de juzgar, no sólo se consideran como deberes políticos los de auxiliar a la administración pública desempeñando determinados cargos, y a la administración de justicia actuando como jurado, sino que se impone como obligatorio el sufragio, como ocurre en nuestro país.

Con la exclusión que se ha hecho al soslayar la posibilidad de los partidos políticos para proponer a los integrantes de los Consejos Ciudadanos, se violentan tanto las prerrogativas de los partidos políticos con registro nacional, como las prerrogativas ciudadanas en general, pues se imposibilita que el sufragio sea emitido no sólo de manera universal y secreta, sino con el conocimiento de que quienes son postulantes abanderan ideologías y programas bien delimitados; es decir, los ciudadanos del Distrito Federal no pueden quedar vedados de emitir un voto transparente y consciente de las consecuencias del mismo. El ciudadano debe conocer las propuestas y perspectivas del representante que elegirá mediante el ejercicio de su derecho de sufragio, y, efectivamente, los Partidos Políticos nacieron como una institución permanente, comprometida con la vida democrática y con la participación popular en la misma.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 41, párrafo tercero, señala que el sufragio es universal, libre, secreto y directo. La característica de la "universalidad", atañe propiamente a la titularidad del sufragio, que en México está reservada única y exclusivamente a los ciudadanos mexicanos, así que se trata paradójicamente de una "universalidad restringida". La característica del voto directo, redundante sobre el mecanismo o la manera de ejercitar la facultad de elección que implica el sufragio, si se vota para elegir inmediatamente a los gobernantes es directo, si en cambio se vota para elegir a otros que a su vez seleccionen a los gobernantes, se trata entonces de sufragio indirecto. Finalmente, las características de "libre y secreto" se refieren a la facultad de votar considerada en *abstracto*; así, el voto es libre porque el ciudadano opta, decide y emite su sufragio para elegir a quien le parezca más adecuado para el desahogo de la posición de gobierno que esté en juego; además, es secreto, porque está exento de fiscalizaciones y presiones de cualquier tipo.

Los derechos que se están violentando con los textos de la Ley de Participación Ciudadana que se impugnan como inconstitucionales, son precisamente los derechos políticos, que comprenden al sufragio activo y al sufragio pasivo, que son derechos subjetivos inalienables del hombre, protegidos constitucionalmente de manera celosa y amplia.

Los derechos políticos están íntimamente ligados con el tema de soberanía, hablamos de la facultad del pueblo para hacer y ampliar sus leyes, y de su derecho de autodeterminación, o sea, de escoger y modificar libremente la forma en que habrá de ser gobernado. Precisamente para el ejercicio de esta facultad, es que se ha elevado al nivel constitucional, el régimen de los partidos políticos.

La protección de los derechos políticos no se ha restringido al ámbito constitucional mexicano, sino que se amplía en el ámbito internacional en diversos pactos, convenios o acuerdos de los que México es y ha sido signatario.

El sufragio activo y el sufragio pasivo, considerados en abstracto, es decir, en cuanto a su propia naturaleza intrínseca, constituyen derechos subjetivos fundamentales del hombre, tanto porque en esencia lo son, como porque la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así lo reconoce y porque desde 1981 el orden jurídico nacional también lo reconoce, en virtud de la ratificación de los documentos internacionales antes relacionados, que forman parte de nuestro derecho positivo vigente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Federal.

Tratándose los derechos políticos de derechos subjetivos del hombre, protegidos constitucionalmente, la Suprema Corte deberá fallar a favor de su protección y de su inatacabilidad, en virtud de que el espíritu democrático mexicano ha dado reconocimiento a los derechos políticos, y sigue avanzando hacia la plena democratización de la Nación, como núcleo toral de todo Estado de Derecho, situación que la Máxima Carta ha reconocido y que ninguna ley reglamentaria puede violentar.

4. Es necesario que los derechos políticos no sean confundidos con la *materia electoral*, que tratándose de acciones de inconstitucionalidad queda fuera del conocimiento de la Corte, porque así lo dispone expresamente el artículo 105 de la Constitución.

Los partidos políticos preexisten a todo proceso electoral, su establecimiento tiene un carácter permanente, y su labor no se circunscribe a los procesos electorales. Su actividad, aunque obviamente está en

parte relacionada con los procesos electorales, rebasa la mera materia electoral. Así la posibilidad de los partidos políticos de proponer candidatos para ser Consejeros Ciudadanos va más allá del ámbito meramente electoral, pues al vedarse tal posibilidad, se conculcan derechos políticos, que como derechos subjetivos, existen en favor de los ciudadanos en general y son verdaderas prerrogativas partidarias.

Tanto en el lenguaje político como en el científico suelen emplearse como sinónimos los conceptos sistema electoral, derecho electoral, régimen electoral e, incluso, ley electoral. Esos conceptos contienen, en general, dos tipos de sentidos: un sentido amplio que abarca las normativas jurídico-positivas y consuetudinarias que regulan la elección de representantes o de personas para cargos públicos; y un sentido estricto, por ejemplo, el sufragio o el modo de convertir votos en escaños. Es posible concluir que los términos sistema electoral, derecho electoral, régimen electoral y ley electoral nos pueden llevar a delimitar la materia electoral, que es su común denominador. Desde un punto de vista amplio, la materia electoral se refiere a las normas jurídico-positivas y consuetudinarias que regulan la elección de representantes para cargos públicos; en un sentido estricto, la materia electoral se refiere al sufragio o al modo de convertir votos en escaños.

La materia electoral es especie, en relación al género derecho político. Todo derecho electoral es político, pero no todo derecho político es electoral, como el derecho de petición o como el derecho que tienen los partidos políticos de postular planes y estrategias y proponer a sus militantes como candidatos a la ocupación de puestos de representación popular. Las cuestiones políticas son todas las relativas a la organización y funcionamiento del Estado, así como la integración de sus órganos. Los derechos políticos son los que han sido otorgados o concedidos al individuo no como hombre, sino como ciudadano, es decir, aquellos que facultan y favorecen sólo a determinado grupo de hombres que cumplen determinados requisitos legales para que queden comprendidos dentro de la categoría de ciudadanía.

El derecho político es entonces el derecho subjetivo que posee permanentemente todo ciudadano en sus relaciones con el Estado, reconocido constitucionalmente, y que tiene la característica de dar capacidad de participación al ciudadano, principalmente en la integración y en el funcionamiento de los poderes públicos del Estado.

En este sentido, el hombre, para cumplir sus fines, tiene múltiples derechos, tales como asociarse, proteger su vida y sus intereses, ex-

presar sus ideas en la prensa, en el libro y en diversas formas, profesar determinadas creencias religiosas, transitar de un lugar a otro, intervenir en la cosa pública; asimismo, el derecho de intervenir en la designación de los individuos que se encarguen del ejercicio del poder, exigiéndoles responsabilidades y hasta removiéndolos de sus cargos, en representación y a nombre de la colectividad. Propiamente éste es el derecho político por cuanto que tiende a la integración y funcionamiento del poder público; propiamente éste es el derecho que se conculca con el texto de la Ley de Participación Ciudadana, cuando los partidos políticos, que son el medio por excelencia que el ciudadano tiene para el ejercicio de sus derechos políticos, quedan limitados en la posibilidad de postular candidatos a posiciones de representación popular en el Distrito Federal.

5. Con el propósito de reforzar los argumentos presentados, el Procurador desarrolló los siguientes puntos constitucionales:

a) El principio de la supremacía constitucional

La supremacía constitucional garantiza que todas las leyes, con la única excepción "de las que se refieran a la materia electoral" sean éstas de carácter federal o local, cuando sean contrarias a una norma constitucional deben ser declaradas nulas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, como resultado de ello, los tribunales de cualquier fuero, deben negarse a aplicar tales leyes a los casos concretos.

La Constitución es la norma hipotética fundamental de todo sistema jurídico, es la expresión de la soberanía popular que se encuentra en la cúspide de todo el sistema jurídico positivo, postula las garantías mínimas para los ciudadanos y establece las bases para la convivencia social.

La norma constitucional debe tener imperio y supremacía sobre cualquier otra norma; en caso de existir un conflicto entre una norma constitucional y una norma diversa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe decidir qué norma prevalece.

La función de Tribunal Constitucional con jurisdicción plena que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituye una garantía de protección para la ciudadanía de que la supremacía constitucional se mantendrá como un principio fundamental del Estado de derecho.

La función de la Suprema Corte de la Nación como garante de la supremacía constitucional no debe limitarse a un mero pronunciamien-

to sobre la aparente contradicción o no de la norma secundaria con la Ley Fundamental; debe ir más allá, interpretando de manera integral y evolutiva la Constitución, y contrastando el fondo de ésta con la legislación secundaria, buscando las causas primeras y los fines últimos del texto legislado, pues podrá ser posible que la buena intención del legislador no haya tenido la adecuada manifestación en el texto legal, en cuyo caso bastará que la Suprema Corte establezca cómo debe ser interpretada la norma. Pero podría también ser el caso de que una mayoría parlamentaria esté defendiendo posiciones políticas a cuyo efecto violente o deforme el texto legal de modo que guarde una aparente conformidad con la Constitución, en tanto que en el fondo la contravenga.

b) Representación Popular y cuerpos colegiados en la evolución política de los Estados Unidos Mexicanos.

En México, históricamente, se han presentado restricciones para participar en elecciones para la integración de cuerpos colegiados de representación popular. Tales restricciones son plenamente atentatorias a los principios más básicos que rigen la vida democrática del país, independientemente de la justificación histórica, sociológica o circunstancial que pretende atribuirseles.

El hecho de que la Ley de Participación Ciudadana restrinja la posibilidad de los ciudadanos del Distrito Federal para participar a través de los partidos políticos en la integración de cuerpos colegiados de representación popular, como lo son los Consejos de Ciudadanos, significa un retroceso palpable en la vida democrática del país, que nos remontaría a padecer de restricciones equiparables a las que se suscitaron en épocas conflictivas y de imposible armonía de la vida democrática mexicana.

c) Defensa constitucional de los derechos políticos de los mexicanos.

El planteamiento de la acción de inconstitucionalidad presentaba diversos cuestionamientos que debían ser resueltos necesariamente:

a') Si la Corte decide que la ley impugnada es de "materia electoral", tendría que definir lo que debe entenderse por materia electoral, en cuyo caso nos encontramos ante una ley emitida por autoridad no competente, porque el Distrito Federal no es un estado de la Federación, es un territorio federal que regula la Constitución Federal, y al tenor de lo dispuesto por el artículo 122, fracción I, incisos b) y e) de la Ley Fundamental, el órgano competente para legislar en el Dis-

trito Federal en materia electoral es el Congreso de la Unión, tal y como ocurre respecto de la integración y elección de la Asamblea de Representantes.

En ese supuesto, ese Alto Tribunal debería pronunciarse en el sentido de que se trata de una ley inconstitucional emitida por autoridad no competente, aunque ese punto no haya sido planteado en la *litis*, pues la actuación de la Corte no puede limitarse en estos casos, ya que tiene por objetivo la defensa de la Carta Magna, a emitir una resolución que deje sin discusión un punto de esta naturaleza.

b') En caso de determinar que la ley impugnada es "materia electoral", y que, por tanto, no es de su competencia conocer de esta acción de inconstitucionalidad, entonces debe decir la Suprema Corte qué órgano es competente en este país para conocer sobre la inconstitucionalidad de las normas generales que se expidan en dicha materia, pues no puede quedar esta importantísima materia sin las posibilidades del control y la revisión constitucionales.

c') Supuesta la definición de lo que constitucionalmente ha de entenderse por "materia electoral", esa Suprema Corte debe asumir de manera plena la defensa de la Constitución y no seguir sosteniendo que "los derechos políticos no son materia de amparo, porque éste protege garantías individuales y no políticas", ya que en este caso se trata una ley que vulnera principios constitucionales de naturaleza política, que no meramente electoral. Los derechos políticos entre los que se encuentran la ciudadanía, el derecho de petición o el derecho a votar y a ser votado, así como los derechos y las prerrogativas de la posición del Máximo Tribunal al respecto, tal y como lo ha hecho grado que ha alcanzado su evolución política, deben ser garantizados, promovidos y protegidos por ese Tribunal Supremo.

##### 5. DISCUSIÓN EN EL PLENO DE LA SUPREMA CORTE Y LA RESOLUCIÓN DE IMPROCEDENCIA

El martes 31 de octubre de 1995 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre la acción de inconstitucionalidad 1/95 promovida por una fracción parlamentaria de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de los artículos 60 al 68 y 71 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal.

En aquella memorable sesión del Pleno del Máximo Tribunal del País, en la que actuaba por primera vez con su nueva investidura de Tribunal Constitucional con facultad para declarar la invalidez de una norma general, con efectos *erga homnes*, en caso de considerarla contraria a la Ley Suprema de la Unión, se llevaron a cabo pronunciamientos por demás interesantes e importantísimos para la defensa judicial de los derechos políticos en México; se confrontaron de nueva cuenta posturas históricas sobre el tema y si bien es cierto que salió airoso la prevalente en el último siglo, quedó en el ambiente la posibilidad de que en un momento posterior se llegue a reconsiderar esta nueva Suprema Corte en otras materias.

En una síntesis por demás apretada y que persigue ante todo resaltar las ideas más importantes, presentamos un resumen del debate sostenido por los Ministros del Máximo Tribunal del País actuando en Pleno en aquella histórica ocasión.<sup>6</sup>

1. *Intervención del Ministro Juventino V. Castro y Castro.* El señor Ministro Instructor en la acción de inconstitucionalidad, Juventino V. Castro y Castro, tomó la palabra indicando que él había en un principio desechado de plano la demanda por considerarla notoriamente improcedente, en virtud de encauzarse en contra de normas generales de contenido electoral; dicha resolución fue recurrida por los asambleístas actores y el Ministro Juan Díaz Romero, Instructor en el recurso correspondiente, propuso al Pleno se aceptara y diera trámite a la demanda, posición a la que se adhirieron los demás Ministros pues al examinar la procedencia y analizar las opiniones presentadas por el Procurador General de la República y por el Jefe del Departamento del Distrito Federal, se encontró que ambas discrepaban sobre la procedencia de la acción, lo que evidenció que ésta no era manifiesta e indudable.

Con estos antecedentes, el Ministro Castro expuso su proyecto de sentencia, considerando en principio que la acción de inconstitucionalidad era procedente pero en el fondo los artículos impugnados son totalmente válidos y constitucionales. Cercano al pensamiento del Procurador General de la República, consideró necesario que la Suprema Corte de Justicia debía plantearse como premisa el pronunciarse por

<sup>6</sup> El presente resumen tiene como base diversas notas tomadas durante la mencionada sesión del Pleno de la Suprema Corte; posteriormente se tuvo a la vista la versión mecanográfica de la misma sesión. Sin embargo es posible que, como en toda síntesis, alguna idea no haya sido incluida por los autores.

aquello que debe ser entendido por "materia electoral". Por tal motivo, el Ministro Castro y Castro, expuso en su proyecto un concepto o tipo, "a la manera penal", de lo que para los efectos de la procedencia o de la improcedencia de las acciones de inconstitucionalidad previstas en el artículo 105 constitucional, según su criterio, debía entenderse como normas generales de contenido electoral, aclarando sin embargo que esto no significaba que hubiera llegado a una conclusión final: "Aquéllas que regulan la elección, por parte de los ciudadanos, de los órganos del Estado que integran la representación nacional, en la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, y con las cuales se pretende hacer posible acceder, los propios ciudadanos, al ejercicio del poder público".

Mencionó que era procedente la acción de inconstitucionalidad, en virtud de que los órganos de gobierno del Distrito Federal que se encuentran establecidos por la Constitución son el Jefe del Distrito Federal, la Asamblea de Representantes y el Tribunal Superior de Justicia, de los cuales sólo la señalada en segundo lugar se elige mediante el sufragio, por lo que la elección de los Consejeros Ciudadanos no reviste un carácter electoral porque no se trata de un órgano de gobierno del Distrito Federal.

No obstante, en el proyecto del Ministro Instructor se declara la validez de los artículos materia de estudio y se concluye que los conceptos de validez esgrimidos por la actora son inoperantes, pues su procedencia equivaldría a desconocer la voluntad del legislador federal ya que tendría que declararse la invalidez del artículo 123 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, sin que el Congreso de la Unión hubiese sido llamado a juicio.

2. *Intervención del Ministro Juan Díaz Romero.* Inmediatamente después de la intervención del Ministro Instructor, el señor Ministro Juan Díaz Romero hizo uso de la palabra para justificar su voto y pronunciarse por la improcedencia y, en consecuencia, el sobreseimiento de la acción de que se trata.

El Ministro Díaz Romero consideró que se trataba de preceptos de contenido electoral y coincidió con el Ministro Instructor en que es imprescindible definir la materia electoral. Indicó que para llegar a tal delimitación, es necesario deducirla del derecho positivo constitucional en los correspondientes artículos 40 y 61 constitucionales, tal y como lo hizo el Ministro Castro; así tal materia se centra en los siguientes puntos:

1. La elección o nombramiento de las personas que han de fungir como titulares de los órganos de poder público.
2. La representatividad ciudadana de los órganos de poder, a nivel nacional o sectorial.
3. La elección a través del sufragio.
4. La aclaración de que no se trata de cualquier sufragio, sino del voto de los ciudadanos, de manera democrática y resguardada por la Constitución.

Los Consejos Ciudadanos son órganos de poder con características específicas. El artículo 122, fracción I, inciso *d*) de la Constitución, establece que el Congreso tiene la facultad de emitir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, en que se darán las bases de organización y facultades de los órganos locales de gobierno del Distrito Federal, que son la Asamblea de Representantes, el Jefe del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia; pero no se refiere al Presidente de la República, al Congreso de la Unión y a los Delegados Políticos de las demarcaciones en las que se divide el territorio del Distrito Federal.

No obstante, el propio artículo 122, en su parte inicial, indica que el gobierno del Distrito Federal estará a cargo de los Poderes de la Unión, que lo ejercerán por sí y a través de los órganos de gobierno del Distrito Federal de representación democrática. Es en este punto en donde es posible ubicar a los Consejos Ciudadanos, como órganos de representación elegidos democráticamente y como órganos de gobierno con funciones de poder.

En este mismo sentido, el artículo 115 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal indica que los Consejos Ciudadanos son independientes de la administración pública del Distrito Federal. Sin embargo, los Consejos Ciudadanos reciben de alguna manera recursos por parte del gobierno del Distrito Federal, pues deben estar contempladas en su presupuesto las compensaciones económicas de sus miembros por la asistencia a sus sesiones.

La independencia referida debe entenderse entonces como autonomía respecto de la jerarquía centralizada y descentralizada del Distrito Federal. Y es precisamente en atención a este principio de autonomía, que no debe existir influencia política administrativa en la integración y funcionamiento de los Consejos Ciudadanos; se ha cuidado la línea administrativa, pero se podría influenciar por la vía partidista,

por eso, quizá, se evitó que los candidatos fueran postulados por los partidos.

La actora indicó como punto de vulneración al hecho de que se está vedando la postulación o el registro de candidatos por parte de los partidos políticos, indicando que ello no reviste materia electoral, pues se trata de un derecho previo. Sin embargo, el artículo 122, fracción III, inciso *d*) de la Constitución Federal, al referirse a la organización y elección de los integrantes de la Asamblea de Representantes, remite a los artículos 41 y 60 constitucionales, cuya ley reglamentaria, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, regula al registro de candidatos como materia electoral. Por lo tanto, el Ministro Díaz Romero indica, en oposición al proyecto del Ministro Instructor, que se trata de normas generales de contenido electoral y debe sobreeserse en consecuencia.

3. *Intervención del Ministro Genaro David Góngora Pimentel.* En una intervención por demás brillante e histórica, el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel fundamentó su voto en posición contraria a las dos anteriores, manifestando que en las exposiciones que lo antecedieron no se había podido deslindar la materia electoral de la política. Diferió de que en el caso se trate de normas generales de contenido electoral. La presente acción de inconstitucionalidad sí procede y las normas impugnadas son inconstitucionales por atentar al sentido del artículo 41 de la Constitución Federal.

La Corte Suprema es intérprete de la Constitución, la excepción de su conocimiento es la materia electoral. Por tanto, la interpretación que de la expresión "materia electoral" se debe hacer tendrá que ser estricta en sus términos y no extenderse a las normas que regulen una materia distinta.

Las acciones de inconstitucionalidad son la defensa idónea de la Constitución y siempre es preciso que haya un ente legitimado para iniciar la acción. Todas las decisiones de los órganos de poder público deben estar sujetos a la revisión judicial. Tradicionalmente la Corte ha estado alejada de las cuestiones electorales; sin embargo, en una acción de inconstitucionalidad no son los actos los que se analizan, sino las normas; por lo tanto no debe prevalecer ese temor de que la Suprema Corte se inmiscuya en asuntos político-electorales.

En este caso la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, emitida por la Asamblea de Representantes, está siendo cuestio-

nada en sus alcances constitucionales. El punto esgrimido como institucional es que la misma no comprende los derechos de los partidos políticos a designar candidatos. La pregunta es si este derecho es de contenido electoral o no.

En principio habrá que preguntarse ¿qué es materia electoral? La materia es sustancia de una cosa, un tópico a tratar, lo electoral es un adjetivo que califica la acción de elegir. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, se trata del conjunto de actos regulados en la ley por los que se da la intervención de los ciudadanos mexicanos en la designación de quienes ocuparán los cargos populares por medio del sufragio. Su contenido es de carácter sustantivo y atañe a todos los ciudadanos, su naturaleza es eminentemente política.

El artículo 41 constitucional considera a los partidos políticos como entes de interés público y consagra derechos políticos de carácter sustantivo de los ciudadanos para postular candidatos que accedan al poder por medio del sufragio.

En efecto, el Ministro Góngora deslinda los derechos políticos como derechos sustantivos y previos a todo proceso electoral. Las normas de contenido electoral son aquéllas que regulan el ejercicio de esos derechos sustantivos, es el derecho adjetivo por el que se ejercita el derecho político. Las normas de contenido electoral regulan la aplicación del derecho sustantivo político, pero no puede ser en sentido contrario.

El Ministro Góngora Pimentel dilucida seis puntos en los que se concentran las normas adjetivas intrínsecamente electorales.

1. Registro de ciudadanos como candidatos por parte de los partidos.
2. Campaña electoral.
3. Jornada electoral.
4. Escrutinio y Calificación de votos.
5. Contencioso electoral.
6. Posesión de los cargos.

Una norma no es electoral si no regula formas o procedimientos para el ejercicio de derechos sustantivos políticos. El derecho político es un derecho de la persona, independiente de la forma y procedimiento de su ejercicio. La política y la materia electoral no son sinónimos. El derecho constitucional que se esgrime como violado en el texto de la Ley de Participación Ciudadana es de carácter político y no electoral,

por lo que concluyó el Ministro que la acción de inconstitucionalidad planteada era procedente, pues aunque la Ley de Participación Ciudadana tiene contenido electoral, lo que se demanda no se refiere a esa materia sino a que no contempla el derecho de los partidos a postular candidatos y por lo tanto es contraria, en lo conducente, a la Constitución por lo que se refiere a su artículo 41. Declarándose tal procedencia se llenaría el vacío de la defensa de los derechos políticos que ha dejado el amparo al negarles su protección. La Corte debe dejar de conocer tan sólo de conflictos entre particulares y constituirse como un verdadero poder en beneficio de la Nación.

4. *Intervención del Ministro Juan M. Silva Meza.* El Ministro Silva Meza se pronunció suscribiendo la opinión de que los Consejos Ciudadanos son órganos de gobierno, representativos y democráticos, expresión democrática de un derecho público subjetivo como lo es el voto, y tienen facultades que implican decisiones vinculatorias. Su constitución está vinculada a un proceso electoral en sentido amplio, por lo que se trata de normas generales de contenido electoral. La Corte no puede superar la prohibición constitucional de conocer de esta materia, por lo que vota por la declaración de la improcedencia.

5. *Intervención del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.* El Ministro Gudiño Pelayo indicó que es premisa para pronunciarse por la procedibilidad del asunto el que se indique qué se entiende por materia electoral, pero con fundamento en la propia Constitución y no en las leyes ordinarias. Su interpretación debe ser restrictiva y se suma a la opinión del Ministro Góngora Pimentel, en que se debe dar una definición de la expresión "materia electoral" en función del control constitucional.

En efecto, el artículo 122, inciso I, e) constitucional, establece la participación de los partidos políticos en la integración de los Consejos Ciudadanos, por lo que en el caso sí se causa perjuicio con las disposiciones contenidas en la Ley de Participación Ciudadana; consideró que las prevenciones del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal no obstaban para entrar al estudio de la constitucionalidad de la Ley de Participación Ciudadana, pues se trataba de preservar la supremacía constitucional.

El Ministro Gudiño indicó que la Ley de Participación Ciudadana excedió lo que le ordena la Constitución y el Estatuto de Gobierno,

pues la facultad para regular la participación de los partidos políticos en la integración de los Consejos Ciudadanos no excluye su derecho para postular candidatos.

No participa el Ministro del proyecto y se pronuncia por la procedencia de la acción y por la inconstitucionalidad de los preceptos materia de la litis.

6. *Intervención del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.* Al hacer uso de la palabra el Ministro Aguirre Anguiano, indicó que ya el Ministro Instructor había definido la materia electoral, pero en función de normas generales y no de normas constitucionales. La interpretación constitucional debe ser restrictiva al integrar el concepto electoral que contiene la Constitución. Existen valores políticos fundamentales en la democracia que no son materia electoral y que se actualizan como derechos sustantivos de carácter político e individual, a los que adjetiva la materia electoral.

La materia electoral reconoce, funcionaliza y desarrolla a los derechos políticos individuales, regula la elección de órganos del Estado y garantiza el acceso de los ciudadanos al poder.

La ley en estudio no es de carácter electoral, una ley instrumental que no reconoce derechos políticos no es electoral. El Ministro Aguirre Anguiano se pronunció por la procedencia de la acción y por la invalidez de las normas impugnadas.

7. *Intervención del Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.* El señor Ministro Ortiz Mayagoitia intervino expresando que a pesar de todas las manifestaciones formuladas en relación a lo que se debe entender como materia electoral, debe atenderse a la lógica y al sentido común. La elección de los Consejeros es electoral bajo estos principios y la definición del Ministro Góngora Pimentel, aunque concienzuda, es inconveniente por elevada y en consecuencia se inclina por la posición del Ministro Díaz Romero.

El Ministro Ortiz Mayagoitia hizo comparación con las resoluciones que toman algunos Jueces de Distrito al decidir sobre invasión de marcas, pues salen a la calle a tomar el parecer de los transeúntes a fin de que opinen sobre la confusión que pudiera existir entre una marca y otra. Así, siguiendo el sentido común, se debe concluir qué es y qué no es electoral.

Nos encontramos ante organismos que se integran y renuevan siguiendo un principio de representatividad y mediante el sufragio universal.

8. *Intervención del Ministro Mariano Azuela Güitrón.* El Ministro Azuela Güitrón fundó su voto indicando que en principio toda ley es constitucional, salvo prueba en contrario y salvo que una mayoría significativa opine lo contrario. Hizo reconocimiento de la intelectualidad del Ministerio Instructor Juventino V. Castro y Castro, quien después de haber dictado un auto de improcedencia, reformula su proyecto en este momento procesal para pronunciarse por la procedencia de la acción.

Indicó que en nuestra balbuceante democracia, si preguntamos qué es lo electoral al público, nadie dará respuesta satisfactoria. Lo electoral no es notorio, indudable y manifiesto y tenemos que reconocer que cada quien tendrá que dar un concepto basado, por un lado, en el método utilizado y, por otro, en la experiencia personal.

La materia electoral debe delimitarse de conformidad con el proceso legislativo y la forma en que se desarrolla.

La Constitución en sus artículos 41 y 105, vincula la materia electoral con los actos debatibles. La Suprema Corte de Justicia en su nuevo contexto constitucional de facultades plenas, debe reconocer de la constitucionalidad de todos los derechos, entre los que se incluyen los políticos. La Corte, en el sexenio del Presidente José López Portillo, tuvo la facultad de conocer de recursos en materia electoral y se pronunció en ellos; en el siguiente sexenio esa atribución se extinguió; en esa ocasión ya conoció de la materia electoral en la que incluso se tuvo que discernir sobre cuestiones de calificación de votos. Ahora no se decide sobre el triunfo o no de algún partido político, sino sobre la salvaguarda de los derechos políticos de los partidos en general y no de alguno de ellos en particular: se trata de la enarbolación del principio de supremacía constitucional sobre el que la Corte debe velar.

Cualquiera que sea la resolución de la Corte, quedará constancia del esfuerzo que ahora se ha hecho por tratar de asumir en su integridad las facultades de salvaguarda constitucional de que goza la Suprema Corte.

En suma, el Ministro Azuela se pronunció por la procedencia de la demanda.

9. *Intervención del Ministro Humberto Román Palacios.* El señor Ministro Román Palacios justificó su voto indicando que el proceso legislativo se compone de una serie de concertaciones, y los partidos deben resolver el problema de su participación en el propio proceso legislativo. La cuestión es de materia electoral y se pronunció por la improcedencia.

10. *Intervención de la Ministra Olga Sánchez Cordero.* Por último, la Ministra Olga Sánchez Cordero justificó su voto comenzando por decir que la autonomía de la Suprema Corte de Justicia se funda y se sustenta en sus propias resoluciones, pero que la misma Corte lamentablemente tiene el impedimento de conocer de cuestiones electorales y que con frustración se pronunciaba por la improcedencia de la acción; entre la Corte de Vallarta y la de Iglesias, se inclinaba por la de Iglesias, manifestó.

Una vez concluidas las participaciones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Presidente de la misma ordenó al Secretario General procediera a tomar la votación correspondiente.

El Ministro Azuela Güitrón hizo una moción indicando la conveniencia de que se votara en primer lugar por la procedencia de la acción, y de resultar afirmativa, deliberar y votar después sobre el fondo de la misma acción de inconstitucionalidad.

Aprobada la moción del Ministro Azuela se procedió a la votación, siendo el resultado de cinco Ministros a favor de la procedencia y seis en contra, por lo que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la demanda presentada en vía de acción de inconstitucionalidad por una minoría parlamentaria de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal en contra de los artículos 60 al 68 y 71 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, era improcedente por tratarse de una norma general de materia electoral, siendo éste el impedimento que establece la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se ordenó su archivo como asunto concluido.

La resolución con el engrose correspondiente se ordenó fuese elaborada por el Ministro Juan Díaz Romero, por ser su opinión expresada durante el debate del Pleno la más próxima a la que se votó.

El Ministro Instructor Juventino V. Castro y Castro solicitó que su proyecto no fuera utilizado como base para la resolución sino que el mismo se tomara como un voto particular, al tiempo que los restantes cuatro Ministros que se pronunciaron también por la procedencia de la acción y además por la inconstitucionalidad de las normas que la sustentaron anunciaron también la presentación de un voto particular.

De esta manera concluyó la audiencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que por primera vez conoció de una demanda de acción de inconstitucionalidad promovida con base en el nuevo texto del artículo 105 de la Carta Magna.

Es necesario señalar y resaltar la probidad intelectual del Ministro Juventino V. Castro y Castro, ya que en el proyecto presentado, con la maestría que le caracteriza y con un método impecable, se pronunció por la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, cuando en un principio había manifestado su opinión por la notoria improcedencia de la misma, defendiendo además su proyecto con gran determinación al grado de solicitar que el mismo, al decidirse la acción, fuese tomado como un voto particular y no como base para la resolución. Por otro lado las intervenciones de los ministros Mariano Azuela y Genaro Góngora aportaron a la discusión elementos importantes e históricos sobre la defensa constitucional y jurisdiccional en nuestro país de los derechos políticos, cuyo debate sin duda no ha concluido.

Es también de resaltar el hecho muy significativo de que haya habido prácticamente un empate en la votación sobre la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, seis a favor cinco en contra, sólo roto por el voto del Presidente de la Suprema Corte, don Vicente Aguinaco, único ministro que no fundó ni motivó su voto durante el debate.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

Los autores del presente artículo consideramos que el papel que la Suprema Corte ha empezado a desempeñar resulta de la mayor importancia en la consolidación y fortalecimiento del Estado de Derecho en nuestro país. Como lo hemos dejado anotado en la primera parte, los actores permanentes de esta nueva justicia constitucional, como el Tribunal Supremo y el Procurador General de la República, y los eventualmente contenciosos, como los órganos parlamentarios o las entidades de poder, deben asumir con total responsabilidad sus papeles.



pues de otra manera será poco probable que apoyen el fortalecimiento de las instituciones democráticas en nuestro país.

Con pleno respeto a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y con el más absoluto reconocimiento al esfuerzo desplegado por cada uno de los participantes en el proceso constitucional llevado a cabo con motivo de la acción de inconstitucionalidad 1/95, nos permitimos realizar los presentes comentarios.

De la participación de los actores en este nuevo proceso de justicia constitucional resalta la seriedad con que cada uno asumió el papel que le correspondía: la minoría parlamentaria de la Asamblea de Representantes que fue la parte actora, así como los demandados: la propia Asamblea de Representantes, el Jefe del Departamento del Distrito Federal y el Presidente de la República; también el *amicus curiae*, el Procurador General de la República, todos ellos, además de los Ministros de la Corte, dieron muestras de independencia de criterio e imprimieron al litigio un elevado nivel. Esto es, sin duda, alentador y abona la esperanza de que las nuevas formas de la justicia constitucional irán contribuyendo, decididamente y desde la más alta judicatura del país, a una evolución sana de la democracia y a un fortalecimiento del Estado de Derecho en México.

Sin embargo, es necesario manifestar algunas diferencias con el criterio final de la Suprema Corte, ya que la limitación consistente en la "materia electoral", impedimento que inmemorialmente la ha limitado para conocer de asuntos no sólo de índole electoral, sino también de derechos políticos en general, nuevamente aparece en el contexto de su novísimo revestimiento de Tribunal Constitucional, merece un tratamiento más exhaustivo pues debe ser delimitado por la misma, definiendo qué debe considerarse para los efectos de su competencia, como materia electoral.

En un análisis del contenido de las normas generales que se impugnaron, diversos actores (la minoría parlamentaria, el Procurador General de la República y los Ministros que votaron por la procedencia de la acción) concluyeron que las mismas revisten un contenido intrínsecamente político y no meramente electoral. Los derechos políticos deben diferenciarse de los electorales, como derechos ciudadanos preexistentes a la materia electoral y elevados al nivel constitucional. El derecho político que en concreto se alega como violentado es precisamente el de los ciudadanos para votar y ser votados, mismo que se traduce en la actividad de los partidos políticos que está prevista

en el artículo 41 constitucional y que los considera como entes de interés público cuya finalidad es precisamente la de promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, *hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público*. Paradójicamente, la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal pretende alcanzar esa misma finalidad, aunque prescindiendo de los partidos políticos o, cuando menos, confinándolos a un papel por demás secundario, prácticamente insignificante.

El Procurador General de la República tuvo la oportunidad de plantear a la Corte una circunstancia de la que, como se pudo palpar en el momento de la discusión en el Pleno, está bien consciente: el papel del Alto Tribunal debe asumirse plenamente, y está en sus manos determinar la constitucionalidad o no de cualquier acto normativo que llegue a atentar contra los principios que nuestro máximo ordenamiento ha logrado conservar en su seno.

En sus orígenes, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal votado por el Congreso de la Unión previó la participación de los partidos políticos en la elección de los Consejos Ciudadanos; una reforma rápida, previa a la primera aplicación del texto original, confundió posteriormente el texto de su artículo 123. Sin embargo, un análisis del citado precepto, aún con el texto reformado, lleva a la conclusión de que a pesar del cambio de su redacción no se anulaba por completo el derecho de los partidos políticos a postular candidatos a los puestos de consejeros ciudadanos. Efectivamente, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal fue autorizada por el propio Estatuto de Gobierno para reglamentar lo conducente a la participación ciudadana; sin embargo, ello no confería la facultad, exclusiva del Congreso de la Unión, de legislar en materia electoral para el Distrito Federal. Había que dejar de confundir la constitucionalidad o no del Estatuto, que no era materia de esta acción, con la constitucionalidad o no de la Ley de Participación Ciudadana, que contravenía flagrantemente a las disposiciones de los artículos 41 y 122 constitucionales, al vedar no la participación, sino el derecho ciudadano y político de que se postulasen miembros de los partidos políticos para la ocupación de las posiciones en los Consejos Ciudadanos.

La Asamblea de Representantes se arrogó una facultad de la que constitucionalmente carece, como lo es legislar en materia electoral, dio a luz a la Ley de Participación Ciudadana, que en alguna parte

regula la elección de los Consejos Ciudadanos como forma de participación de los ciudadanos en el gobierno del Distrito Federal.

Este punto, sin embargo, no fue tocado en la sesión del Pleno de 31 de octubre. La discusión fue en torno a los planteamientos que en primer término dejó en la tinta el Ministro Instructor, quien con honestidad entró al estudio del asunto y después de haber desechado la demanda por plena improcedencia, en su proyecto final, concluye que es procedente, por no tratarse las normas de materia electoral, aunque se pronunció por la validez y constitucionalidad de las normas controvertidas, toda vez que derivan del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, norma que se emitió conforme a la Constitución.

Esto significó un gran avance en el trámite de la acción de inconstitucionalidad y sin duda fue un factor importante para dar inicio al debate del Pleno, pues después de esa primera posición en que también se tuvo muy en cuenta la imprescindible premisa de dar al mundo jurídico constitucional un concepto de materia electoral, aunque fuera "a la manera penal", el Alto Tribunal dio entrada a un asunto de conculcación de derechos políticos, que no electorales.

Quienes se pronunciaron no sólo por la procedencia de la acción, sino por la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, fueron coincidentes en señalar la necesidad de que esta primera acción constituía una oportunidad histórica para la Corte de constituirse como un verdadero poder nacional y no sólo como un órgano que se limitase a dirimir conflictos entre particulares. Se trataba de defender derechos políticos ciudadanos, mismos que el Ministro Góngora Pimentel calificó como subjetivos e inherentes al hombre, y no de calificar elecciones o de pronunciarse por un partido u otro.

Los votos que se pronunciaron por la improcedencia de la acción, en virtud de considerar que se trataba de un asunto de materia electoral, no fueron ni siquiera en minoría significativos, sustentados en criterios amplios y concienzudos. Hubo quien dijo que era un asunto de sentido común, hubo quien lamentó que existiera la limitante de la materia electoral para el conocimiento de la Corte, pero no se establecieron las razones contundentes y bien delimitadas que sustentaran la globalidad del concepto "materia electoral" y porque en este caso no se trataba de derechos políticos subjetivos ciudadanos, sino meramente electorales.

Sólo el Ministro Juan Díaz Romero fue brillante en sus razonamientos, pero éstos no dejaron de ser contemplativos de la tradición de

vislumbrar a la materia electoral como un universo intocable y a los derechos políticos como fuera de la jurisdicción de la Suprema Corte. Son derechos desde muy antiguo consagrados en las sucesivas Leyes Fundamentales que México se ha dado, pero que han carecido durante años de protección judicial en el sistema jurídico mexicano.

Lo que vendrá tendrá que ser, tal vez, no una reforma que con empujones y dolores pueda llegar a quitar del camino el obstáculo que significa "la materia electoral" en el ámbito de competencia y, por ende, en el conocimiento de la Suprema Corte; sino una Corte que valerosa, autónoma y contundente asumirá todas las facultades que constitucionalmente tiene conferidas, dentro de las que se encuentra la más sublime: el control constitucional de los actos y de las normas que emanen de cualquier órgano de poder.

TESIS ADOPTADAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CON MOTIVO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/95, EN CONTRA DE LOS ARTÍCULOS 60 AL 68 Y 71 DE LA LEY DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, PROMOVIDA POR UNA MINORÍA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL.

*ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SU IMPROCEDENCIA DEBE SER MANIFIESTA E INDUDABLE.* Conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad que permita desechar de plano la demanda presentada, debe ser manifiesta e indudable, pues ello supone que el juzgador, con la mera lectura del escrito inicial y de sus anexos, considera probada la correspondiente causal de improcedencia sin lugar a dudas, sea porque los hechos sobre los que descansa hayan sido manifestados claramente por el demandante o porque estén probados con elementos de juicio indubitables, de suerte tal que los actos posteriores del procedimiento no sean necesarios para configurarla en forma acabada y tampoco puedan, previsiblemente, desvirtuar su contenido.

P. LXXII/05

Recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad 1/95. Fauzi Hamdán Amad y otros. 4 de septiembre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sergio González Bernabé. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el cinco de octubre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V.

Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número LXXII/95 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

*ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL DERECHO A POSTULAR CANDIDATOS PARA OCUPAR EL CARGO DE CONSEJEROS CIUDADANOS, DEMANDADO EN EJERCICIO DE AQUÉLLA, NO CONSTITUYE CAUSA MANIFIESTA E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA. (LEY DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA DEL DISTRITO FEDERAL).* Conforme a lo dispuesto en los artículos 105, fracción II, de la Constitución Federal y 19, fracción II, en relación con el 65 de la ley reglamentaria de dicho precepto constitucional, la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra normas generales o actos en materia electoral; por tanto, al no estar precisado en la Constitución, en la legislación, ni en la doctrina el concepto o definición de la "materia electoral", ni contarse al momento de resolver un recurso de reclamación en contra del auto que desechó la demanda correspondiente con elementos que permitan establecerlo, cabe considerar que no es posible determinar si el derecho a postular candidatos para ocupar el cargo de consejeros ciudadanos queda *comprendido* o no en esa materia y, por lo mismo, no se actualiza el motivo manifiesto e indudable de improcedencia requerido por el artículo 25 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para desechar de plano la demanda presentada.

P. LXXIII/95

Recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad 1/95. Fauzi Hamdán Amad y otros. 4 de septiembre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sergio González Bernabé.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el cinco de octubre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número LXXII/95 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

## EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA INFORMÁTICA EN LA PRÁCTICA Y ENSEÑANZA DE LA PROFESIÓN JURÍDICA

Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO

SUMARIO: *Introducción. I. Informática y derecho. I.1. Informática jurídica. I.2. Derecho de la informática. I.2.1. La protección jurídica del software. I.2.2. La protección de los datos personales. I.2.3. El valor jurídico de los documentos electrónicos. II. Hacia la aldea global. II.1. En las fronteras del ciberespacio. II.2. El dinero electrónico. II.3. Los delitos informáticos. II.4. INTERNET. II.4.1. Correo electrónico. II.4.2. Foros de discusión electrónica. II.4.3. Computación a larga distancia. II.4.4. Transferencia de archivos. II.4.5. La censura. II.4.6. Intranets. III. El reto pedagógico de la era de la información. III.1. El libro impreso y el CD-ROM. III.2. La pérdida del lenguaje y de la capacidad de comprensión de la lectura. III.3. La disminución de la perspectiva histórica. III.4. El desvanecimiento de la personalidad. III.5. El uso de la informática en la educación. Apéndice: La era de la imprenta y la era de la información.*

*Comenzó a pensar en la inocencia de la máquina, en cómo el hombre la había dotado de inteligencia y, al hacerlo, la había hecho cómplice de su locura. El mito del Golem —la máquina que se rebela y se vuelve contra su creador— era una mentira, una ficción inventada por los culpables para autojustificarse.*

Stanislaw LEM

### INTRODUCCIÓN

En abril de 1996, Dolores Sloviter, juez de la Corte de Distrito de Filadelfia, conocía sobre la demanda de inconstitucionalidad contra la *Communications Decency Act* (Acta sobre decencia en las comunicaciones), por creerla violatoria de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que garantiza la libertad de expresión. Durante días, peritos y abogados expertos en informática y comunicaciones, a ella y al resto del tribunal los hicieron escuchar

discursos plagados de tecnicismos y acrónimos arcanos, hasta que la juez, desesperada, se levantó de su asiento y les exigió "poner los pies en la tierra" y suplicarles enseguida, menos emotiva, utilizar términos que el común de los hombres pudieran entender.<sup>1</sup> Actitudes como ésta he visto y escuchado entre abogados, comenzando por pláticas de café hasta exámenes profesionales donde se tratan temas relacionados con la informática, lo cual, antes que preocuparnos por la velocidad del desarrollo de la profesión jurídica, debe hacernos reconocer el alcance global de los medios de comunicación y de su influencia irresistible y cada vez mayor en nuestras vidas, aceptando que esta tendencia no se modificará en el futuro próximo ni lejano.

Cada vez que los juristas se han enfrentado a realidades inéditas se ha abierto una brecha entre los que logran adaptarse simplemente y los que, además de esto, se sobreponen a los cambios, y quienes se aferran a la práctica tradicional, obligando a sus subordinados a mantenerse al tanto de la dirección en que apuntan los vientos del cambio, mientras ellos se enamoran de la nostalgia.

Puede recordarse el impacto que en la labor jurídica de los últimos siglos de la República romana tuvo la introducción de la filosofía griega, y en especial, de las disciplinas de la retórica y la dialéctica, abriendo las puertas a un nuevo mundo gnoseológico. Utilizando ambas disciplinas se hizo posible el paso de un simple conocimiento del derecho, que era la única posibilidad en la época arcaica, a la creación de una verdadera ciencia del derecho, al extraer los datos esenciales del supuesto jurídico, echar mano de la analogía y distinguir las diferencias, profundizando y dominando la problemática del caso concreto.<sup>2</sup>

La época de los viajes ultramarinos y el descubrimiento de un nuevo mundo geográfico, también impactó en la doctrina y la práctica del *ius commune*, ante el reconocimiento de los diferentes grados de desarrollo de las civilizaciones por parte de los teólogos-juristas y los letrados humanistas, obligando a proponer cambios o atemperar las rí-

<sup>1</sup> MEYER, Michael, "Whose Internet is it?", en *Newsweek*, vol. CXXVII, núm. 17, 22 de abril de 1996, p. 44. En lo sucesivo *N*, seguido de la fecha y la página; *N*, 22-IV-96, 44.

<sup>2</sup> KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*, 9a. ed., Barcelona, Añel, 1985, pp. 108-109.

gidas clasificaciones medievales principalmente en lo relativo al trato de los infieles y los esclavos aborígenes.<sup>3</sup>

Podemos ver que, en los dos casos anteriores traídos a la memoria, la doctrina y la práctica jurídica se han enriquecido y universalizado. No veo ninguna razón para que esto deje de ser así en época histórica alguna.

Los juristas son el gremio que más se ha opuesto a la mecanización en cualquier actividad relacionada con su profesión, como en su momento ocurrió con la negativa a usar las primitivas máquinas de escribir, el rechazo a las fotocopias, la no admisión de dictáfonos, cintas magnéticas y cualquier otro método de reproducción.<sup>4</sup>

La apertura de un nuevo mundo tecnológico derivado de tres revoluciones industriales consecutivas y una revolución en sí misma dentro de la tercera que es la información, nos coloca ante una vasta constelación de factores, componentes, procesos, implicaciones y consecuencias siempre crecientes en dimensión, complejidad y dinamismo; ante un racimo de ciencias y tecnologías y sus interrelaciones, siempre sujetas a trascendentes y acelerados avances.<sup>5</sup> La velocidad y las dificultades que estos cambios significan, no pueden tomarse a la ligera, porque asumir actitudes de indiferencia podría convertirnos en unas cuantas décadas, o antes, en vivientes piezas de museo en un mundo cada vez más competitivo, con necesidades cada vez más complejas, globales y de dimensiones nunca antes vistas.

Experimentamos ya lo que Alvin Toffler denominó en 1965, el "shock del futuro", para referirse a la tensión y a la desorientación que sufre el individuo sometido a un cambio excesivo en un tiempo demasiado breve.<sup>6</sup> Y aunque el presente artículo se limite a dar un panorama sobre el impacto de la tecnología informática en la práctica y enseñanza del derecho, difícilmente el desarrollo de las ciencias

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel y ZAVALA, Silvio, "La defensa de los derechos humanos en Hispanoamérica", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, vol. VI, 1994, pp. 87-123.

<sup>4</sup> AZPILCUETA, Hermilio Tomás, *Derecho Informático*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 53.

<sup>5</sup> KAPLAN, Marcos, "Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución", en *Revolución Tecnológica, Estado y Derecho*, México, UNAM-PEMEX, 1993, t. IV, p. 46.

<sup>6</sup> TOFFLER, Alvin, *El "Shock" del Futuro*, 5a. ed., Barcelona, Plaza & Janés, 1990, p. 8.

—humanas y exactas— y las tecnologías será independiente del progreso de las computadoras, probablemente las herramientas más poderosas y flexibles que jamás haya inventado el hombre, lo cual tiene enormes consecuencias en todos los aspectos de nuestra vida.

Ya casi por terminar la "obra negra" de la *aldea global* que predijo Marshall McLuhan a finales de los sesenta, donde el conocimiento puede transmitirse electrónicamente en forma instantánea de continente a continente, hay que hacer algunas precisiones y erradicar mitos y exageraciones respecto de la influencia que tienen y tendrán las computadoras.

La computadora, como todo producto de la tecnología, en mayor o menor medida, influye en nosotros a nivel social e individual. Aunque parezca exagerado sostener, como lo hace Arthur C. Clarke, que no es del todo preciso decir que el hombre ha inventado a las herramientas, sino que *las herramientas han inventado al hombre*,<sup>7</sup> hay ejemplos en la historia, el del reloj mecánico es muy claro, de que lo anterior puede sostenerse y tiende a cambiar cada vez más nuestros patrones de conducta y de percepción de la realidad.

Un filósofo de la tecnología como Lewis Mumford demostró que el reloj mecánico (inventado a mediados del siglo XIV), y no la máquina de vapor, nos condujo a la era industrial.<sup>8</sup> También su influencia como agente de cambio al final de la Edad Media puede considerarse mayor que la de la imprenta, al introducir una percepción lineal, progresiva y secuencial del tiempo, a diferencia de la idea orgánica y cíclica que el hombre medieval tenía. El reloj transformó a la sociedad someténdola a los mandatos de sus manecillas mecánicas, trabajando cuando ellas lo indicaran, comiendo cuando fuera *hora de comer* y no cuando sintiera hambre, durmiendo a la *hora de dormir*, no cuando tuviera sueño, etcétera. Otro filósofo de la tecnología, aunque pesimista, Michael Shallis, asegura que la mecanización del tiempo, su supeditación a la tecnología, preparó también el camino para la mecanización del lenguaje por medio de la imprenta.<sup>9</sup>

Mientras más "se acercó" el reloj mecánico al hombre, tanto en

<sup>7</sup> CLARKE, Arthur C., *Profiles of the Future. An inquiry into the limits of the possible*, Nueva York, Warner Books, 1985, p. 254.

<sup>8</sup> MUMFORD, Lewis, *Technics and Civilization*, San Diego, Nueva York, Londres, Harcourt Brace-Harvest Books, 1963, pp. 12-18.

<sup>9</sup> SHALLIS, Michael, *El ídolo de Silicio. La "revolución" de la informática y sus implicaciones sociales*, Barcelona, Salvat, 1986, pp. 110-111.

precio como en tamaño y precisión, su influencia en él aumentó. De igual forma, la computadora, que ha dejado de ser exclusivamente una costosa extravagancia de laboratorio para proyectos ultracomplejos o ultrasecretos, se ha acercado al individuo en todos los sentidos, a tal grado que un modelo, aparecido a mediados de los setenta de este siglo y producido en serie, se denomina *personal computer* (computadora personal o PC), con implementos que facilitan y flexibilizan las relaciones con el usuario mediante la imitación electrónica, hasta donde las posibilidades de la tecnología lo permiten, del pensamiento humano. Y a este respecto, todos los expertos coinciden en lo que este acercamiento significa: "En sus logros y en sus posibilidades y tendencias, la informática se identificaría con la construcción por la especie humana de prótesis que prolongan y diversifican sus sentidos, su memoria, sus capacidades intelectuales".<sup>10</sup> "Las herramientas de cómputo son mediadores simbólicos que amplían el intelecto más que el músculo de quienes las usan".<sup>11</sup>

Más por despecho a nuestro gremio que en honor a la verdad, los entusiastas de la computación han afirmado repetidas veces que en un futuro que ellos desean muy próximo, los abogados serán sustituidos por la inteligencia artificial. En realidad los únicos que deberían temer que algo así ocurriera, son aquellos "abogados" cuyos conocimientos y desempeño son tan pobres y limitados, que inclusive una computadora podría sustituirlos; afortunadamente la mayoría de quienes se encuentran en esa hipótesis son simuladores del derecho y no auténticos abogados. Así, la computadora funcionaría como un útil medio dentro del darwinismo profesional. Heinz R. Pagels, un experto imparcial en la informática, ha declarado al respecto:

Algún día, más pronto de lo que mucha gente cree, las ciencias de la complejidad<sup>12</sup> habrán de ejercer su efecto sobre el sistema legal, no sólo en el procesamiento de datos sino en la verdadera toma de decisiones. ¿Podría un sistema experto<sup>13</sup> reemplazar a un

<sup>10</sup> KAPLAN, *op. cit.*, p. 56.

<sup>11</sup> GATES, Bill, *Camino al Futuro*, México, McGraw-Hill, 1995, p. 5. Para McLuhan, los medios electrónicos en general, son prolongaciones de los órganos de los sentidos. MILLER, Jonathan, *McLuhan*, Barcelona, México, Grijalbo, 1973, p. 11.

<sup>12</sup> Con este nombre se refiere a la dinámica no lineal y a otras disciplinas auxiliares de lo que se ha denominado popularmente como teoría del caos.

<sup>13</sup> Ver el apartado I.1.

abogado o, por lo menos, asistirlo? Probablemente buena parte del trabajo legal en la práctica cotidiana podría ser llevado a cabo por ordenadores, y los abogados descubrirían que pueden servir mejor a sus clientes acudiendo a ellos. El empleo de memorias de contenido dirigibles,<sup>14</sup> por ejemplo, sería de gran ayuda en el trabajo con casos. Actualmente la influencia de las nuevas ciencias de la complejidad sobre la profesión legal sigue siendo mínima; pero esto pronto habrá de cambiar.<sup>15</sup>

El trabajo con casos asistidos por computadora ya se ha empezado a experimentar, inclusive tomando algunos de ellos del Derecho Romano,<sup>16</sup> aunque las limitaciones de la inteligencia artificial son aún evidentes y hacen impráctica, como no sean simulaciones para tratar de mejorar los programas, su utilización en la vida cotidiana.

Si la inteligencia artificial llegará a superar algún día a la humana, es algo que por el momento no debe preocuparnos. Lo primero que hay que dejar en claro es la relación entre el hombre y la computadora, así como las funciones propias de ambos. "Dejemos al hombre las cosas que son del hombre y a las computadoras las cosas que son de ellas", aconseja Norbert Wiener, padre de la cibernética.<sup>17</sup>

En una irónica novela de Stanislaw Lem, el viajero espacio-temporal Ijon Tichy hiberna para asistir a un congreso en el año 2039, y conoce entre otros, a un abogado (Crawley) que nunca ha querido asimilar del todo la tecnología, doliéndose de la decadencia del tradi-

<sup>14</sup> Especie de sistema experto.

<sup>15</sup> PAGELS, Heinz R., *Los Sueños de la Razón. El ordenador y los nuevos horizontes de las ciencias de la complejidad*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 147.

<sup>16</sup> FREIXAS, Juan, ECHEVARRÍA, Martha y SISAMÓN, Javier, "Una reciente experiencia innovadora en la enseñanza práctica del derecho: Resolución de un caso práctico de Derecho Privado Romano mediante un programa realizado con una implementación del lenguaje Prolog sobre MacIntosh. (Sobre un texto del jurista Escvola: Digesto 7.1.58)", en *Congreso sobre Derecho Informático. 22-24 de junio de 1989*, Universidad de Zaragoza-Facultad de Derecho, Secretariado de Publicaciones, 1989, pp. 697-715.

<sup>17</sup> WIENER, Norbert, *Dios y Golem, S. A. Comentario sobre ciertos puntos en que chocan cibernética y religión*, 4a. ed., México, Siglo XXI, pp. 55-56. Clarke considera que es posible que en el futuro las computadoras nos asistan tomando a su cargo las tareas fastidiosas de los hombres, dejando así al cerebro humano libre para concentrarse en asuntos de mayor trascendencia, *op. cit.*, pp. 267-268. El único trabajo serio que conozco que se opone al desarrollo de la inteligencia artificial, escrito además por un ingeniero en computación, aunque alegando principalmente motivos de integrismo religioso, es el de Shallis, *cit.*, *passim*.

cional arte de la abogacía, donde la bella oratoria ya carece de méritos pues solamente se utiliza para esclarecer los asuntos penales.<sup>18</sup> Nada malo tiene la nostalgia mientras no se convierta en un rechazo de lo nuevo pensando que todo tiempo pasado fue mejor, cuando en realidad lo que se teme es que no podamos ser y destacar como solíamos en una época de cambios, y que quienes se adapten dominarán el terreno que antes nos pertenecía por derecho propio.<sup>19</sup>

Cuenta San Agustín la enorme sorpresa y admiración que le causó descubrir que San Ambrosio leía en voz baja sin necesidad de mover los labios, en una época en que toda lectura se hacía en voz alta, aún en forma individual, atribuyendo este logro a la sabiduría del obispo de Milán.<sup>20</sup> McLuhan, siguiendo a Henry Chaytor, sostiene que todavía durante la baja Edad Media subsistía la práctica de leer en voz alta y que la costumbre de leer en silencio, para uno mismo, se generalizó con la mayor legibilidad que trajo la imprenta,<sup>21</sup> facilitando una mayor agilidad en la lectura, cuya práctica pronto superó el ritmo y velocidad de la lectura hablada.

Algo parecido, a mi modo de ver, a la sensación descrita por San Agustín, se experimenta la primera vez que nos enteramos de las posibilidades y ventajas de un procesador de palabras sobre una máquina de escribir; la primera vez que una base de datos nos trae la información requerida en cuestión de segundos; o la primera vez que "navegamos" por INTERNET. El mundo que conocíamos ya no es el mismo. Quienes desean afrontar el reto de los vientos del cambio, se introducen a explorar el nuevo mundo; quienes no, se refugian en la nostalgia siguiendo la técnica del avestruz. Hay que tener presente lo que al respecto comenta Bill Gates:

Quienes se enfrentan por primera vez a una computadora temen que un solo error arruine todo su trabajo, que la máquina se estropee o que se pierda todo lo almacenado en ella. Por supuesto, la gente pierde datos, pero el daño no suele ser irreversible casi

<sup>18</sup> LEM, Stanislaw, *Congreso de Futurología*, Barcelona, Bruguera, 1981, p. 120.

<sup>19</sup> Ver, en general, TOFFLER, *op. cit.*, *passim*; CLARKE, "The Obsolescence of Man", en *op. cit.*, pp. 253-271; en particular: PRADO, Pedro Antonio, *La informática y el abogado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, *passim*; CANALES, Enrique, "Tecnología y abogacía", en *Interfase*, suplemento de *Reforma*, 6 de marzo de 1995, p. 32A, en lo sucesivo, R, seguido de la fecha y la página: R,6-III-95, 32A.

<sup>20</sup> San Agustín, *Confesiones*, Madrid, Sarpe, 1983, L. VI, C. III, pp. 132-133.

<sup>21</sup> MILLER, *op. cit.*, p. 146.

nunca. Casi todos los programas cuentan con comandos que posibilitan probar algo y anularlo rápidamente. Los usuarios ganan confianza a medida que descubren que los errores no son catastróficos. Después comienzan a experimentar. Las PC proporcionan todo tipo de oportunidades para experimentar. Cuanta más experiencia se adquiriera con ellas, mejor se sabrá qué se puede hacer y qué no. Luego dejan de ser amenazas para convertirse en herramientas. La computadora no es más que una máquina que nos ayuda a hacer ciertas cosas con mayor eficacia, al igual que el tractor o la máquina de coser.<sup>22</sup>

Sin embargo, no trato de significar que se deba tomar la misma actitud hacia toda clase de cambios o tendencias, ya sea en el aspecto tecnológico o en cualquier otro nivel, pues una actitud acrítica hacia el cambio podría traernos gravísimas consecuencias. A todo lo largo del presente trabajo se hallarán críticas en este sentido. La revolución de las computadoras la han hecho, en su mayoría, destacados especialistas en las ciencias exactas. Ya es hora de que los humanistas, como nosotros, nos hagamos presentes en esta revolución que a todos afecta, propugnando cada vez con mayor énfasis por conseguir un humanismo tecnológico: la ciencia y la tecnología siempre al servicio del hombre y nunca al revés. Recordemos a Oliver Wendell Holmes, en aquella sentencia aplicable también a la tecnología: "La ciencia es un magnífico mobiliario para el piso superior de un hombre, siempre y cuando su sentido común esté en la planta baja".

## I. INFORMÁTICA Y DERECHO

*[L]a tecnología es simplemente otra palabra para herramienta. La tecnología no es lo que conduce el progreso humano. Son las ideas. Las ideas diseñan las herramientas, y las ideas dirigen su uso.*

*[L]a tecnología importa menos que el uso que de ella hacemos. Aquello en lo que nos convertiremos estará determinado no por las herramientas que tengamos en nuestras manos, sino por los ideales que llevemos en nuestras mentes.*

Tom Clancy, interpretando el valor y el mensaje de la obra de Robert A. Heinlein.

<sup>22</sup> GATES, *op. cit.*, pp. 249-250.

### I.1. Informática jurídica<sup>23</sup>

Apenas nacia la era de la información y las computadoras electrónicas, cuando Norbert Wiener previó la aplicación de la nueva tecnología a la actividad jurídica, y, poco después, en el año de 1949, el jurista estadounidense Lee Loevinger planteó por vez primera la posibilidad de su utilización en el mismo terreno. Lo que Loevinger buscaba, dándole a la nueva disciplina el nombre de *jurimetría*, era racionalizar el derecho a través de la aplicación de la metodología simbólica y el empleo de los procedimientos cuantitativos de la automatización. No obstante, quien formalizó teóricamente a la *jurimetría* como disciplina, catorce años después, fue su compatriota, Hans W. Baade. En 1968, Mario G. Losano, buscando ordenar metodológica y conceptualmente las propuestas de Loevinger y de Baade, propuso cambiar el término *jurimetría* por el de *iuscibernética*, haciéndola comprender ahora dos ramas fundamentales: la *modelística jurídica* y la *informática jurídica*.<sup>24</sup>

La *modelística jurídica* pretende algo semejante a lo propuesto por Heinz R. Pagels, citado en la introducción a este trabajo, es decir, la elaboración de modelos sobre el derecho considerado como un sistema social complejo y autorregulado. De acuerdo con el famoso cálculo del psicólogo cognitivo George Miller, la mente humana puede contener como máximo  $7 \pm 2$  elementos diferentes bajo su atención simultáneamente. Con esta capacidad de atención, las posibilidades de entender cabalmente un sistema complejo son casi nulas. Por medio de la ayuda de computadoras, según Pagels, podremos iniciar el desglose de esa complejidad en volúmenes de información humanamente manejables, sin dejar de advertir que dicho desglose "es más un arte que una ciencia";<sup>25</sup> pero esto apenas es una hipótesis que no ha salido del "laboratorio", y esperamos pronto se desarrolle y comience a dar frutos de buena calidad.

Es la *informática jurídica* la que más se ha desarrollado, especialmente en algunos de sus sectores, que son:

<sup>23</sup> Hay algunos títulos sobre este tema en el país. Lamentablemente son escritos con más entusiasmo que precisión. El más recomendable es el de FIX FIERRO, Héctor, *Informática y Documentación Jurídica*, México, UNAM, 1987.

<sup>24</sup> FIX FIERRO, Héctor y MATUTE C., Sergio L., "Informática y Derecho", en KAPLAN, Marcos (coordinador), *Revolución Tecnológica, Estado y Derecho*, *cit.*, t. III, pp. 216-217.

<sup>25</sup> PAGELS, *op. cit.*, pp. 42-45.



1. Informática jurídica de gestión y control;
2. Informática jurídica documentaria, y
3. Informática jurídica metadocumentaria.

La *informática jurídica de gestión y control*, persigue algo tan elemental, aunque no menos importante, como lo es la organización y administración de las entidades y personas encargadas de la creación y aplicación del derecho. Recalco que es algo elemental, porque aún antes de la aparición de la primera computadora electrónica, en la Cámara de Representantes de Ohio, en 1938, se empleó una máquina automática de registro unitario para el control y seguimiento de las iniciativas de ley,<sup>26</sup> que es lo mismo que ahora hacen las computadoras, además de la creación de bases de datos para la tramitación de los expedientes judiciales, gestión de las oficinas registrales, de notarios o abogados, etcétera; y la elaboración de sistemas de cálculo y clasificación, todo con miras a facilitar y agilizar la práctica profesional del derecho.

En nuestro país, el Estado de Nuevo León cuenta con sistemas muy avanzados de informática de gestión. En el Tribunal Superior de Justicia ofrecen un sistema para que las partes y sus abogados se enteren del estado que guarda su proceso, sin necesidad de presentarse en el tribunal. En los juzgados de la zona conurbada, se planea instalar un programa denominado "mano universal", para quienes se encuentran bajo libertad condicional, permitiéndoles "firmar" colocando su mano en un aparato conectado a una computadora que le toma una fotografía tridimensional y luego la persona teclea una clave personal numérica que se archiva en una base de datos.<sup>27</sup>

La *informática jurídica documentaria* o *documental*, que es hasta ahora la rama más desarrollada dentro de la informática jurídica, pretende el almacenamiento y recuperación automática de grandes acervos de documentación jurídica, incluyendo legislación, jurisprudencia y doctrina.

El desarrollo de la informática jurídica documentaria ha dependido de la evolución de disciplinas auxiliares como la recuperación de información (*information retrieval*), particularmente del estudio del len-

<sup>26</sup> FIX FIERRO y MATUTE, *op. cit.*, pp. 216-217.

<sup>27</sup> GAUNA, Sandra, "Modernizan el sistema de los tribunales", R,6-XI-95,53A.

guaje jurídico con el fin de elaborar mejores instrumentos de apoyo para el almacenamiento y recuperación de documentos.<sup>28</sup>

En México se ha utilizado principalmente el *abstract* para recuperar información jurídica, que es una especie de epitome donde se concentran las palabras e instituciones esenciales de textos de mayor extensión y generalidad. Pero solamente para la consulta de la legislación y la jurisprudencia. La doctrina ha sido ignorada hasta ahora por todos los métodos de *information retrieval*, ya es tiempo de subsanar esta omisión para hacer más eficiente y ágil la investigación jurídica.

Aunque tiene mayor grado de desarrollo que la informática jurídica de gestión y control, la informática jurídica documentaria no ha alcanzado todavía el cumplimiento de sus objetivos por las dificultades inherentes al desarrollo y uso del *software* o soporte lógico de las computadoras.

El *software*, como lo explica Bruce Sterling, es algo así como un mecanismo basado en principios matemáticos, algo semejante al lenguaje, al pensamiento humano, al arte, y a la información, pero no es ninguno de los anteriores. Tiene una gran capacidad de adaptación, siendo a la vez muy sutil, impredecible e igualmente riesgoso. Hasta ahora no se le ha podido despojar de la mayoría de sus imperfecciones, puesto que no puede "probarse" como un teorema matemático. Se le ha tratado de acercar más al lenguaje humano, pero no se han podido eliminar las ambigüedades inherentes a este proceso, como la polisemia y la capacidad de comprensión del contexto.<sup>29</sup>

La *informática jurídica metadocumentaria*, también llamada *decisional* o *analítica*, es la más reciente de las tres anteriores, y tiene por objeto el análisis y la aplicación de la información para permitir a la computadora resolver por sí misma problemas jurídicos (simulando

<sup>28</sup> Ver: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *El Sistema UNAM/JURE. Un banco de datos legislativos*, México, UNAM, 1985, *passim*, aunque necesita una actualización ante el desarrollo reciente de la informática jurídica en dicho Instituto, pero sigue siendo una introducción útil al tema. Dignos de mención son también en México el Sistema de Información Legislativa de la Cámara de Diputados (SILE), y el Centro de Informática Legislativa del Senado de la República (CILSEN).

<sup>29</sup> STERLING, Bruce, *The Hacker Crackdown. Law and disorder on the electronic frontier*, Nueva York, Bantam Books, 1993, pp. 31-32. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha propuesto la siguiente definición de *software*: conjunto de instrucciones que, una vez transpuesta sobre un soporte descifrado por una máquina, pueden indicar, hacer cumplir o hacer obtener una función, una tarea o un resultado particular, por una máquina capaz de dar tratamiento a la información. Citada por FIX FIERRO y MATUTE, *op. cit.*, p. 228.

procesos inteligentes) o auxiliar en su resolución, así como buscar el avance de la teoría del derecho.

La más interesante aplicación de esta rama es, probablemente, la de los *sistemas expertos*. Un sistema experto, en general, es la estructuración de conocimientos, acoplados a un mecanismo automático de inferencias, de los que se obtienen conclusiones a partir de los datos suministrados, lográndose esto a través de una serie de preguntas y respuestas entre el usuario y el sistema. Dentro del campo jurídico se han recibido con entusiasmo estos sistemas, pues las reglas de decisión en las que se basa el sistema experto se analogan fácilmente a los supuestos de las normas jurídicas. Esto aunado al reciente desarrollo de la lógica propiamente jurídica, la lógica deóntica<sup>30</sup> que permite un análisis formal y automático del lenguaje o explicación de documentos de carácter jurídico basándose en ciertos patrones especiales que logran la resolución de consultas, más o menos simples, dentro de una rama de especialización determinada.

## 1.2. Derecho de la informática

Otro aspecto importante dentro de las relaciones entre derecho e informática, es el *derecho de la informática*, que es la disciplina relativa a las normas que regulan todos los asuntos derivados del uso de las computadoras. En este apartado seguiremos puntualmente a Héctor Fix Fierro, uno de los expertos de esta materia en México.

Aún antes de la era electrónica de la información, todos los medios de comunicación han tratado de ser regulados por el derecho desde que se han reconocido como factores de poder, principalmente. Con el aumento geométrico en las posibilidades de comunicación social a través de los nuevos medios y la tecnología de tratamiento electrónico de la información, el derecho debió también buscar adecuarse a los cambios ante las emergentes oportunidades de manipulación, abuso o inequitativa distribución de la información entre la sociedad.

El derecho no se ha adaptado del todo a la era de la información, pues solamente ha pretendido adecuar sus tradicionales principios a la realidad por medio del análisis, deducción, fundamentación, descripción, actualización y jerarquización, sin proponer con éxito nuevos principios materiales para solucionar por completo, o cuando menos satisfactoriamente, los nuevos retos.

<sup>30</sup> FIX FIERRO y Matute, *ibid.*, pp. 221-222

Es por eso que la disciplina que se ha dado en llamar *derecho de la informática*, es un *droit de carrefour*, es decir "derecho de cruce" o "de convergencia" de otras ramas jurídicas, de las que se han ido desprendiendo los que pueden llegar a convertirse en sus principios generales, aunque la disciplina posee por sí misma la autonomía, especificidad y originalidad necesarias para dejar de ser simplemente un apéndice del derecho económico. La constante evolución de su objeto de estudio la han obligado a desarrollarse en escalas evolutivas poco antes vistas dentro de las disciplinas jurídicas, sobre todo por su importancia creciente a nivel internacional.

Son varios los problemas que tiene que resolver el *derecho de la informática*. Aquí solamente veremos algunos de los más importantes<sup>31</sup> por su impacto en la concepción tradicional del quehacer jurídico, como son los relativos a la protección jurídica del *software*, la protección de los datos personales y el valor jurídico de los documentos electrónicos. Sumamente trascendente es también el tema de la responsabilidad civil y penal derivada del abuso de la tecnología informática, que será tratada en el siguiente capítulo (II.3).

### 1.2.1 La protección jurídica del software

Ya se adelantaron algunas consideraciones generales sobre las dificultades de la utilización del *software* dentro de la *informática jurídica* (I.1), ahora trataremos los ensayos normativos que se han hecho para proteger los derechos de sus creadores.

Al aparecer las primeras computadoras electrónicas, el *hardware* o soporte material era el elemento de mayor valor económico, siendo el *software* o soporte lógico un algoritmo que fundamentalmente se utilizaba para efectuar cálculos matemáticos. Con la drástica reducción de las dimensiones del *hardware* en unas cuantas décadas y el empleo de nuevos materiales que hacen sus precios accesibles a un considerable porcentaje de consumidores, además de la también inconcebible especialización del *software* en un tiempo sumamente breve, éste se ha convertido en el elemento de mayor valor económico y en el que se invierte mayor capital para su investigación y desarrollo.

Varias soluciones se han ofrecido para brindarle protección jurídica al *software*, sin que hasta el momento ninguna sea completamente sa-

<sup>31</sup> Para una visión ejemplar de estos problemas, ver: FIX FIERRO y MATUTE, *ibid.*, pp. 227-240.

tisfactoria. Se ha tratado como una licencia o concesión de derechos de uso entre el productor y el usuario, como una patente y como derecho de autor, siendo este último el más aceptado a nivel mundial, aunque tal vez sea necesario darle una categoría aparte por sus características *sui generis*.

En México se ha optado también por la protección a través de los derechos de autor. En la reforma de 17 de julio de 1991 a la Ley Federal de Derechos de Autor, se introdujeron los programas de cómputo (*software*) a la lista de obras aptas para esta clase de regulación (art. 7-j), con la salvedad de permitir "la copia que para su uso exclusivo como archivo o respaldo realice quien adquiera la reproducción autorizada de un programa de cómputo" (art. 18-f).

Pero hasta ahora poco se ha hecho para proteger realmente al *software*, especialmente en los países en vías de desarrollo. En México el 78% de los programas instalados son piratas. A nivel mundial hay dos organizaciones cuya finalidad es combatir la piratería del *software*, la Business Software Alliance (BSA) y la Software Publishers Association (SPA). La Asociación Nacional de la Industria de Programas para Computadora, A.C. (ANIPCO), de nuestro país, trabaja en conjunto con la BSA. En 1995 intervinieron únicamente en diez acciones de protección a la propiedad del *software*. La SPA, por su lado, ha propuesto reformas a la Ley Federal de Derechos de Autor, que hasta ahora no se han tomado en cuenta.

### 1.2.2. La protección de los datos personales

Tanto para los órganos de gobierno como para las compañías privadas, es de gran valor contar con información individual sobre la población. Para los primeros, con el fin de elaborar toda clase de estadísticas (censos, nivel de ingresos, escolaridad, etcétera), para conocer las necesidades y características de la sociedad a la que gobiernan; respecto de las segundas, las posibilidades son también muy variadas (mercadotecnia, determinación de los sujetos de crédito y de los más aptos para un trabajo o para obtener un seguro, etcétera). La simple posesión de estos datos permite tomar decisiones a favor o en contra de los individuos, por lo que es necesario legislar sobre las posibilidades de acceso a ellos y sobre el uso que puede dárseles.

Las diversas legislaciones de los países industrializados han conce-

dido a este respecto una serie de derechos a los individuos, que Pablo L. Murillo de la Cueva resume de la siguiente forma:

1. Conocer la existencia de bancos de datos que contengan su información personal y derecho de acceder a ellos;
2. Obtener la rectificación de datos inexactos o erróneos;
3. Conseguir la cancelación de los datos existentes en el banco (*verbigracia*, después de cierto tiempo o evento);
4. Que los datos no se transmitan a terceros sin su autorización expresa, y a ser informado cuando esto haya ocurrido;
5. Que los datos sensibles (aquellos que revelan el origen racial, las opiniones políticas, convicciones religiosas o de cualquier otra índole, o datos relativos a la salud o vida sexual), no sean comunicados ni recopilados sin su consentimiento expreso.

En nuestro país solamente la Ley de Información Estadística y Geográfica (D.O. de 30 de diciembre de 1980, con reformas aparecidas en el D.O. de 12 de diciembre de 1983), ha abordado algunos de estos aspectos. En su capítulo V, relativo a los derechos y obligaciones de los informantes, el artículo 37 les otorga la facultad de solicitar la rectificación de datos propios en caso de ser inexactos, incompletos, equívocos u obsoletos. También pueden dejar sin efecto la información que se haya obtenido por medio de engaño o a través de cualquier medio ilícito (art. 40). En relación a los datos e informes para fines estadísticos, o que provengan de registros administrativos o civiles, se establecen los principios de *confidencialidad* y *reserva*, por lo que tales datos "no podrán comunicarse, en ningún caso, en forma nominativa o individualizada, ni harán prueba ante autoridad administrativa o fiscal, ni en juicio ni fuera de él" (art. 38). En caso de violar esta prohibición se aplican sanciones administrativas, dejando a salvo la responsabilidad civil y/o penal que proceda (arts. 50-II y 51).<sup>32</sup>

Puede llegar a sostenerse, como lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1983, que ante la informática ha desaparecido la esfera de privacidad o intimidad,<sup>33</sup> sobre todo ante la cercanía de la aldea global. Éste es, precisamente, uno de los retos que debe afrontar la legislación y la doctrina jurídica, que no puede simplemente resignarse ante el cambio tecnológico, o bien, podría también aliarse con éste

<sup>32</sup> *Id.*, pp. 231-234.

<sup>33</sup> *Id.*, p. 234 y n. 81.

(dándonos a cada quien una especie de "caja negra" —o "caja de Pandora", en algunos casos— con todos nuestros datos sensibles, que sólo se "abriría" cuando la autoridad lo ordenara), para evitar así toda clase de abusos.

### 1.2.3. El valor jurídico de los documentos electrónicos

Acostumbrados a vivir en un "mundo de papel", los abogados no suelen darle el mismo valor, especialmente en el terreno de las pruebas, a los documentos electrónicos hechos por medio de computadoras o de soportes magnéticos y ópticos para almacenar información, probablemente por la facilidad con que éstos pueden manipularse en forma casi imperceptible y ante la ausencia aún de una firma electrónica confiable.

Según Fix Fierro, los problemas que esto podría acarrear pueden remediarse mediante cambios legislativos o de interpretación judicial que establezcan la admisibilidad general de esta clase de documentos,<sup>34</sup> lo cual parece confirmar la reciente solicitud, por parte de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León, de los documentos electrónicos (almacenados en una PC de la oficina de la víctima) que un ingeniero en sistemas del periódico *El Norte* de Monterrey consiguió para aportar pruebas en el caso del homicidio del abogado Leopoldo del Real Ibáñez.<sup>35</sup>

## II. HACIA LA ALDEA GLOBAL

*Lo que hoy ha empezado como novela de ciencia ficción, mañana será terminado como reportaje.*

Arthur C. CLARKE

A fines de los sesenta Marshall McLuhan predijo la existencia de una "aldea global" en los últimos años de este siglo, refiriéndose a que los medios de comunicación desplegados —por vía electrónica—, mantendrán unidos a todos los seres humanos, sin importar tiempo, lugar o distancia. Por su parte, en *The Wired Society* (La Sociedad Interconectada), James Martin habló de un "pueblo electrónico", des-

<sup>34</sup> *Id.* p. 239.

<sup>35</sup> El caso aparece documentado en R,12, 13, 15, 16 y 21-III-96.

cribiendo una época en que las tendencias hacia equipos de cómputo más baratos y sistemas de comunicación de mayor alcance, permitirán que la gente utilice la electrónica para unirse en una comunidad mundial "tan fortuita, íntima e informal como la de un pueblo".<sup>36</sup> El discurso de comunicólogos y expertos en informática resulta demasiado triunfalista en la mayoría de los casos, y poco se ha dicho sobre los problemas para los que hay que estar prevenidos, y sobre cómo hay que resolver las dificultades presentes que la misma tendencia nos ha traído e irá acentuando en el futuro ante el desmedido progreso tecnológico.

A nivel nacional, la disponibilidad de supercomputadoras con mayores velocidades de cálculo permiten hacer más de lo mismo en menos tiempo y concebir cada vez más los problemas estimables en tiempos y costos razonables. Pero esto plantea igualmente posibilidades inquietantes, sobre todo de dominación y explotación, de control y manipulación, de instauración y mantenimiento de regímenes y prácticas nocivas y destructivas de los derechos humanos.

A nivel internacional, las nuevas tecnologías han permitido prácticas de modificación de datos y posibilidades de desarrollo, organización y funcionamiento de la economía y la política mundiales, invasión de la soberanía y la seguridad nacionales, de la diplomacia, la estrategia y la evolución de la guerra.<sup>37</sup>

### II.1. En las fronteras del ciberespacio

*Aunque no es precisamente "real", el "ciberespacio" es un lugar auténtico. En él ocurren cosas que tienen consecuencias muy auténticas... Cientos de miles de personas le han dedicado sus vidas al servicio de las comunicaciones públicas por medio de alambros o de la electrónica.*

Bruce STERLING

El término *ciberespacio*, aunque cuenta apenas con poco más de una década de existencia, es de gran importancia para comprender la era

<sup>36</sup> Citado por LAURIE, Peter, *Informática para todos*, Barcelona, Salvat, 1986, p. 196.

<sup>37</sup> KAPLAN, op. cit., pp. 83-84. Ver: TOFFLER, Alvin y Heidi, *Las Guerras del Futuro*, Barcelona, Plaza & Janés, 1994.

de la información, y no únicamente para el mundo de la informática, como suele pensarse. De él derivan una serie de neologismos, a primera vista arcanos (*cyberpunk*, *cybersex*, *cybertribe*, *cybersurfer*, etcétera).

Aunque se trata de un oximoron construido a partir de la palabra *cibernética*, acuñada por Norbert Wiener,<sup>38</sup> el término *ciberespacio* no lo introdujo ningún genio o iniciado dentro de la tecnología informática, sino un poeta *underground*, un autor de ciencia ficción, William Gibson, que a mi modo de ver nos ha dado la definición más completa, y no menos impactante, sobre este neologismo:

El ciberespacio. Una alucinación consensual experimentada diariamente por billones de legítimos operadores, en todas las naciones, por niños a quienes se enseña altos conceptos matemáticos. . . Una representación gráfica de la información abstraída de los bancos de todos los ordenadores del sistema humano. Una complejidad inimaginable. Líneas de luz clasificadas en el no-espacio de la mente, conglomerados y constelaciones de información. Como las luces de una ciudad que se aleja.<sup>39</sup>

Otro poeta *underground*, John Perry Barlow, mejor conocido por haber escrito letras para famosas canciones del grupo de rock *Grateful Dead*, en los años ochenta se interesó a tal grado en las computadoras que se autodenominó un *techno-crank*, término intraducible que podría describirse como un activista social de la nueva tecnología.<sup>40</sup> Cuando el FBI (*Federal Bureau of Investigation* u Oficina Federal de Investigación) lo interrogó respecto de un robo de *software* a la compañía Apple Computer de Cupertino, California, se percató, en 1990, que la mayoría de los *hackers*<sup>41</sup> estaban siendo investigados por

<sup>38</sup> Del griego *kiberneetikée*, que en la antigüedad designaba el arte de gobernar. Mas cerca del significado que le asignó Wiener a esta palabra, está el término *cibernesias* (del gr. *kyberneesia*; de *kybernaoo*, dirigir un barco), que eran las fiestas instituidas por Teseo en honor de los pilotos que lo acompañaron y guiaron en su expedición a Creta. Para Wiener la *cibernética* se refiere a los factores comunes del control y la comunicación en los organismos vivos, máquinas automáticas y organizaciones.

<sup>39</sup> GIBSON, William, *Neuromante*, trad. de José Arconada Rodríguez y Javier Ferreira, Barcelona, Minotauro, 1989, pp. 69-70.

<sup>40</sup> STERLING, *op. cit.*, pp. 221-223.

<sup>41</sup> Otra palabra intraducible que originalmente se utilizó para designar a los programadores talentosos cuya única meta era mejorar los sistemas de cómputo, pero que luego se empleó para referirse a los programadores que emplean su talento en realizar desperfectos o entrar a sistemas de acceso restringido, ya sea con fines

el operativo federal denominado *Sundevil*, bajo la sospecha de ser una mala influencia en general para los usuarios de las computadoras. Un año después, en junio, junto con Mitchell D. Kapor, profesor de informática en Harvard, fundador de Lotus, una de las mayores compañías de *software*, y ex *techno-hippie*, fundaron en Pinedale, Wyoming, la *Electronic Frontier Foundation* (Fundación de la Frontera Electrónica) y Barlow escribió un manifiesto bajo el título de *Crime and Puzzlement* (Crimen y Desconcierto), disponible en línea a través de las redes de computadoras y en edición impresa, donde anunciaba su intención de crear una organización política para "recaudar y distribuir fondos para la educación, para presionar a autoridades y legisladores, y litigar en áreas concernientes al discurso digital (*digital speech*) y para llevar la Constitución al Ciberespacio".<sup>42</sup>

Contrataron abogados para las víctimas de la operación *Sundevil*, logrando que en el tribunal se distinguiera, por el momento, entre *hackers* y *crackers*. En el presente cuentan con aproximadamente 4 mil miembros y tienen gran influencia, incluso en Washington.<sup>43</sup> La *Electronic Frontier Foundation* tuvo mucho que ver en la suspensión de la *Communications Decency Act*, que ha sido su mayor logro hasta el momento.

Fue Barlow quien popularizó el término *ciberespacio* de Gibson, considerándolo un sinónimo del actual nexo entre las computadoras y las redes de telecomunicaciones. Para él el *ciberespacio* es un nuevo mundo, una frontera o un lugar para el que son necesarias nuevas metáforas, nuevas leyes y nuevas conductas. Poco tiempo después de dar a conocer su obra *Crime and Puzzlement*, la palabra *ciberespacio* apareció en revistas como *Time* y *Scientific American*, y comenzaron a emplearla todos los *hackers*, la policía especializada en delitos informáticos, e inclusive, reconocidos constitucionalistas.<sup>44</sup>

El *ciberespacio* puede ser un nombre nuevo, mas no lo es ese éter tecnológico con el que el hombre ha convivido desde hace poco más de un siglo, como nos lo demuestra Sterling:

delictivos o simplemente para demostrar su talento ante sus colegas. Los *hackers* originales, con el fin de mantener su prestigio, han tratado, sin éxito, de darle a estos programadores destructivos el nombre de *crackers*.

<sup>42</sup> STERLING, *op. cit.*, pp. 220-222, 237-238.

<sup>43</sup> PISANI, Francis, "Sociedad civil en el ciberespacio", en *Elec-Crónicas*, columna del suplemento hebdomadario *Interfase*, R.11-IX-95,36A.

<sup>44</sup> STERLING, *op. cit.*, p. 236.

El ciberespacio es el "lugar" donde una conversación telefónica se lleva a cabo. No dentro del teléfono de la otra persona, en otra ciudad. [Sino] *El lugar entre los teléfonos*. El lugar indefinido *allá afuera*, donde ambos, dos seres humanos, se encuentran y comunican.

(...)

Pero en los últimos veinte años este "espacio" eléctrico, otrora delgado y oscuro y unidimensional —poco menos que un angosto cable de comunicación, tendido de teléfono a teléfono— se ha incrementado y abierto como una gigantesca caja de sorpresas. La luz lo ha inundado, la extraña luz de la brillante pantalla de la computadora. Este nuevo mundo oscuro y eléctrico se ha convertido en un vasto y florido paisaje electrónico. Desde los 60, el mundo del teléfono se ha amalgamado con las computadoras y la televisión, y aunque el ciberespacio carece aún de sustancia —algo que pueda tocarse— posee ahora una extraña especie de fisicalidad (*physicality*). Resulta coherente hablar hoy del ciberespacio como de un lugar por propio derecho.

Porque la gente vive en él hoy. No únicamente unas cuantas personas, no únicamente unos cuantos técnicos y excéntricos, sino miles de personas, gente completamente normal. Y no únicamente por un breve instante, incluso por varias horas seguidas, por semanas, y meses y años. El ciberespacio es hoy una "Red" (*Net*), una "Matriz" (*Matrix*), de alcance internacional, creciendo rápida y constantemente. Está creciendo en tamaño, en salud y en importancia política.<sup>45</sup>

El lenguaje de Sterling para describir el *ciberespacio*, más poético que preciso, preconiza, no obstante, un problema para el que aún hoy no se han podido dar respuestas satisfactorias. Elocuente ejemplo de la "realidad" del *ciberespacio* es el siguiente: En los estados de Minnesota y Florida los juegos con apuestas están prohibidos, pero muchos de sus habitantes "juegan y apuestan" en casinos virtuales a través de INTERNET, patrocinados por locales dedicados a dicho entretenimiento en Las Vegas. ¿En dónde se realiza el juego y las apuestas, dentro de Minnesota, Florida o en Las Vegas? ¿Se pueden aplicar las leyes prohibitivas tal y como si el acto se realizara dentro de los límites territoriales de los estados que vedan esa práctica?<sup>46</sup>

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. xi-xii.

<sup>46</sup> El caso, que pronto será llevado a los tribunales, es referido por MEYER, *op. cit.*, p. 47.

Aunque otros entusiastas de la informática sostengan que el *ciberespacio* no existe,<sup>47</sup> lo hacen a manera de antífrasis para advertir que lo virtual de este espacio tecnológico puede llegar a confundirse con la realidad.

Se comprenderá mejor tanto el planteamiento como el alcance de estos problemas en el apartado sobre INTERNET (II.4 a II.4.5). Antes habrá que reconocer que una vez que la aldea global sea una realidad, los medios de comunicación no desaparecerán, sino que habrá una convergencia e igualmente una sinergia, entre todos ellos (teléfono, televisión, redes mundiales de computadoras, radio, facsímil, etcétera), seguramente a través de algo muy parecido a nuestros actuales monitores de computadora. En el *ciberespacio* "existen" —como los asaltantes de caminos— piratas informáticos o *hackers*, dispuestos a hacer desde bromas de mal gusto y actos de vandalismo hasta robos de información o a transferir indebidamente fondos bancarios; virus informáticos que pueden contagiarse aún vía INTERNET; publicidad intempestiva, especialmente dirigida a niños, y muchas otras cosas, algunas inconcebibles, que no se han regulado y de las que hay muy poca o ninguna jurisprudencia en el mundo.

Realmente el *ciberespacio* se asemeja a las luces de una ciudad que nunca duerme, usando el símil de Gibson, y casi con sus mismos peligros.

En la era de la información, las comunicaciones que más se han desarrollado, por su alcance a nivel de todo el orbe, son las telecomunicaciones vía satélite, particularmente la teleinformática o telemática, término híbrido de telecomunicación e informática que nació en la década de los sesenta, y que abarca el correo electrónico, telex, teletex, redes de telegrafía privada, facsímil, teleconferencia, televisión por cable, telemedicina, telediagnósticos, bancos de datos públicos, videotex, televota, transferencia electrónica de fondos, telebanco, telealarma, telemando, telemedida, guía telefónica electrónica, redes digitales de servicios integrados (RDSI), etcétera,<sup>48</sup> servicios que prefiguran las posibilidades de la aldea global, pero que hasta ahora han aporta-

<sup>47</sup> Como el autor de *Silicon Snake Oil*, Clifford Stoll, pionero de ARPANET y luego de INTERNET, advirtiendo a quienes se aventuran en el ciberespacio: "Beware, that when you enter cyberspace, you are entering a nonexistent universe... a soluble tissue of nothing" (Cuidado, porque al entrar al ciberespacio, estás entrando en un universo inexistente... un soluble tejido de nada). Citado por Quittner, Joshua, "Back to the Real World", en *Time*, 17 de abril de 1995, p. 36.

<sup>48</sup> MOMPIN POBLET, José (dir.), *Telemática*, Barcelona, Orbis-Marcombo, 1986.

do los que seguramente son los mejores principios para regular el ciberespacio, como el *Convenio sobre distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite*, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 1974, que dispone, entre otros asuntos, las medidas para evitar y combatir a las estaciones clandestinas distribuidoras de señales, y el *Convenio Internacional de Telecomunicaciones*, de Nairobi en 1982, que sustituye al de Málaga-Torremolinos de 1973, ambos firmados por México.<sup>49</sup> Dentro de nuestra legislación nacional, además de los convenios anteriores, el *Programa Nacional de Modernización de las Telecomunicaciones 1990-1994* considera que la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1939, se debe modernizar, y reconoce que la normativa existente es incompleta y oscura,<sup>50</sup> lo cual no ha sido satisfecho por la nueva *Ley Federal de Telecomunicaciones* (D.O. de 7 de junio de 1995), sólo resta esperar que el reglamento aporte algo de lo que se ha propuesto hacer, pero no se ha cumplido.

Por el momento, la magnitud de la novedad tecnológica y la falta de analogías certeras, probablemente harán que el ciberespacio se regule sobre la marcha, que se norme después de que ocurran los eventos que en el futuro se considerarán indispensables de salvaguardar jurídicamente, pues como sostuvo el doctor Aldo Armando Cocca, pionero de la legislación de las telecomunicaciones, "[n]o es posible regular lo que no tiene definición jurídica, lo que no ha conocido acabadamente el Derecho".<sup>51</sup>

## II.2. El dinero electrónico

El dinero electrónico (*e-money*) y el banco cibernético o *ciberbanca*, como han llamado los periodistas a este último, parecen surgidos de una utopía tecnológica que ya es una realidad. A fines de 1995, el Security First Network Bank empezó a ofrecer sus servicios por INTERNET, sin contar con sucursales, salvo una pequeña oficina en Pineville, Kentucky. Aunque innumerables bancos en el mundo ofre-

<sup>49</sup> GURRÍA HERNÁNDEZ, Jorge L. y MARTÍNEZ GARZA, José Luis (compiladores), *Legislación Básica en Materia de Telecomunicaciones*, México, Secretaría de Comunicaciones y Transportes-Telecomunicaciones de México, Subdirección de Asuntos Jurídicos, 1991, p. 35, 100 y ss.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 658.

<sup>51</sup> COCCA, Aldo Armando, voz "Unidad de Sistemas de Comunicaciones por satélites", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1969, t. XXVI, p. 512.

cen varios servicios en línea (*on line*), Security First es el único que utiliza únicamente INTERNET para ofrecer la totalidad de sus transacciones y servicios, solicitando a sus clientes tan sólo un domicilio en Estados Unidos y un número de seguridad social. Por sus reducidos gastos de operación, el banco ofrece intereses más altos que sus competidores.<sup>52</sup> Lo que resulta difícil de concebir es que no son los Estados Unidos quienes se han desarrollado más en este terreno, sino un país latinoamericano, Brasil. Mientras el 2% de los estadounidenses utilizan la banca en casa, el tercer banco brasileño, Uniao de Bancos Brasileiros, atiende al 10% de su clientela desde sus respectivos domicilios. El usuario, con conexión directa desde su PC a la red central del banco por medio de una línea telefónica, puede pagar cuentas de servicios, transferir fondos de una cuenta a otra y a cualquier banco, solicitar y recibir préstamos, enviar dinero a familiares, y, por supuesto, recibir información sobre su estado de cuenta.<sup>53</sup> Para garantizar la seguridad y confidencialidad de las transacciones, se han ideado ingeniosos y extravagantes medios, como el ofrecido por Visa International Inc. y Worlds Inc., por el que sus clientes pueden "deambular por las salas" de una sucursal virtual que engloba a los 20 mil bancos que trabajan con Visa, y que por medio de un programa de *software*, *Virtual Reality Modeling Language+* (Lenguaje Modelador de Realidad Virtual o VRML+), los usuarios y los empleados pueden adoptar infinidad de identidades, a cual más extravagantes, como pescados o piezas de ajedrez, siendo posible también "dialogar" con otros clientes "disfrazados" o con los cajeros, asesores financieros y demás encargados de otorgar créditos.<sup>54</sup>

El dinero electrónico, o la riqueza de símbolos según Alvin Toffler, es lo que está en juego. Se transfiere al instante de una cuenta a otra, y es supervisado en la pantalla de una terminal de computadora.<sup>55</sup> Lo único que no puede hacerse aún es recibir el dinero en efectivo en casa. Y aunque parece ser el prólogo de un mundo feliz, nunca se ha informado correctamente sobre sus desventajas respecto del dinero en efectivo. El destino del dinero electrónico puede rastrearse al igual

<sup>52</sup> "Surge el primer banco cibernético", en R,27-V-96,31A.

<sup>53</sup> VALDES-SMITH, Cecilia y WEBBER, Thomas E., "La banca en casa", en *The Wall Street Journal Americas-Tecnología*, suplemento especial de R,8-VII-96,3.

<sup>54</sup> SANDBERG, Jared, "El 'banco virtual' llega a Internet de la mano de Visa", *The Wall Street Journal Americas*, en R,10-VIII-95-21A.

<sup>55</sup> Ver: TOFFLER, Alvin, *El Cambio del Poder (Powershift)*, Barcelona, Plaza & Janés, 1990, cap. VI: Conocimiento: Una riqueza hecha de símbolos, pp. 87-96.

que las tarjetas de crédito en toda clase de transacciones.<sup>56</sup> Todas las operaciones pueden encriptarse o codificarse, de tal forma que solamente el destinatario, decodificando el mensaje, pueda obtener y disponer de los fondos transferidos. Paul Kocher, un consultor de seguridad informática, descubrió a fines de 1995, que, bajo ciertas circunstancias, un intruso, midiendo cuidadosamente el tiempo que le lleva al cliente de un banco virtual encriptar sus fondos antes de transferirlos, puede obtener suficiente información para supervisar todas sus transacciones y disponer, tal vez, de los fondos ajenos.<sup>57</sup>

Los bancos en línea y el dinero electrónico no han cumplido sus expectativas porque no garantizan aún la seguridad en las transacciones. Su principal problema no está en su inexperiencia dentro de la era de la informática, sino en que no han logrado colocar barreras suficientes para contener a los delincuentes que la misma tecnología ha visto aparecer a sus expensas.<sup>58</sup>

### II.3. Los delitos informáticos

*Como un colega profesor de San José [California] alguna vez me dijo, "Las computadoras son a los noventa lo que el LSD fue a los sesenta".*

RUDY RUCKER

Los delitos informáticos, es decir, aquellos que se cometen utilizando a la computadora como instrumento principal, nacieron a la par de la PC, cuando las computadoras se introdujeron en los negocios y domicilios particulares. Los primeros ilícitos fueron los fraudes cometidos con la ayuda del computador —que hasta la fecha no se han podido erradicar—. Han sido dos los métodos más socorridos. El primero es conocido como la "técnica del salami", en alusión a las pequeñas "tajadas" de dinero que van desapareciendo durante un largo periodo de tiempo. El defraudador con acceso a un sistema de cuentas bancarias, abre una de ellas a su nombre, entonces manipula el programa para que los fondos que desaparecen a través del "redondeo" sean transferidos a su cuenta. Es decir, si se calculan, por ejemplo, los

<sup>56</sup> LEVY, Steven, "The End of Money.", en N.6-XI-95.49-50.

<sup>57</sup> LEVY, Steven, "The Year of the Internet", en N.25-XII-95/1-I-96.26.

<sup>58</sup> Ver: LEVY, Steven, "Scared bitless", en N.10-VI-96.36-38.

intereses de algún cliente por \$ 853.20 pesos, los 20 centavos que se pierden al redondear pasan a la cuenta de esta persona. Así, sus fondos van aumentando poco a poco hasta alcanzar, luego de algunos años, sumas considerables. Pero la llamada "bomba lógica" es el medio más insidioso y difícil de detectar. Con este objeto, el programador inserta en el sistema una orden parecida a la siguiente:

LINEA 1565: WHEN [SI] SE DA UNA DETERMINADA CONDICIÓN, PAGAR X MILLONES DE PESOS A LA CUENTA NÚMERO 12345. OTHERWISE [O ALTERNATIVAMENTE] PASAR A LA LINEA 1567.

LINEA 1566. DELETE [BORRAR] LINEAS 1565 Y 1566.

Cuando el malversador vea la ocasión, puede introducir las instrucciones anteriores al sistema, abonándose así sumas muy elevadas, al mismo tiempo que las pruebas de su responsabilidad se autodestruyen una vez que han cumplido su cometido.<sup>59</sup>

Pero con la incipiente globalización informática, y con la disminución de los precios de las PC, algunos *hackers* aprendieron a robar y algunos ladrones aprendieron a usar las computadoras como *hackers*, usando como escenario el *cibespacio* que muy bien conocen y que tal vez hayan explotado al presente mejor que nadie. Inclusive, han creado una cultura *underground*, que apenas ha comenzado a estudiarse. Los *hackers* —en el sentido peyorativo del término— son verdaderos adictos de las computadoras e incapaces, en la gran mayoría de los casos, de reprimir sus impulsos. Tienen sus propias reglas no escritas que convierten en héroes dignos de ser imitados a quienes han logrado romper o descifrar complejos códigos de seguridad para robar información, y consideran perdedores a quienes lo han intentado sin lograrlo, pues para ellos sus maniobras no son sino un peligroso juego que sólo los mejores ganan.

Este año, el Congreso de los Estados Unidos informó que en 1995 hubo 250 mil intentos de incursiones ilegales al Departamento de Defensa, siendo esta cifra un testimonio de la tendencia a duplicar anualmente esta clase de actos.<sup>60</sup> De todos los intentos, el 65% tuvo éxito, por ello el nivel de seguridad de cualquier sistema se mide por

<sup>59</sup> SHALLIS, *op. cit.*, pp. 187-188.

<sup>60</sup> R.23-V-96-28A.



el tiempo que "resiste" antes de que alguien logre dar con la clave para violarlo.<sup>61</sup>

Los particulares tampoco se han visto a salvo de los *hackers*. El Instituto de Seguridad Computacional (*Computer Security Institute*, CSI), una asociación de especialistas en seguridad informática con sede en San Francisco, publicó en mayo de este año los resultados de un sondeo realizado junto con el FBI, en el que se inquirió a cerca de 5 mil instituciones públicas y privadas sobre la criminalidad vinculada con el uso de computadoras, resultando que el 41% confesó haber sufrido incursiones indebidas o usos no autorizados de sus sistemas durante 1995, siendo más de la mitad de ellos de origen interno.<sup>62</sup>

Compañías como Microsoft o IBM han tratado de combatir fuego con fuego, la primera a través de un *site* o lugar en INTERNET llamado "La Conexión Comunitaria", donde celebran un concurso abierto para que los *hackers* envíen sus programas para violar los códigos de seguridad de programas de esta compañía, además de recoger experiencias de entre ellos, narrando la forma en que han conseguido sus principales logros.<sup>63</sup> IBM, por su parte, contrata *hackers* "éticos" para que revisen los sistemas de sus clientes con el fin de descubrir y reforzar sus puntos débiles. Pero esto no ha ayudado a disminuir el problema. En INTERNET se puede encontrar el programa adecuado para romper cualquier protección, y si no se halla, es posible también dejar un recado en los foros de discusión electrónica (BBS) —que luego se verán (II.4.2)—, para recibir algún consejo o programa de algún *hacker* experto para lograr dar el *crack* definitivo a la seguridad del sistema deseado.

En las incursiones ilegales y actos de vandalismo de los *hackers*, lo más importante es demostrar la maestría en el manejo de la computadora, el disponer de la información o los fondos robados es algo relativamente poco usual.<sup>64</sup> El caso de Kevin David Mitnick es repre-

<sup>61</sup> R.10-VI-96,47A.

<sup>62</sup> PISANI, Francis, "Informática y criminalidades", en R.13-V-96,46A.

<sup>63</sup> El *site* se encuentra en <http://www.c2.org/hackmssoft/>.

<sup>64</sup> Sterling hace un listado de los crímenes y actos de vandalismo cometidos por *hackers* y sus precursores, remontándolos a una fecha tan remota como 1878, cuando un grupo de adolescentes, contratados por la compañía Bell, usaron las instalaciones telefónicas para divertirse, desconectando llamadas, interrumpiéndolas, etcétera. La lista concluye en septiembre de 1991, pero puede complementarse con la que aparece en el artículo de MEYER, Michael y UNDERWOOD, Anne, "Crimes of the Net", en N.14-XI-94,43.

sentativo. A los 17 años penetró indebidamente en el sistema de Pacific Bell, luego robó información de la Fuerza Aérea y tomó el control de tres oficinas de compañías telefónicas de Nueva York y de todos los centros que dirigen las llamadas en California. En 1989 fue condenado por haber causado daños estimados en 5 millones de dólares a Digital Equipment, aunque luego haría lo mismo con Apple y Motorola, además de otras. Para todo ello se valió de un teléfono, un *modem*<sup>65</sup> y una computadora, esto aunado a un talento especial para borrar las evidencias que pudieran dar con su paradero. Pero el día de Navidad de 1994 su suerte se terminó al intentar incursionar, sin lograrlo, en la PC de Tsutomu Shimomura, un investigador experto en seguridad informática, en San Diego. Shimomura lo tomó como una afrenta personal y no claudicó hasta encontrar al responsable. Meses más tarde, al localizarlo, solicitó al FBI su arresto en Raleigh, Carolina del Norte, su centro de operaciones. Se descubrió entonces que Mitnick había robado información valorada en un millón de dólares, así como 20 mil números de tarjetas de crédito, de las que podía haber dispuesto a su favor, pero esa no era su intención.<sup>66</sup>

Mitnick y otros como Mark Abene, que utiliza el alias de *Phiber Optik* (Fibra óptica) o la "pandilla" de *hackers* denominada *Masters of Deception* (los Maestros del Engaño), representan el prototipo de los delincuentes informáticos del futuro. Los de su gremio consideran que las reglas del mercado y de la competencia leal que rigen la realidad de los negocios, no tienen lugar en el *ciberespacio*, al que consideran su oeste salvaje digital (*digital Wild West*). Ellos, a través de sus manifiestos,<sup>67</sup> han revelado sus ideales y su creencia de cumplir una importante misión en la revolución informática, donde la "ética" que ellos tratan de introducir se llama *shareware* o el compartir todos los soportes lógicos, pues el conocimiento debe diseminarse a través de lo que ellos llaman un "socialismo digital" (*digital socialism*),

<sup>65</sup> Equipo formado por un modulador y un demodulador, de cuya contracción deriva su nombre, que en cada extremo de una línea telefónica convierte la información digital binaria en señales de audio, siendo disponibles para transmisión sobre la línea y viceversa.

<sup>66</sup> PISANI, Francis, "Historia de un hacker", R.19-VI-95,36A; SANDBERG, Jared, "Una versión de Robin Hood", *The Wall Street Journal Americas*, R.28-II-95,23A; HAFNER, Katie, "A Superhacker meets his match", en N.27-II-95,35-36. Para información más amplia sobre el caso de Mitnick, puede consultarse el libro *The Fugitive Game* de Jonathan Littman.

<sup>67</sup> En el libro de Sterling aparecen dos de ellos (pp. 57-59 y 82-83).

que se opone al capitalismo de los derechos de autor.<sup>68</sup> En el mundo real todo es "bueno y malo, blanco y negro", pero para ellos en el mundo de las computadoras todo es gris.<sup>69</sup>

Se han creado, sobre todo en Estados Unidos, varios cuerpos de seguridad especializados en informática y en la persecución de los *hackers* como el *Federal Law Enforcement Training Center* (Centro de Adiestramiento para hacer cumplir las Leyes Federales), en Georgia, que por actuar normalmente al margen de la Constitución, no ha logrado librarse de demandas provenientes por lo común de la *Electronic Frontier Foundation*,<sup>70</sup> como en el caso de la ley que sugirió el FBI para obligar a los fabricantes de *software* codificador de mensajes, a dejarles una "puerta" o *clipper chip* por el cual pudieran espiar en caso de necesidad, que la Fundación logró limitar.<sup>71</sup>

Pero por más inusual y sin precedentes que parezca lo anteriormente descrito, la aparición de tales delincuentes ha ocurrido antes en lugares deficientemente regulados, donde han podido dar rienda suelta a todas sus extravagancias y a sus más recónditos deseos. El descubrimiento de América trajo a tal cantidad de hombres de dudosa moralidad al nuevo continente, y las leyes tardaron tanto en llegar y comprender la realidad y problemática a la que debían enfrentarse, que muchos robaron y despojaron como pocas veces se ha hecho en la historia de la humanidad, y también encontraron el lugar ideal para hacerse de mujeres con las que satisfacer todas sus fantasías, por lo que se calificó en el siglo XVI al Nuevo Mundo como "el paraíso de Mahoma". Esperamos que esta vez, ante el reto de la regulación del *ciberespacio*, la doctrina y las leyes comprendan y se adapten mejor y en menos tiempo a la nueva realidad.

Entre los delincuentes que se han convertido en *hackers* hay varios narcotraficantes que utilizan eficientemente las redes del *ciberespacio* en los cinco continentes para comunicarse y también para efectuar operaciones de lavado de dinero.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> MEYER, Michael y UNDERWOOD, Anne, "Crimes of the Net", en N.14-XI-94.42.

<sup>69</sup> STERLING, *op. cit.*, pp. 194 y 207.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 208-213.

<sup>71</sup> PISANI, Francis, "Sociedad civil en el ciberespacio", en R.11-IX-95.36A. Ver también SIMPSON, Glenn, "Internet, ¿un nuevo nido de espías?", *The Wall Street Journal Americas*, R.3-X-95.27A.

<sup>72</sup> "Piden vigilar Internet contra 'lavado' de dinero", en R.17-V-96.17A; JIMÉNEZ, Norma, "Cárteles mexicanos con poder, pero desorganizados. Interpol", en R.15-VII-96.14A.

#### II.4. INTERNET<sup>73</sup>

La Guerra Fría fue en gran parte responsable de la llegada del hombre a la Luna. En forma más directa, también significó el origen del proyecto que daría origen a INTERNET. A principios de los años sesenta, Rand Corporation, por encargo del gobierno estadounidense, proyectó un sistema de comunicación ininterrumpida entre las autoridades de ese país para el caso de sufrir un ataque nuclear. Paul Baran presentó el proyecto en 1964. En el otoño de 1969 se comenzaron a instalar los nodos o puntos de unión de la red con las mejores computadoras de la época para ponerla a prueba, siendo instalado el primero de ellos en la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA). Para diciembre había cuatro nodos entre los que se intercambiaban mensajes, dándole a esta pequeña red el nombre de ARPANET, por las siglas del departamento del Pentágono que la patrocinó: la *Advanced Research Projects Agency* (Agencia de Proyectos Avanzados de Investigación). En sus dos primeras décadas, científicos e investigadores probaron la red y explotaron el correo electrónico (*e-mail*), que también nació con ARPANET. En 1989, cuando ya había nacido INTERNET, se extinguió formalmente ARPANET.

En 1984, la *National Science Foundation* (Fundación Científica Nacional), por medio de la *Office of Advanced Scientific Computing* (Oficina de Computación Científica Avanzada), creó la NSFNET, para unir las mejores supercomputadoras del orbe con las más modernas conexiones. Así, entre 1986 y 1990, logró interconectar en todo el mundo a las principales computadoras en una red de redes, para dar origen a INTERNET.<sup>74</sup>

En el *ciberespacio*, que es el continente, uno de sus contenidos más importantes y revolucionarios es INTERNET, que no debe confundirse con la denominada "supercarretera de la información", pues es apenas su primera etapa. Cuando se comparó a INTERNET con la construcción de autopistas interestatales en la era de Eisenhower, Al Gore, hoy vicepresidente de Estados Unidos, y entonces senador, en recuerdo de su padre, quien patrocinó en 1956 la *Federal Aid Highway Act* (Acta de Ayuda Federal a las Autopistas), popularizó el

<sup>73</sup> Sobre este tema, la guía y catálogo más accesible es seguramente el de Krol, Ed., *Conéctate al Mundo de INTERNET*, 2a. ed., México, McGraw-Hill, 1994.

<sup>74</sup> STERLING, Bruce, "Internet", en *The Magazine of Fantasy & Science Fiction*, vol. 84, núm. 2, febrero 1993, pp. 99-102.

nombre de "supercarretera de la información". Se ha reconocido que este nombre es poco apropiado para la futura INTERNET, porque una de sus principales ventajas es la eliminación de distancias, pero el nombre se ha mantenido. La verdadera supercarretera de la información no existirá hasta que todas las computadoras en el mundo estén interconectadas, lo cual se prevé ocurrirá aproximadamente en una década.<sup>75</sup>

En el presente, el 35% de los nodos de INTERNET están fuera de Estados Unidos, y son los nodos que siguen creciendo en mayor proporción por lo que no hay que temer que toda ella se dirija y controle desde el vecino país del norte.

INTERNET se duplica cada 53 días aproximadamente, a este ritmo —huelga decir que es imposible— en el año 2000 sobrepasaría la población mundial.<sup>76</sup>

Se ha comparado a INTERNET con un nuevo mundo, y así es, como lo expresa en afortunada metáfora Juan Antonio Gallont: "cada recorrido por la 'Red de Redes' [INTERNET] representa descubrir nuevas regiones, lenguas y costumbres extrañas, tesoros escondidos, y junglas oscuras de la tecnología, con peligros latentes".<sup>77</sup> Pero para comprender lo anterior hay que analizar cada una de las propiedades de INTERNET.

Son cuatro las operaciones básicas que pueden realizarse con INTERNET: correo electrónico, foros de discusión electrónica, computación a larga distancia y transferencia de archivos.

#### II.4.1. Correo electrónico

El correo electrónico es el envío de un mensaje electrónico privado de computadora a computadora, como un fax, aunque no se paga nada por él (al menos en forma directa). También se puede enviar *software* e imágenes digitales. Para ello no es necesario estar suscrito a INTERNET, basta con tener una computadora, un *modem* o fax

<sup>75</sup> GATES, *op. cit.*, pp. 5 y 89.

<sup>76</sup> LEVY, en N.25-XII-95/1-I-96.23.

<sup>77</sup> GALLONT, Juan Antonio, en R.8-VII-96.41A.



UUCP y FidoNet, son servicios de INTERNET que únicamente permiten la computación a distancia y la transferencia de archivos. Bitnet es una red de correo electrónico y recuperación de archivos con líneas telefónicas propias. FUENTE: *Reforma*, 19 de enero de 1996, p. 16C, con datos de Larry Landweber y la Internet Society, International Data Corp., IDC/LINK, 1995.

modem, una línea telefónica y una dirección de correo electrónico, que tiene el siguiente formato:

usuario@computadora.proveedor.tipo.país

Es posible enviar un solo mensaje a una persona, o el mismo a varias.

Se calcula que en una década la mayoría de los estadounidenses contarán con su propia dirección de correo electrónico, tal y como hoy tienen números telefónicos,<sup>78</sup> lo cual seguramente ocurrirá también a escala mundial.

También en Estados Unidos se ha informado que el correo ordinario ha perdido un tercio de su clientela a consecuencia del *e-mail*, más rápido, eficiente y barato. Además, muchos de quienes no usaban el correo ordinario, ahora usan el *e-mail*. En 1994 se enviaron 95 mil millones de mensajes por el correo electrónico, lo que superó el número de cartas por vía terrestre, y se ha averiguado que lo usan tanto hombres como mujeres.<sup>79</sup>

Los principales problemas del *e-mail* derivan de su falta de regulación como el correo ordinario. Al enviarse, el mensaje es un texto en ASCII (*American Standard Code for Information Interchange* o Código Estándar Estadounidense para el Intercambio de Información), que va de computadora a computadora desde el remitente hasta el destinatario, y por cada punto que pasa, es posible que algún intruso lo intercepte y lea el mensaje. Se sabe que el gobierno de Estados Unidos inició el caso Irán-contras acusando a Oliver North luego de interceptar su correo electrónico.<sup>80</sup>

Hasta ahora la única forma segura de enviar el correo electrónico es utilizar un programa de *software* codificador, que hace los mensajes ilegibles para quien no posea la clave secreta, y que remitente y destinatario comparten, poniéndose de acuerdo previamente en el *password* o palabra clave.

<sup>78</sup> SAMUELSON, Robert J., "The Myth of Cyber Inequality", en N,27-II-95,30.

<sup>79</sup> PISANI, Francis, "Americanos en línea", R,4-XII-95,48A.

<sup>80</sup> LÓPEZ NISIVOCIA, Eduardo, "Privado y confidencial", en R,6-XI-95,46A; VELA DEL BOSQUE, Humberto, "Hay que tener cuidado con el *e-mail*", en R,16-X-95,42A.

#### II.4.2. Foros de discusión electrónica

Los foros de discusión electrónica o BBS (*bulletin board systems*), han tendido a popularizar a gran escala a INTERNET. Los BBS son lugares donde se dejan mensajes para que sean leídos tarde o temprano por cualquier interesado. Una vez que alguno o algunos lo leen, pueden contestarlo, dando origen a conversaciones asíncronas, por lo común. No hay límite a los temas que pueden tratarse en un BBS.<sup>81</sup> Hay otros foros, llamados USENET, que carecen de editor responsable o moderador.<sup>82</sup> Estos últimos se emplean sobre todo para difundir noticias de cualquier índole. Hace tres años había 2,500 foros diferentes de USENET, que generaban cerca de siete millones de palabras al día. También USENET distribuye varios periódicos y revistas electrónicas en forma gratuita.<sup>83</sup>

En México, la Secretaría de Salubridad y Asistencia cuenta con su propio BBS, en el que se dan cita grupos nacionales e internacionales para tratar toda clase de temas médicos.<sup>84</sup>

El FBI supervisa constantemente los BBS de los *hackers*, en operaciones de dudosa constitucionalidad.<sup>85</sup> Muchas personas han encontrado a su pareja en un BBS, o han mantenido "*affairs*" digitales por medio de ellos, como puede leerse en el libro de Stephanie D. Fletcher, *A Love Story*. Pero las cosas no son tan idílicas, platónicas o virtuales como parece. El pasado 23 de enero un tal John Goydan, de Sommerville, Nueva Jersey, presentó una demanda de divorcio contra su esposa Diane, acusándola de mantener conversaciones amorosas, y en ocasiones utilizando palabras lascivas, con un individuo de Caro-

<sup>81</sup> En México, el Sistema Profesional de Información (SPIN), celebra mesas redondas las 24 horas, dividiéndolas en mesas de interés general, cuyos temas son: ciencia ficción, negocios y dinero, ciencia y tecnología, cine y televisión, cursos y seminarios, ciudad de México, pasatiempos, educación, club gourmet, política, deportes, psicología, el fisco, esoterismo, rincón sentimental, Beatles, fotografía, salud, comics, literatura, sexualidad, mascotas, medicina, medio ambiente, viajes, minúsculos, foro lingüístico, mundo actual, padres de familia, música y religión; y mesas redondas de computación, que abarcan: Amiga, compresores, comunicaciones, IBM y compatibles, juegos, MacIntosh, multimedia, programación, realidad virtual, redes, *shareware*, sistemas operativos, virus, Windows y Windows 95. Su dirección en INTERNET es <http://www.spin.com.mx>.

<sup>82</sup> GATES, *op. cit.*, p. 93.

<sup>83</sup> STERLING, *op. cit.*, pp. 104-105.

<sup>84</sup> LÓPEZ, Ernesto, "Inicia SSA servicio en la Red", en R,5-II-96,33A. La dirección del BBS es: <http://www.ssa.gob.mx>.

<sup>85</sup> STERLING, *The Hacker Crackdown*, *cit.*, pp. 64-65.

lina del Norte, para lo cual presentó los *diskettes* en los que grabó clandestinamente las "pláticas" de su mujer.<sup>86</sup> Una encuesta del periódico *Times Mirror*, reveló que en Estados Unidos los usuarios de los BBS habían conocido al 23% de sus amistades por este medio, y que nunca habían entrado en contacto con ellos en la vida real.<sup>87</sup>

El problema está en que no se ha dividido entre los temas lícitos e ilícitos a tratar en un foro electrónico. Según Sterling, existen BBS de satanistas, neonazis, pedófilos, distribuidores de drogas, anarquistas, etcétera, y podría haber algunos de homicidas seriales, terroristas y narcotraficantes, pues muchos de ellos desaparecen tan repentinamente como se dieron a conocer. Muchos BBS, en apariencia inocuos, pueden ocultar información secreta a la que solamente algunos pueden tener acceso.<sup>88</sup>

#### II.4.3. Computación a larga distancia

La posibilidad de realizar actividades con computadoras a distancia, fue uno de los motivos inspiradores de ARPANET, siendo hoy todavía de gran utilidad sobre todo para investigadores y programadores. Así, es posible realizar operaciones diversas o crear programas de *software* en una supercomputadora de otra entidad o nación. También se pueden obtener diferentes programas de *software* gratuitamente y catálogos de CD-ROM, que se actualizan día a día.<sup>89</sup>

#### II.4.4. Transferencia de archivos

Entre los servicios que ofrece INTERNET, el que más ha atraído la atención y que ha acelerado la era de la información como un perfecto catalizador, ha sido la transferencia de información entre computadoras.

INTERNET lleva dentro de sí el sistema *World Wide Web* o simplemente *Web*, que es una red de los servidores conectados a INTERNET los cuales ofrecen páginas gráficas de información, integradas por una pantalla de información con cierto número de hiper-

<sup>86</sup> PISANI, Francis, "Amor virtual", R,12-II-96,36A.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> STERLING, *op. cit.*, p. 69.

<sup>89</sup> STERLING, "Internet", *cit.*, p. 105.

enlaces o conexiones en el mismo servidor o en cualquier otro de INTERNET.<sup>90</sup> Varios servidores permiten que cualquier persona acceda a sus páginas y copie sus archivos gratuitamente. Otros venden pequeñas cantidades de información, como capítulos de libros, cortos de video, *software*, recetas de cocina o consejos sobre el mantenimiento de autos, haciendo sus ofertas en INTERNET;<sup>91</sup> sin embargo, la regla, hasta ahora, es la gratuidad de la información. Bill Gates considera que en unos años toda la información se ofrecerá con miras al beneficio económico.<sup>92</sup>

Los *bits* o unidades de información son el ADN de la era de la informática, usando la analogía de Nicholas Negroponte, profesor de tecnología de los medios del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT). La última tecnología permite el envío de un billón de *bits* por segundo, lo cual significa que a través de un cable de fibra óptica del grosor de un cabello humano se pueden transmitir todos los ejemplares jamás publicados del periódico *The Wall Street Journal* o la *Encyclopaedia Britannica* en menos de un segundo.<sup>93</sup> Se estima que el año 2010, prácticamente todas las revistas científicas se publicarán electrónicamente.<sup>94</sup> Sin embargo, quien no quiera pasar horas al monitor leyendo la información, puede imprimirla y leerla cómodamente en su lugar favorito.

En México, Infosel ofrece un servicio, vía suscripción, que permite consultar todos los ejemplares del *Diario Oficial de la Federación* publicados desde 1995 a la fecha, e índices de los publicados desde 1917. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ha creado el *Servidor InfoJus WWW*, que pone a disposición de los usuarios de INTERNET su historia, áreas de investigación e información jurídica gratuita, que permite además el acceso a los sistemas UNAM JURE II y JUSDATA (legislación y banco bibliohemerográfico).<sup>95</sup>

<sup>90</sup> GATES, *op. cit.*, p. 94. En nuestro país se recomienda visitar Internet de México (<http://www.internet.com.mx/>), que incluye una lista de sitios clasificados por materias, y una ayuda denominada *Internet elemental*, el cual describe las principales herramientas de INTERNET con ejemplos y sugerencias de otras fuentes de información.

<sup>91</sup> R,21-II-95,23A.

<sup>92</sup> GATES, *op. cit.*, pp. 99-100.

<sup>93</sup> NEGROPONTE, Nicholas. *Being Digital*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1995, p. 23; STERLING, *op. cit.*, p. 106.

<sup>94</sup> HACYAN, Shahan, "El futuro de las publicaciones científicas (y las otras)" en R,26-I-95,20D.

<sup>95</sup> <http://www.info.juridicas.unam.mx>.

Bill Gates hace una extensa explicación rica en ejemplos del progreso conjeturable de las consultas entre computadoras y las posibilidades infinitas de obtener información sobre cualquier tema, por absurdo o extravagante que pueda estimarse.<sup>96</sup>

Empero, poco se ha hablado de los problemas que todo tipo de información disponible al alcance de la mayoría ha ocasionado y seguirá ocasionando. Se ha dicho que INTERNET es, entre otras muchas cosas, la principal editorial de la vanidad, pues todos sus miembros pueden poner a disposición del público lo que les venga en gana. En INTERNET pueden consultarse desde tesis doctorales y libros de cocina, hasta resúmenes de series de televisión o listas de héroes deportivos. Quienes "publican" algo en la red no ofrecen ningún indicio acerca de la naturaleza de la información que la información misma, y menos aún sobre su calidad. Peter McGrath, columnista de *Newsweek*, ha hecho un llamado a editar, ordenar y jerarquizar toda la información en línea,<sup>97</sup> lo cual no sea tal vez posible.

Problema más grave aún es el de los derechos de autor, que los profetas de la era electrónica opinan que antes que actualizarse o corregirse, deben desaparecer.<sup>98</sup> Un libro puede ser leído por una sola persona a la vez, pero a un documento en INTERNET pueden tener acceso simultáneamente innumerables personas en lugares distintos. Todo lector puede adulterar un texto electrónico, ya sea una obra clásica o el *best-seller* del momento, cambiando su fondo o forma, o agregando sus comentarios, lo cual no puede percibirse en el texto electrónico. Una vez más, aunque esto parece algo nuevo, no es sino un regreso a la forma de pensar de la Edad Media, en que las obras literarias eran concebidas como el resultado de una colectividad y no de un ser individual.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> GATES, *op. cit.*, pp. 79-87. Ver también a PAGELS, *op. cit.*, p. 310.

<sup>97</sup> MCGRATH, Peter, "Tangled in the Net", en N.26-XII-94.36.

<sup>98</sup> V.gr.: NEGROPONTE, *op. cit.*, pp. 58-61; McLuhan, citado por MILLER, *op. cit.*, p. 24.

<sup>99</sup> Ver, como un claro ejemplo de lo sostenido: MENDIOLA MEJÍA, Alfonso, *Bernal Díaz del Castillo: verdad romanesca y verdad historiográfica*, México, Universidad Iberoamericana-Gobierno del Estado de Puebla, 1991, especialmente el capítulo II: Caracterización de la "literatura" medieval, pp 31-38; y DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal, *Historia verdadera de la Conquista de la Nueva España*, edición crítica por Carmelo Sáenz de Santa María, Madrid, Instituto "Gonzalo Fernández de Oviedo", Universidad Rafael Landívar de Guatemala e Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM, 1982, con un suplemento que presenta exhaustivamente todas las interpolaciones.

#### II.4.5. La censura

Durante el primer lustro de INTERNET, los inconformes chinos aprovecharon la red para difundir información subversiva, llamando al levantamiento en contra del gobierno que terminó con la masacre de Tiananmen. Pero esto no logró silenciar a los rebeldes. Siguieron utilizando INTERNET para dar a conocer publicidad disidente que de ninguna manera hubiera sido permitida en las calles de Beijing y fotografías de la sangrienta represión de la plaza de Tiananmen. Desde California, Liu Binyan y Wei Jingsheng redactaron ensayos para ser leídos por los disidentes chinos.<sup>100</sup> El 11 de febrero de 1996, el gobierno chino anunció que comenzaría a monitorear INTERNET. Cinco días después ordenó a todos los usuarios de la red registrarse ante la policía, al mismo tiempo que prohibió "producir, recuperar, duplicar o divulgar información que pudiera alterar el orden público".<sup>101</sup>

Algo parecido sucedió en Irán, donde el distribuidor nacional de INTERNET envió a todos los suscriptores, luego de varios meses de completa libertad en el *cibespacio*, un informe pidiendo que todos los mensajes por correo electrónico se apegaran a las leyes y tradiciones islámicas, bajo pena de perder el servicio.<sup>102</sup>

El senador Edward Kennedy, diez días después del ataque terrorista a una oficina pública de Oklahoma, mostró ante el congreso estadounidense un detallado manual de 73 cuartillas para fabricar desde bombas caseras hasta nucleares, que obtuvo a través de INTERNET.<sup>103</sup>

Además de reprimir el auxilio y las apologías del terrorismo, los gobiernos han tratado de eliminar la pornografía vía INTERNET,<sup>104</sup> sin que ningún proyecto o legislación haya dado resultados satisfactorios al momento.<sup>105</sup>

El 8 de febrero de 1996 entró en vigor en Estados Unidos la *Communications Decency Act*, que previó multas de 250 mil dólares y has-

<sup>100</sup> EMERSON, Tony, *et al.*, "Opening the window, keeping out the flies", en N.25-XII-95/1-I-96.27.

<sup>101</sup> MEYER, N.22-IV-96.45.

<sup>102</sup> BOGERT, Carroll, "Chat rooms and chadors", en N.21-VIII-95.11.

<sup>103</sup> GÓMEZ, María I., y PAREDES, Juan Carlos, "Manual terrorista", en R.2-V-95.14A.

<sup>104</sup> LEVY, Steven, "No place for kids?", en N.3-VII-95.40-44.

<sup>105</sup> El artículo de Meyer presenta otros muchos casos parecidos y métodos de control gubernamental en Francia, Alemania, Japón, Tailandia, Singapur, Arabia Saudita y Bahrein, N.22-IV-96.45-46.

ta dos años de prisión para quienes transmitieran material "indecente" por INTERNET. Desde noviembre de 1995, America Online, la compañía más grande de servicios en línea, eliminó todos los archivos de los suscriptores que contenían la palabra *breast* (pecho), entre los que se encontraban grupos de apoyo formados por mujeres que habían padecido cáncer de mama. Hubo muchos otros casos parecidos,<sup>106</sup> pero el más hilarante es el que refiere Eduardo López Nisivoccia. Cuando probaba un programa de búsqueda llamado *CyberSitter*, le impidió el acceso a la *home page* de la Casa Blanca, porque contenía otra palabra dentro de las catalogadas como "indecentes": *couple* (pareja), refiriéndose al matrimonio de Bill Clinton con su esposa Hillary, y le advirtió que había localizado un sitio contaminado por *child pornography* (pornografía infantil), ya que el lugar está destinado principalmente a los niños.<sup>107</sup>

El 12 de junio del mismo año un Tribunal Federal de Filadelfia, integrado por Dolores Sloviter, Stewart Dalzell y Ronald Buckwalter, declararon que la *Communications Decency Act* violaba la primera enmienda de la Constitución estadounidense. La última palabra sobre el asunto la tendrá la Corte Suprema de ese país.<sup>108</sup>

Hay un grupo de voluntarios llamado CyberAngels (Ángeles del ciberespacio), de todas las nacionalidades, que se encargan de recorrer INTERNET en busca de cualquier especie de material nocivo, especialmente para los niños, y denunciar también las actividades delictivas o sospechosas con que tropiecen.<sup>109</sup> Europa y Estados Unidos, aliados con compañías como America Online y Microsoft han promovido un *software* denominado PICS (siglas de *Platform for Internet Content Selection*, Plataforma de Selección de Contenido para INTERNET), para evitar que todo el material indeseable llegue a nuestras pantallas, pero aún no ha dado resultados satisfactorios.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> PISANI, Francis, "Amenaza sobre Internet", en R,19-II-96,38A.

<sup>107</sup> LÓPEZ NISIVOCCIA, Eduardo, "Censura en la red II", en R,4-III-96,38A.

<sup>108</sup> "Declaran inconstitucional censura en Internet", en R,13-VI-96,14C; PISANI Francis, "Declaran inconstitucional ley de telecomunicaciones", en R,17-VI-96,63A.

<sup>109</sup> Los CyberAngels pueden localizarse en <http://www.safesurf.com/cyberangels/>.

<sup>110</sup> MEYER, N,22-IV-96,48. Otro de los programas recientes es *Internet in a Box for Kids* (Internet en una caja para niños) de Compuserve, que permite a los padres o tutores tanto modificar el acceso directo a INTERNET y sus servicios, como impedir la recepción de correo electrónico de ciertas fuentes o eliminar el acceso a información que contenga palabras o imágenes específicas. Ver: FLEETWOOD, Carmen, "Se trata de qué sea educativo... nada más", *The Wall Street Journal Americas*, en R,24-XI-95,37A.

En México, la Secretaría de Gobernación no ha hecho nada por impedir que el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) invada también el *ciberespacio* en dos lugares que pueden consultarse desde cualquier lugar de la República Mexicana, aunque provienen originalmente del extranjero.<sup>111</sup> Lo mismo ocurre con "La Página de Almoloya", donde cualquiera puede enviar un mensaje con sus mejores deseos a cualquier preso del penal de alta seguridad, o a personajes que desearía se encontraran en él.<sup>112</sup>

Como se ha dicho antes, INTERNET es un nuevo mundo que desafía nuestros conceptos de comunidad, costumbres, reglas y leyes, sin que importen los límites geográficos o los convencionalismos sociales. Los aspectos negativos de INTERNET, como la pornografía, la apología del crimen, la disidencia política y el imperialismo cultural, no se conciben iguales en ningún país. Muchos abogan por la libertad completa en INTERNET, otros exigen un código ético común a todos los usuarios que podría ser un tratado internacional sobre el uso del *ciberespacio*. Parece ser que, como antes, tendemos a regresar al pasado. Un *ius commune* universal bien estructurado y armonizado con las culturas no occidentales, podría ser la solución.<sup>112 A</sup>

Los expertos siguen siendo optimistas, a pesar de todo:<sup>113</sup> "La supercarretera [de la información] derribará fronteras y puede promover una cultura mundial o, al menos, el intercambio de actividades y valores culturales. Al mismo tiempo, hará más fácil a los ciudadanos de un país, incluso a los expatriados relacionados profundamente con sus propias comunidades, entrar en contacto con otras personas que tengan intereses similares, independientemente de donde estén ubicados. Esto puede reforzar la diversidad cultural y contrarrestar la tendencia hacia una sola cultura mundial".<sup>114</sup> "Sin duda estamos en el umbral de una gran aventura del espíritu humano: una nueva síntesis de conocimiento, una integración potencial de arte y ciencia, una comprensión más profunda de la psicología humana, una profundización

<sup>111</sup> <http://www.sccs.swarthmore.edu/~justin/Docs/ezln/ezln.html>, y <http://www.pueblo@laneta.apc.org>. Varios especialistas en comunicaciones opinan que el éxito a nivel mundial, hasta el momento, del EZLN, se debe al uso inteligente que ha hecho de los medios, fundamentalmente de INTERNET.

<sup>112</sup> <http://www.mexico-virtual.com/almoloya/index.html>.

<sup>112 A</sup> Ver el *postscriptum*.

<sup>113</sup> El único que opina que INTERNET no cambiará nuestras vidas como se ha dicho, es STOLL, Clifford, "The Internet? Bah!", en N,27-II-95,37.

<sup>114</sup> GATES, *op. cit.*, p. 257.

de las representaciones simbólicas de nuestra existencia y sentimientos tal como están dados en la religión y la cultura, la formación de un orden internacional basado en la cooperación y la competencia no violenta. Ambicionar todo esto no parece demasiado".<sup>115</sup>

"La próxima década presenciaremos casos de delitos relacionados con la propiedad intelectual y la invasión de nuestra privacidad. Experimentaremos el vandalismo digital, la piratería del *software* y el robo de información. Lo peor de todo es que seremos testigos de la pérdida de varios trabajos por los sistemas totalmente automatizados. . . La noción de empleo de por vida ha comenzado a desaparecer",<sup>116</sup> pero "[c]omo una fuerza natural, la era digital no puede ser ignorada o detenida. Tiene cuatro cualidades muy poderosas que la llevarán a su triunfo final: descentraliza, globaliza, armoniza y refuerza".<sup>117</sup>

#### II.4.6. Intranets

Siguiendo el modelo y la inspiración original de INTERNET, nacieron las *intranets* o redes informáticas internas. A finales de 1995, una quinta parte de las mil empresas más importantes de Estados Unidos contaban con una red informática interna, que más tarde se denominarían *intranets*. Las compañías con filiales geográficamente dispersas, tanto a nivel nacional como internacional, requieren de comunicación continua como elemento estratégico. La *intranet* permite lo anterior, y su costo es mucho menor que el desplazamiento físico, el teléfono o el fax, pues cuenta con correo electrónico, computación y consulta de datos a distancia.

Las *intranets* requieren de dos clases de *software*: los de visualización de información o *browsers*, que permiten a los empleados explorar la red, y los servidores, que almacenan y organizan la información. De esta manera es posible encontrar y leer documentos en línea o recuperar datos con perfiles de los clientes o inventarios. Por ejemplo, puede actualizarse la hoja de cálculo de una nómina en Honk Kong desde nuestro continente.

Los datos sensibles de la compañía están protegidos por medio de programas de seguridad denominados *firewalls* (paredes de fuego).

<sup>115</sup> PAGELS, *op. cit.*, p. 323.

<sup>116</sup> NEGROPONTE, *op. cit.*, p. 227.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 229.

Si alguien intenta el acceso a la *intranet* corporativa, el *firewall* le exige un *password* y otras formas de identificación.<sup>118</sup>

En nuestro país probablemente la *intranet* más desarrollada, aunque no pertenece a una empresa, pero sin duda es una red interna o *intranet*, es la RedUNAM, aunque su carácter es eminentemente bibliohemerográfico, a raíz de su integración con el consorcio estadounidense Research Libraries Group, Inc. (RLG), cuyos bancos de datos en línea cuentan con programas como Librunam, sistema integral de manejo, procesamiento y recuperación de información bibliográfica; Tesiunam, sistema de registro y consulta de tesis desde 1914 a la fecha; y, Seriunam, cuyo acervo contiene las publicaciones periódicas académicas del Sistema Bibliotecario de la casa máxima de estudios y otras instituciones nacionales. Actualmente se construye la red de la Dirección General de Bibliotecas que cuenta ya con información general y directorio telefónico de la propia dependencia, y una alerta hemerográfica que proporciona las tablas de contenido de revistas especializadas en el área de la computación y bibliotecnología, además del índice de publicaciones del INEGI.<sup>119</sup>

### III. EL RETO PEDAGÓGICO DE LA ERA DE LA INFORMACIÓN

*El libro ha dejado de ser un microcosmos a la manera clásica, o a la manera europea. El libro no es una imagen del mundo, aún menos un significante. . . No nos hallamos frente a la muerte del libro, sino frente a otra manera de leer. En un libro no hay nada que entender, pero hay mucho por utilizar. No hay nada que interpretar ni significar, sino mucho por experimentar. El libro debe formar máquina con alguna cosa, debe ser un pequeño útil sobre un exterior.*

Gilles DELEUZE

Antes de la invención de la escritura, la tradición cultural se transmitía por vía oral. Una buena memoria que recibía este legado era

<sup>118</sup> PISANI, Francis, "Intranet y su empresa", en R,1-IV-96,30A; "Crean empresas redes basadas en Internet", en R,8-I-96,35A.

<sup>119</sup> ROMERO, Laura, "La Biblioteca Central tiene un nuevo sistema que simplifica la búsqueda bibliográfica", en *Gaceta UNAM*, 11 de abril de 1996, pp. 3-4; "Servicios del Centro de Cómputo", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 81, primera quincena de marzo de 1995, pp. 5-7.



garantía de sabiduría y preservación de la cultura de los ancestros. Cuando apareció la escritura, la técnica memorística, aunque nunca fue dispensable, desempeñó un papel de menor jerarquía en las esferas de la religión, el pensamiento y el saber. Uno de los diálogos de Platón, *Fedro o del Amor*, acusa los efectos de la escritura en la memoria y el alma del que la aprendía. En él, Sócrates cuenta cómo el dios egipcio Toth o Teut inventó la escritura sin tomar en cuenta sus efectos adversos, los que el dios Tamus, por entonces rey de Egipto, le hizo ver:

Ingenioso Teut... el genio que inventa las artes no está en el caso que la sabiduría que aprecia las ventajas y las desventajas que deben resultar de su aplicación. Padre de la escritura y entusiasmado con tu invención, la [sic] atribuyes todo lo contrario de sus efectos verdaderos. Ella no producirá sino el olvido en las almas de los que la conozcan, haciéndoles despreciar la memoria; fiados en este auxilio extraño abandonarán a caracteres materiales el cuidado de conservar los recuerdos, cuyo rastro habrá perdido su espíritu. Tú no has encontrado un medio de cultivar la memoria, sino de despertar reminiscencias, y das a tus discípulos la sombra de la ciencia y no la ciencia misma. Porque cuando vean que pueden aprender muchas cosas sin maestros, se tendrán ya por sabios, y no serán más que ignorantes, en su mayor parte, y falsos sabios insoportables en el comercio de la vida.<sup>120</sup>

Hay que recordar la noción antigua de memoria como la definió Cicerón, haciéndola formar parte de la prudencia, y que luego Tomás de Aquino haría una de las virtudes cardinales,<sup>121</sup> pues es el sentido en el que en el párrafo anterior se le concibe.

Si la transición de la cultura oral a la escrita trajo una crisis en el conocimiento, ¿cómo no lo hará la transición de la cultura del libro a la cultura del CD-ROM o INTERNET? La era de la información ha puesto a nuestra disposición más datos de los que es humanamente posible asimilar, y a las nuevas generaciones cada vez les cuesta más trabajo discernir entre lo esencial y lo banal en la información.

También la forma de leer se ha transformado con el tiempo y la

<sup>120</sup> PLATÓN, "Fedro o del Amor", en *Diálogos*, 21a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 658.

<sup>121</sup> Ver: BOORSTIN, Daniel J., *Los Descubridores*, Barcelona, Grijalbo-Crítica, 1986, pp. 463-480.

evolución de los medios impresos. Siguiendo el ensayo de Robert Darnton, *The first steps toward a history of reading* (Los primeros pasos hacia una historia de la lectura), quien resume las conclusiones del historiador Rolf Engelsing, desde la Edad Media hasta antes de 1750, los hombres leían *intensivamente*. Contaban con unos cuantos libros (la Biblia, un almanaque y una o dos obras devocionales), que leían una y otra vez, normalmente en voz alta y en grupo, de tal forma que el contenido de dichas obras quedara firmemente grabado en sus mentes. Alrededor de 1800, los hombres comenzaron a leer *extensivamente*, leyendo toda clase de obras e impresos, especialmente revistas y periódicos, que solamente veían una vez, para pasar a leer el siguiente.<sup>122</sup>

Ya se mencionó en la introducción a San Agustín cuando vio leer en voz baja a San Ambrosio. En una época en que la cultura seguía transmitiéndose por vía predominantemente oral y excepcionalmente a través de manuscritos, el que alguien leyera en voz baja debía concebirse entonces como si ahora alguno leyera una partitura musical imaginándose únicamente su sonido. ¿Si San Agustín hubiera visto a cualquiera usando una computadora, lo consideraría un sabio como a San Ambrosio, o la pasividad del usuario ante las ráfagas de información de la computadora lo harían pensar en él como todo lo contrario de un sabio?

En la actualidad la linealidad o lectura de principio a fin de un libro, artículo o ensayo, está modificándose por la facilidad de búsqueda que proporciona un texto electrónico. Para el crítico literario Sven Birkerts, el acto de leer textos electrónicos pronto dejará de llamarse lectura, si acaso se llamará "navegar" o "pilotear por las palabras".<sup>123</sup>

Hasta principios de los años sesenta de este siglo se pensaba que la comunicación, los medios y la información partían de un mismo concepto. Luego vino el canadiense Marshall McLuhan para descubrir los recursos ocultos de la era de la información, revelando que la naturaleza del medio de comunicación de mayor uso en una sociedad influye sobre el desarrollo de los sentidos y el empleo que se hace de ellos. "El medio es el mensaje", fue su famosa frase. Para McLuhan, nuestro largo sometimiento a la regularidad lineal de la página impresa, nos llevó a aceptar ideas siempre y cuando éstas obedecieran a determinados modelos lógicos. Por eso, el hombre u *homo Guten-*

<sup>122</sup> Darnton, citado por BIRKERTS, Sven, *The Gutenberg Elegies. The fate of reading in an electronic age*, Boston, Londres, Faber and Faber, 1994, p. 71.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 164.

berg, refiriéndose al ser humano educado únicamente con libros, es explícito, lógico y literal. Al someterse a sí mismo a una estricta disciplina por medio de un texto estrechamente ordenado, ha cerrado su mente a expresiones imaginativas de más amplias posibilidades.

Por inconcebible que resulte la sentencia "el medio es el mensaje", el medio de comunicación ejerce, realmente, un efecto sobre y por encima del contenido del propio mensaje.<sup>124</sup> McLuhan es el gran reivindicador de lo formal frente al contenido. Aplicado a los medios de comunicación, resulta que no importan en absoluto los programas, los mensajes o la información. El efecto que causa en el receptor una comunicación no depende de las ideas transmitidas, sino del medio de comunicación empleado.<sup>125</sup> Basta recordar que cada vez que alguien tachaba de exagerada la sentencia de McLuhan, éste contestaba de inmediato: "Sigue usted pensando linealmente".<sup>126</sup>

Recientemente Sergio L. Matute y Héctor Fix Fierro, en el estudio que aquí se ha seguido, han sostenido que tanto en la informática jurídica como en el derecho de la informática, "ya puede observarse que la tecnología tiene efectos sobre la manera cómo [sic] se concibe y se opera con el derecho, así como sobre las categorías e instrumentos al alcance de la regulación jurídica",<sup>127</sup> y más adelante, haciendo eco de la teoría de McLuhan, agregan: "En lo particular, se aportarán elementos para apoyar la hipótesis de que la informática y las tecnologías de la información pueden cambiar en algún sentido el modo en que opera el derecho y la visión que los juristas tienen de éste",<sup>128</sup> lo cual sintetizan en sus "Reflexiones finales".<sup>129</sup>

El *homo Gutenberg* está comenzando a desaparecer. La adquisición de libros y la lectura de diarios entre los menores de treinta años ha disminuido en un 70%.<sup>130</sup> Recientes estudios clasifican a los nacidos después de 1971 dentro de la "generación del microprocesador o PC". El 70% de ellos aprendió a utilizar una PC antes de cumplir los diez años y la tercera parte inició su aprendizaje con ella antes de los cinco

<sup>124</sup> MILLER, *op. cit.*, pp. 19 y 22.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>126</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>127</sup> MATUTE y FIX FIERRO, *op. cit.*, p. 174.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>129</sup> *Id.*, pp. 240-241.

<sup>130</sup> BIRKERTS, *op. cit.*, pp. 190-191; ZIEGLER, Bart, "¡Paren las rotativas y conecten sus PC!", *The Wall Street Journal Americas*, R,27-IV-95,21A.

años de edad;<sup>131</sup> todas las cifras anteriores derivan de encuestas realizadas en Estados Unidos, pero no deben variar significativamente en el mundo ni en nuestro país. ¿Será el *homo McLuhan* o el *homo Gates* quien sustituirá al *homo Gutenberg*?

### III.1. El libro impreso y el CD-ROM

En 1985 la compañía Hitachi de Japón patentó el CD-ROM, siglas de *Compact Disk Read Only Memory* (Disco compacto-memoria de lectura solamente), respondiendo su denominación al hecho de que no permite ninguna modificación, ya sea de grabación o eliminación de la información que desde su origen contiene. A poco más de diez años de su invención se estima que en el mundo existen 10 mil títulos diversos del llamado "libro electrónico". Sin entrar en detalles técnicos, y utilizando preferentemente analogías, podemos describir las características de un CD-ROM común. La capacidad de almacenamiento de información de uno de estos instrumentos equivale a mil quinientos *diskettes* de doble densidad, lo que es igual a 500 megabytes o más de 550 millones de letras, números o caracteres especiales. En términos de la era de la imprenta, el CD-ROM puede incluir el texto de más de 200 mil páginas tamaño carta o más de 200 libros de mil páginas cada uno, lo cual supera la información de la *Encyclopaedia Britannica* o toda la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 1917 a 1992, publicada en 510 tomos.<sup>132</sup> La capacidad del CD aumentará aproximadamente en 50 millones de *bits* antes del próximo milenio.<sup>133</sup> También pueden almacenar sonido, video e imágenes fijas. Su utilidad es muy variada: bases de datos, libros de referencia, guías, programas educativos, multimedia (datos, sonido e imagen) y programas interactivos (multimedia simultánea). En México, el Centro Nacional Editor de Discos Compactos (CENEDIC) de la Universidad de Colima, hasta junio de 1994, había dado a la luz sesenta CD-ROM sobre economía, salud, ciencias naturales y sociales, humanidades, derecho, catálogos y directorios.<sup>134</sup>

Louis Rosetto, fundador de la revista *Wired*, predice que los CD-

<sup>131</sup> LÓPEZ NISIVOCIA, R,29-IV-96,42A.

<sup>132</sup> BERMÚDEZ, Guillermo, "El arte de editar la nueva cultura", en R,22-X-94, 15D.

<sup>133</sup> NEGROPONTE, *op. cit.*, p. 68.

<sup>134</sup> BERMÚDEZ, *op. cit.*

ROM desaparecerán al ser disponibles en línea a través de la supercarretera de la información.<sup>135</sup> Cuando esto ocurra una ventaja más del libro electrónico sobre el libro impreso, será que los primeros nunca podrán agotarse.

Durante el XXV Congreso de la Unión Internacional de Editores, el escritor y semiólogo Umberto Eco afirmó que "el libro no desaparecerá, pese a que se irá transformando y adaptando a nuevos formatos",<sup>136</sup> lo que en cierta forma coincide con la opinión de Bill Gates: "Las librerías continuarán almacenando libros impresos durante mucho tiempo, pero los temas que no sean ficción, en especial las obras de referencia, se utilizarán, tal vez, mucho más a menudo en forma electrónica".<sup>137</sup>

Pero Gates, Rosetto y Negroponte son expertos en informática, no humanistas. Indispensable es ahora hacer una advertencia sobre las consecuencias indeseables que un futuro completamente electrónico podría acarrearlos.

### III.2 La pérdida del lenguaje y de la capacidad de comprensión de la lectura

Sin duda la transición de la cultura del libro impreso a la cultura de las comunicaciones electrónicas alterará radicalmente la forma en que empleamos el lenguaje en cada nivel social. Neil Postman y un grupo de investigadores han demostrado los efectos en la pérdida del lenguaje que trajeron consigo el telégrafo y la televisión, allanando, el primero de ellos, los complejos patrones del discurso decimonónico ante los requerimientos de las comunicaciones a distancia. El lenguaje prefabricado es ahora la norma, mientras la ambigüedad, la paradoja, la ironía, la sutileza y la imaginación, desaparecen rápidamente de nuestra boca.<sup>138</sup> Huelga destacar también los efectos que en la pérdida de la ortografía tienen los medios masivos. Las más grandes faltas ortográficas pueden aparecer en la pantalla del televisor o en anuncios publicitarios por las calles, sin que nadie se inmute... o se dé cuenta, que es aún peor. Tal parece que pronto llegaremos al mundo que

<sup>135</sup> NEGROPONTE, *op. cit.*, p. 68.

<sup>136</sup> R,23-IV-96,9C.

<sup>137</sup> GATES, *op. cit.*, p. 176.

<sup>138</sup> BIRKERTS, *op. cit.*, p. 128.

Dolton Edwards predijo en un cuento satírico de 1946, con el título de "Pesadilla en clase [*sic*]".<sup>139</sup>

Sven Birkerts nos hace ver que el lenguaje se va empobreciendo a través de una serie de ciclos o círculos viciosos; como la lengua usada por literatos e investigadores debe mantenerse en contacto con el discurso de la generalidad, no es extraño encontrar cada vez más textos complejos en resumen o con glosas. Para comprobar este ciclo de erosión del lenguaje, Birkerts nos pide comparar la edición crítica de una obra clásica de hace veinte años con otra edición contemporánea de la misma obra, en la que resulta ya difícil distinguir entre el texto y las notas explicativas, pues éstas parecen tener mayor importancia que aquél. De no cambiar esta tendencia cada vez serán menos quienes puedan comprender a los clásicos de la literatura y del pensamiento.<sup>140</sup>

Lo anterior está íntimamente vinculado con la disminución en la capacidad de comprender los textos, que se acentúa generación tras generación. Esto fue lo que motivó a Birkerts a prevenirnos sobre el futuro que se está gestando. En el otoño de 1992 impartió un curso en el último año de la universidad sobre cuentos cortos de la literatura estadounidense, que incluía a Washington Irving, Nathaniel Hawthorne, Edgar Allan Poe y Henry James. Todo se había desarrollado de forma regular hasta que le tocó su turno a James, en particular a su cuento "Brooksmith". Birkerts descubrió que a los estudiantes se les dificultaba sobremanera concentrarse en la densidad de su prosa que consideraban arcaica, con un lenguaje "presuntuoso" e incómodo por desviarse de la idea central, disgustándoles también su ironía. Como nunca le había ocurrido algo semejante. Birkerts se apartó del curso de la clase hacia los hábitos de lectura de los alumnos, descubriendo que, salvo pocas excepciones, ninguno de ellos era lector, sino que ocupaban su tiempo libre oyendo música, viendo la televisión o videos.<sup>141</sup>

Para la mayoría de los jóvenes leer libros de párrafos extensos o de gran densidad, resulta un martirio. En ellos encuentran cantidad de significantes vacíos de significado. La sensación que ellos experimentan es semejante a la sufrida por quien tiene apenas nociones de una

<sup>139</sup> EDWARDS, Dolton, "Pesadilla en clase [*sic*]", en ASIMOV, Isaac y GREENBERG, Martin H. (selección), *La Edad de Oro, 1946-1947*, México, Martínez Roca, 1990, pp. 27-29.

<sup>140</sup> BIRKERTS, *op. cit.*, p. 129.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 17-20.

nueva lengua y se ve en la necesidad de leer de corrido un texto en dicho idioma, del que solamente comprenderá el significado de algunas palabras.

Cuando la computación se haga más accesible a todos los niveles económicos, el libro ya no será visto como la única fuente de conocimiento, sino como una más entre muchas y para los más jóvenes, como la más tediosa, tal vez. Estas generaciones ya no experimentarán la máxima virtud que Joseph Brodsky reconoció al libro en su discurso de recepción del premio Nobel en 1987: "[El libro es] el medio de transporte a través del espacio de la experiencia, a la velocidad del cambio de una página".<sup>142</sup> Pero este no es el único problema.

### III.3 La disminución de la perspectiva histórica

Para Fredric Jameson una de las características fundamentales del posmodernismo es el debilitamiento del sentido de la historicidad. Pero no es lo mismo estudiar que vivir el posmodernismo. Los esquizofrénicos viven en un mundo de momentos inconexos que se amontonan sin formar nunca una progresión continua y, mucho menos, lógica. Los jóvenes, inmersos en la televisión y la computadora, experimentan algo parecido. Los mayores de treinta años cuentan con experiencias previas que actúan como anclas que les impiden incorporarse totalmente a la corriente posmoderna de contextos divididos y tiempo discontinuo. La juventud, que carece de dichas anclas, sabe por experiencia propia lo que es carecer del sentido de la historia, pues viven en un mundo de simulacros. Para ellos la desnaturalización del tiempo significa que no tienen historia. Según Katherine Hayles, quienes mejor saben cómo se *siente* el posmodernismo, promedian hoy los veinte años,<sup>143</sup> y son las generaciones que comienzan ahora su educación profesional.

En la pantalla de la computadora, la epopeya de Gilgamesh y la última novela de Gabriel García Márquez se ven igual. No hay presentaciones de lujo ni ediciones que garanticen su fidelidad con el original. A simple vista todos los textos tienen la misma edad, pues ningún signo externo delata su antigüedad, como lo sería un empastado anacrónico o unas hojas amarillentas. Todo parece pertenecer a la era informática.

<sup>142</sup> BRODSKY, citado en *id.*, p. 132.

<sup>143</sup> HAYLES, N. Katherine, *La Evolución del Caos. El orden dentro del desorden en las ciencias contemporáneas*, Barcelona, Gedisa, 1993, pp. 346-347.

No hay que temer un futuro poblado por bárbaros semidesnudos, sino uno de profesionistas tan imbuidos en la sensación esquizofrénica de los tiempos, que confundan, usando el claro ejemplo de Birkerts, a Oskar Schindler con el actor Liam Neeson, quien protagonizó al personaje histórico en la película *La lista de Schindler* de Steven Spielberg.<sup>144</sup>

### III.4. El desvanecimiento de la personalidad

Para Bill Gates la informática puede obrar milagros, no en vano le debe toda su fortuna. Según sus palabras, por medio de ella, "[n]uestro sentido de la identidad, de quiénes somos y a dónde pertenecemos, puede ampliarse considerablemente",<sup>145</sup> pero también puede disminuirse en la misma proporción.

El ejemplo de la televisión resulta muy útil para darnos cuenta de este problema. A fines de los sesenta, el experto en comunicaciones, George Gerbner, afirmó que en sólo dos décadas, la televisión había transformado la vida política, los hábitos familiares, el *estilo* de una generación, hizo fenómenos globales de sucesos locales y llevó información y nuevos valores a donde nunca se habían conocido.<sup>146</sup> O en otras palabras, había afectado profundamente lo que se denomina proceso de socialización, por el cual los miembros de nuestra especie se hacen humanos.<sup>147</sup>

Una de las principales transformaciones de nuestro tiempo ha sido la lenta pero continua destrucción del espacio subjetivo. La distancia física y psicológica entre los individuos se ha ido cerrando en lo que va del siglo. Se nos despoja lentamente de nuestra manera de ser y de nuestras costumbres familiares. Carecemos de auténticos líderes de opinión y abundan los improvisados. Algún día, podría ocurrir que nuestras vidas públicas y privadas fueran conducidas, sin que nos percatemos, por una supercarretera de la información con tal cantidad de canales de información instantánea y continua, que dejaría de tener sentido el hablar del individualismo subjetivo.<sup>148</sup>

<sup>144</sup> BIRKERTS, *op. cit.*, p. 194.

<sup>145</sup> GATES, *op. cit.*, p. 6.

<sup>146</sup> Gerbner, citado por STEINBERG, Cobbet S., *TV Facts*, Nueva York, Facts on File, 1980, p. 142.

<sup>147</sup> GREENFIELD, Jeff, *Television. The First Fifty Years*, Nueva York, Crescent Books, 1981, p. 11.

<sup>148</sup> BIRKERTS, *op. cit.*, pp. 21, 130-131.

Además del término *ciberespacio* o lugar que "habitamos" cuando estamos en línea, Birkerts sugiere introducir la palabra *cibertiempo*, para nombrar al "limbo" en que nos *suspendemos* cuando entramos en contacto con el *ciberespacio*.<sup>149</sup> En ese sentido, John Burroughs sostiene lo siguiente: "Cuanto más tiempo ahorramos, menos tenemos. La prisa de la máquina se contagia al hombre. Podemos dejar atrás el viento y la tormenta, pero no podemos superar al demonio de la prisa. Cuanto más lejos vayamos, más aguijoneante será su acicate. Lo que ahorramos en tiempo lo consumimos en espacio; tenemos que ocupar mayor superficie".<sup>150</sup> O simplemente, "la tecnología no nos ahorra tiempo, pero sí lo reparte de otra manera", a decir de Helman Nahr.

No hay que temer la creación del Gran Hermano de la antiutopía *1984* de George Orwell, pero sí del intruso electrónico que nosotros mismos creamos, un Frankenstein colectivo y digital.

### III.5. El uso de la informática en la educación

*El ordenador no sólo ha generado la existencia de una nueva clase, sino también ha modificado la estructura misma del conocimiento. El ordenador, como instrumento de investigación, abre ante nosotros una nueva manera de ver la realidad, y la arquitectónica de las ciencias debe modificarse en consonancia.*

Heinz R. PAGELS

Cuando se habló de la posibilidad de que las computadoras sustituyeran a los abogados, se dijo que sólo debían temer algo así los "abogados", entre comillas, de capacidad tan elemental y de tan escasa creatividad como para que la inteligencia artificial los reemplazara. Lo mismo hay que decir respecto de los educadores. Pero tanto unos como otros deberán acostumbrarse a ver a la computadora y a la tecnología de la información como auxiliares. El empleo de información electrónica

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>150</sup> BURROUGHS, John, "Ciencia y literatura", en Gardner, Martin (selección), *El Escarabajo Sagrado, y otros grandes ensayos sobre la ciencia*, Barcelona, Salvat, 1986, t. I, p. 180.

también traerá consigo cambios en la forma de citar las nuevas fuentes de información<sup>151</sup> y en los ejercicios de la práctica forense.<sup>152</sup>

En la última conferencia interparlamentaria mundial de la UNESCO, se hizo un llamado para que los parlamentos promovieran la Universidad Virtual, que ofrecerá cátedras de maestros especializados para que sean disponibles a través de INTERNET.<sup>153</sup> El Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Campus Ciudad de México, tiene planes parecidos para el primer lustro de la próxima década<sup>154</sup> aunque ya inició sus primeras transmisiones.

Recientemente, Bill Gates opinó: "Si alguien crece sin haber utilizado una PC, no sabrá que [*sic*] es una fuente de información";<sup>155</sup> pero dar acceso a una computadora o a INTERNET a alguien que busca ser educado sin contar con la instrucción elemental, equivale a dejar en una autopista a alguien que jamás aprendió a conducir.<sup>156</sup> ¿Por qué? Porque hay un abismo entre la información y el conocimiento. La era de la información puede producir en masa increíbles cantidades de datos e imágenes, pero no puede producir en masa conocimiento, que nace de la mente individual, separando lo relevante de lo irrelevante, capacidad que las nuevas generaciones están perdiendo:

Algunos profetas del intelecto han declarado el fin de la era del conocimiento y el comienzo de la era de la información. La información tiende a expulsar el conocimiento. La información consiste en meros signos y números, en tanto que el conocimiento posee un valor semántico. Lo que deseamos obtener es conocimiento, mas lo que a menudo recibimos es información. Es señal de los tiempos que mucha gente no pueda distinguir la diferencia

<sup>151</sup> Ver: LI, Xia y CRANE, Nancy B., *Electronic Style. A guide to citing electronic information*, Westport, Meckler, 1995.

<sup>152</sup> Ver al respecto los programas creados por Ashley LIPSON, *Criminal Objection* (Objeción Criminal) y *Civil Objection* (Objeción Civil), que vienen acompañados por el libro *Rules of Evidence for Witness Testimony* (Reglas de Evidencia para los Testimonios de los Testigos).

<sup>153</sup> DELGADO, Mónica, "Educación, reto del siglo XXI", en R,8-VI-96,17C; VELA DEL BOSQUE, "Reemplazan aulas con tecnología", en R,20-V-96,42A.

<sup>154</sup> CRUZ, Arcelia, "Universidad Virtual", en el suplemento especial Universitarios de R,23-VI-96,6; ZAMORA, Juan Carlos, "Usa el ITESM videoconferencia en Internet", en R,27-III-95,35A.

<sup>155</sup> Gates, citado por LÓPEZ, Ernesto, "Son PC determinantes en revolución de Internet", en R,1-VII-96,52A.

<sup>156</sup> El simil es de PISANI, "Del uso de Internet en la educación", R,18-III-96,42A.

entre información y conocimiento, por no mencionar la sabiduría, que incluso tiende a ser expulsada por el conocimiento.<sup>157</sup>

No hay que esperar al futuro cercano para encontrar alumnos que confundan conocimiento e información. He visto algunos casos de estos síntomas en trabajos de investigación jurídica hechos por alumnos de primer ingreso, y cada año aumenta su número. La información que los alumnos "amontonan" supera su capacidad de comprenderla.

La compañía Academic Systems, de Palo Alto, California, ha trabajado exitosamente en un sistema de educación multimedia interactivo para matemáticas básicas e inglés, que se conoce como "aprendizaje mediado", pues combina la enseñanza tradicional con la instrucción a través de la computadora. Los interesados primero hacen un examen para conocer su nivel y sus puntos débiles. El sistema crea entonces un plan de estudios personalizado e inicia la impartición de las clases con el maestro. Con exámenes periódicos se evalúa el progreso del estudiante, siendo posible modificar el plan docente a medida que se asimilan los temas. También el programa puede informar sobre algún problema particular del estudiante al maestro, para que lo trate en particular. No obstante, la compañía reconoce que las lecciones de mayor éxito son aquellas en las que interviene el maestro.<sup>158</sup> El grupo SRI International, también de Palo Alto, cuyas investigaciones carecen de fines de lucro, comprobó que las computadoras funcionan mejor en ciertas materias y situaciones, y que algunos estudiantes son más adeptos a recibir educación asistida por computadora, como lo son los niños pobres y de grupos minoritarios.<sup>159</sup>

La era de la información no puede detenerse, pero a menos que queramos convertirnos, como lo advirtió Henry Thoreau, en herramientas de nuestras herramientas, deberemos siempre criticar, proponer y solucionar todos los "baches" que encontremos en la era de la supercarretera de la información.<sup>160</sup>

<sup>157</sup> PAGELS, *op. cit.*, p. 14.

<sup>158</sup> GATES, *op. cit.*, pp. 182, 192-193.

<sup>159</sup> TEMPLI, Neal, "Tecnología y educación: dos caras de la misma moneda"; *The Wall Street Journal Americas*, R,23-XI-95,34A.

<sup>160</sup> Ver: DRETSKE, Fred I., *Conocimiento e Información*, Barcelona, Salvat, 1987; *Postscriptum*. Cuando este artículo estaba en la imprenta, apareció en *Newsweek* (12 de agosto de 1996, p. 54) una entrevista del periodista Steven Heilbrunner con el teólogo suizo Hans Küng, director de la Fundación para la Ética Global en Tübinga, Alemania, institución que promueve la idea de que las religiones, gobiernos y corporaciones deben concertar acerca de un código básico de ética. El punto de vista de Küng sobre la regulación de INTERNET, coincide en sus puntos esencia-

## APÉNDICE

### LA ERA DE LA IMPRENTA Y LA ERA DE LA INFORMACIÓN

Un siglo después de la aparición del invento de Johann Gutenberg, las estructuras morales y religiosas de occidente se habían transformado. Otro siglo después, las estructuras artísticas e intelectuales siguieron la misma suerte. A partir de 1490 y durante los próximos trescientos años, todas las naciones europeas se encontraban en medio de revueltas políticas o sosteniendo una lucha desesperada en contra de las nuevas ideas de gobierno. Por ello Gutenberg puede considerarse uno de los inventores más revolucionarios de la historia. "La imprenta es un ejército de 26 soldados de plomo con el que se puede conquistar el mundo", decía el inventor y artista de Estrasburgo.

Las semejanzas entre los últimos cincuenta años del siglo XV y la segunda mitad del siglo XX son dignas de atención.<sup>1</sup>

Bill Gates considera que la era de la información tendrá como característica fundamental la lucha entre las naciones por el control de la información,<sup>2</sup> pero Nicholas Negroponte cree que la única división será entre generaciones.<sup>3</sup> Lo mismo puede esperarse en la era en que vivimos, donde la supercarretera de la información hará las veces de

<sup>1</sup> VAN DOREN, Charles, *A History of Knowledge*, Nueva York, Ballantine Books, 1991, pp. 377-378; ANTAKI, Ikram, *Segundo Renacimiento*, México, Joaquín Mortiz, 1992, *passim*.

<sup>2</sup> GATES, Bill, *Camino al Futuro*, México, McGraw-Hill, 1995, p. 19.

<sup>3</sup> NEGROPONTE, Nicholas, *Being Digital*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1995, p. 6.

les, con lo aquí asentado: Heilbrunner: "¿Cómo considera que su idea acerca de una ética global afecte a la explosión de la información? Por ejemplo, ¿qué materias o temas cree usted que deben someterse sin límites a discusión en INTERNET? ¿El sexo, la pornografía, el uso de drogas ilícitas? ¿y quién debe decidir lo que está permitido y lo que no?"

Küng: "Especialmente las personas que aportan este material nuevo a INTERNET necesitan una nueva conciencia de responsabilidad moral. Para los consumidores, una ética global puede proveer algunos estándares para poder juzgar lo que es humano y lo que es inhumano, lo que está bien y lo que está mal. Pero, por supuesto, una ética global no es una respuesta para todo asunto moral, y especialmente los teólogos no deben verse tentados de dar recetas para todo. Cómo puede utilizarse INTERNET de tal forma que no promueva el abuso de los menores, la violencia y el uso de drogas ilegales, deben decidirlo expertos en computación, juristas, especialistas en ética y políticos".

las imprentas que se dispersaron por los cinco continentes en aproximadamente cuatro siglos, pero en unas cuantas décadas.

Las dos columnas que vienen a continuación no pretenden ser un cuadro comparativo. La presentación en columnas paralelas responde antes a un deseo de economía en el espacio, que al intento de una comparación fidedigna. Se recomienda que se lea cada una por separado de tal manera que se perciban los cambios radicales en todos los niveles que cada uno de los inventos trajo, pues si bien son muchas las semejanzas, son más aún las diferencias.

Ambas columnas pueden juzgarse selectivas o parciales, no lo niego. Sin embargo, traté de incluir en cada una de ellas los eventos que directa o indirectamente provocaron el invento de la imprenta y la era de la información, respectivamente. También registré en cada una la vida y la influencia de dos personajes, Erasmo de Rotterdam y Bill Gates, que a simple vista no tienen nada en común, pero ambos nacieron después del inicio de la era de la imprenta que patrocinó el primero, y la era de la información que encabeza en el presente el segundo, al sacar el máximo provecho de las posibilidades que la nueva tecnología les ofrecía.

Erasmo no hubiera representado un papel tan importante sin la imprenta. Su maestro, Nicolás de Cusa, mejor humanista, no aprovechó la oportunidad de imprimir sus obras principales, por lo que su influencia fue superada por uno de sus discípulos, y apenas lo separó de Erasmo una generación. Marcel Bataillon considera al pensamiento del filósofo de Rotterdam más influyente que el de Lutero o Calvino en la evolución intelectual, social y religiosa de las sociedades occidentales modernas.<sup>4</sup>

William H. Gates III, mejor conocido como Bill Gates, ha explotado hasta ahora mejor que nadie la era de la información, aunque puede resultar prematuro considerarlo el máximo representante de la era de la información. No elegí a Marshall McLuhan (1911-1980), porque fue más un profeta de la nueva era que en rara ocasión explotó los medios electrónicos y además nació 35 años antes de la primera computadora electrónica.

Incluyo al final de la columna de la era de la información una serie de predicciones de los expertos hasta el año 2090, de tal manera que ambas columnas abarquen poco más de doscientos años y puedan percibirse los cambios y tendencias que nos esperan a la vuelta del siglo.

<sup>4</sup> Bataillon, citado por MARTÍNEZ, Humberto, en Erasmo de Rotterdam, *Ensayos Escogidos*, México, Secretaría de Educación Pública, 1988, p. 9.

## Era de la Imprenta

## Era de la Información

1453 Caída de Constantinopla, fin de la Edad Media

1455 En Mainz (Maguncia) Johan Gutenberg inventa la imprenta y comienza a producir libros en serie, comenzando por la Biblia; antes del invento de Gutenberg, los manuscritos en Europa se contaban en millares

1467 Los alemanes Arnold Pannartz y Konrad Schweinheim introducen la imprenta en Roma

1469 Nace Geert Geertz (Erasmo de Rotterdam)

1470 Se confieren privilegios a los impresores de Venecia, en forma de exclusividades o monopolios, primer antecedente de los derechos de autor

1470 Sir John Fortescue publica *De laudibus legum Angliae*, donde ataca al sistema jurídico romano-canónico y elogia la constitución, estatutos y el sistema de educación jurídica de Inglaterra, proponiendo algunas reformas, siendo tal vez la primera obra de derecho escrita en un lenguaje accesible a todos los hombres de mediana instrucción

1895 Guglielmo Marconi realiza la primera demostración de radio en la Villa Grifone, cerca de Bolonia

1926 John Logie Baird realiza en Londres la primera demostración pública de televisión

1945 Fin de la Segunda Guerra Mundial

1946 John W. Mauchly y J. Presper Eckert de la Universidad de Pennsylvania, crean la primera computadora electrónica, ENIAC (*Electronic Numeral Integrator and Calculator*, Integradora Numeral y Calculadora Electrónica)

1946-58 Con ENIAC nace la primera generación de computadoras electrónicas de bulbos de alto vacío

1948 Norbert Wiener, *Cybernetics: or, control and communication in the animal and the machine* (Cibernética, o el control y la comunicación en el animal y en la máquina), donde crea la ciencia de la cibernética que trata de los factores comunes del control y la comunicación en los organismos vivos, máquinas automáticas y organizaciones, considerando al derecho como uno de los posibles

- 1473 Introducción de la imprenta en la Península Ibérica
- 1475-83 Erasmo estudia y profundiza en la lengua latina
- 1477 Adam von Rottweil imprime en Venecia su *Vocabolario Italiano-Teutonico*
- 1480 William Caxton publica en Londres un conciso vocabulario francés-inglés en 26 hojas
- 1481 En la imprenta de Caxton aparece, tal vez por primera ocasión, un libro con índice de materias (*table of contents*)
- 1489-92 Erasmo estudia a fondo a los clásicos en ediciones impresas
- 1490 En Valencia se imprime el *Tirant lo Blanch* de Joanot Martorell, probablemente el primer libro de caballerías
- 1491 Johann Froben (Frobenius) funda en Basilea una imprenta propia, que será de gran importancia para el humanismo alemán; los judíos sefarditas inmigrados publican un Pentateuco comentado; se
- campos de aplicación de la nueva ciencia
- 1949 Shannon y Weaver dan a conocer la teoría matemática de la comunicación, que junto a la cibernética de Wiener y la computadora electrónica, constituyen los tres pilares de la ciencia de la información; el jurista norteamericano Lee Loevinger plantea por vez primera la posibilidad de utilizar las computadoras en el campo del derecho, llamando a la disciplina que lo llevaría a cabo, *jurimetría*
- 1950 Wiener, *Cybernetics and Society* (Cibernética y Sociedad)
- 1951 Marshall McLuhan, *The Mechanical Bride: Folklore of industrial man* (La Novia Mecánica: el folklore del hombre industrial)
- 1952-62 Con el desarrollo de las memorias magnéticas que permiten un registro y proceso de datos más rápido y la posterior introducción de transistores en lugar de bulbos de alto vacío, se desarrolla la segunda generación de computadoras electrónicas
- 1954 Wiener, *The Human Use of Human Beings* (El uso humano de los seres humanos)
- 1956 Nace William H. Gates III (Bill Gates)

- imprime en Sevilla el *Código de las Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio
- 1492 Descubrimiento de América
- 1495 Primeros escritos de Erasmo; el senado veneciano otorga un privilegio especial al famoso impresor Aldo Manucio para publicar las obras de Aristóteles
- 1499 En la imprenta aldina se introduce la práctica de numerar consecutivamente las páginas de los libros, lo que la mayoría de los impresores imitan casi de inmediato
- 1500 Se calcula que hay cerca de 10 millones de libros impresos en circulación (algunos expertos estiman el doble); aparece la edición del *Corpus Iuris Canonici* de Chappuis (confirmada como oficial hasta 1582)
- 1501-07 Erasmo estudia y perfecciona sus conocimientos de griego y se inicia en el estudio del hebreo y el arameo
- 1505 Jakob Whimpeling, *Epitome Rerum Germanicarum* (primera tentativa de una historia alemana)
- 1558 Se crea en Suecia el lenguaje ALGOL para computadoras; el Explorer 1 y el Score de Estados Unidos, son los primeros satélites de comunicaciones; se instala la primera computadora electrónica en la UNAM, en el Centro de Cálculo.
- 1959 Grace Murray Hopper crea el lenguaje COBOL
- circa 1959 El *Health Law Center* (Centro de Legislación para la Salud) de la Universidad de Pittsburgh, dirigido por John F. Harty, desarrolla uno de los primeros bancos de información jurídica
- 1960 McLuhan, *Printing and Social Progress* (La imprenta y el progreso social), *Myth and Mass Media* (El mito y los medios de masas)
- 1961 Wiener, *Cybernetics* (2ª edición aumentada)
- 1962 Philippe Dreyfus introduce el término *informática*, a partir de la contracción de las palabras "información" y "automática", definiéndola como la ciencia del tratamiento lógico y automático de la información, principalmente a través de las computadoras; McLuhan, *The Gutenberg Galaxy: The making of typographic man* (La Galaxia Gutenberg: La creación del hombre tipográfico)



circa 1505 Todas las obras importantes en griego y latín han sido impresas y distribuidas.

1502 El monje agustino Ambrogio Calepino publica un diccionario latín-toscano

1507 A petición de Erasmo, Aldo Manucio empieza a publicar obras clásicas en formato pequeño (octavo) a bajo costo

1508 Guillaume Budé, *Annotatio-nes in XXIV pandectarum libros*

1509 Ulrich Tengler, *Espejo de laicos* (libro popular de derecho)

1511 Comienzo de la disputa entre Johannes Reuchlin y los dominicos de Colonia por la cuestión de los libros judíos

1512 Erasmo, *De ratione studii*, incitación al estudio de las lenguas

1514 Se inicia la redacción en cuatro idiomas (caldeo, hebreo, griego y latín) de la Biblia Políglota Complutense (de Alcalá de Henares)

1963 Hans W. Baade realiza la formalización teórica de la *jurimetría* de Loevinger

1964 Thomas E. Kurtz y John G. Kemeny crean el lenguaje BASIC; Sony de Japón inventa la videocassetera; McLuhan, *Understanding Media: The extensions of man* (Comprendiendo los Medios: Las extensiones del hombre); aparece *God and Golem, Inc.: A comment on certain points where cybernetics impinges on religion* (Dios y Golem, S. A.: comentario sobre algunos puntos en que chocan la cibernética y la religión), que es la última obra de Wiener, quien muere el mismo año; se celebra en Buenos Aires la primera mesa redonda sobre el Régimen Legal de las Comunicaciones por Satélite, donde se concluye, entre otras muchas cosas, que "[l]as comunicaciones globales vía satélite deben constituir un servicio público internacional"

1964-79 Aparece la tercera generación de computadoras con la miniaturización de los circuitos electrónicos

1965 IBM (*International Business Machines*) crea el procesador de palabras; se coloca en órbita geostacionaria el Early Bird, primer satélite internacional de comunicaciones; Gordon Moore

1515 En Venecia se encomienda al encargado de la Biblioteca Marciana la monumental tarea de corregir todos los textos impresos en la ciudad, ante la advertencia de varias ediciones corruptas. Desde entonces, los colofones de los mejores impresores incluyeron la leyenda *acuratissime* (edición cuidada)

1516 Erasmo publica la *Paraclesis*, como prefacio a su edición del Nuevo Testamento en traducción latina, donde hace un llamado a que se traduzcan las Sagradas Escrituras a todas las lenguas, incluyendo las de los infieles, buscando también que todos los hombres, sin importar su clase o condición, las puedan leer

1517 Lutero inicia la Reforma protestante

1520 Erasmo, *Antibarbari* (contra la escolástica); Whimpheling, *Gravamina* (quejas sobre abusos eclesiásticos)

1521 Lutero traduce el Nuevo Testamento al alemán

1522 Zwinglio, *De las aclamaciones y libertad de las comidas* (contra los mandatos de ayuno de la Iglesia)

afirma que la capacidad de las computadoras se duplicará cada dos años, predicción que ha soporado el paso del tiempo, bajo el nombre de ley de Moore

1966 Un tribunal de Estados Unidos condena a un empleado de *Texas Instruments* por ofrecer sin autorización un sistema operativo desarrollado por dicha compañía, siendo la primera sentencia en el mundo relativa a un programa de *software*

1967 McLuhan y Quentin Fiore, *The Medium is the Message: An inventory of effects* (El Medio es el mensaje: un inventario de efectos)

1968 McLuhan y Quentin Fiore, *War and Peace in the Global Village* (Guerra y paz en la aldea global)

1969 Niklaus Wirth crea el lenguaje PASCAL; Bill Gates escribe su primer programa de computadora; se crea ARPANET, precursor de INTERNET, nace el correo electrónico; aparece el banco de datos jurídicos CREDOC, de la Federación Real de Abogados y Notarios de Bélgica, el primero de Europa

circa 1969 El experto en comunicaciones George Gerbner, afirma que en tan sólo dos décadas de

1523 Juan Luis Vives *De institutione Feminae christiana* (una de las primeras obras pedagógicas en relación a las mujeres)

1525 Comienza la influencia erasmista en la cultura española

1526 William Tyndale traduce el Nuevo Testamento al inglés; Olaus Petri lo traduce al sueco

1527 Polémica en Valladolid entre erasmistas y antierasmistas

1527-59 Se prohíben las obras teológicas y pedagógicas de Erasmo por considerarlas heréticas

1530 Se publica en Venecia el texto árabe del Corán

1531 Robert Estienne publica el *Tesaurus* latino; Miguel Servet, *De trinitatibus erroribus*

1532 Maquiavelo, *El Príncipe* (escrito en 1513); aparece la *Constitutio criminalis Carolina* de Carlos V, según el modelo de la legislación penal de Bamberger, que es la primera ley uniforme para todo el imperio

1534 Enrique VIII consuma el cisma de la Iglesia anglicana; aparece la traducción completa de la Biblia al alemán por Lutero; el precio de los libros impresos se

transmisión masiva, la televisión ha transformado la cultura y los hábitos de conducta de los estadounidenses

1970 IBM crea el disco o *diskette* flexible (*floppy disk*) para computadora

1973 Trong Truong da (a conocer la microcomputadora; LEXIS, de la compañía estadounidense Mead Data Central, comienza a funcionar hasta convertirse en el banco de datos jurídicos más grande del mundo

1975 Aparece la microcomputadora Altair 8800, primera computadora personal (PC) para el gran público; Gates y su amigo Paul Allen crean una versión de BASIC para la Altair 8800. Según Gates ese día nació la primera compañía de *software* para microcomputadoras, que luego se llamaría Microsoft Corporation

1980 Muere McLuhan

1980-89 La cuarta generación de computadoras continúa con el proceso de miniaturización y la introducción de mejores componentes de alta densidad

1981 Jorge Carpizo, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y Diego Valadés, coordi-

ha hecho tan accesible, que Francisco I, a petición de copistas y calígrafos, promulga un decreto prohibiendo las imprentas en París, que nunca entra en vigor

1535 Primera traducción completa al inglés de la Biblia por Miles Coverdale; Stephan Cardiner (obispo de Winchester), *De vera obedientia* (defensa de la supremacía real sobre la eclesiástica)

1536 Muere Erasmo; Calvino, *Institutio religionis Christianae*

1538 Estienne publica un diccionario latín-francés

circa 1538 Se introduce la imprenta en la Nueva España, primera en el continente

1539 Menno Simons, *Fundament des Christelijken leers* (profesión de fe de los baptistas moderados reunidos por él en comunidades libres de la Iglesia: mennonitas)

1540-41 Aparece el *Corpus Iuris Civilis* en la edición de Hugo Porta

1542 Aparece en Basilea una traducción latina del Corán, a pesar de la oposición del papa, con prólogos de Melancthon y Lutero. Este último argumentó que la edición contribuiría a la "gloria de

nador de Humanidades de la UNAM, aprueban un proyecto de banco de datos legislativos, que luego daría origen al sistema UNAM/JURE; se celebra el Convenio de Estrasburgo, bajo el título oficial de Convención para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

1984 William Gibson publica *Neuromancer* (Neuromante) novela de ciencia ficción en la que introduce el término *cyberspace* (cibespacio); el Congreso de los Estados Unidos aprueba la *Comprehensive Crime Control Act* (Acta General de Control del Crimen), para combatir los fraudes por computadora y con tarjeta de crédito

1984-90 La *National Science Foundation* (Fundación Nacional de Ciencia) de Estados Unidos, a través de su *Office of Advanced Scientific Computing* (Oficina de Computación Científica Avanzada, mejor conocida por las siglas NSFNET) interconectó varias computadoras a nivel nacional y mundial para crear INTERNET

1985 La compañía Hitachi de Japón patenta el CD-ROM (*Compact Disk Read Only Memory*, disco compacto con memoria únicamente de lectura), popularmente llamado "libro electrónico"

Cristo, a la mejora del cristianismo, al detrimento de los musulmanes y al disgusto del demonio".

1543 Copérnico, *De revolutionibus orbium coelestium libri sex* (exposición de su teoría heliocéntrica del universo); Vesalius, *De corporis humani fabrica* (inicio de la anatomía moderna)

1545-49 Konrad Gesner, *Biblioteca Universal* (historia de la literatura en 4 tomos)

1547 Enrique II introduce en el parlamento parisino un tribunal especial para procesos de herejía, la *Chambre Ardente*

1548 Michael Agrícola traduce el Nuevo Testamento al finés

1552 Jan Seklucjan traduce el Nuevo Testamento al polaco; aparece en Sevilla la *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* de Bartolomé de las Casas

1559 El papa Paulo IV promulga la primera edición del *Index Librorum Prohibitorum*

1559-74 Matthias Flacius Illirycus, *Centurias magdeburguesas* (historia protestante de la Iglesia católica)

1986 Se aprueban en Estados Unidos la *Computer Fraud and Abuse Act* (Acta de fraude y abuso por medio de computadora) y la *Electronic Communications and Privacy Act* (Acta de privacidad y comunicaciones electrónicas)

1987 Las autoridades federales de Estados Unidos crean en Chicago la *Computer Fraud and Abuse Task Force* (Destacamento contra el fraude y abuso por medio de computadora)

1989 Se extingue formalmente ARPANET; los rebeldes chinos utilizan INTERNET en sus luchas pro-democráticas, que culminan en la masacre de Tiananmen

1990 El Servicio Secreto de los Estados Unidos y la *Arizona Organized Crime and Racketeering Unit* (Unidad contra el crimen organizado y el chantaje de Arizona), realizan intervenciones en computadoras de Cincinnati, Detroit, Los Ángeles, Miami, Newark, Phoenix, Pittsburgh, Richmond, Tucson, San Diego, San José y San Francisco; Mitchell Kapor y John Perry Barlow fundan la *Electronic Frontier Foundation* (Fundación de la Frontera Electrónica), con la intención de defender las garantías constitucionales en el ciberespacio

1561-64 Francesco Gucciardini, *Storia d'Italia*

1562 Jerónimo de Zurita, *Anales de la Corona de Aragón*

1566 Jean Bodin, *Methodum ad facilem historiarum cognitionem* (primera tentativa importante de una metodología histórica)

1568 Los armenios publican sus libros sagrados

1569 Comienza la impresión de la Biblia Poliglota de Amberes

1572 Recopilación de las leyes del principado elector de Sajonia mediante las *Constitutiones* de Augusto I

1573 François Hotman, *Franco-galla* (teoría estatal antimonárquica)

1576 Bodin, *Seis libros de la República* (teoría de la soberanía fundada en el derecho natural)

1579 Junius Brutus (seudónimo de Philippe Du Plessis Mornay, dirigente hugonote), *Vindiciae contra Tyrannos* (doctrina de resistencia antimonárquica)

1582 El papa Gregorio XIII reforma el calendario con la bula *Inter gravissimas*, al principio sólo en los países católicos

1993 Se utiliza INTERNET como auxiliar para detener el ataque al parlamento ruso

1994 El EZLN aparece en INTERNET; Peter McGrath, en el semanario *Newsweek*, critica la calidad irregular de los trabajos que pueden consultarse en INTERNET, haciendo un llamado para editar, jerarquizar y organizar toda esa información; en Estados Unidos hay más de 7 millones de *telecommuters* (trabajadores que desempeñan sus labores en casa a través de una computadora, fax o teléfono)

1995 Gates publica *The Road Ahead* (traducido al español como *Camino al futuro*), al igual que una edición electrónica en línea a través de INTERNET, que es una "guía de viaje para ingresar a la supercarretera de la información", donde explica desde los conceptos básicos, el modo en que afectará a la sociedad y su impacto en los sectores laboral, educativo y empresarial.

Una encuesta en Estados Unidos descubre que el 55% de los adultos padecen algún signo de tecnofobia, que en su gran mayoría son personas mayores de 45 años.

En Estados Unidos hay 175 periódicos electrónicos en línea; en América Latina, 40, y la mayoría

1583 Dionisio Godofredo publica una de las principales ediciones del *Corpus Iuris Civilis*; primera traducción de la Biblia al esloveno por Georg Dalmatinus; introducción de la imprenta en Perú

1587 Para evitar que disminuya el trabajo y las ganancias de los impresores ingleses, algunos gremios limitan los tirajes a 1,250 ejemplares, salvo algunas excepciones. Hacia la misma fecha, la *Stationers Company* limita sus impresiones a 1,500 ejemplares, excluyendo las gramáticas, libros de oración, estatutos y anuncios oficiales, calendarios y almanaques

1588-1607 César Baronius, *Annales ecclesiastici* (historia católica de la Iglesia, en 12 tomos)

1590 Se publica en Basilea un diccionario de latín a once diferentes lenguas, incluyendo el polaco y el húngaro

1592 Bodin, *Colloquium Heptaplomeres* (donde propone la tolerancia de todos los partidos religiosos)

1601 Creciente interés por la investigación filológica crítica de escritos tradicionales, aparecen varias ediciones con textos críticos y críticas históricas; *Historia de España* del padre Mariana

de ellos pueden consultarse gratuitamente.

Hay en el mercado cerca de 10 mil títulos de CD-ROM, sobre todos los temas alrededor del mundo.

Aparece en INTERNET el Security First Network Bank, primer banco virtual del mundo.

El experto en sistemas de seguridad informática Tsutomu Shimomura, ayuda a capturar a Kevin Mitnick, uno de los *hackers* más buscados en Estados Unidos, quien robaba información confidencial y violaba códigos de seguridad con el único fin de probar sus habilidades.

El 7 de junio aparece publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Telecomunicaciones, en la que se comprende a INTERNET y el correo electrónico como redes privadas de telecomunicaciones.

Se condiciona en Irán el uso de INTERNET al apego a las leyes y tradiciones islámicas, bajo amenaza de perder el servicio.

Nicholas Negroponte y Bill Gates, por separado, predicen la cercana fusión de la televisión con INTERNET.

En Alemania, las críticas en contra del material pornográfico, la propaganda neonazi y los foros de discusión electrónica (BBS) de homosexuales y lesbianas, provocan la suspensión de INTER-

1603 Johannes Althusius, *Politica methodice digesta*

1604 Se publica *A Table Alphabetical, conteyning and teaching the true writing and understanding of hard usuall English wordes, borrowed from the Hebrew, Greeke, Latine, or French & c.* (Tabla alfabética que contiene y enseña la verdadera escritura y comprensión de palabras inglesas usuales y difíciles, tomadas del hebreo, el griego, el latín, el francés, etcétera), de Robert y Thomas Cawdrey.

1605 Francis Bacon, *Tratado sobre el valor y el progreso de las ciencias*

1609 Hugo Grotius, *Mare liberum*; Adolph von Söhne publica el *Strasburger Relation* (Relación de Estrasburgo), primer periódico semanal de occidente

1612 La Accademia della Crusca, en Venecia, publica el primer diccionario general de una sola lengua, convirtiendo el dialecto toscano en la lengua italiana normalizada

1613 Francisco Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*

NET, pero al llevarla a cabo, involuntariamente bloquean su uso en otros países.

1996 Algunos periódicos en línea de Estados Unidos comienzan a actualizar su contenido varias veces al día, al igual que *Folha de São Paulo* de Brasil, y *En Directo* de México (este último es el primer diario latinoamericano que solamente se publica en INTERNET)

El presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, promulga la *Communications Decency Act* (Acta sobre la decencia en las comunicaciones) que prohíbe la transmisión y recepción de material "indecente" por INTERNET, el 8 de febrero.

El juez federal Ronald L. Buckwalter, dos semanas después, prohíbe la aplicación de la ley anterior, mientras se analizan 19 demandas en su contra.

El 12 de junio, un Tribunal Federal de Filadelfia declara que la ley viola la primera enmienda constitucional que garantiza la libertad de expresión.

La revista *Time* considera a Bill Gates una de las personas más influyentes en Estados Unidos, y con una fortuna de 18 mil millones de dólares, encabeza la lista de la revista *Forbes* como el titular de la mayor fortuna individual en el mundo.

1616 Condena de las teorías copernicanas por el Santo Oficio de Roma

1617 Los príncipes de Sajonia-Weimar y de Anhalt-Köthen fundan la "Sociedad Fructificadora" (Orden de las Palmas), por su parte, Samuel Coster funda la *Nederduitsche Academie* en los Países Bajos, ambas sociedades filológicas.

1619 Johan V. Andreae, en su utopía *Christianopolis*, critica a la imprenta por haber propagado tanta herejía y desvarío, pero la alaba por la divulgación de las ciencias

1620 Bacon, *Novum Organum scientiarum*, análisis de los métodos científicos inductivos.

1625 Grotius, *De jure belli ac pacis*

1627 Gabriel Naudé, bibliotecario del cardenal Mazzarino (quien poseía cerca de 40 mil volúmenes) escribe su *Advis pour dresser une bibliothèque*, primer tratado de biblioteconomía; los griegos imprimen un folleto atacando a los judíos

1631 Aparece en París la *Gazette de France*

Aparecen los primeros actos de vandalismo en INTERNET, por medio de *graffitis*, leyendas anónimas o destrucción total de *home pages*.

El 1 de julio aparece la revista semanal en línea *Slate*, de Microsoft, con algunas secciones que se actualizan diariamente y audioclips, acompañada de una versión impresa disponible mensualmente.

El proyecto Gutenberg promete digitalizar 10 mil obras clásicas, traducidas a todos los idiomas posibles, desde este año hasta el 2001, para que puedan ser consultados vía INTERNET simultáneamente.

La radio de cualquier lugar del mundo puede escucharse por INTERNET, siendo posible a un particular crear y transmitir a través de su propia estación.

En España, el periódico *El País* denuncia que la última versión del procesador de palabras Word 6, propone una serie de sinónimos insultantes por su contenido xenófobo. En México, el 3 de julio, *La Jornada* continúa con la acusación, señalando que se presentan como sinónimos de *mexicano*: "vulgar", "chillón" y "ridículo", entre otros de la misma índole, mientras que a la palabra *occidental* se la asocia con "ario", "blanco" y "civilizado". Días después Microsoft, compañía responsable, publica un desplegado en

1632 Galileo, *Diálogo sobre los dos sistemas del mundo, ptolemaico y copernicano* (en el *Index* hasta 1822)

1635 John Selden, *Mare clausum* (contra la idea de Grotius sobre la libertad de los mares)

1637 René Descartes, *Discurso del método*

1643 Hermann Conring, *De origine iuris germanici* (primer obra sobre la historia del derecho alemán)

circa 1650 Hasta mediados del siglo XVII, las obras de Erasmo se siguen leyendo con avidez

1651 Thomas Hobbes, *Leviathan*

1654 Johann Amos Comenius, *Orbis sensualim pictus* (abecedario por imágenes)

1657 Comenius, *Opera didactica omnia*

1661 Comienza a circular la *Gaceta de Madrid*

1661-63 En Roxbury, Massachusetts, John Eliot traduce el Nuevo Testamento (1661) y el Antiguo Testamento (1663) a la lengua de los aborígenes

todos los periódicos nacionales ofreciendo disculpas, prometiendo corregir dichos sinónimos.

*Conjeturas de los expertos para los próximos cien años*

circa 1999 Antes del año 2000 es muy posible que aparezca la quinta generación de computadoras con considerables avances dentro de la inteligencia artificial

circa 2000 Teledesic Corporation (*joint venture* de Microsoft y Mc Caw Cellular), planea hacer llegar vía satélite la supercarretera de la información a todo el mundo; habrá 200 millones de PC conectadas a INTERNET y cerca de 400 millones de usuarios a nivel mundial; en México, la cifra podría alcanzar los 40 millones de usuarios (Vinton Cerf, vicepresidente de Arquitectura de Sistemas para la División de Servicios de Información y Datos de MCI Communications).

circa 2005 La supercarretera de la información se usa en la mayoría de los hogares a nivel mundial (Bill Gates); la mitad de la población de México será usuaria de INTERNET (Vinton Cerf); la gente pasará más tiempo en la supercarretera de la información, que viendo televisión (Nicholas Negroponte)

1662 Cyrano de Bergerac (muerto en 1655), *Historia cómica de los estados e imperios del Sol* (además de literatura, especie de manifiesto del movimiento de los libertinos)

1663 Al aparecer en el *Index*, se prohíben todas las obras filosóficas de Descartes, no obstante, desde entonces y hasta nuestros días, se siguen leyendo y estudiando.

circa 2010 Todas las revistas científicas podrán consultarse en línea (Shahen Hacyan)

circa 2015 La ley de Moore se hace obsoleta (Bill Gates)

circa 2040 Las computadoras toman conciencia de sí mismas (Charles van Doren)

circa 2090 La inteligencia artificial supera a la humana (Arthur C. Clarke); otros opinan que esto nunca ocurrirá (Roger Penrose).

## LA IN IURE CESSIO HEREDITATIS

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: *Introducción. I. Fuentes y líneas de nuestra investigación. II. Elementos históricos de la in iure cessio hereditatis. III Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. IV. La in iure cessio hereditatis ante aditionem. V. La función de la aditio en la in iure cessio hereditatis. VI. La in iure cessio hereditatis post aditionem. VII. Discusión entre Sabinianos y Proculeyanos respecto a la in iure cessio hereditatis. VIII. La in iure cessio hereditatis en las fuentes postgayanas. IX. Causas y finalidades de la in iure cessio hereditatis. X. Conclusiones y bibliografía.*

### INTRODUCCIÓN

La presente investigación fue realizada en los Institutos de Derecho Romano de la Universidad Complutense de Madrid y de "La Sapienza" en Roma; corresponde a un argumento poco tratado por la doctrina romanista de consecuencias jurídicas interesantísimas que a simple vista resultan de difícil explicación. Conforme se profundiza en el presente tema se aprecia que la *in iure cessio hereditatis* no es una excepción a los principios jurídicos romanos en materia hereditaria, sino una confirmación de los mismos. A continuación procederemos a delimitar el campo de nuestro estudio.

#### I. FUENTES Y LÍNEAS DE NUESTRA INVESTIGACIÓN

La *in iure cessio hereditatis* aparece tratada en las Instituciones de Gayo en los capítulos correspondientes a la "adquisición de cosas par-

ticulares" (2,34);<sup>1</sup> (2,35);<sup>2</sup> (2,36);<sup>3</sup> (2,37);<sup>4</sup> así como en la "cesión de la herencia ante el magistrado" (3,85); (3,86); (3,87). En un texto de Ulpiano recogido en el Digesto D.44.4.4.28 (*Ulpianus libro*

<sup>1</sup> Sobre el presente texto ver: F. B. J. WUBBE, "20 Session Internationale de la Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité à Paris (16-18 septembre 1965)", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 34 (1966), p. 321; Armando TORRENT, "La adrogatio en el sistema de las sucesiones universales", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, vol. 14 (1967), p. 447-454; Vera CUCKOVIC, "In iure cessio hereditatis", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, núm. 19 (1969), p. 37-48, se encuentra una relación de la presente obra Jugoslava por Obrad STANOJEVIC en: *INDEX*, vol. 2 (1971), p. 72 y 73; Alessandro CORBINO, "Il rituale della mancipatio nella descrizione di Gaio", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 42 (1976), p. 191; H. L. W. NELSON "R. G. Boehm, Gaiusstudien. Hefte 8 und 9" *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 48 (1980), p. 260; Ferdinando BONA, "I libri iuris civilis di Cassio e i libri ex Cassio di Giavoleno (a propósito de U. MANTHE, *die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*)", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 50 (1984), p. 458; Jean GAUDEMET, "Tentatives de systématisation du Droit à Rome", *INDEX*, vol. 15 (1987), p. 79-96; Jan Willem TELLEGEN, "Gaius Cassius and the scholia Cassiana in Pliny's letter 7-24,8" *Zeitschrift der Savigny-Stiftung der Rechtsgeschichte*, vol. 118 (1988) p. 293; Karl HACKL "Der Sakramentsprozess ueber Herrschaftsrechte und die In iure Cessio" *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte Röm. Abteilung*, vol. 119 (1989), p. 171; bibliografía aún mayormente específica se citará a lo largo del presente trabajo.

<sup>2</sup> Sobre el presente texto ver: Giovanni NEGRI, "La 20 Session Internationale de la Societe D'Histoire des Droits de l'Antiquité" (Paris, 16-19 settembre 1965) *IURA*, vol. 17 (1966), p. 239; también respecto al presente congreso ver: Marie-Therese LINGER, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, vol. 13 (1966), p. 387; Emilio BETTI, "De la Interpretación del Derecho", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 32 (1966), p. 161; Max KASER, "Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, vol. 74 (1971), p. 58; referencia de Antonio CARCATERRA a la obra de "Renato QUADRATO, *Hereditatis Petitio Possessoria*", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 38 (1972), p. 414; Gunter WESENER referencia a la obra de: "Ubaldo ROBBE, *la Hereditas Iacet* e il significato della *Hereditas* in Diritto Romano, 1" *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 46 (1978), p. 162; Herbert WAGNER, "Zu Einigen Grundfragen der Verpfändung Von Sachmehrheiten", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, vol. 89 (1986), p. 501; Salvatore RICCOBONO, "La Fusione del *Ius Civile* e del *Ius Praetorium* in unico ordinamento", *LABEO*, vol. 35 (1989), p. 222; bibliografía aún mayormente específica se citará a lo largo del presente trabajo.

<sup>3</sup> Sobre el presente texto ver: Giovanni NICOSIA, "Il Testo di Gai 2.15 e la sua integrazione", *LABEO*, vol. 14 (1968), p. 186; Richard Gregor BOEHM, "Emendationes Gaianae", *LABEO*, vol. 24 (1978), p. 173; Arnaldo BISCARDI, "Obligatio personae et obligatio rei dans l'histoire du droit romain", *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, vol. 70 (1992), p. 194; bibliografía aún mayormente específica se citará a lo largo del presente trabajo.

<sup>4</sup> Ver sobre el presente texto Martin Josef SCHERMAIER, "D. 41.1.24 und 26 pr.: Ein Versuch zur Verarbeitungslehre des Paulus", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte*, vol. 118 (1988), p. 483; Sebastiano TAFARO, "Il Giurista mediatore tra istanze sostanziali e schema processuale I' actio ex cautione damni

*septuagesimo sexto ad edictum*)<sup>5</sup> se hace mención, suprimiéndose la palabra *in iure* y limitándose al verbo *cedere*. En los *tituli ex corpore Ulpiani* o *epitome Ulpiani* se trata el argumento en el texto XIX 12-15.<sup>6</sup> En el Código de Justiniano apreciamos la constitución C 7.LXXV, 1 *Imp. Antoninus A. Cassiae* del año 213.<sup>7</sup> Existe también la mención en las *Leges saeculares, liber syro-romano*, texto 84.<sup>8</sup>

En los textos de las Instituciones de Gayo 2,35-37 y 3,85-87 y en el Tit. Ulp. XIX 12-15 podemos apreciar claramente lo siguiente:

1. Distinción entre el heredero legítimo *ab intestato* y el heredero testamentario respecto a la *in iure cessio hereditatis*.

a) Si el heredero legítimo *ab intestato* realiza la *in iure cessio hereditatis* antes de aceptar la herencia, permitirá que el cesionario se haga heredero. Es decir, que obtenga los activos de la herencia y que responda de las obligaciones respectivas.

b) Si el heredero testamentario o el necesario realizara la *in iure cessio hereditatis* antes de aceptar la herencia, no producirá efectos jurídicos su acto; teniendo el carácter de nulo.

2. Consecuencias jurídicas distintas en la *in iure cessio hereditatis* según se realice antes o después de la *aditio*.

c) Si el heredero legítimo *ab intestato* realiza la *in iure cessio hereditatis* después de aceptar la herencia, el cesionario recibirá las cosas corporales en bloque. El heredero legítimo responderá frente a los acreedores, y el cesionario no tendrá el carácter de heredero.

d) Si el heredero testamentario realiza la *in iure cessio hereditatis* después de aceptar la herencia, su acto sí producirá efectos jurídicos

*infecti*", *INDEX*, vol. 5 (1974-1975), p. 90; Marcel MORABITO, "Esclavage et enseignement du droit: Les Institutes de Gaius", *INDEX*, vol. 15 (1987), pp. 57 y 58.

<sup>5</sup> Sobre el presente texto ver: Giannetto LONGO, "Delictum e crimen", *IURA*, vol. 28 (1977), p. 218; Hans VAN DE WOUW, "Quaestiones aus Orléans aus der Zeit von Jacques de Revigny", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 48 (1980), p. 44; bibliografía aún mayormente específica se citará a lo largo del presente trabajo.

<sup>6</sup> Sobre el presente texto ver: Felice MERCOGLIANO, "Un' ipotesi sulla formazione dei *Tituli ex corpore Ulpiani*", *INDEX*, vol. 18 (1990), p. 203.

<sup>7</sup> Sobre el presente texto ver: Xavier D'ORS, "El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico", *IURA*, vol. 25 (1974), p. 190; referente a la misma investigación ver la reseña de Giuseppe GANDOLFI, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 42 (1976), p. 495.

<sup>8</sup> Sobre el presente texto ver: Hervé TROFIMOFF, "La cession d'herédité' sans adition dans les Droits Syro-Romain et Musulman", *INDEX*, vol. 15 (1987), pp. 460-471.



consistentes en que el cesionario recibirá las cosas corporales en bloque. El heredero testamentario responderá frente a los acreedores, y el cesionario no tendrá el carácter de heredero.

Como se puede apreciar, el tratamiento de Gayo a la *in iure cessio hereditatis* no es unitario porque se manejan hipótesis que producen consecuencias jurídicas totalmente distintas, derivadas del tipo de heredero que se trate, así como dependientes de la aceptación o no del cedente. La unidad que aglutina a estos supuestos jurídicos es la utilización de la *in iure cessio* respecto a la *hereditas*.

## II. ELEMENTOS HISTÓRICOS DE LA *IN IURE CESSIO HEREDITATIS*

La *in iure cessio* surge como una aplicación adaptada de la *legis actio sacramento in rem*,<sup>9</sup> y su origen se remontaría ya a la ley de las XII Tablas, según se desprende de:

Paul. Fr. Vat. 50

...*Ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat.*...

Sin embargo, la antigüedad de la *in iure cessio* no es fundamento suficiente para considerar que desde esa época ya existiera la aplicación de la misma a la *hereditas*.

Haciendo una incursión en las fuentes literarias encontramos la utilización de la *in iure cessio hereditatis* en un texto de Polibio del año 168 a.C. Hablando de Escipión el Joven, el histórico griego menciona que: Al morir su verdadero padre Emilio Paulo al cabo de dos años, Escipión el Joven y su hermano Fabio fueron nombrados herederos. El primero hizo algo digno de memoria en virtud de que Lucio al carecer de hijos porque se los había entregado a otros linajes y los ajenos se le habían muerto, legó sus bienes a Escipión y a Fabio:

<sup>9</sup> Max KASER, *Derecho Privado Romano* (5a. edición alemana traducida por José Santa Cruz Tejero; Madrid: Reus, 1968), p. 44; Giovanni PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano* (3a. edizione, Torino; Giappichelli Editore, 1991), p. 133; Matteo MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano* (2a. Edizione, Palermo: Palumbo, 1994), p. 342; Alberto BURDESE, *Manuale di Diritto Privado Romano* (s/e, Torino: UTET, 1964), p. 350; Antonio GUARINO, *Diritto Privado Romano* (9 edición, Napoli: Jovene, 1992), p. 660. Ubaldo ROBBE, "Le definizioni delle fonti della *Hereditas* ed i suoi due significati. La *in iure cessio hereditatis*", *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, p. 1099.

ὁ δὲ Σκιπίων θεωρῶν αὐτοῦ τοῦ ἀδελφοῦ καταδεέστερον οὐκὰς τὰς ὑπαρχούσας ἐξεχώρησε, πάντων τῶν ὑπαρχόντων, οὐκὸς τῆς ὅλης τιμῆσεως ὑπερ ἐξήκοντα ταλάντα: Así Fabio iba a ser igual a él en lo que a las propiedades se refiere.<sup>10</sup>

En el mencionado texto, hay referencia a una cesión de herencia, en donde Escipión el Joven otorga a su hermano Fabio la parte que le correspondía por vía testamentaria, empleándose una *in iure cessio hereditatis*.<sup>11</sup>

Lucio Emilio designó por medio de un testamento a Escipión y a Fabio, pudiendo deducir que ambos aceptaron la herencia, debido a que el simple hecho de rehusarla por parte de Escipión el Joven ocasionaría un acrecimiento a favor de Fabio, no siendo necesaria la cesión que realizó el primero a favor del segundo.

La herencia otorgada a Escipión y a Fabio implicará que cada uno reciba la herencia entera independientemente que se le repartan porque *coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri*.<sup>12</sup>

Si Escipión hubiera cedido la parte correspondiente a la herencia que tenía antes de aceptarla, dicho acto hubiera carecido de efectos porque *testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit*.<sup>13</sup>

En caso de que la herencia testamentaria cedida por Escipión no solamente hubiera consistido en sesenta talentos, sino además hubiese tenido deudas, éstas habrían sido pagados con los activos de la herencia. Escipión sólo traspasó las cosas corporales y no dejó de ser heredero testamentario por el principio *semel heres, semper heres*.

Es claro que Fabio adquirió la propiedad de los sesenta talentos de su hermano por medio de la *in iure cessio hereditatis* porque Gayo manifiesta que: *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit*.<sup>14</sup>

Es cierto que el repudio de la herencia por parte de Escipión habría producido los mismos efectos, situación por la que De Martino pone

<sup>10</sup> POLIBIO, *Hist.* XXXI, 28, párrafos 1, 2, 3.

<sup>11</sup> Esta opinión la comparte G. BOYER, "Droit Successoire Romain dans Polybe", en *Revue Internationale Des Droits de l'Antiquité*, vol. 4 (1950), p. 179; así como Armando TORRENT, en "Cronología, Finalidad y Desaparición de la *In iure cessio hereditatis*", *Studi in onore di Eduardo Volterra*, vol. 3 (1971), p. 239.

<sup>12</sup> D.32.80 (*Celsus libro trigesimo quinto digestorum*).

<sup>13</sup> GAYO (2,36), mencionado *infra*.

<sup>14</sup> GAYO (2,34).

en duda la existencia de la institución tratada en el caso respectivo.<sup>15</sup> Sin embargo, considero por el contrario que dicha posibilidad confirma la *in iure cessio hereditatis post aditionem* porque Escipión ya había aceptado la herencia y frente a su aceptación éste era el camino a seguir para otorgársela a su hermano.

Es claro que Escipión buscó como finalidad realizar una liberalidad a favor de su hermano, otorgándole la propiedad de los bienes que por designación testamentaria le correspondían conforme a derecho, apreciándose así una de las finalidades de la *in iure cessio hereditatis*.

Hubiera sido posible un pacto entre los dos hermanos donde se manifestara que los frutos de la parte de la herencia cedida, correspondieran a Escipión hasta igualar la cantidad correspondiente a los sesenta talentos mediante una *stipulatio*. Sin embargo, considerando el texto de Polibio, dicha posibilidad parece descartable, porque Escipión desea que Fabio sea igual de rico que él, y no la obtención de un lucro derivado de dicha liberalidad.

Otro texto de Polibio donde se podría mencionar la existencia de la *in iure cessio hereditatis* es el siguiente.<sup>16</sup> Cuando se le murió a Escipión el Joven la madre de su padre adoptivo llamada Emilia, hermana de su padre auténtico Lucio Emilio y esposa de Escipión el Mayor "El Africano"; dejó muchas riquezas, la difunta Emilia era realmente espléndida cuando salía de su mansión para las ceremonias que conciernen a las mujeres, en virtud de haber participado de la fortuna de Escipión cuando éste estaba en el ápice de su prosperidad. Además de los aderezos que lucía en su cuerpo y de los adornos del carro, los cestillos, los vasos y todo lo restante, ya de oro, ya de plata, requerido para el sacrificio en estas ocasiones, todo lo cual la procedía en la pompa solemne, la seguía un número adecuado de esclavos y de criados. *τάτης δὴ τῆς περικοπῆς ἀπασας εὐθὺς μετὰ τοῦ τῆς Ἀ'μιλίας τάφου ἐδωρήσατο τῇ μητρὶ, . . .* (Papiria, pues éste era el nombre de dicha mujer), la cual realmente vivía ya mucho tiempo separada de su marido Lucio y llevaba un tren de vida muy inferior a la alcurnia de su nacimiento. Hasta entonces ella se había abstenido de los cortejos lujosos, pero luego, cuando por casualidad hubo un sacrificio

<sup>15</sup> FRANCESCO DE MARTINO, "Nota in tema di *in iure cessio hereditatis*", Studi in onore di Siro Solazzi (1948), p. 579 que dice: "La testimonianza di Polibio può dunque essere considerata soltanto probabile, ma non certa nel suo riferimento al nostro istituto".

<sup>16</sup> POLIBIO, Hist. XXXI, 26.

solemne y público y la mujer salió con todo el boato y el esplendor de la familia Emilia, disponiendo, entre otras cosas, de los muleros, la yunta y el carro de Emilia, las mujeres que vieron lo ocurrido se pasmaron ante la bondad y generosidad de Escipión y todas levantaron sus brazos al cielo en súplica de muchos bienes para el mencionado. . .

Analizando el mencionado texto, apreciaremos las relaciones de parentesco. Muere Emilia, mujer excesivamente rica, esposa de Escipión el Mayor conocido como el Africano. Dicha mujer es madre del padre adoptivo de Escipión, éste tiene un padre auténtico llamado Lucio Emilio del que por lo visto no guarda ninguna relación de filiación porque ha salido de la familia del mismo. Su verdadera madre está separada de Lucio Emilio por lo que no percibe beneficios económicos de su ex cónyuge. Ante esta situación Escipión por medio de un acto de liberalidad regala a Papiria (su verdadera madre) lo heredado por Emilia (madre de su padre adoptivo); el medio jurídico idóneo para realizar tal liberalidad podría ser la *in iure cessio hereditatis post aditionem*. Considero que Escipión fue heredero testamentario de Emilia en virtud de que en aquella época no se encontraba regulada la sucesión legítima entre madre e hijos, situación que se dió con posterioridad en el siglo II d.C. con el senado consulto *Orphitianum*. Escipión se convierte en heredero testamentario de Emilia cumpliendo éste con el pago de los créditos que en determinado momento pudiera haber tenido Emilia con sus acreedores, otorgando a Papiria los bienes materiales mediante la cesión.

Otro texto interesante de fines del siglo 1 d.C. en donde podemos considerar el empleo de la *in iure cessio hereditatis* lo encontramos en Plinio el Joven, el cual comenta:

*Plini, Epistolarum* (5,1 pr. 2,3)

*Legatum mihi obvenit modicum, sed amplissimo grativus. Cur amplissimo grativus? Pomponia Galla exheredato filio Asvdio Cvriano heredem reliquerat me dederat coheredes Sertorium Severum, praetorium virum, aliosque splendidos equites Romanos, Cvrianus orabat, vt sibi donarem portionem meam seque praeuidicio iuvarem; eandem tacita conventionem salvam mihi pollicebatur. Respondebam non convenire moribus meis aliud palam, aliud ager secreto, praeterea non esse satis honestum donare et locupleti*

*et orbo, in summa non profuturum ei, si donassem, profuturum, si ccessissem, esse autem me paratur cedere, si inique exheredatum mihi liqueret.*

En el presente texto, Plinio comenta que fue designado heredero por Pomponia Galla junto con otras personas, y que Pomponia Galla desheredó a su hijo *Asudius Curianus*, por lo que este último le propone a Plinio que le done la porción de la herencia con la finalidad de realizar un *praeiudicium*<sup>17</sup> y oponerse a dicha desheredación, prometiéndole restituir la parte de la herencia correspondiente mediante una *tacita conventio*. Plinio le contesta que no es correcto hacer una donación a un hombre rico y sin hijos, por lo que sería mejor una cesión si él consideraba como injusta la causa de la desheredación.

La idea de *Asudius Curianus* de solicitar una donación a Plinio, sería con una finalidad *ad pompam vel ostentationem* en lo que respecta a los jueces, y en lo referente a Plinio la realización de un acto *ad simulationem*, situación a la que se opone Plinio por considerarla éticamente incorrecta, no obstante la donación habría tenido efectos jurídicos. Después de haber obtenido su fin de dudoso resultado, *Asudius Curianus* habría procedido a la restitución. Plinio está dispuesto a cederle su parte en caso de considerar él injusta la causa de la desheredación. Sin embargo, no se mencionan en el texto los parámetros que seguirá Plinio para tomar tal decisión; es lógico pensar que tendría que analizar las posibles causas que tuvo Pomponia Galla para desheredar a su hijo *Asudius Curianus* realizando un juicio valorativo sobre el origen de tal determinación.<sup>18</sup>

Hay que destacar que en el texto se emplea el verbo *cedere*, situación que hace pensar que para la realización de tal cesión sería apropiada la *in iure cessio hereditatis*, porque Gayo afirma: *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit*.<sup>19</sup>

Plinio sigue comentando inmediatamente al texto citado que: *Post hoc ille cum ceteris subscripsit centumvirale iudicium, mecum non*

<sup>17</sup> La finalidad del *praeiudicium* radica en la exhibición de la herencia por parte de los herederos como acto preparatorio al ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*.

<sup>18</sup> PLINIO para tal juicio valorativo toma en consideración la opinión de dos hombres de reconocido renombre en la ciudad Corellio e Frontino. Llegando a la conclusión PLINIO de lo siguiente: *Videtur, inquam, Curiane, mater tua iustas habuisse causas irascendi tibi.*

<sup>19</sup> GAYO (2.34).

*subscripsit*. Asudio Curiano citó a los herederos delante a los Centunviro, como se puede apreciar por el término *subscripsit*; sin citar a Plinio, revelándose claramente en el texto que la intención de éste era la de impugnar el testamento mediante la *Querela inofficiosi testamenti*,<sup>20</sup> en virtud de que la presente acción se ejercitaba frente al mencionado tribunal. La finalidad de la acción radicaba en la impugnación del testamento civil por parte de los descendientes; en este caso Asudio Curiano, por no habersele dejado la cuarta parte de lo que hubieran heredado por ley.<sup>21</sup> Los coherederos de Plinio deseaban componer el conflicto mediante una *transactio*<sup>22</sup> como se desprende de lo siguiente: *Coheredes mei componere et transigere cupiebant, ...* Plinio trata de convencer a Asudio Curiano de aceptar, y visto que no lo había citado en juicio, se ofrece a darle la totalidad de su porción hereditaria, independientemente de la cuarta parte que se ofrecían a dar los coherederos. Lo presente se desprende del siguiente párrafo: *Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre, quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego augebo*. De lo siguiente apreciamos como posible el empleo de la *in iure cessio hereditatis* por parte de Plinio para otorgarle la porción hereditaria a Asudio Curiano, haciéndose patente una de las finalidades de la presente institución, consistente en la solución de conflictos hereditarios mediante transacción.

<sup>20</sup> Sobre la presente acción ver el libro V, título II del Digesto, así también Código III. 28-30; así también, Karl UNZNER, *Querela inofficiosi testamenti* (s/e); München: Theodor Ackermann, 1891), pp. 1 a 152; E. RENIER, *Etude sur l'histoire de la Querela Inofficiosi en Droit Romain* (s/e; Paris: Liège, 1941), pp. 19 a 375, sobre el texto analizado específicamente las pp. 90, 159, 270; Mateo MARRONE, *Querela Inofficiosi Testamenti* (s/e; Palermo: U. MANFREDI, 1962), pp. 5 a 221; DI LELLA, '*Querela inofficiosi testamenti*'. Contributo allo studio della successione necessaria (s/e; Napoli: E. Jovene, 1972), pp. 12 a 279; Sandro SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano: contributo allo studio delle forme testamentarie* (s/e; Milano, Giuffrè, 1982), pp. 12 a 276; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 'La legitimación de los parientes naturales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso', SDHI, vol. 56 (1989), p. 98.

<sup>21</sup> Ver. D.5.2.1 (*Ulpianus libro XIV ad Edictum*).

<sup>22</sup> Sobre la transacción en materia hereditaria ver los siguientes textos: C.2.3.7. (*Imp. Antoninus A. Maximo*); C.2.4.33(34) (*Imp. Valerianus, Gallienus A.A. et C.C. Cyrillo*); C.2.4.6. (*Alexander A. Pomponius*); *Scaevola libro II. Responsorum* en D.2.15.14; *Papinianus libro II Quaestionum* en D.2.15.17; *Paulus libro X. Ad Sabinum* en D.6.1.46; *Aemilius Macer libro I. Ad legem vicesimam hereditatum* en D.2.15.13.

Asudio Curiano en gratitud de lo realizado por Plinio deja el módico legado mencionado al inicio de la exposición a este último, en homenaje a su acto como se aprecia en lo siguiente: *Ille ergo Curianus legatum mihi reliquit, et factum meum, nisi forte blandior mihi, antiquum nobili honore signavit.*

A continuación procederé a analizar los textos jurídicos referentes al tema motivo de la investigación.

### III. HEREDITAS QUOQUE IN IURE CESSIIONEM TANTUM RECIPIT

Como es notorio el término *hereditas* se entiende con los siguientes significados:<sup>23</sup>

a) Es equivalente a *successio*, e indica el fenómeno de entrar una persona en el complejo jurídico del difunto. En tal sentido interesa como fenómeno hereditario o sucesorio. Expresamente indica Gayo en 6 ed. prov. recogido en D.50.16.24 *Nihil est aliud "hereditas" quam successio in universum ius quod defunctus habuit.* Y Juliano en 6 dig. en D.50.17.62. *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit.*

b) En sentido subjetivo, *hereditas* se entiende como *ius successionis* que se refiere al derecho de subentrar *in locum et ius defuncti*.<sup>24</sup>

c) En sentido objetivo, la cosa incorporal que es posible de cesión.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Carlo FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano* (s/e; Napoli: Luigi Piirro, 1900), vol. 1, pp. 1 a 32; Pietro BONFANTE, "Il concetto dommatico dell' eredità nel diritto romano e nel diritto moderno, *Scritti giuridici varii*, vol. I (1916-1926), pp. 152-187; Siro SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* (s/e; Napoli, Jovene, 1932), pp. 1 a 34; Carlo ARNÒ, *Corso di Diritto ereditario romano* (s/e; Torino, Giappichelli, 1937), pp. 3 a 44; Biondo BIONDI, *Diritto ereditario romano* (s/e; Milano: Giuffrè-Editore, 1954), p. 51; Pasquale VOCI, *Diritto ereditario romano* (2a. edizione; Milano: Giuffrè; 1967), vol. I, pp. 203 a 321; Ubaldo ROBBE, "Le definizioni delle fonti della *hereditas* ed i suoi due significati", *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, III (1973); Bernardo SANTALUCIA, *Diritto ereditario romano, Le fonti* (s/e; Bologna, Patron, 1987), pp. 9 y 10.

<sup>24</sup> GAYO (2.14).

<sup>25</sup> GAYO (2.34); además ver los siguientes textos: *Paulus libro XV ad Sabinum* en D.8.1.14 pr. *Ulpianus libro XIX ad Edictum* en D.10.3.4.pr.; La distinción entre *res corporales* y *res incorporales* se encuentra dentro del ámbito filosófico, como se aprecia en: CICERÓN, *Top.* 5, 27; SÉNECA, *Ep. ad Luc.* 6.6.11; QUINTILIANO, *Inst. Orat.* 5.10.116; LUCRECIO, *De rer. nat.*, 1, 303-305. Respecto a bibliografía ver entre otros: Gaetano SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano, Le cose* (s/e; Milano, Giuffrè, 1945), pp. 13 a 18; en sentido contrario del mismo autor "La *in iure cessio* dell'

Este último significado es fundamental para el presente capítulo; la *hereditas* objetivamente considerada es un complejo unitario, una *universitas*, una entidad abstracta no concebida como simple suma de bienes activos y pasivos, sino como un *nomen iuris* en el sentido de entidad ideal,<sup>26</sup> no en el sentido etéreo o impráctico, sino como unidad sobre determinados bienes y para fines precisos que resguarda la órbita del derecho.

El concepto de *hereditas* como unidad, prescinde de la autonomía de las cosas singulares que la componen; teniendo el heredero la posibilidad de ejercitar la acción correspondiente *petitio hereditatis* para exigir el derecho respectivo,<sup>27</sup> dicha apreciación de derecho romano clásico corresponde a una necesidad jurídica práctica que se manifiesta en los siguientes aspectos:<sup>28</sup>

a) En que el de *cuius* dispone de la herencia por un único acto y no mediante tantos actos singulares como cosas existan en su patrimonio.<sup>29</sup>

b) En la diferencia entre legado y herencia, porque el legado implica una sucesión particular y la herencia una sucesión universal, es decir, una *universitas*.<sup>30</sup>

eredità", *Scritti Carnelutti*, vol. 4, p. 272; Franz WIEACKER, "Griechische Wurzeln des Institutionensystems", *Zeitschrift Der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 70 (1953), p. 104; Biondo BIONDI, *I Beni* (s/e; Torino, Unione Tipografica, 1953), pp. 19 a 43; Werner FLUME, "Das Begriffspaar, *res corporales-res incorporales*", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 79 (1962), pp. 22 a 26; Giuseppe GROSSO, "La distinzione fra *res corporales* e *res incorporales* e il secondo capo della *lex Aquilia*" en *Syntelesia Arangio Ruiz* (1964), p. 791; Pierpaolo ZAMORANI, "*Res Corporales*", "*Res Incorporales*", *Labeo*, vol. 20 (1974), pp. 362 a 369; Franco BALDESSARELLI, "A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* nel diritto romano classico", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, vol. 37 (1990), pp. 71-116.

<sup>26</sup> Ver al respecto el texto de *Pomponius libro tertio ad Quintum Mucium* en D.50.16.119, así como el de *Ulpianus libro trigesimo nono ad edictum*, que al citar a Labeón hace referimiento al respecto en D.37.1.3.1.

<sup>27</sup> Ulp. 16 ed. en D.6.1.1. pr.

<sup>28</sup> La idea de *hereditas* como *universitas* es de derecho romano clásico, opinión en contrario la manifiesta BONFANTE, en: "La *successio in universum ius* e l'*universitas*", *Scritti giuridici varii*, vol. I (1916-1926), pp. 250-306, fundándose en interpolaciones, idea totalmente superada en la actualidad, a continuación demostraré lo afirmado.

<sup>29</sup> PAULO en el *libro secundo ad Sabinum* en D.29.2.1 al respecto dice: *Qui totam hereditatem adquirere potest...*

<sup>30</sup> GAYO en *Instituciones* 2.191 dice: *Post haec videamus de legatis. Quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtur; nam loquimur de his iuris figuris quibus per universitatem res nobis adquiruntur: sed cum omni modo de testamentis*

c) En que el heredero al aceptar mediante la *aditio* el patrimonio del de *cuius* acepta una *universitas* que corresponde a derechos y obligaciones entendidas de manera unitaria.

d) Como comentaba, el heredero tiene una acción compleja denominada *hereditatis petitio* para exigir procesalmente hablando la totalidad de la herencia.

e) En la *usucapio pro herede* que permite no sólo la adquisición de cosas singulares sino toda la herencia.<sup>31</sup>

f) Por último, otra de las consecuencias prácticas de entender a la *hereditas* como unidad, entiéndase como *universitas* radica en la posibilidad de cederla en bloque a una persona ajena a la herencia.<sup>32</sup>

Aparte de estas aseveraciones la idea de *hereditas* como *universitas* corresponde a una noción clásica por lo siguiente:

a) Gayo distingue las cosas en corporales e incorporales, dentro de las últimas encuadra a la *hereditas*.<sup>33</sup>

b) La autonomía de la *hereditas* como objeto se demuestra con las expresiones *acquirere hereditatem*, *petere hereditatem*.

c) Gayo señala claramente de qué modo se adquieren las cosas a título universal, encuadrando dentro de las mismas a las herencias. El término empleado por Gayo es *per universitatem*.<sup>34</sup>

d) Africano en el libro *quarto quaestionum* en D.50.16.208 manifiesta: "*Bonorum*" *appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat*, confirmándose la idea de *hereditas* como *universitas*.<sup>35</sup>

*deque heredibus qui testamento instituuntur locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterit haec iuris materia tractari.*

<sup>31</sup> Sobre *usucapio pro herede* ver el texto de Pomponius libro XXXII ad Sabinum en D.41.5.1 en lo referente a bibliografía ver: Pietro BONFANTE, "Le singole iustae causae usucapionis e il titolo putativo", *Scritti giuridici varii*, vol. II (1916-1926), pp. 552 a 682; COLLINET, "Les variations de l'usucapio pro herede", *Studi Riccobono*, vol. 4 (1936), pp. 131 a 146; TOMULESCU, "*Gaius* 2.55 e l'usucapio pro herede", *Studi Grosso*, vol. 4 (1971), pp. 417 a 456; Laura GUTIÉRREZ MAS-SÓN, "La carga de los sacra y la *usucapio pro herede* en relación con el *consortium hereditatis*", *Atti dei Convegni di diritto romano di Copanello*, vol. 3 (1989), p. 275.

<sup>32</sup> GAYO en *Instituciones* 2.34; estas apreciaciones de la a) a la f) se encuentran en Biondo BIONDI, *op. cit.*, p. 58. Ver nota 23. Ferdinand KNIEP, *Gai Institutionum, Commentarius tertius* (s/e, Jena: Verlag Guffau Filcher, 1914), p. 196 dice que la *in iure cessio hereditatis* transmite la propiedad de las cosas corporales.

<sup>33</sup> En *Instituciones* 2.14.

<sup>34</sup> En *Instituciones* 2.97; 98 y 99.

<sup>35</sup> Así también ver: Pomponius libro quinto ad Sabinum en D.29.2.37; GAYO en *Instituciones* 2.191; Paul. Libro secundo manualium en D.41.1.62; Ulpianus libro

La *hereditas* como *universitas* desempeña un papel fundamental en la aseveración de Gayo respecto a que la herencia es susceptible únicamente de cesión ante el magistrado,<sup>36</sup> ésta se adquiere por *in iure cessio* debido a que es una *res nec Mancipi*. Al respecto Gayo dice: *Item fere omnia quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt.*<sup>37</sup>

La *hereditas* es una *res incorporalis*, porque ésta no se puede tocar; independientemente que conste de cosas corporales, porque el concepto *hereditas* consiste en un derecho sucesorio y los derechos en sí mismos son incorporales.<sup>38</sup>

Las *res Mancipi* se transmiten a otro por la *mancipatio*, de ahí deriva su nombre, o por la *in iure cessio*.<sup>39</sup> Y las *res nec Mancipi* por *in iure cessio* o por *traditio*. No podría adquirirse la propiedad de la *hereditas* por la simple *traditio*, debido a que independientemente que la herencia contenga cosas corporales, el derecho sucesorio es en sí mismo incorporal, y la *traditio* requiere de una entrega material.<sup>40</sup>

*quinto decimo ad edictum* en D.5.3.18.2; Ulpianus libro sexagesimo septimo ad edictum en D.43.3.1.13.

<sup>36</sup> GAYO en *Instituciones* 2.34, respecto al tema de la *hereditas* como *universitas*, puede acudir a las siguientes obras; Giannetto LONGO, "Sull' *hereditas* concepita come *universitas*", *Studi Fadda*, vol. I (1906), pp. 125 a 164; Giovanni BORTOLUCCI, "La eredità come *universitas*", *Bullettino del L'istituto di Diritto Romano*, núm. 43 (1935), p. 128; también del mismo autor, "La *hereditas* come *universitas* e successione nella personalità giuridica del defunto", mismo boletín núm. XLII (1934), p. 150; en el mismo volumen Emilio ALBERTARIO, "La Critica della critica" y SCIALOJA, *Diritto Ereditario* (s/e; Roma; Anónima Romana Editoriale, 1934), p. 49; CATALANO, "Successio in universum ius", *Annali Catania*, vol. I (1946-1947), p. 314; Biondo BIONDI, "La dottrina giuridica della *universitas* nelle fonti romane", *Scritti giuridici*, vol. III, pp. 119 a 176; Salvatore PUGLIATTI, "Rifessioni in tema di *universitas*", *Riv. Trim. Di Diritto e Procedura Civile* (1955), pp. 956-1008.

<sup>37</sup> En *Instituciones* 2.17. En lo referente a bibliografía ver: Filippo GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi* (s/e; Torino: Giappichelli, 1958), p. 253; Genaro FRANCIOSI, "Res Mancipi e res nec Mancipi", *Labeo* vol. 5 (1959), p. 370; Gaetano SCHERILLO, "Res Mancipi e nec Mancipi-cose immobili e mobili, Synt. Arancio-Ruiz (1964), pp. 83 a 96; Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI, "Le res Mancipi e nec Mancipi di Pietro Bonfante: 188-1889", *IURA*, vol. 31 (1980), pp. 101 a 118; ROBBE, *op. cit.*, p. 1109.

<sup>38</sup> GAYO en *Instituciones* 2.14.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 2.22.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 2.28. sobre *traditio* ver: Heinrich LANGE, *Das Kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition* (s/e, Leipzig: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, 1930), pp. 1 a 101; Josef HUPKA, "Der *dissensus in causa* und die moderne", *Zeitschrift Der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 52 (1932), pp. 1 a 30; Ernst SCHONBAUER, "Zum römischen Kaufrecht", *Zeitschrift Der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 54 (1934), pp. 335 a 337; Filippo GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà* (s/e, Torino: Giappichelli, 1955), pp. 1 a 187; Juan MIQUEL, "La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizanti-

La finalidad principal de la *in iure cessio* es la adquisición de la propiedad de una *res*, y como he demostrado anteriormente, la *hereditas* entendida como *universitas* tiene el carácter de cosa; al tener este carácter existirá la posibilidad de ser cedida a una persona ajena mediante *in iure cessio*.

La *in iure cessio* es un modo de transmisión reconocido por el *ius civile*, que otorga al cedente la posibilidad de ser propietario de la cosa cedida, en este caso la *universitas*. El adquirente y el transmitente van delante del tribunal del magistrado con algo que represente a la *hereditas*, lo más lógico sería que fuera algún bien del de *cuius*. Se finge instaurar una *lis* respecto a la propiedad de la *res*. El adquirente hace la ceremonia de la *vindicatio* o proclamación por parte del actor de la pertenencia de la cosa. Mencionando lo siguiente:

*Hanc ego hereditatem ex iure  
Quiritium meam esse aio.*<sup>41</sup>

El pretor interroga al que hace la cesión si reclama en contra; éste niega o calla, y entonces a aquél que reclamó la cosa como propia le es adjudicada por el mismo.<sup>42</sup>

En la *in iure cessio hereditatis* se puede apreciar que el carácter procesal de la figura resulta ser un medio para la obtención por parte del adquirente del patrimonio hereditario, concluyéndose que *hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit quod hereditas res incorporalis est*.

#### IV. LA *IN IURE CESSIO HEREDITATIS ANTE ADITIONEM*

Este argumento es tratado por Gayo de diferente forma dependiendo de que se trate de:

nos", Anuario de Historia del Derecho Español, vol. 31 (1961), pp. 515 a 529; Max KASER, "iusta causa traditionis", Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano, vol. 64 (1961), pp. 61 a 97; Ernst LEVY, "Verkauf und Übereignung", IURA, vol. 14 (1963), pp. 1 a 28. Arthur E. GORDON, Studies in the transfer of property by *traditio* (s/e, Aberdeen: University of Aberdeen, 1970), pp. 7 a 260; Pasquale VOCI, La Tradizione (s/e, Messina: Ferrara, s/a), pp. 1 a 160; Emilio BETTI, La Tradizione (apuntes), pp. 65 a 762; Raymond MONIER, "Le malentendu sur la *iusta causa traditionis*", Studi Bonfante, vol. 3, p. 21.

<sup>41</sup> El presente enunciado es una aplicación de lo dicho por Gayo en Instituciones 2.24, que dice: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*.

<sup>42</sup> Ver entre otros, ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di Diritto Romano (14.ª edición), Napoli: Jovene, 1976), p. 198.

- A) Heredero legítimo.
- B) Heredero testamentario.
- C) Heredero necesario.<sup>43</sup>

A) Respecto al heredero legítimo Gayo en Instituciones 2,35 dice lo siguiente:

*Nam si is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet  
hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id  
est antequam heres extiterit, proinde fit heres is cui  
in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem  
vocatus esset...*

El presente texto manifiesta que aquél que por derecho legítimo le pertenece una herencia sin testamento, podrá realizar la *in iure cessio ante aditionem*, permitiendo que el cesionario se haga heredero como si éste hubiese sido llamado a la herencia por ley, implicando en este caso que el último obtenga los activos del patrimonio y responda a su vez de las obligaciones respectivas. La misma idea se presenta en el siguiente texto de Gayo en Instituciones 3.85:

*Item si legitimam hereditatem heres, antequam cernat  
aut pro herede gerat, alii in iure cedat, pleno iure fit  
ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per  
legem ad hereditatem vocaretur;...*

Si el heredero cede en derecho a otro la legítima herencia, antes de haberla aceptado o de haberse comportado heredero, se convierte de

<sup>43</sup> Sobre la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* del heredero legítimo ver: M. GARAUD, "L'In Jure Cessio Hereditatis", Revue de Droit Français et Etranger, vol. I (1922), pp. 154 a 157; Antonio GUARINO, "In iure cessio hereditatis", Studi in Onore di Siro Solazzi, p. 39; Pietro BONFANTE, Corso di Diritto Romano (s/e, Milano: Giuffrè, 1974), vol. VI, pp. 301 y 302; Emilio BETTI, "In iure cessio hereditatis, successio in ius, e titolo di heres", Studi in Onore di Siro Solazzi, p. 601; VOCI, op. cit., p. 102; FADDA, op. cit., vol. 2, p. 108; Francesco DE MARTINO, "Nota in tema di *in iure cessio hereditatis*", Studi in Onore di Siro Solazzi, p. 571; ROBBE, op. cit., pp. 1094 y 1129; SCHERILLO, op. cit., p. 283. Sobre la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* del heredero testamentario ver: GARAUD, op. cit., pp. 150 a 154; GUARINO, op. cit., p. 39; BONFANTE, op. cit., p. 301; VOCI, op. cit., p. 99; DE MARTINO, op. cit., p. 574; FADDA, op. cit., p. 107; SCHERILLO, op. cit., p. 284. Sobre el heredero necesario ver GARAUD, op. cit., pp. 175 a 179; GUARINO, op. cit., pp. 43 y 44; BONFANTE, op. cit., p. 301; VOCI, op. cit., p. 99; FADDA, op. cit., p. 107; DE MARTINO, op. cit., pp. 575 y 576; ROBBE, op. cit., p. 1107.

pleno derecho heredero el segundo al que se le ha cedido la herencia, como si el mismo fuese llamado por ley a ésta.

El primer texto se encuentra dentro del tema denominado "Adquisición de cosas incorpóreas" y el segundo en el denominado "Cesión de la herencia ante el magistrado". Prácticamente en esencia dicen lo mismo; sin embargo, apreciamos la siguiente diferencia: En el primer texto Gayo no le denomina *heres* a la persona que tiene derecho a la herencia y que no ha aceptado todavía, situación que sí realiza en el segundo.<sup>44</sup> En todo lo demás concuerdan en las consecuencias jurídicas del heredero intestado voluntario al realizar la *in iure cessio hereditatis* antes de la aceptación.

B) Respecto al heredero testamentario Gayo en Instituciones 2.36 dice lo siguiente:

*Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; . . .*

En el presente texto Gayo niega la posibilidad al heredero testamentario de realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, manifestando la nulidad del acto. Así también se le niega dicha posibilidad en el siguiente texto del mismo autor en Instituciones 3.86:

*. . . ante aditam vero hereditatem cedendo nihil agit.*

Antes de la aceptación si el heredero testamentario realizara la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, el acto no producirá efectos.

C) En lo referente al heredero necesario Gayo en Instituciones 3.87 manifiesta el siguiente problema:

*Suus autem et necessarius heres an aliquid agant in iure cedendo, quaeritur. . .*

Relacionando este texto con el anterior 3.86 resulta que los herederos necesarios entendiéndose por ellos los *sui et necessarii* o *necessarii* no pueden realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Más adelante daré una posible explicación de la causa de tal diferencia.

<sup>45</sup> Para la mayor comprensión del texto es fundamental relacionarlo con el anterior (3.86).

### 1. Las causas de la diferencia

#### Primera distinción

Como todos saben, los herederos extraños o voluntarios son aquellos que no están bajo la potestad del de *cuius*, incluyéndose dentro de los mismos a los descendientes del de *cuius* que no están bajo su potestad, los que son instituidos herederos por su madre porque no tienen a los hijos bajo potestad, así como a los esclavos que habiendo sido instituidos y libertados conjuntamente fueron después directamente manumitidos por su dueño.<sup>46</sup>

La Ley de las XII Tablas otorga el *ius successionis* a los agnados a falta de *heredes sui*. *Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertineat ex eadem lege XII tabularum ad agnatos*.<sup>47</sup> Son agnados aquellos que están unidos por legítimo parentesco, este último se establece por la relación de *patria potestas* entre personas del sexo masculino, como puede apreciarse en los siguientes ejemplos:<sup>48</sup>

- a) Los hermanos nacidos de un mismo padre son agnados entre sí.
- b) Es agnado el tío paterno con el hijo del hermano y recíprocamente éste con aquél.
- c) Los primos hermanos entre sí.

Frente a la existencia de varios agnados encontramos el principio de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, por lo que en caso de que alguien haya muerto intestado, el agnado más próximo será el que sea considerado sucesor del patrimonio del de *cuius*. *Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his qui tum, cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt*.<sup>49</sup>

Los agnados o herederos extraños en una sucesión *ab intestato* según los textos apreciados, pueden realizar la *in iure cessio hereditatis*

<sup>46</sup> GAYO en Instituciones 2.161.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 3.9.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 3.10; *Paulus libro singulari de gradibus, et affinibus* en D.38.10.10.2-4.

<sup>49</sup> GAYO, Instituciones 3.11; sobre *adgnatus* ver: Antonio CARCATERA, "La successione intestata dell'*adgnatus* legge delle XII tavole" Estr. Dagli Ann. Fac. Giur. Univ. Bari, NS II (1940), pp. 1 a 52; Maria Federica LEPRI, "Ancora qualche parola a proposito di *sui* e di *adgnati*", Studi Solazzi, pp. 299 a 317; Antonio GUARINO, "Notazioni romanistiche: *sui* e *adgnati* nelle XII Tabulae", Annali Catania, vol. 3 (1949), pp. 204 a 208; Siro SOLAZZI, "Adgnati", Scritti di diritto romano, vol. V; pp. 261 a 292; Fermín CAMACHO-EVANGELISTA, "Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción", Estudios Sánchez del Río, pp. 157 a 164; Eugène GAUDE-

*ante aditionem*; mas no los herederos necesarios y testamentarios, los cuales tienen la imposibilidad de realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*; las causas por las que existe dicha imposibilidad han sido tratadas por diversos autores, como Bonfante que manifiesta:<sup>50</sup> "Gli eredi necessarii (*sui et necessariii* ovvero *necessariii* semplicemente) e gli eredi testamentarii non povetano operare questa cessione. Per gli eredi necessarii la cosa si comprende, perché essi con la chiamata divenivano eredi, ed erano posti nella situazione di chi avesse già adito l'eredità: non v'era un periodo anteriores all'adizione. Ma non si comprende egualmente bene perché l'istituto non sia stato esteso agli eredi testamentarii."

Considero correcta la apreciación de Bonfante respecto a que los herederos necesarios no pueden realizar la cesión, porque con la llamada a la herencia, se consideraban herederos situados en la posición de quien ya hubiese adido la misma, careciendo de un periodo anterior a la adición.<sup>51</sup>

En el Derecho Romano a los herederos *sui* necesarios se les considera como continuadores del dominio de los bienes del de *cuius*, porque en vida del padre se consideraban en cierto modo dueños;<sup>52</sup> así al morir el mismo, no se consideraba que adquirirían la herencia sino más bien que conseguían la libre administración de sus bienes.<sup>53</sup> Al no existir un periodo anterior a la aceptación por parte del heredero *suus* necesario, hay una imposibilidad práctica para que el mismo realizara la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*.<sup>54</sup>

El heredero *suus* necesario si no puede renunciar a la herencia según el *ius civile*,<sup>55</sup> menos aún podrá cederla; ya que esto ocasionaría que el heredero necesario se transformara en voluntario atentando a su propia esencia.

MET, "Aspects sociologiques de la famille romaine", Etudes de droit romain, vol. 3 (1979), p. 261; Edoardo VOLTERRA, "La Graduum agnationis vetustissima descriptio segnalata da CUJAS, Scritti giuridici, vol. 3, pp. 475 a 584.

<sup>50</sup> BONFANTE, Corso, op. cit., p. 301.

<sup>51</sup> Terent. 5 ad leg. Iul. et Pap. en D.50.16.151. Si al no haber adición, la herencia no se considera deferida u ofrecida, mucho menos se podría ceder.

<sup>52</sup> Ver GAYO, Instituciones 2.157; en cuanto a doctrina ver: Giovanni LOBRANO: Pater et Filius eadem Persona (s/e; Milano: Giuffrè, 1984), pp. 1 a 167.

<sup>53</sup> Paul. 2 Sab. en D.28.2.11.

<sup>54</sup> Esta aseveración la comparte Biondo BIONDI al decir: "Che gli eredi necessari non potessero compierla si spiega agevolmente pensando che essi acquistano senza bisogno di accettazione. . .", op. cit., p. 176; también ver VOCI, op. cit., p. 98.

<sup>55</sup> Esta apreciación se deduce a contrario sensu de GAYO, Instituciones 2.162.

Al ser los herederos *sui* necesarios los que se encuentran bajo la potestad del de *cuius*, a la muerte de este tendrán el título de *sui iuris*, por lo que podría pensar (no negando lo discutible de lo siguiente) que si tuviesen la posibilidad de realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* y transmitieran su carácter de heredero, no podrían desenvolverse libremente en el ámbito jurídico porque habrían renunciado al título de *sui iuris* al cual tienen derecho. Esto ocasionaría una imposibilidad jurídica, por el hecho de que se encontrarían bajo la potestad de una persona que ya no existe.

En conclusión los *heredes sui et necessariii* y los *heredes necessariii* no pueden realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* por el simple hecho práctico que carecen de *aditio*, son herederos *ipso iure* en el momento mismo de la delación sin necesidad de ningún acto de voluntad, e inclusive contra la misma,<sup>56</sup> aparte que ocasionaría la renuncia a su *status* familiar.

### Segunda distinción

Ahora bien, surge la pregunta del por qué el heredero testamentario tiene la imposibilidad de realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* como se manifiesta por Gayo en Instituciones 2,36 y 3,86. Diversas son las posiciones de la doctrina, Bonfante no lo comprende y Guarino dice lo siguiente:<sup>57</sup> "L'única spiegazione plausibile dell'*in iure cessio hereditatis* operata dall'*heres scriptus* è che il *ius civile* la ritenesse inammissibile. Il che è presumibilmente dipeso dal carattere strettamente personale della vocazione ereditaria, risultante dall'indicazione specifica del nome dell'erede nel testamento. Il testatore ha designado suo erede, a preferenza del successibili *ab intestato*, quella persona e quella persona soltanto: l'*heres scriptus* è libero di accettare o non accettare, ma non è libero di farsi sostituire da un cessionario, perche è giusto che, venendo meno lui, segua il suo corso la normale successione *ab intestato*."

Guarino al ir en búsqueda de la explicación correspondiente manifiesta que se debe al hecho de que el *ius civile* lo considera inadmi-

<sup>56</sup> Esta idea también la comparte Armando TORRENT, en Venditio hereditatis (s/e; Salamanca: Univ. de Salamanca, 1966), p. 132; referencias a la presente obra ver: Etienne DRAVASA, Revue Historique de Droit Français et Etranger, vol. 47 (1969), pp. 487-488; Erik WUNNER SVEN, en: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 36 (1968), pp. 159-164; ver al respecto D.38.16.14.

<sup>57</sup> GUARINO, op. cit., p. 40, en el mismo sentido ver: DE MARTINO, op. cit., p. 574.



sible, considerando que posiblemente la causa se deba al carácter estrictamente personal de la disposición testamentaria, opinión que comparto. En el testamento se ha indicado específicamente el nombre del heredero, por lo que el de *cuius* designó expresamente quién será su sucesor en todos sus derechos patrimoniales. En el caso que se autorizara la posibilidad de que el heredero testamentario realizara la cesión de herencia, ocasionaría este hecho la violación a la última voluntad del de *cuius*, haciéndose caso omiso a la misma, situación no aceptada por el derecho civil. Confirmando la verdad de la presente hipótesis Paulo señala lo siguiente: *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur*.<sup>58</sup> Al no ser admitido el heredero *ab intestato* cuando tiene validez el testamento, menos aún será posible autorizar a un tercero extraño que asuma el carácter de heredero cuando ya existe un testamento válido; el testador designó expresamente a su sucesor, y visto que éste tiene el mismo poder y derecho que el difunto,<sup>59</sup> autorizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* al heredero testamentario ocasionaría violar la voluntad del de *cuius*.

Como es notorio, existe en el Derecho Romano clásico una predisposición a preferir la sucesión testamentaria antes que la sucesión *ab intestato*, y sólo en caso que no exista testamento o éste sea inválido se abre la segunda. En la sucesión testamentaria está designado el heredero, el cual tiene la imposibilidad jurídica antes de la *aditio* de ceder la herencia por las razones expuestas anteriormente; pero en el caso del heredero voluntario la ley de las XII tablas otorga la posibilidad de que el sucesor sea un agnado, debido a que el de *cuius* no hizo la designación, esta persona que todavía no es heredero podrá ceder el derecho de aceptar la herencia y la posición de heredero a un tercero mediante *in iure cessio hereditatis ante aditionem*.

De Martino<sup>60</sup> considera oscuro el motivo por el que se impide "all' *heres scriptus* di fare la cessione *ante aditionem*". Sin embargo, su explicación es interesante e incluso satisfactoria al mencionar: "Si può essere indotti a supporre che in origine *suus* ed *heres scriptus* siano la stessa persona". Lamentablemente no fundamenta dicha postura, la cual parece sostenible por los siguientes motivos:

A) Gayo manifiesta que: *Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento*

<sup>58</sup> D.50.17.89 (*Paulus libro decimo quaestionum*).

<sup>59</sup> Ver D.50.17.59 (*Ulpianus libro tertio disputationum*).

<sup>60</sup> DE MARTINO, *op. cit.*, p. 576.

*heredes fiunt*.<sup>61</sup> Si los herederos necesarios quieran o no quieran, tanto *ab intestato* como por testamento se hacen herederos; esto me inclina a pensar que la sucesión hereditaria en origen importaba la transmisión del patrimonio en el seno de la familia del difunto, y esto es lógico; si el *paterfamilias* tenía hijos, los bienes del *pater* pasaban a ellos porque ellos en cierto modo son propietarios.<sup>62</sup>

B) El testador nombrará a los *heredes sui et necessarii* y sólo a falta de ellos heredaría a un extraño.

C) En la época clásica los *suii* debían ser instituidos herederos en el testamento o ser desheredados.

Por estas razones considero que en origen el *heres scriptus* es la misma persona que el *heres necesario*, reminiscencia que prevaleció hasta la época clásica ocasionando la imposibilidad que el heredero testamentario, pudiera realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, aparte de las razones expresadas anteriormente.

Albanese al buscar la causa por la que el heredero testamentario no puede realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, considera que para poderse realizar la cesión, se requerirá de la adquisición de la *hereditas* por quién la realiza, por eso es probable que la *in iure cessio hereditatis* en origen haya sido válida sólo por el *suus*, el *heres legitimus* y el *heres scriptus* después de la aceptación, porque "non è, infatti, pensabile un negozio per mezzo del quale tal uno ceda una cosa che non ha".<sup>63</sup> Parece improbable la siguiente opinión de Albanese por lo siguiente: La *hereditas* entendida como un patrimonio consistente en activos y pasivos no puede ser cedida *post aditionem*, sino únicamente *ante aditionem*; *post aditionem* se cederán únicamente los activos hereditarios. El que Albanese considere que para poder realizarse la cesión de la herencia se requerirá de la adquisición previa del cedente no parece seguro, porque la herencia cedida *post aditionem* no ocasiona la cesión de la *hereditas* entendida como patrimonio consistente en activos y pasivos, sino sólo los *corpora hereditaria*. Es cierto que a primera vista resulta impensable un negocio por medio del cual uno ceda una cosa o la calidad de heredero que no tenga, sin embargo la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* del

<sup>61</sup> GAYO (2,157).

<sup>62</sup> Ver al respecto SILVIO PEROZZI, "Parentela e Gruppo Parentale", *Scritti Giuridici*, vol. III, pp. 3 a 60, en contra ver BONFANTE, *op. cit.*, pp. 71 a 96.

<sup>63</sup> ALBANESE, "La nozione originaria dell'eredità romana", *Annali del Seminario Giuridico della R. U. Di Palermo*, XX (1949), p. 415.

heredero voluntario demuestra lo contrario. La opinión de Albanese<sup>64</sup> de que la causa se deba a motivos prácticos para dar respuesta al problema de la *successio graduum* que el ordenamiento sucesorio romano no concebía, no agota la esencia de la cuestión, porque explica la causa en base a uno de los fines de la institución.

En conclusión, los herederos testamentarios no pueden realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* por lo siguiente:

- a) Ocasionaría la violación a la última voluntad del de *cuius*.
- b) En origen el *heres scriptus* es la misma persona que el *heres necessarius*.
- c) El heredero testamentario si realizara la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, obstaculizaría la apertura de la sucesión *ab intestato* que se abriría ante la negativa del mismo a ser heredero.

Diversos autores<sup>65</sup> han apreciado por el hecho de que el heredero testamentario no puede realizar la *in iure cessio hereditatis*, un paralelismo con la *in iure cessio tutelae*, la causa de tal equiparación se fundamenta en que en la segunda figura sólo es permitido al tutor legítimo y no al tutor testamentario.<sup>66</sup> El paralelismo se hace aún mayormente interesante por el hecho de que las XII Tablas llamaban a la tutela legítima a las mismas personas llamadas a la sucesión legítima, entendiéndose a los agnados.<sup>67</sup> De las siguientes consideraciones podríamos pensar al igual que Scherillo, que en origen heredero y tutor eran una sola persona, y la diferencia entre herencia y tutela es fruto de un desarrollo histórico.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 416.

<sup>65</sup> Al respecto ver: BONFANTE, Corso, *op. cit.*, p. 242; GUARINO, *op. cit.*, pp. 553 y 554; SCHERILLO, p. 264.

<sup>66</sup> Sobre la *in iure cessio tutelae* ver: GAYO 1. 168-172; *tituli ex corpore Ulpiani* XI. 6-8 y 17. Principalmente apreciar el último texto que dice: *... In iure cedere autem tutelam testamento datus non potest: nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest.*

<sup>67</sup> El texto GAYO (1.155) dice: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.* Ver también Ulp. XI.3; confróntese con: GAYO (3.9): *Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos.* Ver también Ulp. XXVI.1.

<sup>68</sup> Sobre tal opinión ver a SCHERILLO, *op. cit.*, p. 264. ROBBE, *op. cit.*, p. 1090, se opone al presente paralelismo en virtud de lo siguiente: La *in iure cessio hereditatis* importa la transmisión definitiva del derecho, y con la *in iure cessio tutelae* se transfiere solamente el ejercicio. La tutela retorna al cedente si el *cessicius* tutor muere o es *capite minutus*, y si el tutor legítimo cedente muere o es *capite minutus*, la tutela *cessicia* se extingue. Igualmente se extingue, si el cesionario cede a

Podría pensarse que tuviera validez una *in iure cessio hereditatis ante aditionem* del heredero testamentario en el caso en que el testador interpusiera la cláusula *si volet*, con ella otorgaría la oportunidad de transformar al *suus* en un heredero voluntario, otorgándole la facultad de que éste pudiera aceptar o repudiar la herencia. Un heredero *suus* al otorgársele la cláusula *si volet* podría realizar la *aditio* de la herencia, otorgándosele un periodo anterior a la adición que ocasionaría la posibilidad de rehusar o aceptar la herencia.

El heredero necesario *suus* con cláusula *si volet* podría utilizar la *in iure cessio hereditatis* para manifestar su negativa a la condición potestativa *si volet*, y otorgar la delación hereditaria a un tercero el cual tendría el carácter de heredero. Esto sería posible porque la figura de los *sui heredes* fue desnaturalizada por el propio testador al otorgársele al primero la facultad de ser un heredero voluntario. Confirmando esta hipótesis se encuentra un texto de Hermogeniano que señala lo siguiente:

D.28.7.12 (*Hermog. libro III iuris Epitomarum*)

*Verba haec "Publius Maevius, si volet, heres esto", in necessario condicionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat: nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur, cum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres.*

Como puede apreciarse en el texto, se le otorga una condición suspensiva potestativa al heredero necesario. El texto manifiesta que: Estas palabras "Sea heredero Publio Mevio si quisiera", constituyen condición para el necesario, de modo que si no quisiera, no será heredero; sigue diciendo que inútilmente se añaden respecto a la persona del heredero voluntario, porque aunque no se hubieren añadido, no se hace heredero contra su voluntad. La cláusula *si volet* tiene como finalidad hacer del heredero necesario un heredero voluntario, el texto demuestra que no es necesaria la presente cuando el heredero instituido en testamento es voluntario, porque la misma sería innecesaria

su vez la tutela. El tutor legítimo no puede ceder la tutela a otro tutor legítimo, y este principio no rige en la cesión de la herencia. No comparto la presente opinión de SCHERILLO por el hecho de que el autor ha manifestado simplemente las diferencias existentes entre las dos instituciones, y no hace mención a los elementos en que realmente existe dicho paralelismo.

saría al otorgársele la posibilidad de rechazar la herencia a un heredero que desde un inicio tiene tal facultad.

Considero innecesaria la existencia de un heredero sustituto para que tenga eficacia la cláusula *si volet*, pero en caso de que se establezca uno, el heredero *suus* podrá rechazar la herencia mediante la *in iure cessio hereditatis*, otorgándosele al heredero sustituto. En caso de que en el testamento del heredero *suus* se hubiere señalado a un heredero sustituto, considero que el primer instituido no podría realizar la cesión de herencia a un tercero, salvo al heredero sustituto porque en caso contrario se violaría la voluntad del de *cuius*.

Maecianus en el libro septimo *fideicommissorum*, recogido en D.28.5.87. dice lo siguiente:

*Iam dubitari non potest suos quoque heredes  
sub hac condicione institui posse, ut, si voluissent,  
heredes essent, si heredes non essent, alium quem  
visum erit eis substituere...*

El presente texto señala que ya no se puede dudar, que se pueden instituir también los herederos suyos bajo esta condición, "que sean herederos si quisieren", y si no fuesen herederos, sustituirles otro que bien hubiere parecido. Se habla de la condición *si volet* como podemos apreciar, señalando que si no quisiera ser heredero el *suus*, le sustituirá el que el testador quiera; sin embargo, el texto no hace referencia a la falta de heredero sustituto. En ese caso, podría considerar la posibilidad de abrirse la sucesión intestada; a no ser que el heredero *suus* realizara una *in iure cessio hereditatis ante aditionem* con la finalidad de otorgar a un tercero la herencia. Considero posible esto porque el heredero necesario por decisión del de *cuius* tiene la posibilidad de transformarse en un heredero voluntario.

### Tercera distinción

Tras haber examinado las causas por las que el heredero necesario y el heredero testamentario no pueden realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, pasaremos a tratar el tema de por qué los herederos voluntarios o extraños pueden realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*. Varios romanistas consideran particularmente

oscuro este punto, como Fadda<sup>69</sup> que decía: "Noi ci troviamo qui di fronte a un istituto, che va contro le regole più sicure", o Bonfante<sup>70</sup> que indicaba: "Il principio dell'inalienabilità della delazione era soggetto nel diritto classico ad una sola singolarissima eccezione, costituita dalla *in iure cessio hereditatis*".

El heredero voluntario o extraño será el que cumpla con las características correspondientes determinadas en la ley de las XII Tablas. La designación del agnado como heredero es una posibilidad, un derecho que puede o no ejercitar.<sup>71</sup> Dicho derecho es denominado *ius successionis* y tiene la característica de ser una cosa.<sup>72</sup> El medio ideal para renunciar al derecho sucesorio es la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*; de esta manera, el designado por la ley como posible heredero (situación que todavía no tiene porque no ha aceptado) al no ejercitarlo, renuncia al mismo, porque frente a la interrogación que le hace el pretor respecto al derecho lo niega o simplemente lo calla.<sup>73</sup>

A mi entender, por tanto parece erróneo el apreciar en la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, una forma excepcional por la que una persona que todavía no tiene un derecho hace uso del mismo cediéndolo a otra.<sup>74</sup>

Al no hacer uso del derecho sucesorio el cedente, lo hace suyo el tercero extraño sin oposición de nadie, teniendo como consecuencia la adquisición de la herencia. Así, la *in iure cessio* en cuanto a su aplicación cumple con dos fines:

a) Es el medio por el cual el heredero voluntario renuncia a la herencia, otorgando a un tercero el derecho que tiene a la misma.

b) Es el medio por el que un tercer extraño se hace heredero aceptando la herencia adquiriendo la propiedad de una *res* denominada *hereditas* que consiste en un conjunto de derechos y obligaciones.

Dice Gayo: *Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertineat ex eadem lege XII tabularum ad agnatos*.<sup>75</sup> La ley otorga al agnado

<sup>69</sup> FADDA, Concetti, *op. cit.*, p. 107.

<sup>70</sup> BONFANTE, *op. cit.*, p. 300.

<sup>71</sup> GAYO (3,9), (3,10).

<sup>72</sup> D.5.3.1 (Gai, 6 ed. prov.). Tan es un derecho que existe una acción para reclamar, denominada *petitio hereditatis*, ver D.5.3. GAYO señala en sus Instituciones (3.18) *Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates; quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere*.

<sup>73</sup> GAYO (2,24).

<sup>74</sup> En tal sentido ALBANESE, *op. cit.*, p. 415.

<sup>75</sup> GAYO (3,9).

la posibilidad de ser heredero voluntario, el cual al no hacer uso del derecho a la delación hereditaria renuncia a éste, obteniéndolo un tercer extraño, no habiendo oposición de la propia ley de las XII Tablas.

La *in iure cessio hereditatis ante aditionem* del agnado designado por ley<sup>76</sup> como posible heredero, surge como una necesidad ante la imposibilidad que otros agnados menos próximos obtengan la herencia ante la renuncia del agnado más próximo; porque existe la prohibición de la *successio graduum* en el derecho romano clásico como recuerda Gayo: *77 Nec in eo iure successio est. Ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.*

Debe quedar claro que la cesión de la herencia que realiza el heredero voluntario *ante aditionem* no es violación al principio *semel heres, semper heres* porque la misma no ha sido aceptada todavía.<sup>78</sup> Lo que sucede es que carecemos de un término jurídico para designar a una persona que tiene derecho a una herencia y que al no aceptarla no tendrá el carácter de heredero, por lo que se le denomina heredero voluntario *ante aditionem*. El propio Gayo es cuidadoso de no llamar heredero a esta persona, en el libro segundo de las Instituciones.<sup>79</sup> Sin embargo, en el libro tercero más descuidadamente lo denomina *heres*, como ha sido apreciado al inicio del presente capítulo.<sup>80</sup>

No es exacto afirmar que el título perpetuo es conferido por ley *ipso iure* con la simple vocación hereditaria, porque entonces sería superflua la institución de la aceptación y la negativa a la herencia. Por lo que debe entenderse el principio *semel heres, semper heres* a partir de la aceptación de la herencia.<sup>81</sup>

Se ha considerado por diversos autores que la delación o llamamiento a la adquisición de la herencia es inalienable e intransmisible;<sup>82</sup> sin embargo, no dan fundamentos en los textos jurídicos que

<sup>76</sup> Entiéndase ley de las XII Tablas.

<sup>77</sup> GAYO (3,12).

<sup>78</sup> GAYO (2,35).

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> GAYO (3,85).

<sup>81</sup> Rodolfo AMBROSINO, "In iure cessio hereditatis", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 10 (1944), p. 61; en el mismo sentido: DE MARTINO, *op. cit.*, p. 578; confrontar con GARAUD, *op. cit.*, p. 141.

<sup>82</sup> BIONDI, *op. cit.*, p. 175; BONFANTE, *op. cit.*, p. 299; VOGLI, *op. cit.*, p. 505.

avalen tal aseveración; consideran que la delación es inalienable en el sentido que el heredero no puede transferir a otro tal calidad, y que por lo tanto la *in iure cessio hereditatis* es una excepción a tales principios. Es inexacta tal aseveración, pues la delación hereditaria es alienable, es decir enajenable, transmisible, y el medio empleado es la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*; esto debido a que la *hereditas* entendida como *ius successionis* es una cosa incorporal y el medio normal para la transmisión de las *res incorporales* es la *in iure cessio*.<sup>83</sup> Frente a tal aseveración Biondi señala que las limitadas discusiones referidas por Gayo demuestran que no estamos en presencia de un principio general, aparte que la *in iure cessio hereditatis* de los romanos formalmente se considera no como enajenación de la delación, sino como el reconocimiento judicial de la calidad de heredero en el cesionario.<sup>84</sup> La opinión del mencionado autor no es persuasiva, porque el hecho de que Gayo no hubiera ampliado sus discusiones respecto a tal figura no demuestra la falta de un principio general; su idea respecto a que la *in iure cessio hereditatis* es un reconocimiento judicial de la calidad de heredero en el cesionario y no la enajenación de la delación, parece difícil de admitir, porque para que el cesionario sea heredero se precisa de la enajenación de la herencia.

De todo lo anterior, podemos apreciar en lo referente a la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* del heredero voluntario legítimo lo siguiente:

La Ley de las XII Tablas (V, 4-5) señala que *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto...* El agnado recibe la delación hereditaria y si este la rechazara mediante *in iure cessio*, por el hecho de ceder su derecho, la delación la obtendrá un tercero, el cual adquirirá la propiedad de la *hereditas* como si él hubiese sido llamado a la herencia. El derecho no se opone, sino al contrario, lo permite para evitar que la herencia quede vacante visto que no se permite la sucesión gradual.<sup>85</sup>

Si bien es cierto que el tercer extraño obtiene el carácter de *heres*, hay que puntualizar el tipo de heredero que sería; obviamente no sería un heredero testamentario porque nunca hubo un testamento de

<sup>83</sup> Esta opinión es de AMBROSINO, *op. cit.*, p. 11 y me adhiero a ella.

<sup>84</sup> BIONDI, *op. cit.*, p. 177, "Peraltro é da osservare che la *in iure cessio hereditatis* dai Romani formalmente si considera non come alienazione della delazione, ma quale riconoscimento giudiziale della qualità di erede nel cesionario".

<sup>85</sup> GAYO (3,12).

por medio, no sería tampoco un heredero necesario o por derecho propio porque el tercero no era descendiente del difunto. Lo lógico es que tenga el carácter de heredero voluntario al igual que en su momento lo tuvo el que cedió la herencia, porque Gayo señala que el cesionario se hace heredero como si él mismo hubiera sido llamado a la herencia por la ley. Sin embargo, esta puntualización es únicamente para efectos teóricos porque el cesionario al aceptar la herencia recibirá una *universitas* del mismo modo que el heredero testamentario o necesario. Después de la aceptación la distinción entre los diversos herederos para efectos prácticos es irrelevante.

Betti señala<sup>86</sup> que la *in iure cessio hereditatis* confiere al cesionario la ficticia calidad de agnado próximo, y que esta institución es análoga a la *societas omnium bonorum*, por el que a un extraño se le confiere la ficticia calidad de *frater suus*; la analogía realizada por Betti es válida por lo siguiente:

La *societas omnium bonorum* tiene su origen en el *consortium* familiar, el *consortium*<sup>87</sup> resultaba ser una comunidad doméstica surgida entre los *filiifamilias* a la muerte del *pater*, sin embargo, era posible que personas extrañas pudieran incorporarse a la misma mediante cierta *legis actio* ante el *praetor*.<sup>88</sup>

En el caso de la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, el cesionario se incorpora al patrimonio del *pater* del cedente mediante una actuación realizada ante el magistrado, atribuyéndosele una posición familiar, habiendo al igual que en la *societas omnium bonorum* una adquisición *per universitatem* mediante un único acto de la *hereditas*.

Albanese<sup>89</sup> considera que la *hereditas* en un principio era una *res corporalis*, y que por lo tanto la única *in iure cessio hereditatis* que existía era la que se realizaba después de la aceptación. Con la transformación del concepto de *hereditas* a *res incorporalis* surge la posibilidad de considerar válida la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*

<sup>86</sup> BETTI, *op. cit.*, p. 596.

<sup>87</sup> Sobre *Consortium* ver: Mario BRETONE, "Consortium e Communio", *Labeo*, vol. 6 (1960), pp. 163 a 215; Armando TORRENT, "Consortium erecto non cito", *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 34 (1964), pp. 479 a 502; Antonio GUARINO, "La tradizione globale", *Labeo*, vol. 23 (1977), pp. 216 a 220; Laura GUTIÉRREZ MASSON, *Del consortium a la societas* (s/e, Madrid, Univ. Complutense, 1987), vol. 1.

<sup>88</sup> Dichas aseveraciones se aprecian en las Instituciones de GAYO (3.154 a) y (3.154 b).

<sup>89</sup> ALBANESE, *op. cit.*, p. 414.

del *heres legitimus*. Es difícil compartir el planteamiento de Albanese por las siguientes razones:

1) Que la idea de *hereditas* provenga del concepto *familia*, y que éste se hubiera referido a un concepto material, es posible; sin embargo, de dicha hipótesis no podemos derivar que la *in iure cessio hereditatis* que existía anteriormente, era la que se realizaba después de la aceptación. No hay fundamento textual alguno para aceptar tal aseveración. Por lo que mientras no tengamos más fundamento que los textos existentes hasta la fecha, no podremos deducir que anteriormente sólo era permitida la *in iure cessio hereditatis* después de la aceptación. Entiendo por lo tanto que el surgimiento de tal institución se dio con ambas posibilidades, antes y después de la aceptación de la herencia.

2) El considerar que es impensable un negocio por medio del cual uno ceda una cosa que no tiene no es exacto; esta aseveración la realiza Albanese al referirse a que la *in iure cessio hereditatis* se llevaba a cabo únicamente después de la aceptación, permitiéndose excepcionalmente al heredero voluntario antes de ésta, con la finalidad de solucionar el problema de la *successio graduum*. Albanese tiene la idea de que en esta última hipótesis el cedente (heredero voluntario) cede la herencia que no tiene, porque todavía no la ha aceptado; pero esto es más que discutible, porque el cedente renuncia a la *hereditas*, cediendo la delación y recibéndola un tercero, en virtud de que el primero tiene derecho a la misma, independientemente de no haber aceptado la herencia. Albanese parece eludir el fondo del problema, resumiendo en fines prácticos la causa del mismo.

Guarino<sup>90</sup> dice lo siguiente: "A mio avviso, l'Ambrosino deve essere seguito anche nella tesi che, attraverso il meccanismo dell'i.c., il cedente rinuncia all'*hereditas delata*, ma il cesionario, esercitando una *petitio hereditatis* per ottenere la *in iure cessio*, compie ad un tempo una *pro herede gestio*, e quindi acquista l'eredità senza bisogno di espresa accettazione. Questa tesi, pur mancando di esplicito conforto testuale, si impone, o quanto meno si raccomanda, sia perchè basata su osservazioni assai logiche e convincenti, sia perchè le altre tesi finora ventilate sembrano sicuramente inaccoglibili". En este párrafo Guarino resume la postura de Ambrosino que también comparto debido a que corresponde a la realidad jurídica romana, como antes dije.

<sup>90</sup> GUARINO, *op. cit.*, p. 39.

El cesionario, una vez realizada la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, tendrá el carácter de heredero voluntario,<sup>91</sup> pero esto no significa que el propio cesionario pudiera ser el cedente de una nueva *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, porque la adquisición mediante la *in iure cessio* ocasionó la existencia de una *aditio*. En caso que quisiera el cesionario realizar una nueva cesión considero que tendría los efectos de una *in iure cessio hereditatis post aditionem*, no cediéndose el carácter de heredero por el principio *semel heres, semper heres*.

Fadda respecto a la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* tiene la siguiente opinión:<sup>92</sup> "Vi ha pure chi sostiene non formare oggetto della *in iure cessio* l'*hereditas* delata ma la h. acquisita, perchè col cedere l'eredità implicitamente la si accetterebbe. In definitiva pernoi la delazione non passa nel cesionario, ma l'eredità si acquista a costui senza delazione".

Creo que su opinión va en contra de lo señalado por las fuentes, porque Gayo dice claramente *ante aditionem cedat* y todavía recalca *id est antequam heres extiterit*.<sup>93</sup> Ante esto no debe admitirse la afirmación de Fadda de que el objeto de la *in iure cessio* sea la herencia adquirida; porque expresamente Gayo afirma la hipótesis de que la cesión se realice antes de adirla, esto es, antes de aceptarla. Si fuera correcta su afirmación de que al realizarse la cesión implícitamente se está aceptando la *hereditas*, no habría causa por la que Gayo distinguiera *ante aditionem* y *post aditionem*. Aparte de lo mencionado anteriormente, aceptar su postura sería destruir el principio *semel heres, semper heres* porque se estaría cediendo la calidad de heredero, lo que era inadmisibles en el Derecho Romano. Si aceptamos esta postura, no podríamos explicar las causas por las que se dan consecuencias jurídicas distintas al realizarse antes o después de la aceptación la cesión.

Torrent<sup>94</sup> tiene una explicación especial de la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, dice que el único que la podía realizar era el *heres legitimus ante aditionem*, porque éste era el único que tenía un *ius successionis ex lege* (XII Tablas V.4). "El heredero legítimo tenía el *ius successionis* dado por la ley, y lo tenía sin más, incluso con-

<sup>91</sup> GAYO (2,35).

<sup>92</sup> FADDA, *op. cit.*, p. 110.

<sup>93</sup> GAYO (2,35).

<sup>94</sup> TORRENT, *op. cit.*, p. 138.

tra su voluntad; por eso podía cederlo antes de adír la herencia". Su afirmación de que el heredero legítimo tenía el *ius successionis* dado por la ley, es exacta, como menciona Gayo: *Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertineat ex eadem lege XII tabularum ad agnatos*.<sup>95</sup>

Hay que recordar que la *hereditas* entendida como *res incorporalis* tiene el carácter de *ius successionis*.<sup>96</sup> Sin embargo, es discutible la afirmación de que el único que podía realizar la *in iure cessio hereditatis* era el *heres legitimus ante aditionem*, porque éste era el único que tenía un *ius successionis ex lege*; en un texto de Ulpiano (*libro secundo ad legem Iuliam et Papiam*) en D.50.16.130 se señala:

*Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.*

Si la *hereditas* se entiende como *ius successionis*, la herencia que se ofrece por testamento se entenderá que también se confirma por la Ley de las XII Tablas, y al aceptarse por el heredero testamentario tendrá también un *ius successionis ex lege*.<sup>97</sup>

No es fácil admitir que el heredero legítimo, voluntario o extraño tiene un *ius successionis* otorgado por la ley sin necesidad que haya aceptación, y que por eso puede cederse tal derecho antes de aceptarlo. Tanto el heredero legítimo como el testamentario para tener el *ius successionis ex lege* requerirán de la aceptación; sin embargo, sólo el heredero voluntario puede ceder la delación del *ius successionis* mediante *in iure cessio* para renunciar a tal derecho. El único que tiene el *ius successionis ex lege* sin necesidad de aceptación es el heredero necesario.<sup>98</sup>

Tanto *ab intestato* como por testamento los herederos necesarios tienen este carácter, quieran o no quieran, y si heredero implica la adquisición de la *hereditas* ellos tienen el *ius successionis*; sin embargo, a pesar de eso no pueden estos herederos ceder la herencia *ante aditionem* por las causas explicadas anteriormente.

<sup>95</sup> GAYO (3,9).

<sup>96</sup> GAYO (2,13).

<sup>97</sup> Ver la regla de la ley de las XII Tablas (5,3), *Ulti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*.

<sup>98</sup> Esto se infiere de GAYO (2,157).

### V. LA FUNCIÓN DE LA ADITIO EN LA IN IURE CESSIO HEREDITATIS

La *aditio*<sup>99</sup> tiene una función determinante en la *in iure cessio hereditatis* porque de ésta, dependen las consecuencias jurídicas de la misma. Antes de la *aditio*, el cesionario se hace heredero como si él mismo hubiera sido llamado a la herencia por la ley, pero si la cediera después de ella, el cesionario no se hace heredero, recibiendo solamente las cosas corporales de la *hereditas*.<sup>100</sup>

Como es notorio, la *aditio* es la asunción de la calidad de heredero o aceptación de la herencia. Es necesario para entender esta figura distinguir las tres categorías de herederos que existen, las cuales son:<sup>101</sup>

- a) herederos necesarios
- b) de derecho propio y necesarios.
- c) extraños.

Se considera como heredero necesario<sup>102</sup> al esclavo instituido heredero y manumitido conjuntamente, llamándose así porque, quiera o no quiera, en todo caso, tras la muerte del testador, se hace inmediatamente libre y heredero.<sup>103</sup> Gayo comenta que la designación de heredero necesario no siempre se realizaba con fines de liberalidad, sino más que nada para protegerse el de *cuius* de la ignominia que pudiese causarse en caso de que los bienes hereditarios no fueran suficientes para pagar las deudas de los acreedores.<sup>104</sup>

Los herederos de derecho propio y necesario son el hijo y la hija, el nieto y la nieta por parte del hijo, y todos los demás que estaban bajo la potestad del difunto. Para que el nieto o la nieta sean herederos de derecho propio no es suficiente que estén bajo la potestad del abuelo al tiempo de su muerte, sino que el padre haya dejado de

<sup>99</sup> Sobre *aditio* ver: DULCKEIT, *Erblasserwille bei Antretung der Erbschaft* Verlag (s/e; Weimar, Hermann Böhlau Nachf., 1934), pp. 9 a 192; Carlo BEDUSCHI, *Hereditas aditio, L' accettazione dell' eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica* (s/e; Milano, Giuffrè, 1976), pp. 1 a 243; SOLAZZI, *Diritto Ered. op. cit.*, pp. 5 a 180; VOCI, *op. cit.*, pp. 577 a 688.

<sup>100</sup> GAYO (2,35).

<sup>101</sup> GAYO (2,152).

<sup>102</sup> Sobre *Heredes sui* ver: M. MEINHART, "Die bengle Erbeinsetzung des Haushones", *Studien Kaser* (1973), p. 111.

<sup>103</sup> GAYO (2,153).

<sup>104</sup> GAYO (2,154).

ser heredero de derecho propio en vida del abuelo, son los llamados herederos de casa porque en vida del padre en cierto modo son considerados propietarios.<sup>105</sup>

Genéricamente podemos considerar para efectos de la *in iure cessio hereditatis* a los herederos necesarios y a los de derecho propio y necesarios simplemente como "herederos necesarios". Dichos herederos no están obligados a realizar la *aditio* porque son herederos automáticamente.<sup>106</sup>

Los herederos extraños o voluntarios tratados anteriormente, adquieren la herencia sólo por efectos de la *aditio*, a ellos se les da la potestad de deliberar acerca de la aceptación o no de la herencia.<sup>107</sup>

La *aditio* puede hacerse de tres modos: mediante una declaración solemne de la *cretio*, mediante la mera declaración de aceptar, o mediante la *gestio pro herede*.<sup>108</sup>

A los herederos extraños se les suele dar una *cretio*,<sup>109</sup> esto es, un plazo para deliberar, de modo que acepten la herencia, para que en cierto plazo, si no lo hicieren fueren excluidos al transcurrir dicho tiempo.<sup>110</sup> Se requiere de una solemnidad consistente en las siguientes palabras: *Quod me Publius Maeuius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*.<sup>111</sup>

La *cretio* está limitada a un cierto plazo, el cual es de cien días, pero conforme al derecho civil puede fijarse un plazo más largo o más breve, aunque si es más largo el pretor podría a veces acortarlo.<sup>112</sup>

Según Gayo hay que distinguir la *cretio* vulgar y la de plazo fijo, en la primera se menciona que el plazo correrá a partir de que el heredero tenga conocimiento del testamento y pueda hacerlo. En la segunda, simple y llanamente se señala el plazo, sin importar que el heredero conozca el testamento.<sup>113</sup>

<sup>105</sup> GAYO (2,156); (2,157).

<sup>106</sup> D.28.2.11; GAYO (2,153).

<sup>107</sup> GAYO (2,162).

<sup>108</sup> En el presente tema ver a BONFANTE, *op. cit.*, p. 232; VOCI, *op. cit.*, pp. 577 a 688; BIONDI, *op. cit.*, pp. 213 a 280.

<sup>109</sup> Sobre *cretio* ver: Carlo BEDUSCHI, "La *cretio* nelle fonti letterarie", *Studi Donatuti*, vol. 1, pp. 55 a 88; Gerhard Friedrich VON BESELER, "Romanistische Studien", *Studi Riccobono*, vol. 1, pp. 301 a 314; Biondo BIONDI, "Degenerazione della *cretio* et accettazione espressa non formale", *Studi Solazzi*, pp. 67 a 92.

<sup>110</sup> GAYO (2,164).

<sup>111</sup> GAYO (2,166).

<sup>112</sup> GAYO (2,170).

<sup>113</sup> GAYO (2,171); (2,172).

La *cretio* de plazo fijo se llama continua, porque los días se cuentan sin interrupción; sin embargo, como era menos ventajosa, se utilizaba más la primera.<sup>114</sup>

La *cretio* también la podemos clasificar en perfecta o imperfecta, será perfecta cuando la falta de aceptación formal ocasionará la *exhereditatio*, e imperfecta en caso contrario. Gayo distingue varias hipótesis:

a) Si el heredero no hace la aceptación solemne, ni gestión, entonces queda excluido del todo y el sustituto sucede en toda la herencia.

b) Si la *cretio* se dio sin desheredación y el instituido omite la *cretio*, pero hace gestión como heredero, el sustituto es admitido en una porción y ambos se hacen herederos en porciones iguales.

El siguiente modo de adquirir la herencia es para el heredero voluntario la *pro herede gestio*; esta es una manifestación tácita de voluntad que consiste en usar de las cosas hereditarias como si fuese heredero.<sup>115</sup>

Respecto a la relación entre aceptación formal y *pro herede gestio*, salta a colación la idea de Labeón, citada por Javoleno que manifiesta:

D.29.2.62 pr. (*Iavolenus libro primo ex posterioribus Labeonis*)

*Antistius Labeo ait, si ita institutus sit  
"si iuraverit, heres esto", quamvis iuraverit,  
non tamen eum statim heredem futurum,  
antequam pro herede aliquid gesserit, quia  
iurando voluntatem magis suam declarasse videatur.  
ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut  
heres iuraverit: Proculus idem, eoque iure utimur.*

El texto expresa el siguiente problema: Cuando alguno instituido heredero bajo condición potestativa de juramento, jura. ¿Su acto puede calificarse como *pro herede gestio* y por tanto ser considerado como heredero? Labeón responde negativamente, porque considera que no basta aceptar la herencia para ser heredero, sino que es necesario aparte una *pro herede gestio*. La opinión de Labeón se debe posiblemente a que considera que el que jura no dispone de cosas o de derechos pertenecientes a la herencia. Esta opinión no es la misma que la de Próculo, el cual considera que el juramento vale como manifesta-

<sup>114</sup> GAYO (2,173).

<sup>115</sup> GAYO (2,166).

ción tácita y subsecuentemente como *pro herede gestio*. Esta última opinión prevalece y es seguida por Javoleno.<sup>116</sup>

Un texto interesante es el de Ulpiano:

D.29.2.20 pr. (*Ulpianus libro sexagesimo primo ad edictum*)

*Pro herede gerere videtur is, quid aliquid facit  
quasi heres. et generaliter Iulianus scribit eum demum  
pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit:  
pro herede autem gerere non esse facti quam  
animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse  
heres. ceterum si quid pietatis causa fecit, si  
quid custodiae causa fecit, si quid quasi non  
heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet  
non videri pro herede gessisse.*

El que gestiona como heredero es el que hace algo en calidad de tal; sin embargo, no basta solamente esto, por lo que Ulpiano citando a Juliano dice que es necesaria la certeza de ser heredero, así como su intención porque si lo hizo por compasión, por conservar la cosa, o si parece que no lo hizo como heredero, sino como titular de otro derecho, no se considerará que llevó a cabo la gestión como heredero. Sin embargo, respecto a este punto veo una dificultad grave consistente en la imposibilidad por parte del jurista de determinar si la conducta realizada por el heredero fue la de actuar por simple compasión, conservar la cosa o hubo la intención de realizar la *pro herede gestio*. Para esto será necesaria la manifestación expresa o implícita del heredero respecto al móvil de su actuación.

Ambrosino,<sup>117</sup> considera que la *aditio* constituye un vínculo de naturaleza obligatoria<sup>118</sup> opinión que no comparte Solazzi<sup>119</sup> criticando

<sup>116</sup> Sobre dicho texto ver BIONDI, *op. cit.*, p. 254 y VOCI, *op. cit.*, p. 597.

<sup>117</sup> AMBROSINO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>118</sup> Fundamentándose en GAYO (3,87) *... nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat an iuris necessitate hereditati adstringatur*; D.29.2.78 (*Pomponius VIII ad Quintum Mucium*) *Duo fratres fuerant, bona communia habuerant: eorum alter intestato mortuus suum heredem non reliquerat: frater qui supererat nolebat ei heres esse: consulebat, num ob eam rem, quod communibus, cum sciret eum mortuum esse, usus esset, hereditati se alligasset. Respondit, nisi eo consilio usus esset, quod vellet se heredem esse, non adstringi. Itaque cavere debet, ne qua in re plus sua parte dominationem interponeret*; D.29.2.22 (*Paulus II ad Sabinum*) *Si is ad quem legitima hereditas pertinet putaverit defunctum servum suum esse et quasi peculium eius nactus sit, placet non obligari*



la presente postura y señalando que no es correcto que numerosísimas veces aparezca en el Digesto que la *aditio* obliga, a comparación de la frecuencia de otras locuciones. Señala que cuando en el texto D.29.2.78 (*Pomponius VIII ad Quintum Mucium*) se menciona *hereditati se alligasset* existe duda sobre la clasicidad del término. Respecto al texto D.29.2.22 (*Paul 2 ad Sab.*) considera que el presente también es sospechoso respecto a la clasicidad, porque el lenguaje cambia de la primera a la segunda parte del texto: en la primera parte se dice: *placet non obligari eum hereditati-obstringat se hereditati*, en la segunda parte se adopta la locución precisa y dogmática *heres tamen non erit-hereditatem tamen non adquiret*.

Considera además Solazzi que no parece genuino el texto D.29.2.21.1 (*Ulp. 7 ad Sab.*), porque no es verdad que el *animus solus* vincule a la herencia *re non hereditaria quasi heres usus sit*. El vínculo nace propiamente del hecho de haber usado de la cosa no hereditaria, creyéndose que pertenecía a la herencia; por lo que lo considera formalmente retocado.

Solazzi opina que es extraño el texto D.29.2.6.4 (*Ulp. 6 ad Sab.*) ya que haciendo una comparación entre éste y el D.35.1.21 (*Iul. 31 dig.*) aprecia que en el segundo texto se utiliza la expresión *adquirere hereditatem* por Juliano, y que en el primer texto donde Ulpiano cita a Juliano se utiliza la expresión *obligare se hereditati*. Considera como inverosímil que Ulpiano hubiera deformado el concepto Juliano; por lo que se debe pensar en una manipulación posclásica.<sup>120</sup>

En el texto D.29.2.5. pr. Solazzi fundamentándose en Riccobono<sup>121</sup> considera que el texto no es como lo apreció Ambrosino, sino de la si-

*eum hereditati. Idem ergo dicemus, ut ait Pomponius, si quasi libertini sui, cum ingenuus esset, bona eius occupavit, nam ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat... D.29.2.21.1 (Ulpianus VII ad Sabinum) Interdum autem animus solus eum obstringet hereditati, ut puta si re non hereditaria quasi heres usus sit; D.29.2.5.pr. (Ulpianus I ad Sabinum) Mutum nec non surdum, etiam ita natos pro herede gerere et obligari hereditati posse constat; D.29.2.6.4 (Ulp. VI ad Sabinum)... quamquam is, quem pater iussit adire et decessit, si adierit iam mortuo patre, obligat se hereditati; D.29.2.93.2 (Paulus III sententiarum) Mutus servus iussu domini pro herede gerendo obligat dominum hereditati.*

<sup>119</sup> SOLAZZI, "L'in iure cessio hereditatis e la natura dell'antica hereditas", *IURA*, vol. III (1952), p. 22.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>121</sup> Salvatore, RICCOBONO, "Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano", *Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Fur Rechtsgeschichte*, vol. 43 (1922), p. 386.

guiente manera: *pro herede gerere posse, hereditatem cernere non posse*.

Considera curioso el texto D.29.2.6. pr. (*Ulp. 6 ad Sab.*) y fundado en Beseler<sup>122</sup> critica la proposición *ne aeri alieno pater obligaretur*, considerándola innecesaria como resultado de una interpolación bizantina.

Las apreciaciones filológicas de Solazzi que hacen dudar de la clasicidad de los textos anteriores, no son una prueba determinante de que los mismos correspondan a interpolaciones bizantinas. Él solamente sospecha, se le hace curiosa y extraña la terminología utilizada, mas no por ello vamos a taparnos los ojos ante las innumerables citas en donde el Digesto señala claramente que la herencia obliga.

Ambrosino<sup>123</sup> no solamente señala que la herencia obliga sino además manifiesta lo siguiente: "I testi dicono che l'erede si astringe o si lega o si obbliga all'eredità e quest'espressione deve essere presa alla lettera. Per quanto possa sembrare un risultato inconcepibile o strano, occorre infatti affermare la realtà di un'altra concezione romana: che cioè l'obbligazione non intercorre necessariamente fra uomo e uomo, ma può intercorrere anche fra uomo e res; nel nostro caso, fra successore ed hereditas".

Guarino hace una crítica a Ambrosino respecto a que la *aditio* constituye un vínculo de naturaleza obligatoria dando los siguientes argumentos:<sup>124</sup>

a) La terminología de *obligatio*, aplicada a la *aditio* no es una terminología técnica, sino atécnica, que los juristas romanos recurren tal vez como en el caso análogo de la *res obligata pignori* porque explica más eficazmente la íntima conexión creada en virtud de la *aditio*, entre el heredero y la *hereditas*. Es por eso que Gayo la adopta en 2.35-36 y sin embargo no vuelve a adoptarla en 3.85-86.

b) La idea de un vínculo obligatorio en sentido técnico entre una persona (deudor) y una cosa (hereditaria) es inadmisibles, porque no es concebible que la cosa pueda pretender el cumplimiento y ser sujeto de derecho, es inaceptable con la concepción estrictamente personalista que tenían los romanos de la obligación, ya que identificaban las relaciones obligatorias con la *actio in personam*.

<sup>122</sup> Gerhard BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen Rechtsquellen* (s/e; Tübingen: J. C. B. Mohr, 1910), vol. III, p. 16.

<sup>123</sup> AMBROSINO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>124</sup> GUARINO, *op. cit.*, p. 41.

c) Aún menos romana y jurídica es la construcción del vínculo obligatorio inverso, entre una cosa deudora y una persona acreedora, y menos aún el cumplimiento de una cosa.

Estoy de acuerdo con la crítica que realiza Guarino a Ambrosino salvo en el hecho de considerar que la terminología de *obligatio*, aplicada a la *aditio* sea una terminología atécnica. Considero que al señalarse que la herencia obliga, hay una aplicación del concepto técnico de *obligatio rei* a la *hereditas*; así, quien acepta la herencia viene a quedar convertido, él mismo y su patrimonio, en una garantía de los acreedores hereditarios.<sup>125</sup> Considera Biscardi que la *obligatio hereditatis* no alude a una especie de *obligatio* de la persona (*heres*) de frente a la *res (hereditas)* como si la *hereditas* fuera sujeto activo de unas normales relaciones obligatorias. Obligación hereditaria viene a significar un vínculo del heredero de frente a la masa de acreedores hereditarios y no a una relación jurídica hombre-cosa.<sup>126</sup>

Ambrosino ante las críticas recibidas por concebir la *aditio* como una obligación, realizó un nuevo trabajo, donde no se retracta de lo dicho, sino que, por el contrario insiste en su argumentación, al señalar: <sup>127</sup> "Parimenti, il concetto dell'adizione che obbliga l'erede all' eredità non è affatto assurdo, non è affatto privo d'importanza giuridica, non è nemmeno detto che sarebbe disutile alla stessa dommatica moderna del diritto. Quel concetto denunzia anch'esso un modo di ragionare della giurisprudenza romana, per cui, per arrivare a stabilire la responsabilità dell'erede di fronte ai pesi ereditari (e non solo alle obbligazioni), essa finisce per concepire l'adizione come un' obbligazione. Un' obbligazione non direttamente contratta nei confronti dei debitori del defunto (altrimenti bisognerebbe ammettere, non solo che costoro dovrebbero intervenire nell'adizione, ma che addirittura potrebbero rifiutare l'erede che vuole costituirsi loro debitore e che loro non aggrada), ma contratta nei confronti della stessa eredità. Non nego che la dommatica moderna presceglerebbe un altro

<sup>125</sup> Sobre la *obligatio hereditatis* encontramos la obra de Arnaldo BISCARDI, *La Dottrina Romana dell'obligatio rei (s/e)*; Milano: Dot. A. Giuffrè Editore, 1991), p. 153; comentario a la presente ver: Alberto BURDESE en: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 57 (1991), pp. 470-474.

<sup>126</sup> DE MARTINO respecto a dicha idea de Ambrosino señala "Questa tesi é inaccettabile. A prescindere dalla stranezza di un vincolo tra una persona ed una entità ad una cosa, molti insuperabili ostacoli si oppongono alla spiegazione dell' Ambrosino", *op. cit.*, p. 570.

<sup>127</sup> Rodolfo AMBROSINO, "Esercitazioni di dommatica moderna sul diritto romano", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 17 (1951), p. 214.

modo di ragionare; non nego neppure che altra via avrebbe potuto presceglere la stessa giurisprudenza romana. Constato solo che questa è la via attraverso cui la giurisprudenza romana, pur escludendo debitori e creditori dal dare il loro beneplacito, tuttavia avendo ravvisato nell'adizione un'obbligazione, dovette necessariamente stabilire che il vincolo giuridico che astringe l'erede all' eredità, come tutte le obbligazioni, non è alienabile mediante *in iure cessio*".

La idea de Ambrosino respecto a este punto es fruto de un análisis extremadamente literal de las fuentes, que ocasiona confusiones graves en la lógica jurídica.

Haciendo un análisis de los textos respecto de la *aditio*, será posible llegar a conclusiones interesantes en cuanto a la *in iure cessio hereditatis*, como las siguientes:

a) La *aditio* de la herencia implica una aceptación total de la misma, no siendo posible repudiar una parte y aceptar otra, porque la *hereditas* es un concepto unitario. Esto implica que en caso de que un heredero *ab intestato* voluntario realizara la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, el cesionario adquirirá la totalidad de la herencia, no siendo posible una adquisición parcial.<sup>128</sup>

b) No tendrá validez la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* del heredero voluntario que se crea heredero necesario porque el que cree que es heredero necesario, no podrá serlo voluntario.<sup>129</sup>

c) No es posible realizar la *in iure cessio hereditatis post aditionem*, si el cedente cree que vive el testador, aunque el testador ya haya muerto, porque la *aditio* del cedente carecería de validez.<sup>130</sup>

La consecuencia más importante de la *aditio* radica en que el heredero se convierte en titular del patrimonio hereditario, incorporándose al suyo. Si el heredero que realizó la *aditio* cede la herencia, permitirá una separación en su patrimonio (que consta del patrimonio propio y del de *cuius*). Cediéndose los bienes corporales de la *hereditas*

<sup>128</sup> Deducción a partir de los textos siguientes: D.29.2.1 (*Paulus libro secundo ad Sabinum*) *Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest*; D.29.2.2 (*Ulpianus libro quarto ad Sabinum*) *Sed etsi quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere.*

<sup>129</sup> Deducción a partir del texto D.29.2.15 (*Ulpianus libro septimo ad Sabinum*) *Is, qui putat se necessarium, quam sit voluntarius, non poterit repudiare; nam plus est in opinione, quam in veritate.*

<sup>130</sup> Deducción a partir del texto D.29.2.32 pr. (*Ulpianus libro octavo ad Sabinum*) *Heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis iam defunctus sit, adire hereditatem non potest.*

a un tercero, conservando el heredero sus propios bienes y obligaciones tanto personales como derivadas de la herencia.

#### VI. LA *IN IURE CESSIO HEREDITATIS POST ADITIONEM*<sup>131</sup>

El presente problema es tratado por Gayo en el mismo texto que se encuentra dentro del tema denominado "Adquisición de cosas incorporales" al respecto dice:

Gayo (2,35)

*... Post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora uero eius hereditatis proinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.*

Como apreciamos en el texto, se señala que cuando se realiza la *in iure cessio hereditatis* después de obligarse el heredero, éste permanece como tal, respondiendo con los acreedores, pereciendo las deudas y obteniendo por este hecho los deudores un beneficio, transmitiéndose las cosas de la herencia como si una a una hubiesen sido transmitidas.<sup>132</sup> La misma idea es expresada por Gayo en el siguiente texto que se encuentra dentro del capítulo "Cesión de la herencia ante el magistrado".

Gayo (3,85)

*... quodsi posteaquam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet proinde ac si singulas in iure cessisset, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt.*

En ambos textos se señala prácticamente lo mismo, salvo la pequeña diferencia consistente en que en el primer texto se habla del here-

<sup>131</sup> Sobre el presente tema ver: GARAUD, *op. cit.*, pp. 158 y 159; GUARINO, *op. cit.*, pp. 40 a 44; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 302 y 303; VOCI, *op. cit.*, p. 99; DE MARTINO, *op. cit.*, p. 581; FADDA, *op. cit.*, p. 107; ROBBE, *op. cit.*, p. 1117.

<sup>132</sup> En base al presente párrafo discrepo de la opinión de KNIEP, *op. cit.*, p. 203, el cual considera que una vez realizada la *in iure cessio hereditatis post aditionem* era necesario una posterior transferencia de las cosas singulares.

dero después de "obligarse",<sup>133</sup> en el segundo se menciona simplemente el hecho de la cesión después de que el cedente es heredero. En todo lo demás existe concordancia en cuanto a los efectos jurídicos, conservando el cedente después de la aceptación el carácter de heredero, adquiriendo el cesionario los bienes corporales; el cedente responderá de las deudas extinguiéndose los créditos respectivos. A continuación procederé a explicar la razón de estas consecuencias jurídicas totalmente diversas a la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*.

En el capítulo de la *aditio* apreciamos que la misma le da el carácter de heredero a aquella persona que tiene tal vocación por ley o por testamento, produciendo de esta forma plenos efectos jurídicos la institución. El heredero una vez que ha realizado la *aditio* o aceptación de la herencia tendrá dicho carácter para siempre, no pudiendo desvincularse de tal por el principio *Semel heres, semper heres*.<sup>134</sup>

Guarino<sup>135</sup> respecto al principio *semel heres semper heres* señala que para muchos constituye una de las reglas más misteriosas del *ius civile romano*. A su parecer, dicho principio constituye una concesión patrimonialística del fenómeno hereditario, si el *heres* es por definición aquél que adquiere un compendio patrimonial *mortis causa*, si la adquisición *mortis causa* es verificada a nombre de *Titius*, evidentemente *Titius* y no otro es el heredero. *Titius* podrá transmitir a *Caius* todo lo que ha recibido, pero, lógicamente, no podrá disolver un *factum*. Si la *hereditas* es el patrimonio de un muerto destinado a un vivo, si la adquisición de parte del *heres* determina la confusión de la *hereditas* con su propio patrimonio, es evidente que por efecto de la confusión de patrimonio la *hereditas* se desvanece, y no podrá por ello formar objeto, en cuanto tal, de actos de disposición del *heres*.

La *in iure cessio hereditatis post aditionem* no otorga al cesionario el título de *heres*, el cual lo seguirá teniendo el cedente en virtud del principio tratado. Los efectos de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* son los siguientes:

<sup>133</sup> Respecto a la *aditio* como vínculo obligatorio ver el capítulo V del presente trabajo.

<sup>134</sup> Respecto a dicho principio ver: Cesare SANFILIPPO, *Corso di Diritto Romano, Evoluzione Storica della Hereditas*, (s/e; Napoli, Humus, 1946), p. 93; así también Ubaldo ROBBE, "I due significati di Hereditas e la I.I.C.H.", *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, III (1973), p. 1064. La doctrina romanística ha deducido el presente principio a partir de los siguientes textos: D.28.5.89(88) (*Gaius libro singulari de Casibus*) y D.4.4.7.10 (*Ulpianus libro undecimo ad edictum*).

<sup>135</sup> GUARINO, *op. cit.*, p. 45, también esta aseveración la comparte BIONDI, *op.*

### Problemática

A) El cedente (heredero) seguirá respondiendo frente a los acreedores.

B) Las deudas se extinguen, lucrándose de este modo los deudores de la herencia.

C) Las cosas corporales pasan al cesionario como si una a una le hubiesen sido transmitidas por cesión ante el magistrado.

El cedente responde frente a los acreedores por el principio *semel heres, semper heres*. Al realizar la *aditio* de la herencia, seguirá teniendo el carácter de heredero, no pudiendo desvincularse de las obligaciones que tiene con los acreedores hereditarios.

En el caso de la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, el cedente transmitía las obligaciones hereditarias que formaban parte de la *hereditas*, porque todavía no había aceptado la herencia, pero en el caso de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* no existe tal posibilidad, porque al haber sido aceptada la herencia, el heredero se obliga a la misma.<sup>136</sup>

El cedente seguirá respondiendo frente a los acreedores debido a que las obligaciones no son transmisibles mediante *in iure cessio*, sino mediante novación.

El cedente al no poderse desvincular del carácter de heredero, no podrá transmitir la *hereditas* entendida como patrimonio consistente en activos y pasivos, sino sólo las cosas hereditarias.

Las cosas hereditarias que se transmiten al cesionario pasan en bloque, en un solo acto, como si una a una le hubiesen sido transmitidas. La universalidad de derecho que era la *hereditas* antes de la *aditio*, se altera con la aceptación, permaneciendo las obligaciones con el cedente, transmitiéndose una universalidad de hecho, consistente en cosas corporales cuyo elemento aglutinante radica en que eran bienes pertenecientes al de *cuius*.

Gayo claramente manifiesta después de tratar la *in iure cessio*, que las obligaciones no se transmiten al cesionario mediante la correspondiente forma de adquisición al señalar lo siguiente: *Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt...*<sup>137</sup> Si el cedente en la *in iure cessio hereditatis post aditionem* quisiera transmitir al cesio-

cit., p. 179.

<sup>136</sup> Dicho problema está tratado en el capítulo anterior.

<sup>137</sup> GAYO (2,38).

nario las obligaciones de la herencia, sería necesario que lo consintiera el acreedor y que se realizara una novación. Estas apreciaciones son confirmadas por Ambrosino el cual señala lo siguiente:<sup>138</sup> "E porchè osserviamo che, post aditionem, la *cessio in iure* dell'eredità non trasferisce le obbligazioni e trasferisce soltanto i *corpora*, come se le *res corporales* fossero cedute ad una ad una, si arguisce bene che, avvenuta l'adizione, la cessione riesce a trasferire non più l'eredità, ma i singoli beni ereditari, e se riesce a trasferire tutte le *res*, ma non anche le obbligazioni, ciò deve dipendere dal fatto che la *in iure cessio* non è modo di alienazione efficace per le obbligazioni".

La parte que considero más llamativa de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* y sobre todo la más oscura radica en la siguiente afirmación de Gayo:

Gayo (2,35)

...debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum  
[aciunt: ...

Diversos autores han tratado de encontrar una respuesta a la misma como Ambrosino que señala: La causa se debe a la naturaleza de la *in iure cessio*, la cual contiene la afirmación implícita o explícita del heredero de no ser tal; resulta claro que los créditos se extinguen, porque el heredero afirma procesalmente no tener aquel título único que le daría fundamento para exigirlos. La afirmación resulta convincente, en virtud de que, en la *in iure cessio* el cedente guarda silencio a la pretensión del cesionario reconociendo implícitamente el derecho del segundo. El heredero con su silencio niega la existencia de su derecho, por lo que frente a la pretensión del cesionario no pueden incluirse los créditos; resultando claro que la única función de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* radica en la adquisición de cosas corporales, y no de créditos, ni de obligaciones. El heredero al negar o callar su derecho en la *in iure cessio* ocasionará efectos *erga omnes*, por lo que los deudores de la herencia se beneficiarán al no encontrarse obligados jurídicamente a pagar los créditos correspondientes.<sup>139</sup> No obstante que las deudas se extinguen ocasionando un lucro para los

<sup>138</sup> AMBROSINO, *op. cit.*, p. 18.

<sup>139</sup> BONFANTE, *op. cit.*, p. 302, considera que la explicación se debe encontrar en la interpretación de este acto como una renuncia; VOICI, *op. cit.*, p. 103, considera que la causa se encuentra en que el cedente ha admitido al tenor del negocio de no ser heredero, por eso no puede exigir las deudas que tiene contra los terceros.

deudores de la herencia, en caso que pagaran ellos, el heredero tendría la posibilidad de retener lo pagado.

#### VII. DISCUSIÓN ENTRE SABINIANOS Y PROCULEYANOS RESPECTO A LA *IN IURE CESSIO HEREDITATIS*

La discusión doctrinal aparece recordada por Gayo en los siguientes textos de las Instituciones:

Gayo (2,37)

*Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum (aliquis) adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. Sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.*

En el presente texto apreciamos el referimento de Gayo al pensamiento de los autores de la escuela contraria, entiéndase los Proculeyanos, referente a los herederos necesarios, consideran los mismos que nada se ve de interés, que uno u otro se haga heredero de la herencia, o que ésta exista contra su voluntad, lo cual mostrará en su momento. Después señala la opinión de sus maestros, entiéndase los Sabinianos, los cuales consideran la ineficacia de la *in iure cessio* realizada por el heredero necesario. La misma idea es expresada por Gayo en el siguiente texto:

Gayo (3,87)

*Suus autem et necessarius heres, (item alii qui sunt inter necessarios heredes), an aliquid agant in iure cedendo, quaeritur. Nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur.*

En el presente texto se manifiesta que los herederos necesarios, sean los *sui et necessariii* o los *necessariii* cuando alguno quiere realizar la *in iure cessio*, sus maestros consideran que no tiene efectos, sin embargo los autores de la escuela diversa opinan que cuando se ha acep-

tado la herencia no interesa la forma en que ésta se ha obtenido, sea de manera formal, o sea por *herede gestio* o por necesidad jurídica. Del análisis de los dos textos anteriores se aprecia lo siguiente:

#### Problemática

La discusión se centra sobre lo siguiente: Los Proculeyanos sostienen un argumento analógico en que la *in iure cessio* operada por los *heredes necessariii* deba ser sometida al mismo tratamiento de aquella operada por los herederos que han adido. Los Sabinianos oponen sencillamente como cosa obvia, que la *in iure cessio* operada por los *heredes necessariii* es nula. Considera Guarino<sup>140</sup> que el argumento formulado por los Proculeyanos es jurídicamente inaceptable y responde sin lugar a dudas a exigencias de equidad y de oportunidad práctica. Mas según Guarino es claro a su juicio, que los Sabinianos al afirmar que la *in iure cessio hereditatis* es nula, no tienen una colérica ni disparatada opinión personal, sino un principio lúcido y evidente, que no tiene necesidad de motivación. Al menos en este caso no se duda que los Sabinianos defienden el *ius strictum* y los Proculeyanos propugnan el *ius aequum*.

Los Proculeyanos dan como argumento lo siguiente: *Nihil enim interest utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur*. El argumento de los Proculeyanos jurídicamente se puede fundamentar en que la causa por la que una persona es heredero, resulta irrelevante cuando al fin se es tal, no importando el motivo por el que la herencia se hubiera aceptado; ya sea de manera formal, o por *herede gestio* o por necesidad jurídica; como resulta en el caso del heredero necesario... *Necessariii vero ideo dicuntur, quia omni modo sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt*.<sup>141</sup>

A los Proculeyanos les llega a interesar más que nada la institución de heredero como tal, independientemente de las causas que le dieron origen a la designación, en virtud de que las consecuencias jurídicas son las mismas; es decir, la adquisición del patrimonio del de *cuius* denominado *hereditas*. Visto que las consecuencias jurídicas de la institución de heredero son las mismas independientemente de su causa, ven la posibilidad que el heredero necesario pueda realizar

<sup>140</sup> GUARINO, op. cit., p. 43.

<sup>141</sup> GAYO (2,157).

la *in iure cessio hereditatis*. Dicha opinión la considero al igual que Guarino, como una forma de otorgar flexibilidad a la institución dando un argumento fundado en la equidad y en la justicia.

Los Proculeyanos equiparan al heredero necesario a cualquier otro heredero después de aceptada la herencia, así lo menciona Gayo al decir: *diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem*. La opinión Proculeyana no se opone al principio *semel heres, semper heres* porque el heredero necesario tiene las mismas características que los herederos *post aditionem*. Al permitírsele la *in iure cessio hereditatis* a éste, cedería únicamente los *corpora hereditaria* y no su calidad, no violándose por este hecho el principio tratado, haciéndose aceptables y válidos los argumentos Proculeyanos.

Respecto a la opinión Sabiniana, Gayo tajantemente la manifiesta de la siguiente manera: *Nostris praeceptores nihil eos agere existimant*. No señala los argumentos por los que sus maestros le niegan al heredero necesario la posibilidad de realizar la *in iure cessio hereditatis*. Esta opinión inflexible, considero que se fundamenta en la idea de que el heredero necesario, quiera o no quiera, se hace heredero, en virtud de carecer de *aditio*, lo que ocasionaría la imposibilidad práctica de realizar una *in iure cessio hereditatis ante aditionem*. Por eso a los Sabinianos les resulta tan lógica la consideración de ver un acto nulo. Sin embargo, su negativa tajante no les permite apreciar que la *in iure cessio hereditatis* no sólo es la que existe *ante aditionem*, sino también la *post aditionem* que tiene efectos distintos y que no ocasionaría la violación a la esencia de la institución de heredero necesario. Ambrosino<sup>142</sup> respecto a dicha discusión señala que desde el primer punto de vista los Proculeyanos equiparan al *heres necessarius* como al heredero que hubiese adido, con efecto *post obligationem*; por otro lado existe la oposición de los Sabinianos que ante la falta de vocación hay un obstáculo para la admisibilidad de la *in iure cessio*. A mi entender, de todos modos, no cabe duda que el parecer de los Proculeyanos es más razonable que el de los Sabinianos —sigue diciendo Ambrosino—<sup>143</sup> porque *post aditionem* el heredero no pierde su calidad de sucesor, en virtud de que transfiere los *corpora hereditaria*. La opinión de los Sabinianos desemboca en una inoperante

<sup>142</sup> AMBROSINO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>143</sup> AMBROSINO, *ibid.*, p. 52. Esta opinión de AMBROSINO la comparto plenamente por las razones manifestadas anteriormente.

prohibición, porque impide al *heres necessarius* enajenar como cualquier *dominus* sus bienes. Es claro que los Proculeyanos se colocan desde el punto de vista realístico, resultando irrelevante si es voluntariamente *adstrictus* a la herencia con la adición, o si la herencia es constreñida por necesidad. Los Proculeyanos terminan por admitir que el *heres necessarius*, como cualquiera que ha hecho adición, no puede ceder el título de heredero, pero puede conseguir las consecuencias de la *in iure cessio post aditionem*.

Del análisis de los textos, Gayo no manifiesta cuál de las dos opiniones prevaleció en el derecho romano clásico; por lo que con certeza no podemos manifestar que una u otra corriente haya tenido mayor predominio respecto a la otra. No obstante, en virtud del hecho de haber demostrado lo convincente de la tesis proculeyana, me inclino a pensar por el predominio de ésta sobre la otra, visto que ésta otorga una mayor libertad de actuación dentro del derecho hereditario romano, no violándose principio jurídico alguno.

#### VIII. LA IN IURE CESSIO HEREDITATIS EN LAS FUENTES

##### POSGAYANAS

Una vez realizada la exégesis de los textos gayanos referentes a la *in iure cessio hereditatis*, procederemos a analizar la presente institución a la luz de los siguientes textos: D.44.4.4.28 (*Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum*); *Tit. Ulp.* XIX 12-15; C.7, LXXV,1. *Imp. Antoninus A. Cassiae*; y por último, el texto 84 del llamado Libro Siro-romano.

Ulpiano *libro septuagensimo sexto ad edictum* en D.44.4.28 hace referencia a la institución al tratar el argumento referente al dolo en materia hereditaria, el texto dice lo siguiente:

*Si, cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, non potest pati.*

El presente texto plantea un caso interesante, al ser tú heredero legítimo de Caso Seyo y yo heredero testamentario, si me hubieras persuadido con dolo malo a que no hiciera adición de la herencia,

para que tú, después de repudiarla yo, pudieras cederla a Sempronio a cambio de una cantidad, no podrá oponerse al cesionario la excepción por el dolo malo del cedente. Frente a la existencia de un testamento, el heredero testamentario tiene preferencia respecto al heredero legítimo, este último no puede obtener el patrimonio hereditario a no ser que sea repudiado por el primero; y claro está, siempre que no hubiese sido nombrado un heredero sustituto en el testamento.<sup>144</sup> La actuación con dolo malo por parte del heredero legítimo podría consistir en el hecho de engañar al heredero testamentario que la herencia es dañosa; y por lo tanto, no conveniente a los intereses de éste. Una vez realizado el repudio por parte del heredero testamentario, el heredero legítimo la acepta, realizando después la cesión a Sempronio obteniendo una cantidad de dinero. Este texto es especialmente interesante como vínculo existente entre la *in iure cessio hereditatis* y la *venditio hereditatis*, por el hecho de que la primera deja de emplearse para el fin que en un momento fue creada, desempeñando el papel de la *venditio hereditatis* fundiéndose en la segunda institución. En el texto se menciona que el heredero testamentario no tendrá la posibilidad de ejercitar contra el cesionario la excepción por el dolo malo, lo presente es lógico en virtud de que el que actuó con dolo fue el cedente y no el cesionario.

El contenido del texto es clásico<sup>145</sup> a no ser por la interpolación que podemos apreciar en el término *cedere*, el cual considero como típica innovación de los compiladores justinianos. La palabra *in iure* debió haber existido en el texto original.<sup>146</sup> Gayo al tratar la *in iure cessio hereditatis*, jamás se opuso a la posibilidad de realizar la misma de manera onerosa, y el texto de Ulpiano confirma dicha posibilidad, que al incluirse en la compilación justiniana fue asimilada a la compraventa de herencia. Puede apreciarse en el Digesto la falta

<sup>144</sup> Si bien es cierto la *in iure cessio hereditatis* surge como una necesidad ante la falta de *successio graduum* que existió en un determinado momento, en el presente texto podemos apreciar que el pretor en su edicto ya había solucionado dicha imposibilidad pudiéndose otorgar la herencia al heredero legítimo cuando el testamento hubiese repudiado la herencia. Al respecto ver GAYO (3.25) y GAYO (3.28), textos que serán analizados en la segunda parte del presente trabajo en el capítulo denominado "Relaciones entre la compraventa de herencia y la *in iure cessio hereditatis*."

<sup>145</sup> DE MARTINO, *op. cit.*, p. 584, comenta: "A mio avviso, non occorre pensare ad un radicale mutamento del genuino dettato classico"; ver GARAUD, *op. cit.*, p. 187.

<sup>146</sup> En el mismo sentido ver: AMBROSINO, *op. cit.*, p. 61.

de inclusión de la institución tratada como tal, situación que parece lógica por el hecho de haber dejado de ser útil dentro de la propia época clásica, visto que la institución se incorporó a la venta de herencia en la misma época. No obstante, el texto D.44.4.28 es una prueba de la utilidad de la institución para la comprensión de principios clásicos en materia hereditaria en lo que respecta a la etapa justiniana.

En los *tituli ex corpore Ulpiani* o *epitome Ulpiani* es tratada la institución materia de nuestro estudio en el texto XIX 12-15, el cual dice lo siguiente:

*Hereditas in iure ceditur vel antequam adeatur vel posteaquam adita fuerit. Antequam adeatur, in iure cedi potest ab herede legitimo; posteaquam adita est, tam a legitimo quam ab eo, qui testamento heres scriptus est. Si antequam adeatur hereditas in iure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset. Quod si posteaquam adita fuerit, in iure cessa sit, is, qui cessit, permanet heres et ob id creditoribus defuncti manet obligatus; debita vero pereunt, id est debitores defuncti liberantur. Res autem corporales, quasi singulae in iure cessae essent, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas.*

El presente texto sigue la línea de descripción gayana de la institución; manifestándose la posibilidad de la cesión, sea antes o después de la adición. Antes de la adición el heredero legítimo puede realizar la *in iure cessio*, después de la adición tanto el heredero legítimo como el heredero testamentario pueden realizarla. Las consecuencias jurídicas de la cesión serán las siguientes: Al realizarse la *in iure cessio* antes de la adición se otorga el título de heredero al cesionario. Al realizarse después de la adición la *in iure cessio* el cedente permanece heredero, y por lo tanto obligado con los acreedores hereditarios, las deudas perecen, liberándose por lo tanto los deudores de la herencia; las cosas corporales se transmiten como si fuesen realizadas singularmente. En el texto no encontramos nada novedoso respecto a nuestra institución, ni mucho menos la explicación a la problemática jurídica

que ha sido tratada hasta el momento, por lo que el presente podrá ser interpretado conforme a la exégesis de las fuentes gayanas analizadas hasta el momento.

En la constitución del año 213 del emperador Antonino, recogida en el *Codex Iustinianus* C.7, LXXV,1 (*Imp. Antoninus A. Cassiae*), bajo el título *De revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt*, se manifiesta lo siguiente:<sup>147</sup>

*Si heres post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecit bonis eius excussis, usitatis actionibus (si tibi negotium gestum fuerit) ea, quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis.*

La presente constitución señala lo que hasta el momento hemos manifestado, si después de adida la herencia, transfirió el heredero los bienes de la herencia a aquel a quien le cedió los bienes, permanecerá obligado a los acreedores. Solazzi,<sup>148</sup> respecto a la primera parte del texto propone la siguiente lectura: *Si heres post aditam hereditatem in iure eam cedendo ad eum cui cessit corpora*. Ambrosino,<sup>149</sup> realiza la propuesta del texto de la siguiente forma: *Si heres post aditam hereditatem in iure eam cessit, ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus*. Las dos propuestas, palabras más palabras menos, son convincentes por el hecho de apreciar ambos autores una modificación al texto por parte de los compiladores justinianos consistente en la eliminación de la palabra *in iure*, transformándola por el verbo *cedere*.

El problema del texto se encuentra en la segunda parte, específicamente en el empleo del término *usitatis actionibus* como medio procesal para ejercitarse en contra del fraude.<sup>150</sup> Podría parecer esto un argumento en contra de la unicidad de recursos contra el *fraus credi-*

<sup>147</sup> Sobre el presente ver: DE MARTINO, *op. cit.*, p. 582.

<sup>148</sup> Siro SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano* (3a. edición, Napoli: Jovene, 1945), p. 119.

<sup>149</sup> AMBROSINO, *op. cit.*, p. 60.

<sup>150</sup> Como todos saben los medios procesales existentes para la revocación del acto son los interdictos *in integrum restitutio ob fraudem* ver: D.42.8.1 pr. (*Ulpianus libro LXXVI ad edictum*) y el interdicto restitutorio, ver: D.42.8.10 pr. (*Ulpianus libro LXXIII ad edictum*).

*torum*, el término es vago y poco técnico<sup>151</sup> lo que hace pensar en una alteración justiniana y no un argumento contra la unicidad de recursos. El problema no termina ahí, sino además los compiladores justinianos tratan de enmendar el texto al agregarle el párrafo *si tibi negotium fuerit gestum*.<sup>152</sup> Verdaderamente la segunda parte del texto no se comprende, por lo que el entendimiento del presente podrá realizarse a la luz de la reconstrucción que realizó Solazzi sobre el mismo.<sup>153</sup>

En el derecho prejustiniano encontramos en el libro Siro-Romano (cuyo original griego de fines del siglo V tenía aspectos didácticos respecto a los temas de matrimonio y sucesiones) lo siguiente:<sup>154</sup>

*Leges Saeculares. Liber Syro-Romano, 84:*

*Si reliquerit vir viro hereditatem διαθήκη et antequam eam adierit is eam alteri donat et reliquerit is qui fecit διαθήκη*

<sup>151</sup> En el mismo sentido ver: Xavier D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano Clásico* (s/e; Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974), p. 85, así también SOLAZZI, *op. cit.*, p. 121 al calificar el término *usitatis* como propio de un "scansafatiche". Por el tema de errar o querer evitarse el fastidio de especificar los medios procesales correspondientes. D'ORS tiene la opinión de considerar una genuina referencia al interdicto fraudatorio suprimida por Justiniano.

<sup>152</sup> Frente al presente problema SOLAZZI en la segunda edición de su obra "La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano", p. 93, manifestaba el *ars ignorandi*, respecto al presente texto, en la tercera edición propone una reconstrucción, a la que D'ORS considera como poco convincente por ser "demasiado complicada", ver: D'ORS, *op. cit.*, p. 85. La reconstrucción reza de la siguiente forma: *Si igitur in fraudem creditorum id fecit, bonis eius per magistratum venditis rescissoriis actionibus, si adversus negotium gestum curator bonorum in integrum restitutionem imperverit et tibi bona addicta fuerit, ea rell, op. cit.*, p. 121.

<sup>153</sup> SOLAZZI señala que su reconstrucción posee la siguiente virtud: clarifica el origen de *excussis ed usitatis*, así también de las expresiones *tibi fuerit e negotium gestum*, que en el texto del Código son inexplicables.

<sup>154</sup> Sobre dicho libro ver: Walter SELB, *Zur Bedeutung des Syrisch-Römischen Rechtsbuches* (s/e, Munchen, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964), pp. 3 a 284; *Idem* "Zum Plan einer neuedition des Syrisch-römischen rechtsbuches", *La-beo*, vol. XI (1965), pp. 329 a 340; *Idem* "Probleme des Systems und des Systemvergleichs im Syrischrömischen Rechtsbuch", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 79 (1962), pp. 28 a 50; Reuven YARON, "Syro-romana", *IURA*, vol. 17 (1966), pp. 114 a 164; Karl Georg BRUNS und Eduard SACHAU, *Syrisch-Römisches Rechtsbuch* (s/e, Leipzig, F. A. Brockhaus, 1880), pp. 3 a 337; Rafael TAUBENSCHLAG, *Opera minora* (s/e, Warszawa, Panstwowe Wydawnictwo Naukowe, 1959), pp. 3 a 639; Carlo Alfonso NALLINO, "Ancora il Libro siroromano di diritto e Barhebreo", *Raccolta di scritti*, vol. IV, pp. 291 a 300; *idem* "D'alcuni passi del Libro siroromano concernenti le successioni", pp. 421 a 500; AMBROSINO, *op. cit.*, pp. 70 a 76.



*ληγαταρίους uel aes alienum debuit, is heres, cui relicta est hereditas, soluet, quoniam ipse donauit eam uel παραχώρησεν<sup>155</sup> fecit alteri, ipse dabit ληγάτα, et ipse soluet.*

El presente texto manifiesta que si un hombre ha dejado una herencia por testamento y el heredero antes que éste haya aceptado, la dona a otro, permanece obligado al pago de las deudas y de los legados. De Martino<sup>156</sup> respecto al presente, aprecia que el principio es absolutamente opuesto al clásico, visto que en este último la cesión del heredero testamentario antes de la *aditio* era inválida, mientras que la cesión realizada *post aditionem*, producía el efecto de conservar la obligación por las deudas hereditarias, resultando en esta época innecesaria la distinción entre heredero testamentario y legítimo en lo referente a la cesión.

A primera vista, resulta desconcertante el cambio sufrido en época prejustiniana por nuestra institución. De Martino menciona que en lo referente al texto hay un cambio que desemboca en la equivalencia de la cesión a la *pro herede gestio*.<sup>157</sup> El heredero en el hecho de donar o ceder la herencia, cumple con un acto de gestión, y cuando acepta, es porque permanece vinculado a las deudas. Ferrini<sup>158</sup> piensa que el texto contiene un error en la redacción, no explicando la causa del cambio sufrido. Si considerásemos que verdaderamente el texto expresa un cambio en la institución y no un error de redacción, podríamos pensar que a fines del siglo V el heredero testamentario tiene la posibilidad de realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, superándose las razones que en época clásica dieron lugar a tal prohibición.<sup>159</sup>

<sup>155</sup> Considera KNIEP, *op. cit.*, p. 205, que la presente palabra se refiere a una donación común, que no comporta una sucesión universal, sino particular.

<sup>156</sup> DE MARTINO, *op. cit.*, p. 585; AMBROSINO, *op. cit.*, p. 71.

<sup>157</sup> En el mismo sentido ver: KNIEP, *op. cit.*, p. 208.

<sup>158</sup> En FIRA II, dentro de su traducción al latín de las *Leges Saeculares*.

<sup>159</sup> Al respecto ver: KNIEP, *op. cit.*, p. 207; AMBROSINO, *op. cit.*, p. 72, manifiesta: "Si deve però convenire che fin qui siamo in presenza del logico sviluppo di un mutato stato di cose". Sobre una reconstrucción del texto ver al mismo autor, p. 75.

## IX. CAUSAS Y FINALIDADES DE LA *IN IURE CESSIO HEREDITATIS*

### 1a. Hipótesis. *Successio graduum*

La *in iure cessio hereditatis* surge como una necesidad jurídica a la imposibilidad de la *successio graduum* en el derecho civil, porque claramente Gayo señala:

Gayo (3.12)

*... Ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit uel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.*

Esto explicaría la causa por la que al heredero extraño o voluntario se le otorga la posibilidad de ceder la herencia antes de la aceptación, ya que permite a un tercero la obtención de ésta; así pues, cualquier otro agnado de grado menos próximo al cedente podría recibirla, y de esta forma evitar que la herencia resultase vacante.<sup>160</sup> Considero lógico que una de las finalidades de la *in iure cessio hereditatis* sea ésta, porque en caso de que el próximo agnado renunciara a la herencia, el siguiente agnado menos próximo que el anterior no tendría la posibilidad de recibir dicho patrimonio. Esto es de gran importancia, porque autoriza la admisión del cesionario a los *sacra privata* y de este modo la continuación de la realización del culto doméstico.<sup>161</sup> Ambrosino<sup>162</sup> manifiesta que a su parecer es un grave error el confundir una de las aplicaciones de la *in iure cessio hereditatis* con las razones de su particularidad, aunque dicha aplicación es frecuente y fundamental. Considero que su aseveración no ocasiona oposición a la opinión general, sino al contrario una adherencia a la misma, porque las razones de su particularidad fueron expuestas anteriormente, y su finalidad en este momento.

<sup>160</sup> Dicha apreciación la comparten la mayoría de los romanistas como Biondo BIONDI, *op. cit.*, p. 177. "Si tratta di un istituto che, accanto a la *usucapio pro herede*, aveva la funzione di evitare la vacanza dell'eredità. TORRENT, *op. cit.*, p. 146, "Probablemente la finalidad de la institución sería evitar que la herencia quedase vacante". Carlo FADDA, *op. cit.*, p. 108, "Col cedere l'eredità allo agnato che gli veniva subito appresso l'*agnatus proximus* avrebbe supplito alla mancanza della *successio graduum*".

<sup>161</sup> En el mismo sentido VOCI, *op. cit.*, p. 103; GARAUD, *op. cit.*, p. 144.

<sup>162</sup> AMBROSINO, *op. cit.*, p. 33.

### 2a. Hipótesis. Donación

Sin embargo, no sólo la finalidad pudo ser la de suplir la falta de la *successio graduum*, sino además, la posibilidad de realizar donaciones; así, cuando apreciamos en su momento el texto de Polibio<sup>163</sup> en que Escipión el Joven cede su herencia a su hermano, vimos que el fin de Escipión era el de realizar una liberalidad. Así también se puede apreciar lo siguiente cuando la misma persona cede su herencia a Papiria.<sup>164</sup>

### 3a. Hipótesis. Transacción hereditaria

En el texto analizado de Plinio<sup>165</sup> apreciamos que la presente persona cedió su parte de la herencia a *Asudius Curianus*, con la finalidad de llegarse a un arreglo referente al problema jurídico ocasionado por la herencia de Pomponia Galla. De esto deduje en su momento que el fin de la presente institución pudo haber sido la solución de conflictos hereditarios mediante transacción.

### 4a. Hipótesis. Venta

Otro de los fines posibles de la *in iure cessio hereditatis* fueron apreciados en el texto de Ulpiano libro septuagésimo sexto ad edictum en D.44.4.4.28 que habla de la cesión de la herencia a cambio de una cantidad.

### 5a. Hipótesis. Lex Voconia

Considera Kniep<sup>166</sup> que la *in iure cessio hereditatis* sirvió para que el agnado de sexo masculino pudiera transmitir la herencia a la agnada femenina, en virtud de que esta última se encontraba excluida de la herencia en base a la *lex Voconia*.<sup>167</sup> Su razonamiento es intere-

<sup>163</sup> POLIBIO, Hist. XXXI, 28, párrafos 1,2,3 visto anteriormente.

<sup>164</sup> POLIBIO, Hist. 26 XXXI, 26, visto también anteriormente en el capítulo II del presente trabajo.

<sup>165</sup> Plini, *Epistolarum* (5,1 pr. y 2,3) visto anteriormente.

<sup>166</sup> En su comentario a las Instituciones de GAYO, *op. cit.*, p. 213.

<sup>167</sup> Sobre la *lex Voconia*, GAYO hace referencia a la misma en el texto 2.274 de sus Instituciones, al señalar que *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relicta sibi hereditatem capere potest*. Sobre la misma ver: Antonio GUARINO, "Lex Voconia", *Labeo*, vol. 28 (1982), pp. 188 a 191.

sante, por el hecho de que nuestra institución dejaba sin efectos la presente ley realizada para evitar que los patrimonios de la primera clase del censo terminaran en manos de mujeres.

### 6a. Hipótesis. Cumplimiento de obligaciones hereditarias

Considera también Kniep<sup>168</sup> que el campo originario y propio de la *in iure cessio hereditatis* después que el heredero había aceptado la herencia, se desarrolló en la realización del concurso hereditario, mediante el cual se cumplían las obligaciones hereditarias frente a los acreedores. No veo oposición respecto a tal razonamiento, visto que la institución analizada permitía la adquisición de la propiedad de bienes hereditarios, el adquirente bien podría ser el acreedor de la herencia, extinguiéndose por este acto el crédito hereditario.

En lo referente a los fines de la propia institución, éstos se deben dividir en dos aspectos: el primero, referente a la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* y el segundo, referente a la *in iure cessio hereditatis post aditionem*.<sup>169</sup> Las finalidades de la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* son las siguientes: transmitir el título de *heres* a un tercero y, la segunda, como consecuencia de la primera, la adquisición por el cesionario de una cosa incorporal denominada *hereditas* entendida como *ius successionis*.<sup>170</sup> El fin de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* radica en que un conjunto de cosas materiales sean adquiridas como una universalidad de hecho.

## X. CONCLUSIONES

La *hereditas* es una *res* incorporal y por lo tanto *nec mancipi*. Las *res nec mancipi* se transmiten por *in iure cessio* o por *traditio*, no pudiéndose adquirir la propiedad de la *hereditas* por la simple *traditio*

<sup>168</sup> KNIKP, *op. cit.*, p. 198.

<sup>169</sup> Pasquale VOCI, *op. cit.*, p. 100, dice: "La *in iure cessio hereditatis non* è un istituto unitario. La trattazione di Gaio non deve ingannare, perché essa è solo apparentemente unitaria...".

<sup>170</sup> ALBANESE, *op. cit.*, p. 413, señala que: "in realtà l'inquadramento in cui ci è presentata è giustificato per una sola ipotesi. Le altre quattro ipotesi di *in iure cessio hereditatis* e *nessuno*, si badi, di fronte alla chiarissima de esplicita testimonianza delle fonti, può essere autorizzato a non applicare quel nome alle ipotesi di cessione diverse da quella compiuta *ante aditionem* dall'*heres legitimus* non hanno niente a che vedere con la cessione del *ius successionis*, e quindi sono assolutamente fuori posto nella categoria sistematica a loro assegnata dai classici".

debido a que, con independencia de que la herencia contenga cosas corporales, el derecho sucesorio es en sí mismo incorporal, y la *traditio* requiere de una entrega material.

Los herederos necesarios no pueden realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, porque se encuentran frente a una imposibilidad práctica derivada de la carencia de un periodo anterior a la *aditio*; con la llamada a la herencia, se consideraban herederos situados en la posición de quien ya hubiese adido la herencia.

El heredero testamentario no puede realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* por lo siguiente:

- a) Ocasionaría la violación a la última voluntad del de *cuius*.
- b) En origen, el *heres scriptus* es la misma persona que el *heres* necesario.
- c) El heredero testamentario si realizara la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*, obstaculizaría la apertura de la sucesión *ab intestato*.

La *in iure cessio hereditatis ante aditionem* del heredero intestado voluntario, surge como una necesidad ante la prohibición de la *successio graduum*, que ocasionaba la imposibilidad que otros agnados menos próximos obtuviesen la herencia ante la renuncia del agnado más próximo.

La *in iure cessio hereditatis* que realizaba el heredero voluntario *ante aditionem*, no supone violación del principio *semel heres, semper heres*, porque la herencia no ha sido aceptada todavía.

En la *in iure cessio hereditatis post aditionem*, el heredero conserva dicho carácter por el principio *semel heres, semper heres*, cediendo las cosas hereditarias y respondiendo ante los acreedores de las obligaciones, porque las mismas no son transmisibles mediante *in iure cessio*. Los créditos se extinguen, porque el heredero manifiesta no tener aquel título único que le daría fundamento para exigirlos.

Los Sabinianos, al considerar a la *in iure cessio hereditatis post aditionem* del heredero necesario como acto nulo, ocasionan la imposibilidad de que el *heres necessarius* enajene como cualquier *dominus* sus bienes, desembocándose en una inoperante prohibición, por lo que la opinión Proculyana prevaleció.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSINO, Rodolfo, "*In iure cessio hereditatis*", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 10 (1944).
- DE MARTINO, Francesco, "Nota in tema di *in iure cessio hereditatis*", *Studi in onore di Siro Solazzi* (1948).
- BETTI, Emilio, "*In iure cessio hereditatis, successio in ius, e titolo di heres*". *Studi in onore di Siro Solazzi* (1948).
- GUARINO, Antonio, "*In Iure Cessio Hereditatis*", *Studi in onore di Siro Solazzi* (1948).
- FADDA, Carlo, *Concetti Fondamentali del Diritto Ereditario Romano* (s/e; Milano, Giuffrè, 1949), vol. II.
- ALBANESE, "La nozione originaria dell' eredità romana", *Annali del Seminario Giuridico della U. Di Palermo*, vol. XX (1949).
- BOYER, G., "Droit Successoral Romain dans Polybe", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, núm. 4 (1950).
- AMBROSINO, Rodolfo, "Esercitazioni di dommatica moderna sul diritto romano", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 17 (1951).
- BIONDI, Biondo, *Diritto ereditario romano* (s/e; Milano, Giuffrè, 1954).
- TORRENT, Armando, *Venditio hereditatis* (s/e; Salamanca: Universidad de Salamanca, 1966).
- ROBBE, Ubaldo, "I due significati di *Hereditas* e la I.I.C.H.", *Studi in memoria di Guido Donatuti*, vol. III (1973).
- BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano* (s/e; Milano, Giuffrè, 1974), vol. 6.

## CUATRO ABOGADOS CENTROAMERICANOS EN EL MÉXICO DECIMONÓNICO

Isidro GONZÁLEZ  
Alberto SAÍD

SUMARIO: I. *La independencia de la Capitanía General de Guatemala y su anexión al Imperio mexicano.* II. *La Federación de Centroamérica; la caída de Manuel J. Arce, y el destierro del grupo conservador.* III. *Manuel Beteta y Cervantes.* IV. *Francisco Manuel Beteta y Cervantes.* V. *Francisco José de Córdova, "Cordovita".* VI. *Doctor Mariano Gálvez.*

### I. INDEPENDENCIA DE LA CAPITANÍA GENERAL DE GUATEMALA Y SU ANEXIÓN AL IMPERIO MEXICANO

El territorio de la Capitanía General de Guatemala comprendió a las provincias de Chiapas y Soconusco, El Salvador y Sonsonate, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Nicoya, y desde luego a Guatemala (que alguna vez incluyó a Belice). Es por ello que al referirnos a ese territorio en los periodos colonial y de independencia se alude a Centroamérica, y no solamente a Guatemala o alguna provincia.

El movimiento de Independencia de este "Nuevo Reyno" fue tardío en relación a los de la Nueva España y Sudamérica, estos últimos influyeron en el de la Capitanía. Alguna vez se llegó a temer el ataque de las fuerzas de Morelos a la provincia de Chiapas que, como ya se dijo, formaba parte de la Capitanía. A pesar de que los medios de comunicación eran rudimentarios, comparados con los de hoy día, existieron viajeros incansables, generalmente forzados por la economía o circunstancias políticas. Piénsese, por ejemplo, que don Gabino Gainza, Capitán General de Guatemala y primer jefe político de la Independencia, luchó en el bando realista en contra de la insurgencia sudamericana. Estos viajeros indudablemente contribuyeron al intercambio de ideas e información, además del que propiciaron los correos y las gacetas que desde el siglo XVIII se publicaron en Centroamérica.

La Independencia de la Capitanía fue dirigida fundamentalmente por criollos: laicos y religiosos; nacidos y afincados en este territorio.

El historiador Manuel Valladares Rubio, nos ilustra sobre las características de los "hombres de la independencia" en la provincia de El Salvador:

"Dos puntos singulares solicitan la atención observadora en aquella conspiración salvadoreña. Todas eran personas de viso, bien acomodadas de bienes de fortuna e influyentes por su posición social y personales prendas; y casi todas estaban ligadas por vínculos cercanos de parentesco.

Las familias de los Delgados, los Arces, los Laras, los Aguilares, los Aranzamendis y los Fagoagas, poseedores eran de bienes cuantiosos en tierras y comercios durante la colonia. Bienquistas por sus apacibles costumbres y sentimientos benéficos (...) con todos los prestigios de los puestos de honor que las leyes de Indias permitían a los criollos y con todas las comodidades de su posición pecuniaria, mucho arriesgaban y nada ganarían en su personal utilidad al rebelarse contra el fuerte poderío español...".<sup>1</sup>

Lo dicho por Valladares Rubio respecto a El Salvador, se puede extender al resto de las provincias centroamericanas.

El movimiento independentista centroamericano fue de carácter ideológico, más que militar, promovido y ejecutado por la clase culta criolla. Basta leer con detenimiento el interesante artículo "Datos genealógicos de los trece próceres que firmaron el acta de Independencia de Centroamérica"<sup>2</sup> para comprender a cabalidad que la Independencia centroamericana tuvo como motor a los nacidos en América, a los descendientes de antiguos pobladores y funcionarios públicos de esa región.

El pensamiento criollo, previo a la Independencia, se manifestó en la *Sociedad Económica de Amigos del País*, fundada en 1794, disuelta por orden ministerial el 23 de noviembre de 1799 y suprimida por Real Orden de 14 de junio de 1800. La Sociedad fue restablecida por decreto del 12 de julio de 1810, en los tiempos de la gobernación de don Antonio González de Saravia y Mollinedo. Los fines de esta agrupación quedan manifiestos en el artículo 1o. de sus estatutos, que dice:

<sup>1</sup> Sucesos Precursores de la Independencia, Guatemala, E. E., 1971, p. 164.

<sup>2</sup> APARICIO, Edgar Juan; ORDÓÑEZ, Ramiro; y FALLA, Juan José, Revista de la Academia Guatemalteca de Estudios Genealógicos y Heráldicos, núms. 5 y 6, 1973.

El instituto de la Sociedad será promover y fomentar la agricultura, industria, artes y oficios de este Reyno, especialmente de la Capital y su provincia en todos los ramos que sean compatibles con los de la Metrópoli, por medio de discursos, demostraciones, premios y demás que acostumbra las Sociedades de Europa, mejorar la educación pública, desterrar la osiedad (sic), y proporcionar ocupaciones y modos de subsistir en que estriba el fundamento principal del aumento de la población.<sup>3</sup>

En 1821 llegó el momento en que el grupo criollo se dio cuenta que era el tiempo de realizar la Independencia de la Capitanía con respecto a España. El primer problema que se presentó fue el de tratar de mantener unido al territorio que comprendía a la citada Capitanía, toda vez que El Salvador externó sus ideas independentistas.

El segundo asunto que debió resolverse fue determinar, si una vez separada la Capitanía debía constituirse en una república independiente, o bien, si debía anexarse al naciente Imperio mexicano. A quienes optaron por esta última fórmula se les llamó anexionistas. Ellos triunfaron sobre el grupo independentista. Debe reconocerse que la presencia del contingente de tropas al mando del general Vicente Filisola, enviado por Iturbide a esa zona, fue una de las causas que propiciaron la mencionada anexión.<sup>4</sup>

Filisola, quien nació en Nápoles, desempeñó un importante papel en la historia de nuestro país en los primeros años de su vida independiente. Él nos dejó testimonio de su actividad militar en dos importantes textos para la historia de México: *La cooperación de México y la Independencia de Centroamérica*; <sup>5</sup> y *La Guerra de Tejas*.<sup>6</sup>

Filisola, en España, fue conocido como "el napolitano"; en México, como "el español"; y en Centroamérica, como "el mexicano"; él fue el jefe político de Centroamérica y se casó en la ciudad de México con doña María Guadalupe de Fernández,<sup>7</sup> el 10 de diciembre de 1815, en la Parroquia de la Asunción.

<sup>3</sup> REYES, José Luis, *Apuntes para una monografía de la Sociedad Económica de Amigos del País*, Guatemala, José de Pineda Ibarra, 1964, p. 31.

<sup>4</sup> Diversos artículos en el libro: *Textos de la historia de Centroamérica y el Caribe, Centroamérica-2*, México, Instituto de Investigaciones, Doctor J. M. L. Mora, Universidad de Guadalajara, y Nueva Imagen, 1988.

<sup>5</sup> México, Ed. Porrúa, 1991.

<sup>6</sup> México, SDN, 1987, 2 tomos.

<sup>7</sup> La copia del acta parroquial nos fue proporcionada por el historiador y genealogista Augusto Vallejo de Villa.

Al unirse al Imperio mexicano, las provincias de Centroamérica contaron con representación en el órgano legislativo de aquél; uno de sus diputados fue José Cecilio del Valle<sup>8</sup> quien llegó a ser Ministro de Relaciones Exteriores de Iturbide. Otro de los legisladores fue el licenciado Pedro de Arroyave y Beteta, firmante del acta de Independencia de Centroamérica; hermano entero de Francisco de los mismos apellidos (quien participó en el movimiento de Independencia al lado de Morelos; liberó a Leona Vicario de su cautiverio en el convento Belén de las Mochas; y fue fusilado en Tehuacán, Puebla en 1814);<sup>9</sup> y tío de los licenciados Manuel y Francisco María Beteta, de los que hablaremos más adelante.

A la caída de Iturbide, Filisola convocó en Guatemala a un congreso para determinar si Centroamérica continuaría formando parte de México o se constituía en un Estado independiente.

El resultado de ese congreso, fue el "Acta de Independencia Absoluta de Centroamérica", en la que se declaró la independencia, no sólo respecto a España sino también de México o de cualquier otra potencia. Este importante documento dado en Guatemala el 1o. de julio de 1823, fue redactado por el licenciado Francisco José de Córdoba, a quien aludiremos posteriormente. Así nació la Federación Centroamericana, formada por el territorio de la Capitanía, excepción hecha de Chiapas que desde entonces es parte del territorio de México.

## II. LA FEDERACIÓN DE CENTROAMÉRICA; LA CAÍDA DE MANUEL J. ARCE; Y EL DESTIERRO DEL GRUPO CONSERVADOR

Una vez que Centroamérica se separó del Imperio mexicano, tuvo que definir la forma de gobierno que debía de adoptarse. La respuesta política fue el federalismo, así Centroamérica se unió en una federación entre 1823 y 1840. Por desgracia, este proyecto no pudo sostenerse debido a la lucha —terrible— entre liberales (llamados *fiebres* o *exaltados*) y conservadores (llamados *moderados* o *serviles*), y a las numerosas e intermitentes guerras civiles que sucedieron en los Estados de la Federación.

<sup>8</sup> Véanse las Cartas autógrafas de y para José Cecilio del Valle, México, Ed. Porrúa, 1980; y PÉREZ CADALSO, *Eliseo, Valle, Apóstol de América*, Tegucigalpa, Imp. Bulnes, 1954.

<sup>9</sup> MIQUEL I. VERGES, José María, *Diccionario de Insurgentes*, México, Ed. Porrúa, 1980.

El primer Congreso Constitucional Federal se instaló el 6 de febrero de 1825, en Guatemala; el salvadoreño Manuel José Arce fue elegido Presidente de la Federación, aunque no es sino hasta el día 30 de abril de ese año, cuando tomó posesión de la primera magistratura.

El propio Arce<sup>10</sup> nos ilustra que:

Todo el año de 1825 fue de prosperidad; aunque la tranquilidad de que gozaba era agitada; si puedo explicarme por qué al mismo tiempo que comenzó la marcha constitucional se desataron las animosidades por medio de los papeles públicos.

El año siguiente (1826) estalló una guerra civil que terminó —años después— con la caída y expatriación del grupo conservador, y el ascenso al poder de los liberales encabezados por el hondureño Francisco Morazán, el doctor Mariano Gálvez y José Cecilio del Valle.

Morazán, con el auxilio del mercenario francés Raúl, el 12 de abril de 1820 obligó a rendirse al ejército al mando del general Arzú, y a la ciudad de Guatemala. Siguió la capitulación, que después Morazán no cumplió, pues es justo decir que fueron muchas las arbitrariedades cometidas con el grupo caído.

Sobre estos momentos difíciles para Arce y los suyos, Clemente Marroquín Rojas nos explica:<sup>11</sup>

Fueron los primeros arrestados el Presidente Arce, el Vicepresidente Beltranena, el jefe del Estado Mariano de Aycinena, el Secretario de éste y otros; pero no satisfechos vino la farsa de una invitación que no tenía más objeto que apresarlos a todos. La Universidad se llenó de presos y aquí entró el desquite con el tratamiento que se les dio.

Cabe señalar que muchos de los actores de la Revolución del 29 nos han legado sus "memorias", donde narran y valoran los hechos en que participaron.

El propio Morazán, en sus "memorias" —inconclusas y poco conocidas—, trata de justificar los encarcelamientos y confiscaciones:<sup>12</sup>

<sup>10</sup> *Memorias comentadas*, San Salvador, s/e, 1903, p. 8.

<sup>11</sup> *Morazán y Carrera*, Guatemala, Ed. José de Pineda Ibarra, 1971, p. 62.

<sup>12</sup> SANTANA, Adalberto, *El Pensamiento de Francisco Morazán*, México, UNAM, 1992, p. 112.

Si el gobierno de Guatemala señaló, para sostener el ejército, contribuciones forzosas a los propietarios que pertenecían al partido vencido, además de que estaba en sus facultades esta medida, la necesidad de pagar sus haberes al soldado vencedor, lo exigía y la política demandaba no sacar esos fondos de los que más habían prestado buenos servicios. . .

A pesar de que en mi opinión el número de los presos debía ser el menos posible, como lo había acreditado, reduciéndolo a cinco individuos de los más notables, la de los pueblos, así como la de los Gobiernos de los Estados y la del ejército, era totalmente contraria.

Lo cierto es que lo que siguió a la cárcel, maltratos, abusos, saqueos y confiscaciones, fue el destierro o expatriación a perpetuidad de un importante grupo de conservadores que desunió a decenas de familias.

El decreto de expatriación, presuntamente redactado por José Cecilio del Valle, en sus partes medulares, reza así:

Art. IV. Serán expatriados perpetuamente, y confinados fuera de la República, al país que designe el Gobierno de acuerdo con el Senado:

1o. El ex-presidente y ex-vicepresidente de la República, Manuel José Arce y Mariano Beltranena.

2o. Los ex-secretarios de Estado y del Despacho de Relaciones, Juan Francisco de Sosa, y de Guerra, Manuel de Arzú.

3o. Los jefes de sección que funcionaron como Secretarios en los mismos ramos, Francisco María Beteta y Manuel Zea.

4o. Los primeros y segundos jefes del ejército federal que sirvió a disposición del Gobierno, durante la Revolución, Francisco Cáscara, Manuel Montúfar y José Justo Milla, pues los demás quedan incluidos en este artículo bajo otros respectos.

5o. Al que se tituló Jefe de Estado de Guatemala, Mariano de Aycinena.

6o. Los que le sirvieron en calidad de Secretarios: Agustín Prado, José Francisco de Córdova, Antonio José de Irizarri, José de Velasco, Vicente Domínguez y Vicente del Piélagos.

7o. El Comandante General que fué de las armas de la Federación y del Estado, Antonio del Villar.

8o. Todos los Jefes militares, desde sargentos mayores inclusive, que no siendo originarios de América, hayan servido en el ejército de la Federación ó en el del Estado durante la guerra.

9o. Los españoles no naturalizados que hubiesen tomado armas

en favor del Gobierno intruso, a menos que acrediten haber sido forzados a este servicio.

10o. Los individuos del Consejo Militar creado en el Estado de Guatemala en el año de 1827, que como tales hubiesen votado pena capital en causas políticas; y los magistrados de la Corte Superior de Justicia del mismo estado, en que se imponía esta pena".

Este "triste" decreto fue dado por el Pleno del Senado en Guatemala el 5 de septiembre de 1829.

Arce<sup>13</sup> se queja, con razón, de la condena confiscatoria y por la expatriación de "centenares" de hombres sin juicio previo, también dice que "contrista saber, que el sabio José Cecilio del Valle, fue el autor de ese monumento de ceguedad, de ira y de venganza, y que liberales como Gálvez y Berrundia lo sancionaron".

A continuación, se presenta la nómina de expatriados, fruto de nuestras investigaciones en: el Archivo General de Centroamérica; el archivo particular del Marqués de Vistabella, a sus documentos se tuvo acceso gracias a la amabilidad de su nieto, don Luis Alfonso Ortega y Aparicio; y el Archivo General de la Nación, en donde felizmente se encontró el expediente de Pasaportes, número 47, Entradas de 1829, titulado: "Sobre llegada a Acapulco del S. don Mariano de Beltranena y otros individuos expulsados de la República de Centroamérica" (folios 259-302 del volumen 23).

La nómina de patriotas expatriados es la siguiente:

Manuel Arbeu; Manuel J. de Arce, Presidente de la Federación; Paulino Archila; Mariano de Aycinena; fray Juan Ballesteros; Vicente Barillas; Luis Basagoitia; fray Eusebio Batres; Mariano de Beltranena, Vicepresidente de la Federación; Lic. Francisco María Beteta, Secretario General de Gobierno y encargado del despacho de la Cancillería; Lic. Manuel Beteta, hermano gemelo del anterior y Auditor General de Guerra; Fr. Ramón Casaús y Torres; don Ángel María Candina; Francisco Cáscara; Luis Castellanos; Juan de Dios Castro; Dionisio Crispín; Mariano Cristalis; Lic. José Fco. Córdova, redactor de la segunda Acta de Independencia de Centroamérica; fray Ignacio Culebro; Vicente Domínguez; Francisco Escobar; Blas García; Miguel García Granados; Joaquín García Granados; la poetisa Pepita García Granados; Vicente García Granados; Domingo González; Miguel

<sup>13</sup> Op. cit., p. 309.

González Sravia; Antonio González Saravia y Nájera; fray Lorenzo Gómez; José Grilo; Antonio José de Irisari, quien fue Jefe de Estado en Chile; Guillermo y Juan Francisco Irisarri; Manuel Meza; José Justo Milla; Lic. Juan Esteban Milla; Juan Monge; Manuel Montúfar; Juan Montúfar; Fermín Muñoz; fray Miguel Muñoz; Ramón Pacheco; José Antonio Palomo y Montúfar; Domingo Payés; Manuel Francisco Pavón; Indalecio Perdomo; Vicente del Piélago; Agustín Prado; Juan Antonio Portal; Manuel Quijano; fray Franco Salazar; Bernardo Sagazeta; Calixto Sánchez; Nicolás Sánchez; Juan Francisco Saozuaga; Juan Francisco de Sosa; fray Antonio Suárez; Mateo Sutiaga; Rafael Sutiaga; Ángel Trevilla; Jorge Ubico; Macario Valenzuela; Manuel Vargas; José de Velasco; José María Vera; Francisco Vigil; Antonio del Villar y Manuel Zea (Rodríguez de).

De esta extensa relación de expatriados apenas volvieron a Centroamérica unas quince personas, entre ellos, el abogado Manuel Beteta.

Sobre la odisea de trasladarse a México, contamos con tres versiones coincidentes en la sustancia. Dos publicadas,<sup>15</sup> y la tercera, hasta hoy, inédita<sup>14</sup>. Por ello la presentamos casi en su integridad; este relato fue escrito por el vicepresidente derrocado, Mariano de Beltrana:

"S.E. El Sor Ministro de Estado i  
del Despacho de relaciones exteriores e interiores de los  
Estados Unidos Mejicanos

Acapulco 13 de octubre de 1829.

"Señor

"A consecuencia de las turbaciones políticas que han afectado a Centro-América, y en virtud de órdenes dictadas sin autoridad legal por el gefe de las fuerzas que alcanzaron en ella los últimos triunfos; fui arrancado de la silla del Poder ejecutivo, que ejercía como Vicepresidente de aquella República, reducido a prisión en unión del Presidente y de otros muchos otros empleados civiles y militares, y separado por fin de la patria a bordo del Bergantín

<sup>14</sup> GARCÍA GRANADOS, Miguel, *Memorias del General Miguel García Granados*, Guatemala, Biblioteca de Cultura Popular, 1952, 4 tomos; y MONTUFAR, Manuel, *Memorias para la historia de la revolución de Centroamérica* (Memorias de Jalapa), Guatemala, Tipografía Sánchez & de Guise, 1934; y *Papeles del ochocientos*, Guatemala, El Imparcial, 1933 (ordenados por José Arzú).

<sup>15</sup> En el Ramo Pasaporte, vol. 23, año 1829, Archivo General de la Nación. Se respeta ortografía original.

Mejicano, Hidalgo en la rada de Acajutla (El Salvador); para ser conducidos a Panamá o al punto que más nos conviniere.

"Desde el momento que el pavellón de esta República nos ofreció un asilo, recobramos la libertad y resolvimos dirigirnos a sus costas con preferencia a otro alguna, buscando la protección de leyes hospitalarias.

"A los cuarenta y un días de una navegación penosa en que varias veces estuvimos expuestos a perecer, ya por falta de agua, ya por la mala calidad y escases de los víveres, ya por los recios temporales frecuentes en la estación, ya por fin por las enfermedades consiguientes a la reunión de multitud de personas en un buque apenas capaz de treinta pasajeros; logramos por último tomar este puerto el 7 del corriente, y después de cumplir con la primera de las obligaciones que imponen a los extranjeros el reglamento de pasaportes. . . tengo el honor de dirigirme a V.E. implorando del Gobierno de los Estados Unidos Mejicanos para mi y para los de mi desgracia, *el asilo y protección* que desde el puerto de nuestra procedencia no dudamos encontrar en esta República amiga y hermana de la nuestra.

"No molestaré la atención de V.E. con la historia de nuestras desgracias; pero en favor de mis compañeros séame permitido manifestar algunas de las causas que hacen su suerte más infeliz.

"La capitulación celebrada el 12 de abril último entre la plaza de Guatemala y el General de las fuerzas invasoras parecía haber puesto fin a la guerra. . . que durante algunos meses sufría el estado de Guatemala y la capital misma de la república en los tres días que duró el ataque, pero esta capitulación que garantiza vidas fue declarada nula e insubsistente, por decreto del general invasor, fundado en frívolos y falsos pretextos, algunos días después de haber ocupado la ciudad en virtud de ella.

"Poco antes se habían verificado las prisiones y comenzaron después los embargos sobre unas fortunas casi destruidas por el saqueo, con el fin de tomar el tercio de los haberes de mucha parte de los presos, para indemnizar los perjuicios ocasionados por la guerra al partido vencedor, y para ocurrir a los gastos que ocasionare la expulsión de los mismos presos. esto produjo atropellamientos que no respetaron secso ni edad, y en vez de suministrarse alimentos necesarios a una multitud de empleados civiles y militares que continuaban en prisión, sin proceso ni orden judicial, se eisijió a muchos de los primeros la devolución de sueldos que habían percibido mientras sirvieron sus destinos, y se subastaban los restos de sus escasos bienes para cubrir esta pre-



tendida deuda. Así es que muchos de estos infelices han sido embarrados en una absoluta indiferencia, después de haber sufrido más de cuatro meses de prisión sin juez, sin juicio, y sin ser considerados prisioneros de guerra.

"A fines del mes de junio se reunieron los representantes al Congreso Federal de 826, cuyos poderes habían caducado, según el tenor de nuestras leyes fundamentales; y aunque se declararon constituidos en Congreso Legislativo como una representación legítima no pronunciaron que hubiera lugar a formación de causa contra los que ejercimos el ejecutivo, ni nos substraieron del poder militar, ni restablecieron el imperio de las leyes.

"Tal era el Estado de las cosas, cuando en la tarde del 8 de julio se nos intimó de palabra a la marcha aquella noche, circunstancias que ignoramos detubieron la marcha hasta la mañana siguiente, en que se verificó por el camino a Sonsonate escoltándonos un batallón. Esto fué como en una estación rigurosa, despojados de nuestros bienes, enfermos algunos y pobres casi todos; se nos arrancó de Guatemala, sin ser juzgados ni sentenciados legalmente, y sin que ordenase nuestra expulsión, mas que la voz militar del jefe de una fuerza a la cual y a las pasiones estaban cedidos alternativamente los derechos de la legislación y de las manifestaciones.

"Un mes se nos tubo todavía presos en Sonsonate, mientras se presentaba buque para embarcarnos, y en este tiempo fueron llevados a incorporarse con nosotros varios jefes y oficiales que estaban prisioneros en San Salvador, y algunos regulares, cuyos institutos acababan de ser extinguidos en Guatemala.

"Durante nuestra permanencia en aquella Ciudad, tampoco se recibió decreto o resolución de alguna autoridad legislativa o ejecutiva de la República sobre nuestra expatriación o destino. Sin embargo se presentó el bergantín Hidalgo, en el cual contrató nuestro transporte un ayudante del General que disponía de Nuestra Suerte, y a escepción de ocho ó diez de los presos, todos los demás fuimos llevados a bordo y dimos la vela el 28 de Agosto.

"Los motivos que por la estación y circunstancia del buque nos hacían temer como muy peligrosa, una navegación larga, y principalmente el deseo y la esperanza que antes tube la honra de manifestar a V.E. de encontrar un asilo en esta República, para poder acercarnos a nuestras familias que quedaron abandonadas en Guatemala, nos determinaron a dirijirnos acia estas costas.

(En el original siguen seis renglones que aluden a los españoles que venían en el bergantín Hidalgo, quienes con motivo del *Decreto de Expulsión de Españoles* en México, no podían desembarcar; por esa razón Beltranena pide para ellos se les permita viajar a otro puerto y únicamente entrar a nuestro país en tránsito. Esta solicitud fue atendida y los españoles pudieron abandonar el territorio nacional por Veracruz).

Con respecto a los Centro-americanos me atrevo a esperar igualmente que el mismo gobierno Supremo tenga la bondad de concederles las cartas de seguridad que ecsije la ley, para permanecer en cualquier punto de la República que pueda convenirles. Todos ellos son hombres honrados, pacíficos e incapaces de corresponder mal a la hospitalidad y protección q'solicitan.

"No dudo que V.E. se interesará en favor de estos infelices, y que unos y otros recordarán con gratitud el nombre mejicano y el día en que arrivaron a estas costas.

"Tengo la honra de ofrecer a V.E. mis respetos y de suscribirme con sentimientos de la más alta consideración de V.E.

Señor Ministro,

Muy atto, obediente, servidor

Mariano Beltranena

(Rúbrica)."

Ellos fueron los primeros asilados políticos centroamericanos en nuestra República. La tradición de recibir refugiados de aquellos lugares, para orgullo de nuestro país ha continuado hasta nuestros días.

Éste fue sólo un grupo de desterrados, pues por tierra —a través de Chiapas— llegaron a México numerosos exiliados, entre ellos el abogado Francisco José de Córdova, llamado por su estatura física "Cordovita", a quien aludiremos en próximas líneas con mayor detalle.

Numerosa ha sido la sucesión de los exiliados del 29 en México, a título de ejemplo rendimos esta cuenta: De Córdova, descienden los Larráinzar y la familia Vallejo de Villa; de los González Saravia, la familia Saravia, de Durango y de la ciudad de México; de Francisco Beteta: los Beteta Álvarez, los Beteta Monsalve, los Beteta Pleasant y los Sánchez Gavito; de Manuel Beteta: los Martínez del Sobral, los Aguilera Beteta y los Saíd Ramírez-Beteta; de los García Granados,

los Castaños y Cañedo;<sup>16</sup> de Agustín Prado, los jóvenes Mayaguita R.

En torno a los hombres del 29, a nuestro juicio, no se ha realizado, ni en México ni en Guatemala, un estudio profundo en el que se describan a detalle los pormenores del gobierno de Arce, su caída y el trabajo y quehaceres de este grupo de patriotas en el exilio.<sup>17</sup>

### III. MANUEL BETETA Y CERVANTES

Don Manuel fue hijo del acreditado impresor centroamericano Ignacio Beteta y Quirós, quien por diecinueve años publicó "La Gazeta de Goathemala" (1797-1816); también salieron de su taller: "El Editor Constitucional" (1820); y el "Genio de la Libertad". De su imprenta se dieron a conocer los "Kalendarios y guías de forasteros", así como numerosos libros, tesis y novenarios. La imprenta se ubicó en séptima calle y el callejón de "El Fino" en Nueva Guatemala (casa que aún conservan sus descendientes). Fue madre de don Manuel Beteta, doña Josefa Cervantes y Loaisa, descendiente del conquistador Diego de Mazariegos, fundador de San Cristóbal de las Casas.

Manuel de Jesús Alejandro (conocido sólo por Manuel) fue gemelo de Francisco María, su inseparable hermano, ambos nacieron el 24 de septiembre de 1797, siendo bautizados dos días después en el Sagrario de Nueva Guatemala.

<sup>16</sup> Sobre la sucesión de los García Granados véase el libro *Casa García Granados*, por Francisco Javier de Castaños y Cañedo, México, Ed. del autor.

<sup>17</sup> Véanse sobre los patriotas de 1829, BATRES JÁUREGUI, Antonio, *Landívar e Irisarri*, Guatemala, Ed. del Ministerio de Educación Pública, 1957; CRUCHAGA, Miguel, *Juicio seguido en contra del fisco por los Herederos de don Antonio José de Irisarri*, Santiago de Chile, Imprenta Barcelona, 1986; DONOSO, Ricardo, *Antonio José de Irisarri, escritor y diplomático, 1786-1868*, Universidad de Chile, 1966; IRISARRI, Antonio José (de), *El Cristiano Errante*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1929; *Historia del perinclito Epaminondas del Cauca*, Guatemala, Ed. del Ministerio de Educación Pública, 1951, dos tomos; *Carta de don Antonio José de Irisarri a su hijo don Hermógenes*, Brooklyn, 1864; *Carta de un americano a un diputado de las Cortes extraordinarias de España*, Londres, Imprenta de Nichols, 1821; *Empréstito de Chile*, Imprenta La Opinión, 1833; MONTANER BELLO, Ricardo, *Don Antonio José Irisarri, filólogo*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1933; PORTAMENCOS, Humberto, *Parnaso guatemalteco*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1928; RODRÍGUEZ SOLÍS, Manuel, *Medallones de Oro*, Guatemala, Ministerio de la Defensa Nacional, s/f; RUBIO SÁNCHEZ, Manuel, *Francisco Cáscara*, Guatemala, EDE, 1984; SALAZAR, Ramón, *Mariano de Aycinena*, Guatemala, Editorial del Ministerio de Educación Pública, 1952; *Historia de veintiún años*, Guatemala, Editorial del Ministerio de Educación Pública, 1952, dos tomos.

Asistió, junto con su hermano, a la universidad. Al contar con veinte años (1817) presenta el testimonio de haber cursado y aprobado las materias necesarias para obtener el grado de Bachiller. En 1818 se examina y obtiene el grado de Bachiller en cánones y leyes.

Ya en 1814 había obtenido su bachillerato en Artes (filosofía), para ello presentó su tesis: "Universam Logicam; metaphysicam et ethicam generalem Archiepiscopi, Lugdu/mensis, ut inter Philosophiae baccalaureos/possim numeri explicare, atque def-/fendere promitio. (Al pie:) Apud. Beteta. (1 hoja impresa por un lado. Tarjeta de D. Manuel Beteta).<sup>18</sup>

A continuación se señalan los temas defendidos por Manuel Beteta en sus exámenes:

— Propositiones/de iure naturali, ac regio Castellae/et Indiarum/defendendae/ab Emmanuele Beteta/sub disciplina/D. D. Iosephi Mariae Álvarez<sup>19</sup>/Iur Civiles Profes/(Bigote). Guatemala/1817/Filete doble. Apud. Betetam (L imprenta de su padre, el referido Ignacio Beteta).<sup>20</sup>

Trece hojas con la dedicatoria de don Jacobo y Ciro de Villa Urrutia.

— Sub B. et Moderat. D. Marian./Galvez praes Emmanuel Beteta,/in praevio examini ad bacc.lau-/ream in jur. Canon. obtiendam./etc. (Al pie) Apud/Betetam. 1 hoja impresa por un lado, 13 de julio de 1818.<sup>21</sup>

— Emmanuel Beteta examen/. . . ut in/Jure Civ. Bacc. lauream mereri valeat/ (Al pie:) Apud/Betetam. 1 hoja impresa por un lado, 9 de noviembre de 1818.<sup>22</sup>

En 1822 se colegia en el Ilustre Colegio de Abogados, en su nómina aparece tanto Manuel como su gemelo. Este colegio fue disuelto por el gobierno liberal en 1832.

Como se ha dicho, en 1822 Centroamérica formó parte del Imperio mexicano, por ello, en el informe que envía Felipe Codallos a las

<sup>18</sup> MEDINA, José Toribio, *La Imprenta en Guatemala*, Santiago de Chile, edición del autor, 1910, p. 567.

<sup>19</sup> Autor de las *Instituciones de Derecho Real y de Castilla y de Indias*, obra reimpresa en México en 1826, adquirida por don Manuel en su exilio. El tomo IV de esas Instituciones aún lo conservan sus descendientes en México, junto a las *Adiciones al febrero novísimo* por Eugenio Tapia (París, 1845), con la firma autógrafa del licenciado Beteta.

<sup>20</sup> MEDINA, *op. cit.*, p. 605.

<sup>21</sup> MEDINA, *op. cit.*, p. 618.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

autoridades imperiales que contiene la "lista de individuos que componen el Ilustre Colegio de Abogados en la provincia de Guatemala y su Junta Particular Gubernativa"<sup>23</sup> se encuentra Manuel Beteta como Recaudador del Colegio, con la matrícula número 57 de colegiación; también se enlista a su hermano Francisco María con la matrícula número 56.

El 2 de diciembre de 1820, colabora con un artículo en la sección Variedades del diario "El Editor Constitucional"<sup>24</sup> donde realiza una apología de los artesanos:

En Guatemala, principalmente merecen nuestros artesanos ocupar un rango distinguido en la sociedad: sus costumbres son morales e integras, su ingenio es notorio especialmente en las obras de imitación: nuestra sabia Constitución les reintegra todos los honores, que desde siempre habían sido privados, apresurémonos, pues, a darles el lugar tan debido a su mérito: tiempo es de que caiga la venda que nos ocultaba nuestros propios intereses... Conciudadanos, no basta el verlos como nuestros iguales, aunque lo sean en efecto, es necesario comunicar con ellos, si carecen de instrucción, procurársela, participarlos en nuestras tareas literarias, nuestras tertulias, diversiones y paseos...

Manuel Beteta y Cervantes contrajo matrimonio con María Mercedes Ramírez y Cervantes,<sup>25</sup> hija de su prima hermana: Andrea Cervantes Aldama, y del abogado de la Real Audiencia de Guatemala, el licenciado Manuel Ramírez Molina. Manuel Beteta y María Mercedes casaron el 15 de agosto de 1823 en el Sagrario de Nueva Guatemala (libro 20, folio 15).

Sobre la labor profesional de don Manuel, previa al destierro en 1829, podemos decir que en 1823 fue Abogado Fiscal de la Hacienda Pública<sup>26</sup> y el 8 de agosto del mismo año fue nombrado por el Supremo Poder Ejecutivo, Juez de Letras por el partido de Solalá.<sup>27</sup>

Su carrera judicial continúa con este orden: Juez de Letras por la ciudad de Guatemala (1824); y Magistrado del Tribunal de Segunda

<sup>23</sup> Archivo General de la Nación.

<sup>24</sup> Tal vez escrito en colaboración de su "cuache" (cuate), pues firma el artículo Francisco Manuel Beteta.

<sup>25</sup> Quien fuera retratada por "El Fino": Francisco Cabrera (1781-1845).

<sup>26</sup> Archivo General de Centroamérica, B90.2, exp. 31100, leg. 1277.

<sup>27</sup> Archivo General de Centroamérica, B6.17, exp. 92800, leg. 4124, fol. 35.

Instancia de la Corte Suprema de Justicia del Estado,<sup>28</sup> cargo al que renuncia en 1827.

Fue secretario de la Asamblea Federal entre 1827 y 1828,<sup>29</sup> en este último recibe el nombramiento de Auditor General de Guerra.

A la caída de Arce, el 19 de abril de 1829, es reducido con su gemelo a prisión en el edificio del Congreso Federal; desde donde solicita el 5 de agosto de ese año al Secretario del despacho de Hacienda, el pago de sus sueldos devengados desde 1824;<sup>30</sup> el 27 de junio en su "calidad de reo de Estado, por haber participado en actos políticos durante el régimen depuesto", renuncia a ser juzgado y opta por la expatriación, y así compartir la suerte de su hermano.<sup>31</sup>

Su éxodo hacia México nos es conocido por la descripción de Mariano de Beltranena, transcrita en este trabajo. Los "cuaches" Beteta fueron sus compañeros de infortunio y arribaron con él a Acapulco, en el bergantín "Hidalgo" en septiembre de 1829.

Francisco María y Manuel se instalaron en la ciudad de México, en la casa número 18 de la calle de Medinas (hoy República de Cuba), muy cerca de los "Portales de Santo Domingo". Este lugar se convirtió posteriormente en la residencia de la Familia Beteta y Pavón durante muchos años.<sup>32</sup>

Es justo señalar que en el exilio, este grupo fue muy unido (con sus naturales y menores fricciones), se apoyaron en lo moral y aun en lo económico, realizaron larguísimas tertulias, en las que sin duda se comentarían las "nuevas" de Guatemala.

Los "unos" fueron testigos de los "otros" en matrimonios y testamentos. Fueron recíprocos padrinos de bodas o bautizos, y solidariamente firmaban esquelas o escribían notas necrológicas cuando, uno a uno, comenzaron a fallecer.

<sup>28</sup> Archivo General de Centroamérica, B.10.7, exp. 4041, leg. 185, fol. 11; y B.86.2, exp. 27080, leg. 1158.

<sup>29</sup> TARACENA, Arturo, Biografías sintéticas, en *Revista de la Academia Guatemalteca de Estudios Genealógicos, Heráldicos e Históricos*, Guatemala, 1968, p. 298.

<sup>30</sup> Archivo General de Centroamérica, B.85.1, exp. 26227, leg. 1148.

<sup>31</sup> Archivo General de Centroamérica, B.118.9, exp. 51215, leg. 2433.

<sup>32</sup> En el padrón de la ciudad de México del año de 1848 se asentaron los siguientes datos: "Manzana número 1, cuartel menor no. 6 de Santo Domingo en la Calle de Medinas la casa no. 18, propietario, Sta. Catarina, con renta de 50 pesos. Viven: Francisco Beteta de 50 años, de Guatemala, abogado, vive desde hace 6 años casado con Piedad Pavón de 35, de Jalapa". Por otro lado, el 4 de junio de 1872, el hijo de Francisco María: Ignacio Beteta, declaró en el Registro Civil con motivo de su matrimonio, que "es abogado y vive en la calle de Medinas número 18...".

Van dos ejemplos de lo dicho, en palabras de don Manuel Montúfar:

(Salida de la Ciudad de México de los Hnos. Montúfar el 28 de junio de 1833).

Nuestra salida se había fijado... para el 28... y Piélagos se empeñó en que el 28 habíamos de comer en casa todos los paisanos, cuyo convite costeo el mismo Piélagos, y fue una mesa bastante buena.

Concurrieron a ella el señor Flores (Juan María), Neri (F. Neri del Barrio), Zea (Manuel), los Beteta (Francisco María y Manuel), Arbeu (Francisco, del famoso Teatro Arbeu), Prado (Agustín), los de la casa, es decir, Sosa (Juan Francisco), Piélagos, Rascón (J. Domingo), los dos González (Pedro y Agustín), Cordovita (José Francisco), José (Montúfar), y José Antonio Palomo y Montúfar.

Por descontado, hubo pepián, porque éste y el sancocho son la bandera nacional; por lo demás nuestra mesa fue de amigos... como a las seis de la mañana salimos de México, dejamos almorzando a los compañeros y nunca olvidaré la impresión de ternura que expresó el semblante de Sosa al abrazarnos...<sup>33</sup>

Piélagos (después de la muerte de Sosa en la epidemia de Cólera) continúa viviendo en la casa de Neri, porque está resuelto a no dejar la casa en la calle de Cadenas, y a conservarla solo, aún cuando Cordovita se separe.

Agustín González continúa viviendo con ellos, y a esto se ha reducido nuestra antigua y bulliciosa comunidad, que nosotros llamábamos: 'la representación de la colonia de Centro-América', que se reunía en cuerpo al almuerzo de los domingos y días solemnes de la patria. Los Beteta desertaron desde las ocurrencias de Julio con Rafael (Sutiaga) Rascón.<sup>34</sup>

En México, entre los representados, clientes y amigos de Manuel Beteta, se contaron: El ministro de la Suprema Corte Jacobo Villaurrutia (fue oidor en Guatemala (1792-1804), cofundador del Diario de México, y Presidente de la Suprema Corte); el coronel Miguel de Ozta y Cotera, hijo del coronel Juan Casimiro Ozta y Múzquiz y de doña Josefa de la Cotera, tercera Marquesa de Rivas Cacho, y hermano de la Condesa de Santiago de Calimaya; su pariente política María Antonia Ximénez Ordozgoiti de Pavón Muñoz, madre del

<sup>33</sup> Papeles del ochocientos, pp. 24-25.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 51.

Lic. Ignacio Pavón, efímero Presidente de México; el general José María Cervantes, último Marqués de Salinas y 12o. Conde de Santiago de Calimaya; y el general Miguel Cervantes, Marqués de Salvatierra, firmante del acta de Independencia y gobernador del Distrito.<sup>35</sup>

Los gemelos Beteta se colegiaron en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México el 9 de mayo de 1833; Manuel con la matrícula 84 y Francisco María con la 85. Así aparecen en la lista de matriculados en aquel Colegio de 1855.

De don Manuel no se conoce la fecha exacta de su retorno a Guatemala, ni los pormenores de su tornaviaje, pero en 1838 se encontraba en aquel país. A la caída de Gálvez y con el triunfo de los conservadores encabezados por Carrera (quien fue Presidente de Guatemala y amigo cercano de don Manuel) las circunstancias cambiaron radicalmente para el grupo exiliado:<sup>36</sup>

"Es así como al lado de reivindicaciones netamente populares y agraristas... fueron apareciendo otras de contenido político religioso que eran propias del grupo oligárquico: retorno del viejo arzobispo Casaús y Torres, revocación de los nuevos códigos liberales y demás leyes que atacan la moralidad pública, destitución inmediata de Gálvez, retorno de los exiliados en 1829,<sup>37</sup> celebración de nuevas elecciones etcétera".

Para 1839, Manuel renunció como síndico de la Capital;<sup>38</sup> en 1847 redactó el proyecto para crear el Monte Pío Militar.<sup>39</sup> Fue Fiscal de Hacienda en 1843;<sup>40</sup> como Ministro de Hacienda felicitó al General Rafael Carrera por su triunfo en la famosa batalla de "La Arada".<sup>41</sup> También fue Fiscal del Colegio de Abogados.<sup>42</sup>

Pero, sin duda, el cargo de Fiscal (procurador) Protector de Indios (1839) fue el que más satisfacción le causó. La breve leyenda que se ostenta en el retrato que de él realizó Antonio Letona, dice: "Sr. Lic. Don Manuel Beteta, Fiscal Protector de Indios".

<sup>35</sup> En el Archivo General de Notarías de la ciudad de México, existen numerosos testimonios en los que actuó como parte don Manuel, entre 1830 y 1836.

<sup>36</sup> PINTOSORIA, Julio César, "La Independencia y la Federación", en *Historia General de Centroamérica*, Madrid, Flaco, 1993.

<sup>37</sup> Algunos ya habían fallecido en México por la epidemia de cólera morbus, como José Montúfar y Francisco Sosa.

<sup>38</sup> Archivo General de Centroamérica, B.78.46, exp. 20344, leg. 853.

<sup>39</sup> Archivo General de Centroamérica, B.95.1, exp. 32700, leg. 1398.

<sup>40</sup> Archivo General de Centroamérica, B.95.1, exp. 84694, leg. 3618.

<sup>41</sup> Archivo General de Centroamérica, B.118.5, exp. 52472, leg. 2439.

<sup>42</sup> TARACENA, Bibliografías Sintéticas...

De su matrimonio habido con María Mercedes Ramírez y Cervantes procreó a:

1) Lic. Francisco Manuel, quien falleció de 30 años en 1854, fue soltero.

2) Don José Ignacio, quien vivió en México con su tío Francisco María y falleció soltero en Guatemala.

3) Don José Julio, Alcalde de Guatemala en 1882, casó con Xaviera de la Peña Unanue, nieta del Alférez Real de Xalapa, José Antonio de la Peña Ballastra; y hermana de Dolores de la Peña de Hidalgo, dama de la Emperatriz Carlota. De este enlace descienden en México, los Martínez de Sobral, los Aguilera Beteta y los Saíd Ramírez Beteta.

4) El general Luis Beteta, quien tuvo una importante actuación en la Revolución de 1871. De él descienden los Martínez del Sobral, de México (ellos son dobles retronietos de don Manuel) y Guatemala, los Maldonado, los Beteta de Guatemala, y los Rodríguez de Centroamérica.

5) Piedad, quien casó con el Lic. Mariano Zeceña, con sucesión en México y Centroamérica.

6) El Lic. Daniel Beteta, Alcalde de Guatemala; de él descendió Clemencia Beteta, cofundadora del Banco de Guatemala; y

7) Mercedes, casada con Manuel Saravia.

La tercera, y última, colegiación que Manuel Beteta realizó fue en diciembre de 1852 al reinaugurarse en Guatemala el Colegio de Abogados.

Sobre el sentido del humor, tan especial de don Manuel, da razón la siguiente hoja que mandó imprimir en la Imprenta la Paz en 1846:<sup>43</sup>

Hoy llega a mi conocimiento un papel anónimo, fechado en 2 de septiembre e impreso en la imprenta de la Aurora, bajo el título de exposición de algunos hechos relativos a la conducta pública del Alcalde Vicente Bolaños y del Fiscal LICENCIADO DON MANUEL BETETA.

Tengo datos para pensar, que dicho papel está escrito por el Ldo. Don Mariano Micheo; y considerando que acaso no se habrán impreso los ejemplares necesarios para que pueda circular abundantemente en el Estado, he creído hacer un obsequio al autor, reimprimiéndole la dicha exposición a mi costa, sin suprimir

<sup>43</sup> En el Archivo de Alberto Saíd; junto con otros "folletines" sobre este incidente.

más que la parte relativa en que habla del Ldo. Bolaños, porque ignoro si será de su beneplácito, como lo es del mío, aumentar la circulación de este impreso.

La Escuela de Derecho de Guatemala mandó colocar su retrato en su salón de actos. Sin embargo, este salón fue destruido en los terremotos de 1917-18, mas de entre los escombros lo rescató, sin daños mayores, su nieto el Lic. Manuel Zeceña Beteta. Este retrato lo conservan hasta el día de hoy sus descendientes en Guatemala.

Manuel Beteta fallece en Guatemala, a la edad de 75 años (antes había muerto su gemelo en México), el 11 de enero de 1873.

En carta de 21 de abril de 1923, el historiador Valladares Rubio dice al economista, abogado y novelista Enrique M. Sobral y Beteta:<sup>44</sup>

El nombre de BETETA ocupa un lugar distinguido, siendo sin duda el más importante, entre todos ellos por sus virtudes y merecimientos, el Ldo. Don Manuel Beteta, digno bisabuelo de Ud."

#### IV. FRANCISCO MARÍA BETETA Y CERVANTES

Como se ha dicho, Francisco María fue gemelo de Manuel Beteta, e hijo del impresor Ignacio Beteta y Quirós. Los hermanos Beteta Cervantes fueron muy unidos e inquietos y ocuparon importantes cargos públicos en el gobierno conservador de Arce.

José Beteta, hermano de los gemelos, murió prematuramente en 1827 (según nos informa el impresor Beteta en su testamento);<sup>45</sup> fue Secretario de Hacienda de la Federación en agosto de 1825.<sup>46</sup>

El propio Arce nos relata un hecho, de trascendencia en su designación como Presidente de la Federación, en el que intervino José:

<sup>44</sup> Archivo del licenciado Roberto M. Sobral y Sinibaldi, en Guatemala. En donde también se encuentra una carta de 1945 que dice: "Este modo de hablar, me recuerda que una vez, iba nuestro bisabuelo don Manuel Béteta, de gran etiqueta a felicitar al Presidente Carrera, el día de su cumpleaños. Encontróse con don Cayetano Batres Castillo, quien le dijo: ¿A dónde va el señor don Manuel Beteta? y éste contestó: "Voy a que vean, que voy a ver a Carrera".

<sup>45</sup> Testó en la ciudad de Guatemala, el 11 de agosto de 1827 ante el escribano público, don Francisco Quirós.

<sup>46</sup> MAURE, Alejandro, *Efemérides de los hechos notables acaecidos en la República de Centroamérica*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1895, p. 136.

No se dudaba de mi opinión, pero se quiso acaso sondear mi firmeza, y fui citado a una conferencia por el Ciudadano José Beteta. En ella me manifestó "que su partido (conservador) estaba dispuesto a unirse al liberal para elegirme Presidente. . . considere que mi contestación dada al Diputado Beteta obraría un cambio en la elección de Presidente. . . Pero a pesar de una declaración tan expresa, a los dos días fui electo con la concurrencia de los dos partidos."<sup>47</sup>

Francisco María fue a la universidad junto a sus hermanos Manuel y José. En ella trabó amistad con fray José Antonio de Liendo y Goicoechea. En su examen de bachiller en filosofía, el 15 de junio de 1814, al dedicar ese acto a su mecenas, en el aula de la Universidad de San Carlos, el joven Beteta dijo: <sup>48</sup>

Yo fijo mi atención en este anciano venerable que tenemos a la vista: es fray José Antonio de Liendo y Goicoechea, que ha consumido su larga edad en dar a nuestro sistema de estudios el impulso que lo ha levantado a punto de elevación en que lo vemos. Guatemala era ya incapaz de llenar sus deseos. Buscó ideas y conocimientos fuera de este Reino. Hizo viaje a España por Vera-paz y la Habana. Recorrió casi todas las provincias de la Península. . . visitó las bibliotecas públicas: estudió el gabinete célebre donde estaban unidas las riquezas más preciosas de los tres reinos: Observó los establecimientos literarios. . .

En medio de ellos no olvidó su antigua patria, ni fue ingrato al país donde había sido formado. . .

Muy distinto de aquellos literatos egoístas que temen dividir la gloria de serlo, comunicando sus pensamientos, el padre Goicoechea fijó la suya en participar cuanto tenía.

Cerca de treinta años de lecciones dadas como catedrático de filosofía y moral, fueron una comunicación continua de ideas útiles. En esta universidad, en la Sociedad Económica, en su convento, en sus obras, en las conversaciones deleitosas de su amistad sincera, su alma franca no ha cesado de difundir luces y variar el aspecto de nuestros estudios. . .

Tal era el nivel académico de esa universidad y el de un joven de diecisiete años.

<sup>47</sup> *Memorias. . .*, pp. 23-24.

<sup>48</sup> En SALAZAR, Ramón A., *Historia de veintiún años. La independencia de Guatemala*, Guatemala, Ed. del Ministerio de Educación Pública, 1956, t. I, pp. 28 y siguientes.

En la tarjeta de ese acto,<sup>49</sup> se puede leer:

El 2 de julio de 1814, dieciziete (se respeta la ortografía original) días después de este acto literario murió el padre Goicoechea con la serenidad del alma que lo había elevado sobre los sucesos de la vida.

Francisco María, en 1818 solicitó, rindió y aprobó su examen para obtener los grados de bachiller en cánones y leyes,<sup>50</sup> y se colegió en 1822 en el Ilustre Colegio de Abogados.

En 1820, participó en la sección *Varietades* del diario El Editor Constitucional (junto con sus hermanos José y Manuel), bajo el seudónimo *Filántropo*.

Esta es la relación de las fechas de sus colaboraciones: sin título, lunes 27 de noviembre de 1820; sin título, lunes 2 de octubre de 1820; "Virtudes Sociales", sábado 18 de noviembre de 1820; y, sin título, 18 de diciembre de 1820.

En 1823 comienza su carrera en el servicio público, acaso hereda esa inquietud de su abuelo el capitán Diego Arroyave-Beteta y Fernández de Córdova,<sup>51</sup> el primer Beteta nacido en América en 1710, quien fuera Alcalde Mayor en Solalá, Atitlán, Huehuetenango, Totonicapán, Nicoya, Tecpan y Tegucigalpa, y Tesorero del Papel Sellado.

Francisco María es nombrado abogado fiscal de la Hacienda Pública en 1823, en ese mismo año fue auxiliar de la comisión de estilo, y de las comisiones de Hacienda e Instrucción Pública de la Asamblea Nacional Constituyente. En 1825 fue juez de letras de la ciudad de Guatemala.

A fines de aquel año recibe su primer nombramiento de elevada posición, al ser designado Secretario General del Gobierno del Estado de Guatemala. El 20 de julio de 1826 renuncia como Secretario General al ser nombrado Oficial Mayor del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Federación.

<sup>49</sup> BETETA, Francisco, Fr. Ioseph Antonius de Liendo et Goicoechea (siguen dos décimas en latín), Mérito igitur Philosopho nostro Principi philosophicum nostrum exercitium/ de Logica ac Ethica consecramus. In academia Guatim. 15 junij anni 1814. Fr. Antonius Garcia Toledano/Praeses/Franciscus Beteta/Baccalau reandus/Hora solita matutina/VB. En MEDINA, Toribio, *op. cit.*, pp. 566-567.

<sup>50</sup> Archivo General de Centroamérica, exp. 4447, leg. 47; y exp. 4446, leg. 46.

<sup>51</sup> Hijo del capitán Ventura Arroyave-Beteta y Nieva, segoviano, quien fuera Alcalde de Santiago de Guatemala en 1711, 1724 y 1738. En ESTRADA M., Agustín, *Hombres, fechas y documentos de la Patria*, Guatemala, José de Pineda Ibarra, 1977.

Francisco María llega a la cúspide de su carrera política en la Federación Centroamericana cuando ocupa el cargo de Ministro Interino de la Secretaría de Relaciones Exteriores e Interiores de la Federación (29 de enero a 14 de noviembre de 1828).<sup>52</sup>

Debió ser un hombre de lecturas, a juzgar por sus artículos en El Editor Constitucional, y por el siguiente hecho que se narra en una ficha del Archivo General de Centroamérica:

"(Año ¿1821?). Es devuelta al señor Francisco María Beteta la obra 'Riqueza Comercial', que le había confiscado el comisariato de la Inquisición".

Sobre su camino al exilio en México, valen los mismos comentarios que se hicieron al hablar de su gemelo.

Casó, el 18 de marzo de 1849, con doña Piedad Pavón y Ximénez de Ordozgoti, hermana que fue del licenciado Ignacio Pavón, Presidente de México (sólo por días).

El acta del Sagrario Metropolitano reza así:

En la casa No. 1 de la calle de Medinas, el Lic. Francisco María Beteta, soltero de 44 años, hijo legítimo de Don Ignacio Beteta y Doña Josefa Cervantes (Loaisa) difuntos, casó con María de la Piedad, doncella de 34 años, natural de la Villa de Xalapa, hija legítima de José Ignacio Pavón, difunto, y de Doña Manuela Antonia Ximénez (de) Pavón fueron padrinos José Ignacio Pavón Ximénez (hermano de Doña Piedad), y Doña Manuela Antonia Ximénez de Pavón (madre de la contrayente)".

Doña Piedad fue hija de José Ignacio Pavón y Muñoz, guatemalteco, de una de las familias más acaudaladas de Centroamérica, y descendiente de las casas de Álvarez de las Asturias y Nava; Barba de Figueroa; Bravo de la Serna; Castilla Portugal; y Arrivillaga, de Guatemala.

Dos hijos de ese matrimonio llegaron a edad adulta: el licenciado Ignacio María Beteta y Pavón, quien casó con Rosa Méndez Lefort, y Antonia Beteta y Pavón, casada con el próspero abogado de origen español, don Indalecio Sánchez Gavito.

Su amigo más cercano en el destierro fue don Manuel Rodríguez de Zea, quien casó con doña Manuela Domínguez, hija de los corre-

<sup>52</sup> GRUB, Udo. *Autoridades de Centroamérica; Época Colonial; El Imperio Mexicano y la Época Federal*. Inédito.

gidores de Querétaro, don Miguel Domínguez y doña Josefa Ortiz de Domínguez (en el convento de Santo Domingo el 25 de junio de 1830). Fue testigo de esa boda Francisco María Beteta. A su vez, el matrimonio Zea-Domínguez atestiguó en la presentación eclesiástica para el matrimonio de Francisco María Beteta.

Otros de sus amigos del exilio fueron el licenciado Juan N. Vértiz, quien fue miembro de la Junta de Notables, Presidente del Ayuntamiento y diputado al Congreso de la Unión. Fue su hermano el doctor José María Vértiz, rector de la Escuela de Medicina (véase Ortega y Pérez Gallardo, Ricardo, *Historia genealógica de las familias más antiguas de México*, 1908, t. III), y los hermanos Manuel y José Montúfar y Coronado; al fallecer este último, fue despedido por sus amigos con una nota luctuosa firmada por: Manuel Montúfar, J. A. Palomo y Montúfar, Vicente José Pavón, Francisco Fagoaga, Vicente Filisola (quien, como se verá después, nunca dejó de ser amigo de los centroamericanos en el destierro), Manuel J. de Arce, Agustín Prado, J. Ildefonso Castillo, J. I. Palomo y Montúfar, Francisco Larrazábal, Rafael de Barrio... *Francisco María Beteta*, Francisco Arbeu y José F. de Córdoba.

Previo a su matrimonio (en su soltería), las personas más cercanas a Francisco fueron su gemelo Manuel y su hermana Ignacia; en su primer testamento, declaró:

Séptimo. Ordeno que cubiertos los legados... el remanente de mis bienes se ponga a disposición de mi hermano Manuel a quien instituyo y nombro mi heredero...

Octavo. Encargo y ruego a mi hermano Manuel que si me sobrevive cuide con el mejor esmero, atiende y auxilie a mi citada hermana mayor Doña Ignacia, como mi segunda madre, procurando que nada le falte, y que sirva de alivio de sus últimos días el legado que le dejo, pues ya sabe lo que ha sido y es para mí.

Sus largos años de práctica profesional en México, los resume así su yerno, el licenciado don Indalecio Sánchez Gavito:<sup>53</sup>

En el mejor discurso que registran los anales de la humanidad, en la oración *Pro corona*, declara Demóstenes a sus jueces: 'Siem-

<sup>53</sup> SÁNCHEZ GAVITO, Indalecio. *Informe pronunciado ante la Sala del Tribunal Superior del Distrito, los días 3, 5 y 7 de julio de 1875*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1875, pp. 5-6.

pre he vivido entre vosotros; y si me habéis conocido tal como el acusador Esquines me pinta, cerradme la boca; y aunque mi administración haya sido una maravilla, levantáos y condenadme'; estas mismas palabras tienen exacta aplicación a la presente causa. Por espacio de cuarenta años el Lic. Don Francisco María Beteta ha ejercido su profesión entre vosotros; durante ese período para él de un trabajo asiduo y constante, habéis podido conocer al hombre y al abogado y si le conocisteis tal como el Sr. Lic. Barrera le pinta, no hagáis caso de las constancias que obran en autos ni de lo que él pueda deciros: levantáos y condenadle.

2. Siempre he creído que el mal es enteramente estéril; por eso no abrigo el más leve temor de que todas las imputaciones que se dirigen al Sr. Beteta sean bastante poderosas para manchar su limpia fama, sin embargo, me he hecho un deber de luchar un día y otro día, movido por dos circunstancias para mí de suma importancia... la segunda circunstancia es aun más poderosa, el Sr. Beteta ha legado a sus hijos un nombre sin mancha y yo debo procurar con todas mis fuerzas que sin mancha pase a sus nietos que son hijos míos.

No hemos podido precisar la fecha de su fallecimiento ni el destino de sus mortales restos.<sup>54</sup>

Sin embargo, podemos afirmar que para el 30 de noviembre de 1867, ya había fallecido, pues así lo manifiesta su hija Antonia en su matrimonio religioso (libro núm. 24, acta núm. 170 del Sagrario Metropolitano).

Francisco María dejó numerosa sucesión en México, de ella destacamos a sus nietos: Arturo Beteta, cónsul de nuestro país en San Diego, La Habana y Londres; Enrique Beteta Méndez, abogado litigante y juez federal; los abogados Indalecio y Vicente Sánchez Gavito y Beteta. Sus bisnietos: el general Ignacio María Beteta, afamado acuarelista y jefe del Estado Mayor Presidencial de Lázaro Cárdenas; el licenciado Ramón Beteta Quintana, Secretario de Hacienda con Miguel Alemán; precandidato a la presidencia por el PRI; embajador de México en Italia; y Director General del *Novedades*; y los hermanos Sánchez Gavito y Piña Aguayo. De sus tataranietos mencionamos al diplomático Armando Beteta, a la pintora Nora Beteta, y a Mario Ramón Beteta, quien ha sido Secretario de Hacienda; Director

<sup>54</sup> Los de su esposa doña Piedad Pavón de Beteta, descansan en la cripta de la familia Sánchez Gavito y Beteta, en el Panteón Español.

General de Pemex; Gobernador del Estado de México; Director General de dos bancos (Somex y Comermex); y de Fonatur.

Éste es sin duda, el legado más importante de Francisco María.

El licenciado Beteta, por sus ideas políticas (conservador), por su condición (exiliado), o por las causas que patrocinó, fue más de una vez calumniado. Él solía responder:

El impropio y la calumnia son las armas de que se valen los que no saben combatir, sino es revelando los misterios vergonzosos de su alma. (En la defensa de Sánchez Gavito, citada en la nota 52, p. 66).

#### V. JOSÉ FRANCISCO DE CÓRDOVA (CORDOVITA)

Don José Francisco nació en la ciudad de Guatemala el día 10 de octubre de 1786 y fue bautizado el día 14 de ese mes y año, fueron sus progenitores el doctor José Antonio de Córdova y doña María Luisa González. El padre fue facultativo del "Reyno"; uno de los más notables de su época.

Acudió a la Universidad de San Carlos y se recibió como abogado en marzo de 1815; con antelación había optado por el grado de bachiller en leyes, la tarja del acto de recepción está fechada el 26 de noviembre de 1808, su contenido es:

'Franciscus de Córdova, Ut/Baccalaureatus In Iure Civile Gradum adí/etc.<sup>55</sup>

En 1811 fue encarcelado por José Bustamante y Guerra —acérrimo enemigo de las ideas independentistas— por su pensamiento libertario.

Participó con colaboraciones periodísticas en "El Editor Constitucional" y "El Genio de la Libertad", ambos de la imprenta Beteta. También fue redactor del periódico "El Indicador".

En los últimos números de "El Genio de la Libertad", de fechas 19 de noviembre y 10 de diciembre de 1821, aparece el discurso pronunciado por Cordovita en la *Tertulia Patriótica*, en el que expone claramente sus ideas anti-anexionistas al Imperio mexicano.

Se transcriben algunos párrafos del citado discurso de sus ideas:<sup>56</sup>

<sup>55</sup> MEDINA. Toribio, *op. cit.*, p.

<sup>56</sup> Guatemala, Ed. José de Pineda Ibarra, 1964, pp. 865 y siguientes.



El libertador de México (Iturbide) no se negará a reconocer el derecho que Guatemala tiene a su libertad: un héroe que ha sido piadoso con sus enemigos, no podrá ser sino justo con sus hermanos. . .

Cuando éstas hayan lanzado a los pequeños tiranos de las provincias y a sus miserables agentes: cuando los pueblos ya libres se hallen en estado de elegir lo que les convenga y acomode; entonces un plan fundado en la equidad y en la justicia completará la obra, estrechará la unión y formará de todas nuestras provincias un Estado digno de consideración y respeto.

Córdova fue acérrimo enemigo de la anexión de Centroamérica a México, en ejercicio del —justo— derecho de la libertad de los pueblos y de las personas.

Correspondió a Cordovita la honra de redactar el decreto del 10 de junio de 1823, que contiene la segunda y definitiva Acta de Independencia de Centroamérica (la primera la redactó el sabio José Cecilio del Valle).

Contamos con diversas descripciones de la personalidad de este hombre, realizadas por sus amigos y también por sus enemigos.

Don Miguel García Granados nos dice en sus "memorias":<sup>57</sup>

Cordovita antes de la independencia era un abogado de crédito en su profesión; pero como jefe de partido su reputación e importancia crecieron considerablemente. Era activo, muy astuto y preciso. La manera en como manejaba la sátira, tanto por escrito como en la tribuna lo hacían terrible para con sus contrarios políticos en el Congreso, era el azote de Valle (José Cecilio, del) a quien sin cesar irritaba con su fina y punzante burla, haciendo perder la paciencia a aquel orgulloso sabio. Yo lo visitaba en Ciudad Real (Sn. Cristóbal) en Chiapas a fines de diciembre de 1831 y me divertían en extremo sus sátiras y las mil anécdotas casi-siempre mordaces con que amenizaba las conversaciones.

Córdova fue, antes del exilio, Secretario General de Gobierno del Estado de Guatemala, por esta razón su nombre quedó incluido en el decreto de expatriación. Su salida de Centroamérica fue diferente a la de los hermanos Beteta, pues él huyó por tierra a Chiapas. Dice la leyenda que, dada su estatuta, escapó de la ciudad de Guatemala escondido en un cesto.

<sup>57</sup> En SALAZAR, Ramón, *Historia de veintiún años*, . . . t. II, pp. 263-264.

Se afincó en Chiapas donde fue secretario particular del Gobernador José Ignacio Gutiérrez. En ese lugar se reunió con él su familia y allí inició el trámite para naturalizarse ciudadano mexicano.

No se piense que el gobierno liberal de Guatemala se desatendió del destino de los exiliados, al contrario, en repetidas ocasiones solicitó la deportación de ellos de nuestro país; el Gobierno federal respondió con el silencio a las solicitudes de Barrundia y de Manuel Juan Ibarra. Según nos ilustra el embajador Luis G. Zorrilla:<sup>58</sup> "fue el gobierno de Chiapas el que mostró civismo y educación comunicándose directamente con el ministro de Relaciones Exteriores (de Centroamérica) en oficio fechado el 15 de diciembre de 1829, diciéndole que el comportamiento de los aliados era correcto".

Después residió en la ciudad de México, donde no siempre fue boyante la situación económica de Cordovita. Obtuvo un empleo en la compañía del ramo de tabaco, por mediación de sus amigos centroamericanos en el exilio, a la muerte de Francisco Sosa; así nos lo manifiesta Manuel Montúfar y Coronado:

Cordovita ha sido nombrado para remplazar a Sosa, y sólo de ese modo no se sentirá su falta en el tabaco; Cordovita tenía reparo de admitir como si Goyita pudiera servir el destino, como si Sosa mismo no lo hubiera elegido por su sucesor en el caso de vacante. . . Sosa tenía mucha rectitud en todos sus juicios y decía siempre su opinión en la franqueza de un hombre de bien: Cordovita lo necesita más que Piélagos; dijo entonces. . .<sup>59</sup>

Don José Francisco de Córdova solicitó —en 1842— permiso del Ministerio de Justicia de nuestro país para ejercer la profesión de abogado.<sup>60</sup>

En su solicitud narra su incorporación al Colegio de Abogados de Guatemala en marzo de 1818 y su nombramiento como agente fiscal de la Audiencia en junio de 1821; también señala que en enero de 1822 Centroamérica se unió a México. Asimismo, nos dice: "durante la unión de ambos países yo continué desempeñando la agencia fiscal, la fiscalía del colegio y el cargo de sinodal lego, de modo en que en dos épocas distintas. . . (la época colonial y cuando se dio la ane-

<sup>58</sup> *Relaciones de México con la República de Centroamérica y con Guatemala*, México, Ed. Porrúa, 1989, p. 194.

<sup>59</sup> Papeles del ochocientos. . . pp. 50-51.

<sup>60</sup> Archivo General de la Nación. Ministerio de Justicia, año 1842.

xión al Imperio) yo he sido un abogado en ejercicio con destino público y a honor...".

En otra parte del curso petitorio, Cordovita dice que en 1835 fue nombrado Juez de Letras en Cuernavaca, aunque no tomó posesión de su encargo, que desde 1831 le acompaña su familia y que para ese momento (1842) le faltaban las ocupaciones que había tenido en las compañías del ramo del tabaco, por ello, solicitó permiso para ejercer su profesión.

A Cordovita las autoridades le solicitaron que exhibiera su título de abogado y otros documentos probatorios de su dicho. Él respondió: "(ese) título, el de agente fiscal, el de miembro del Colegio de Abogados de Guatemala, y todos mis papeles, así como mi librería (biblioteca en el lenguaje actual) y mis pocos bienes perecieron en el saqueo que sufrió aquella ciudad (Guatemala) en abril de 1829 (por las tropas de Morazán)... yo fui uno de las tantas víctimas y desde entonces vine a buscar asilo de esta hospitalaria República".

Acompañó a su escrito de solicitud los siguientes documentos:

1. Hoja impresa del Colegio de Abogados de Guatemala en el año de 1823, época en que México y Centroamérica eran una nación bajo el régimen imperial, en la que aparece el nombre de Córdova.

2. Atestación del señor don Tomás Antonio O'Horan quien fue oidor y titular del ejecutivo de Centroamérica en 1823, relativa a los destinos que Córdova obtuvo en su carrera, en su país.

3, 4 y 5. Comprobantes de haberlo nombrado el Gobierno del Estado de México, en 1833, Juez de Letras de Cuernavaca.

6 y 7. Certificaciones de los s.s. generales Vicente Filisola (quien mantuvo en México estrecha unión y amistad con los centroamericanos asilados, él los conoció cuando fue jefe político y militar de Centroamérica en la época de la anexión (1822-1823), y Felipe Codallos (quien casó en Guatemala, de él descienden los García Sáinz y sus deudos, los Campillo Sáinz).

Todo el expediente fue remitido al ilustre Colegio de Abogados, para que rindiera un informe al Ministerio de Justicia.

El Colegio emitió un amplio, profundo y erudito dictamen, firmado el 22 de octubre de 1842 por el doctor Luis G. Gordo, que en partes medulares dice (se respeta ortografía original):

Parece que reasumiendo todo lo expuesto, debe quedar bien establecido que la naturaleza de la abogacía no es combinable con

la cualidad de extranjero, que no es un cargo público cuyas funciones son propias de los nacionales como lo son las prerrogativas y consideraciones anexas a él, que el interés público lo mismo que el privado escijen que el bien estar de los particulares y aun en los intereses nacionales; debe reservarse a los miembros de la sociedad, que el espíritu de nuestras leyes y aun disposiciones espresas comprueban plenamente estas doctrinas, con las cuales están también de acuerdo los usos y la jurisprudencia de las naciones más cultas del mundo.

Bien convencido el colegio de la exactitud de todo esto ha creído de su deber manifestando así a V.E. a fin de que se sirva elevarlo al conocimiento del exmo. señor Presidente, para que si le parecieren justas las razones contenidas en la 2a. parte de este informe se sirva dictar una medida que sirviendo de regla general para lo sucesivo, evite los inconvenientes que debe producir la habilitación a los extranjeros a ejercer la abogacía conservando los derechos de extrangía, o que al menos, si no creyese necesario establecer una regla de esta clase, se tengan presentes aquellas razones para los casos que pueden ocurrir en lo de adelante.

El colegio aprovecha esta ocasión para hacer esta manifestación, por cuanto que su opinión en el presente caso no puede de ningún modo interpretarse como un obstáculo que debe oponerse a la solicitud del Sr. Córdova; lo primero por que como se ha visto está tan fundado que difícilmente se presentaría un caso en que semejante gracia pueda ser más justificada y lo segundo, porque aun respecto de la circunstancia de extranjero que el pretendiente ha manifestado ya del modo más explícito y solemne su voluntad de naturalizarse, según consta de la información que acompaña, recibido con este objeto y a instancia suya en el juzgado de Chiapas en el año de 1832 y con total arreglo a la ley de 14 de septiembre de 1838 y a consecuencia de la cual debió haber obtenido su respectiva carta de naturalización desde el referido año de 1832, si la revolución de esa época no lo hubiera obligado a buscar la tranquilidad de otro punto de la República...

Gracias a este dictamen favorable, Cordovita fue habilitado para ejercer como abogado el 18 de marzo de 1843.

Córdova casó<sup>61</sup> el 31 de marzo de 1814 con doña María Manuela

<sup>61</sup> Este dato, como muchos otros sobre Córdova y Gálvez, los debemos a la gentileza del licenciado Augusto Vallejo de Villa, descendiente directo de Córdova, por la línea Larráinzar Córdova, y distinguido investigador de fuentes directas.

del Camino, hija de don Andrés del Camino y doña Josefa Mella. El acto religioso se realizó en la Parroquia Rectoral de la Santa Iglesia Catedral Metropolitana de Guatemala. De este primer enlace nacieron sus hijos: Manuela Jacoba, Catalina Josefa, María Luisa, Jesús Olegario, Petrona Celestina, Concepción y José Antonio.

En su viudez, Córdova contrajo segundas nupcias con María Catarina Obregón, y con ella procreó tres hijos. Uno de ellos fue Felipe Neri: de él existen descendientes hasta nuestros días.<sup>62</sup>

Cordovita fue retratado, por lo menos dos veces, por el miniaturista Francisco Cabrera "El Fino". Una de las miniaturas "pertenece a la Biblioteca Nacional (de Guatemala), habiendo sido donada ésta por su nieta doña Sara Córdova en 1966, no así la miniatura de su esposa María Manuela del Camino, que aparece visible en la de su esposo, que no conocemos su paradero".<sup>63</sup>

Según Sara Córdova, Cordovita y Mariano Gálvez, en el exilio en México, se reconciliaron. Esta afirmación no la hemos podido confirmar. Lo cierto es que el hijo de don Mariano Gálvez, de igual nombre, casó con Elena Larráinzar Córdova, nieta de Cordovita. De este matrimonio no hubo sucesión.

La partida religiosa de defunción de Cordovita dice:

En seis de enero de mil ochocientos cincuenta y seis se dio sepultura en el panteón de los Angeles al cadáver del Sr. Lic. Don Francisco Córdova natural de Guatemala en centro de América, de sesenta y cinco años de edad, casado con doña María Catarina Obregón, murió de yrritación de intestinos y recibió los santos sacramentos... y la estremaunción y para que conste lo firma (rúbrica).

## VI. DOCTOR MARIANO GÁLVEZ

El 26 de mayo de 1794, Mariano es expuesto en el dintel de la casa del coronel Manuel Fadrique y Goyena y su esposa Gertrudis de Gálvez, hermana que fue del Capitán General de Guatemala: don

<sup>62</sup> La nieta de Cordovita, Sara Córdova, escribió una *Biografía del prócer guatemalteco, Lic. Don José Francisco de Córdova (Cordovita)* (sin datos de lugar, año e imprenta), con las mejores intenciones pero con muchos errores. Este libro nos lo proporcionó el licenciado Vallejo de Villa.

<sup>63</sup> LUJÁN MUÑOZ, Luis, *El miniaturista Francisco Cabrera (1782-1845), su arte y su época*, Guatemala, Fundación Educativa Guatemala, 1984, p. 28.

Matías de Gálvez. El 28 de ese mismo mes y año fue bautizado en el Sagrario por el Br. don Mariano de Izaguirre, con el nombre de José Mariano Felipe Goyena y Gálvez, siendo su padrino el Br. don Mariano Gálvez, clérigo de Tonsura.<sup>64</sup>

Sobre su origen se han realizado las más variadas hipótesis, tal vez la más acusada sea la que nos refiere Ramón A. Salazar:<sup>65</sup>

Malas lenguas han dicho que el niño expósito es el producto de un desliz de una Aycinena con un Gálvez.

La familia Aycinena poseía uno de los capitales más ricos de Centroamérica y el único título nobiliario que se otorgó en todo el periodo colonial en la Capitanía General de Centroamérica.

Esta familia, por su número, riqueza, unión y los importantes lugares que ocupó, ha sido criticada —una y otra vez— por los sectores liberales; aun en nuestros días. Se presentan dos ejemplos de lo dicho.

Diana Balmore, Stuart F. Voss y Miles Wortman<sup>66</sup> señalan que: "En síntesis, los Aycinena pudieron utilizar el matrimonio para establecerse en posición y emplear, en el siglo XIX, sus extensas conexiones para mantener su autoridad política y económica, pese a todas las fluctuaciones políticas y económicas".

Marta Casaús Arzú<sup>67</sup> critica: "Tal vez los casos más sistemáticos del retorno de estas familias *oligárquicas* (el subrayado es nuestro) al poder sean el de la Ministra de Educación y Cultura, y el del Procurador General de la Nación, Acisclo Valladares Molina Aycinena, en el gabinete del actual Presidente Serrano Elías".

Verdad o mentira la leyenda sobre los orígenes de Gálvez, lo cierto es que don Mariano fue acogido y educado por la familia Goyena Gálvez y que el 18 de enero de 1817, en la tarja de su participación a su examen de tesis para optar por el grado de bachiller en derecho civil, se ostenta el escudo de armas de don Narciso de Aycinena, a quien le dedicó el acto.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> ARRIOLA, Jorge Luis, *Gálvez en la encrucijada*, México, CostaAmic, Editor, 1961, p. 293.

<sup>65</sup> *Historia de veintiún años...* p. 260, quien además dice que originalmente fue expuesto a las puertas de fray Toribio Carvajal y él lo entregó a los Gálvez.

<sup>66</sup> *Las alianzas de familias y la formación del país en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 96.

<sup>67</sup> CASAÚS ARZÚ, Marta, *Guatemala: Linaje y Racismo*, San José, FLACSO, 1992, p. 91.

<sup>68</sup> ARRIOLA, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 293.

Gálvez obtiene en 1820 las borlas en ambos derechos (civil y canónico) por la Universidad de San Carlos, a la que habrá de modificar en el poder.

A pesar de que mucho se ha hablado de sus ideas independentistas, don Jorge Luis Arriola ha aclarado que:<sup>69</sup> "Políticamente Gálvez se inclinó primero al partido conservador aristócrata, luchó en sus filas hasta obtener su anexión a México, por la cual Centroamérica perdió las provincias de Chiapas y Soconusco".

En 1823 es, junto con don Manuel Beteta y Cervantes, uno de los secretarios de la Asamblea Nacional Constituyente, donde también debió haber tratado al gemelo Francisco María.

El 10. de julio de 1823, suscribe como diputado por Totonicapán, y también como Secretario, la segunda Acta de Independencia de Centroamérica. También la firmaron —entre otros— José Francisco de Córdova; Mariano Beltranena; José Beteta —hermano de los gemelos—; y Francisco Sosa.

Gálvez, después de una ascendente carrera pública, ya como liberal llega a tomar la investidura de Jefe de Estado de 1831 (que conserva hasta 1838).

Los principales actos de su gobierno son los siguientes:

- a) Creación de un juzgado de primera instancia que conoció exclusivamente los negocios de la hacienda pública.
- b) Sanciona el decreto de la asamblea pública que suprime el diezmo de la iglesia y establece la organización territorial.
- c) Transforma la Universidad de San Carlos en la Academia de Estudios.
- d) Promoción de la cultura y las artes.
- e) Promovió la colonización de las Verapaces. Esta acción fue muy criticada.
- f) Sanciona la Ley Orgánica para la Administración de Justicia por Jurados. También sancionó los códigos penal, de procedimientos criminales, de pruebas judiciales y de definiciones, cuya aplicación patrocinó ampliamente. Estos códigos se inspiraron en los de Edward Livingston aplicados en el estado de Luisiana. Es importante recalcar que sancionó de igual forma, en 1836, la Ley de Procedimientos Civiles en el Sistema de Jurados.

<sup>69</sup> *Op. cit.*, p. 294.

g) El 10 de abril de 1837 aprobó un decreto que dispuso que toda persona que conspirara sería juzgada militarmente.

h) Aprobó la Ley Civil del Matrimonio que establece el matrimonio civil y el divorcio (10 de octubre de 1837).

i) Se estableció la libertad de cultos (10 de agosto de 1832).

Estas medidas sólo fueron aplaudidas por los liberales —y no por todos—. Por su parte, el sector conservador las desaprobó y las combatió.

Un historiador mexicano opinó sobre la primera reforma liberal en Centroamérica.<sup>70</sup>

Cuando, en México, el sudamericano Vicente Rocafuerte vivía oculto por haberse atrevido a publicar un folleto en que tímidamente sostenía la tesis de la tolerancia religiosa, en Centro América se decretaba en mayo de 1832.

Cuando uno de los capítulos más importantes de la Memoria del Secretario de Justicia y Negocios Eclesiásticos de México lo constituía el tema de la recaudación de diezmos, en Centro América se decretaba la abolición de este tributo.

Cuando en Centro América se decretaba la desamortización de los bienes de comunidades religiosas en 28 de julio de 1829, en México estaba a punto de escalar el poder la administración que mayores concesiones hizo al clero. . .

A la caída de su gobierno, Mariano Gálvez se autoexilió en México en 1838, donde fallecería el 30 de mayo de 1862. Los siguientes párrafos audirían a estos años.

Gálvez, en México se reconcilió con algunos conservadores asilados, entre ellos, Manuel Montúfar y Coronado, para después volver a reñir con él. La relación entre ambos fue extremadamente difícil.

Don Mariano se naturalizó mexicano, así lo declaró en su solicitud de habilitación para ejercer como abogado<sup>71</sup> y en su testamento. Su relación con Guatemala en el autoexilio fue difícil. Alguna vez dijo, ante la derrota de la Federación:<sup>72</sup> "Guatemala es un país que destruye a quienes quieren redimirlo".

<sup>70</sup> CHÁVEZ OROZCO, Luis, en *Textos de la Historia de Centroamérica y el Caribe*, Centroamérica 2, México, I. I. José María Luis Mora, Universidad de Guadalajara, Nueva Imagen, 1988, p. 273.

<sup>71</sup> Ministerio de Justicia e Instrucción, año 1842, Archivo General de la Nación.

<sup>72</sup> SANTANA, Adalberto, *El pensamiento de Francisco Morazán*, México, UNAM, 1992, p. 40.

En realidad se desconoce cuál fue la influencia de Mariano Gálvez en las medidas que el grupo liberal adoptó en México y que son análogas a las que él estableció en Guatemala con antelación.

Sobre el particular, Luis G. Zorrilla<sup>73</sup> dice que:

Implementó en su Estado todas las reformas liberales tan conocidas en México, sólo que en Guatemala... comenzaron en la temprana fecha de 1829, e indirectamente Gómez Farías y J.M.L. Mora las tomaron como apoyo práctico cuatro años después".

Su actividad profesional en México fue intensa, ello le permitió vivir muy desahogadamente. Sólo en 1856, según consta en el Archivo General de Notarías de la ciudad de México,<sup>74</sup> participó en treinta y dos actos jurídicos notariales: tres poderes; dos protocolizaciones; una testamentaria; siete compraventas de bienes inmuebles; una compraventa de acciones; una cesión de derechos; cinco libranzas; un contrato de servicios; una obligación de pago; un reconocimiento de deuda; y una declaración, entre otros.

También sabemos que "en México impartió clases de economía y ocupó puestos públicos y un nombramiento diplomático para Perú".<sup>75</sup>

Don Mariano casó con doña María de la Cruz Figueroa, y procrearon a:<sup>76</sup>

- a) María de los Dolores.
- b) María de la Cruz, quien fue religiosa en Santa Teresa la Nueva.
- c) Rafael, fallecido a los 29 años de edad en 1866.
- d) Soledad, quien falleció a la edad de 40 años en 1880.
- e) Mariano; y
- f) Ana María.

Como se expresó, Mariano Gálvez Figueroa casó con una nieta de Cordovita: Elena Larráinzar Córdova, en la ciudad de México el 27 de mayo de 1878. De este matrimonio no hubo sucesión y sus bienes

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 239.

<sup>74</sup> ZORAIDA VÁSQUEZ, Josefina. GONZALBO A. *Guía de Protocolos, Archivo General de Notarías de la Ciudad de México*, año 1856, México, El Colegio de México, 1994.

<sup>75</sup> ZORRILLA, Luis G., *op. cit.*, p. 240. Entre sus alumnos de economía política se encontró Guillermo Prieto. Véanse sus *Memorias de mis tiempos*, México, CONACULTA, 1992, p. 491, t. I, donde Prieto califica a Gálvez como: "muy entendido en la materia".

<sup>76</sup> Todos estos datos nos fueron proporcionados por el licenciado Augusto Valles de Villa.

se destinaron a la edificación y mantenimiento de la *Congregación de las hijas del Calvario*, fundada por las hermanas Larráinzar Córdova.

La defunción religiosa del doctor don Mariano Gálvez, señala que "falleció el 30 de mayo de 1862; se le dio sepultura el 31 de mayo de 1862 en el Panteón de los Ángeles... casado con María de la Cruz Figueroa, murió ayer, vivió en la 2a. calle del Relox, No. 1" (acta No. 218. Foja 31. Libro 34 de defunciones, Sagrario Metropolitano).

En recuerdo de Gálvez, una calle del sur de la ciudad de México lleva su nombre, y en Guatemala existe la Universidad "Dr. Mariano Gálvez", para honrar su memoria.

## APLICACIÓN DE LA POLÍTICA ESPAÑOLA DE TRATADOS A LOS INDIOS DE LA NUEVA ESPAÑA Y SUS CONFINES: EL CASO DE LA LUISIANA Y LAS FLORIDAS (1781-1790)

Abelardo LEVAGGI<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Gilberto Antonio de Saint-Maxent, teniente en la Luisiana y la Florida Occidental en todo lo respectivo a las naciones indígenas.* 3. *Aprestos de negociación del gobernador Esteban Miró con varias naciones. Participación del intendente Martín Navarro.* 4. *Tratado con los Talapuche o Creek celebrado en Panzacola el 10. de junio de 1784.* 5. *Tratados con las naciones Chicachá y Alibamón suscritos durante el Congreso reunido en la Mobila los días 22 y 23 de junio de 1784.* 6. *Tratado de la Mobila del 14 de julio de 1784 con la nación Chactá. Inclinación de los indios al partido español.* 7. *Acuerdos de los indios con los americanos y dudas sobre sus verdaderas intenciones. Nuevo tratado de los Talapuche con España del 6 de julio de 1792.*

### 1. INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior me ocupé del mismo tema entre los años 1700 y 1781, hasta la celebración del tratado de San Miguel de Panzacola con la nación Talapuche o Creek, el 14 de junio de 1781.<sup>2</sup> Me propongo ahora abordar la etapa siguiente de ese proceso diplomático, hasta 1790, dejando para otro u otros trabajos los años siguientes.

Recuérdese que en 1763, por la Paz de París, la Florida (Oriental) con capital en San Agustín, pasó del dominio español al inglés, y que

<sup>1</sup> Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, de la Argentina, con lugar de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> "Aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España y sus confines: el caso de la Florida y tierras adyacentes (1700-1781)", presentado en el VI Congreso de Historia del Derecho Mexicano, Guanajuato, 1994, en prensa. Con carácter general para esa centuria estudio los tratados en: "Los tratados con los indios en la época borbónica. Reafirmación de la política de conquista pacífica", comunicación presentada en el XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires, 1995, en prensa.

Francia, la principal perdedora en esa guerra, cedió en compensación a su aliada los territorios de la Luisiana y la Florida Occidental, esta última con capital en San Miguel de Panzacola. Otras poblaciones de la Florida Occidental eran la Mobila, Natchez y San Marcos de Apalache.

Los ingleses consiguieron apoderarse también de la Florida Occidental, pero una expedición al mando del gobernador de la Luisiana, el célebre Bernardo de Gálvez, la reconquistó, culminando su empresa el 8 de mayo de 1781 con la toma de Panzacola. El 3 de septiembre de 1783, por la Paz de Versalles, España recuperó el dominio de toda la Florida. El periodo español de las Floridas se extendió hasta 1821, año en que fueron entregadas a los Estados Unidos por la imposibilidad de mantenerlas. En cuanto a la Luisiana, el 30 de noviembre de 1803, España se la devolvió a Francia y pocos días después ésta se la vendió a los Estados Unidos.<sup>3</sup>

## 2. GILBERTO ANTONIO DE SAINT-MAXENT, TENIENTE EN LA LUISIANA Y EN LA FLORIDA OCCIDENTAL EN TODO LO RESPECTIVO A LAS NACIONES INDÍGENAS

Gilberto Antonio de Saint-Maxent, de padres hidalgos, oriundo de Lorena, en cuya ciudad de Longwy nació en 1727, emigró en busca de fortuna a la Luisiana, donde a los veinte años contrajo matrimonio

<sup>3</sup> Ver Juan José ANDREU OCARIZ, *Luisiana española*, Zaragoza, 1975; Fernando de ARMAS MEDINA, "Luisiana y Florida en el reinado de Carlos III", *Estudios Americanos*, 100, Sevilla, 1960, pp. 67-92; John Francis BANNON, *The Spanish Borderlands Frontier. 1513-1821*, Nueva York, 1970; Lawrence A. CLAYTON (ed.), *The Hispanic Experience in North America*, Columbus, Ohio State University Press, 1992; Manuel FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Las relaciones diplomáticas entre España y los Estados Unidos. Don Luis de Onís y el Tratado Transcontinental de la Florida, 1809-1819*, México, 1965; Paul E. HOFFMAN, *Luisiana*, Madrid, 1992; Jack D. L. HOLMES, *Gayoso. The life of a Spanish Governor in the Mississippi Valley. 1789-1799*, Gloucester, Massachusetts, 1968; *idem*, "Spanish Treaties... the West Florida... 1784-1802", *Florida Historical Quarterly*, XLVIII; 1969, pp. 140-154; Francisco de Borja MEDINA ROJAS, *José de Ezpeleta, gobernador de la Mobila, 1780-1781*, Sevilla, 1980; Samuel PROCTOR, *Eighteenth Century Florida. Life on the Frontier*, Gainesville, Florida, 1976; Vicente RODRÍGUEZ CASADO, *Primeros años de dominación española en la Luisiana*, Madrid, 1942; Elena SÁNCHEZ-FABRÉS MIRAT, *Situación histórica de las Floridas en la segunda mitad del siglo XVIII (1783-1819)*, Madrid, 1977; John JAY TEPASKE, *The Governorship of Spanish Florida, 1700-1763*, Durham, North Carolina, 1964; y David J. WEBER, *The Spanish Frontier in North America*, New Haven, Yale University Press, 1992.

y se dedicó al comercio con los indios. Transferida la provincia a España, fue un adherente incondicional del nuevo soberano y con destreza se supo ganar la amistad de sus gobernadores.<sup>4</sup>

Por los méritos adquiridos al lado de su yerno, Bernardo de Gálvez en la expedición de Panzacola, el rey lo nombró el 30 de octubre de 1781, teniente de gobernador y capitán general de la Luisiana y la Florida Occidental en todo lo respectivo a las naciones de indios.<sup>5</sup> En el título respectivo hizo constar que "la seguridad y felicidad en dicha Provincia estaba íntimamente anexa a la buena armonía con las numerosas naciones de indios salvajes que la circundan; y que ésta sólo podía mantenerse por medio de regalos repartidos con oportunidad a los principales caudillos, y de un comercio de los géneros, y efectos propios a sus necesidades, y usos", y que los gobernadores pusieron desde los principios a cargo de Maxent el mantener ese trato, "por sus notorios fondos, por su bien concertado giro en Europa, por sus conocimientos locales, y sobre todo por haber sabido ganarse la confianza de los mismos salvajes".

El plan que había presentado a la corte consistía en acopiar y tener en depósito en Nueva Orleans un surtido de efectos hasta el valor de ochenta mil pesos fuertes para los regalos; otro surtido de mercancías, en cantidad de doscientos mil pesos, para proveer a los tratantes que comerciaban con los indios; y un repuesto de cien mil pesos de las mismas mercancías para que nunca faltasen, ni aun en el caso de una guerra.

Bernardo de Gálvez asentó en el título el "cúmplase", en La Habana, el 7 de julio de 1783,<sup>6</sup> y siete días después expidió la "Instrucción que deberá observar el Cnel. D. Gilberto Antonio Maxent, en el desempeño del encargo que S. M. se ha servido conferirle..."<sup>7</sup> Entre otras órdenes, contenía las siguientes:

<sup>4</sup> Ramón EZQUERRA, "Un patricio colonial: Gilberto de Saint-Maxent, teniente gobernador de Luisiana", *Revista de Indias*, 39, Madrid, 1950, pp. 97-102.

<sup>5</sup> Archivo General de Indias (AGI), Cuba 2351. EZQUERRA, *ob. cit.*, p. 119. Ver Thomas D. WATSON, "A Scheme Gone Awry: Bernardo de Gálvez, Gilberto Antonio de Maxent, and the Southern Indians", *Louisiana History*, XVII: 1, 1976, pp. 5-17.

<sup>6</sup> AGI, Cuba 2351.

<sup>7</sup> Escribe EZQUERRA, que Gálvez tenía experiencia del modo de tratar a los indios desde que había sido comandante de las Provincias Internas y fronterizas de la Nueva España, Nueva Vizcaya y Sonora hasta 1772, y que se inclinó al sistema francés de tráfico y regalos. El 24/10/1778 propuso a su tío José el procedimiento de los regalos, cuyo coste anual equivaldría al de diez años de guerra, *ob. cit.*,

“Como para que puedan tener efecto las intenciones del Soberano explicadas en las diversas Reales Órdenes dirigidas al Gobierno Capitanía general, e Intendencia de dichas Provincias, es indispensable que el citado Coronel haga la entrega a los Ministros de Real Hacienda de los efectos a que se obligó por contrata celebrada en nombre de Dn. Miguel Fortier en el Real Sitio de San Lorenzo; en 1o. de Noviembre de 1781, será su primer cuidado, que así se verifique, si no en el todo porque los varios accidentes, que ha experimentado se lo impidan en alguna parte a fin de dar principio a las operaciones.

“La entrega de dichos efectos se hará con una prudente proporción en todos los que son indispensables para hacer regalos a los Indios: esto es a sortida, a fin de evitar al Rey los perjuicios que podrían originársele si se le cargaba de artículos de poco consumo, más que de otros que tienen mayor dispendio.

“Recomendando S.M. en el Real Título del nombramiento de Teniente de Gobernador y Capitán general de Indios y en las demás Reales Órdenes, que como queda indicado han venido al Gobierno Capitanía general, e Intendencia de la Luisiana, y Florida Occidental se granjee la amistad de los Indios, y que se fomente su Comercio para economizar cuanto sea dable, los dispendios de su Real Erario; conviene desde luego promover los Congresos de los Indios en los términos que lo hicieron los Franceses, para tratar con ellos, y arreglar las circunstancias con que deben ejecutarlo.

“En la actualidad será necesario verificar tres de dichos Congresos, uno en la Nueva Orleáns, para todas las Naciones establecidas sobre el Río: otro en la Movila para los Chactás, y Alibamones, y el tercero en Panzacola, para los Indios Talapuches, pero luego que la Población de Galveztown se halle en estado de soportar el consumo de víveres que se ocasiona en semejantes casos se reducirán a dos los citados Congresos: uno en dicha Población, en que se juntarán las Naciones del Río, y los Chactás, y el otro en Panzacola para Alibamones, y Talapuches.

“Verificado el primer Congreso para arreglar en las circunstancias actuales el Comercio, que ha de entablarse se procurará el cumplimiento de las condiciones, que se hayan estipulado, cuidando se observen inviolablemente para evitar las malas consecuencias, que re-

p. 124. Fechado en Nueva Orleáns el 9/1/1777 hay un “Libro de los Regalos que se deben hacer anualmente a las Naciones de Indios por Reglamento del Exmo. Sr. Dn. Alejandro O'Reilly”, AGI, Cuba 2351, doc. 221 c.

sultarian de la falta de buena fe, tan indispensables para conciliarse la amistad de las Naciones Indias.

Deberán formarse Aranceles por el Gobernador y el Teniente de Capitán general señalando el número de pieles y demás cosas, que los Indios están en el caso de cambiar por los efectos, que los tratantes les provean teniendo el mayor cuidado en este punto que es el más importante, y en el que debe combinarse el bien recíproco de ambos partidos.

“El tiempo de los Congresos es el más proporcionado para hacer los regalos a los Indios con mayor economía, y sin la confusión que ocasiona vayan a buscarlos por sí, pues estando los Jefes de todas las Naciones que se hayan citado juntos pueden distribuírseles con aquella moderación, que exijan las circunstancias, previniéndoles amonesten a los Individuos de cada Nación, no se molesten en ir a buscar regalos en partidas sueltas, y con la continuación que lo han hecho interin ha durado la Guerra, cuya costumbre se irá aboliendo a medida que el Comercio se vaya fomentando.

“Si se cree necesario para economizar los efectos de S.M. y ahorrar las raciones cuyo costo ha sido considerable en la Guerra, se hará todos los años un Congreso en los parajes señalados en cuyo acto se distribuirán los regalos según y como las circunstancias lo exijan.

“Declarada ya la inmediata dependencia del expresado Coronel, del Gobernador o Comandante de las Armas, en el cúmplase puesto a continuación del Real Título de su nombramiento deben por consecuencia hacerse todos los regalos, que se distribuyan a los Indios en su nombre cuyo sistema es absolutamente indispensable para conservar en ellos el respeto, que les impone la mayor autoridad, y que el buen trato, y agasajos los constituya reconocidos a el que en la ocasión pudiera empeñarlos, y valerse de sus auxilios.

“Será e igualmente privativo del Gobernador Comandante de las Armas el recibimiento de las Naciones de Indios, que se presenten a hacer sus arengas en los parajes donde se hallare presente a cuyos actos asistirá el citado Coronel para coadyuvar o poner aquello que por su parte le parezca útil, pero sin absoluta autoridad, para que se adopte su modo de pensar, si el Gobernador como principal responsable no conviniese en ello.



"En los parajes donde el Gobernador y Comandante de las Armas, no estuviere presente, podrá el Teniente de Gobernador recibir y escuchar por sí a los Indios que pidan su audiencia y también en aquellos casos, en que por enfermedad, ocupación, u otro accidente se lo prevenga el mismo Gobernador.

"Tocando privativamente a los Ministros de Real Hacienda la administración y manejo de los caudales, y efectos pertenecientes a S.M. deberá el Gobernador y en su defecto el Teniente Gobernador pedir por oficio a el Intendente de la Provincia en quien por mi ausencia está refundida la de Indios, todos los auxilios que necesitaren, expresándole los motivos porque los solicitan, y el fin en que deben invertirse.

"Por las circunstancias de la Guerra, y escasez de Mercancías, con que recompensar los servicios que han hecho los Indios, se ha aumentado considerablemente el número de Jefes de Medalla y Capitanes de Gola, cuya asistencia constituye el mayor gasto al Real Erario, por ser indispensable que a éstos se les dé con respecto a su graduación, y conviniendo economizar en cuanto sea posible los dispendios, se procurará suspender por algún tiempo la provisión de estas distinciones, hasta que cada Aldea quede reducida a un Jefe de Medalla y uno de Gola por cada cincuenta Guerreros; si la Aldea fuese considerable podrán dejarse dos Jefes de Medalla, debiendo uno tener la grande y otro la pequeña.

"De resultas de la Guerra existen entre las Naciones bárbaras cantidad de vagos y tratantes Ingleses cuyo ejercicio en el día no es otro que perturbar los efectos de la inclinación que tienen los Indios a abrazar nuestro partido, por lo que el Gobernador y su Teniente tomarán cuantas medidas les parezcan oportunas a que salgan de las Naciones valiéndose del rigor en caso que las primeras disposiciones no surtan el efecto que se apetece.

"Ejercerá dicho Coronel Maxent la jurisdicción civil con los Indios en aquellos casos de diferencia entre los tratantes, y los Indios, único que se advierte puede ocurrir relativo a esta facultad, que el Rey le concede.

"En caso que la necesidad exija valerse de los Indios para acción de Armas será privativo del Teniente Gobernador y Capitán general, el mando, y dirección de los que el Gobernador o Comandante de las Tropas tuviese por conveniente emplear debiendo el primero obedecer las órdenes, que por el último se le comunicaren relativas al servicio que con dichos Indios haya de ejecutar.

"En caso de ocurrir alguna duda sobre punto que no se haya tratado en esta Instrucción se dirigirá al Brigadier Dn. José Espeleta, mi sustituto en el Gobierno y Capitanía general de la Provincia y su Jefe superior para que la decida o me la consulte, si fuere de aquellos que necesite mi determinación".<sup>8</sup>

Con el alejamiento de Gálvez de Nueva Orleans —ascendido a la capitanía general de Cuba, con retención de la Luisiana— la estrella de Maxent comenzó a declinar. El cnel. Esteban Miró asumió el gobierno de la Luisiana con carácter interino el 1o. de marzo de 1782 y en propiedad por título del 16 de diciembre de 1785.<sup>9</sup> Entre 1783 y 1784 habría recibido órdenes que restringían o anulaban del todo —según dice Ezquerra— las facultades de Maxent y prescindió de él en sus operaciones con los indios. Ejerció personalmente las de tipo gubernativo y dejó para el intendente Martín Navarro las económicas.<sup>10</sup>

### 3. APRESTOS DE NEGOCIACIÓN DEL GOBERNADOR ESTEBAN MIRÓ CON VARIAS NACIONES. PARTICIPACIÓN DEL INTENDENTE MARTÍN NAVARRO

Preocupación dominante de las autoridades españolas fue sustraer a los indios de la amistad con los Estados Unidos y ganarlos para

<sup>8</sup> Original en AGI, Cuba 2351, doc. 221; y copia en AGI, Santo Domingo 2611, fs. 979-984 v. EZQUERRA, *ob. cit.*, pp. 129-132.

<sup>9</sup> Caroline M. BURSON, *The Stewardship of don Esteban Miró, 1782-1792*, New Orleans, 1940.

<sup>10</sup> *Ob. cit.*, pp. 132-136. Habían sido descubiertas maniobras fraudulentas de Maxent contra el fisco y por real orden del 9/1/1784 se encomendó a Miró el embargo de sus bienes y la prosecución de la causa que le había sido iniciada. El 27/12/1783, Gálvez se había anticipado a ordenar el arresto de su suegro y el embargo de sus bienes. El Consejo de Indias lo condenó varios años después, en 1799, a una fuerte pena pecuniaria, *idem*, pp. 140-153.

España. Con ese objeto, Maxent había convocado —de acuerdo con la "Instrucción" y con la aprobación de Miró— sendos congresos para los meses de mayo y junio de 1784 en Panzacola y en la Mobila, con los Talapuche y Cheroqui el primero, y con los Alibamón, Chactá y Chicachá el segundo.<sup>11</sup> Entre los aborígenes ya sobresalía la figura del mestizo Alejandro Mc Gillivray, considerado el jefe más influyente entre los Talapuche, y la estrategia del gobernador apuntaba a separar a él y a los demás indios del afecto de los norteamericanos, con los que entonces estaban en buena relación.<sup>12</sup>

En una carta al Conde de Gálvez, Miró, después de referirse a los congresos y a Mc Gillivray, agregó que con motivo de haber reunido en su persona las facultades respectivas al ramo de indios hallaba indispensable el pasar a presidir aquéllos, tanto porque los naturales estaban acostumbrados desde el tiempo de las dominaciones francesa e inglesa a que les presidiera en esos actos el jefe principal de la provincia cuanto por las grandes dificultades que iba a exponer para lograr su amistad.

Señaló el embarazo en que estaba porque el clamor general de los indios era que se les estableciesen tratantes. Los gobernadores sucesivos les habían prometido que al arribo de Maxent —se entiende, cuando aún estaba en funciones, gestionando en Europa los géneros del comercio— lo podrían cumplir, tranquilizándolos, en el entretanto, con pequeños regalos. Maxent sólo depositó en los almacenes una

<sup>11</sup> Maxent despachó emisarios munidos de instrucciones para que invitasen a los indios. Unas "Instrucciones" en francés le dirigió a Louis Fournerey, intérprete de las naciones Chactá, Alibamón y Chicachá, en Nueva Orleans, el 20/9/1783, con la conformidad de Miró. El Congreso sería "pour distribuer les présents que le grand Chef son Excellence Monsieur de Galvez leurs a promis: nonobstant les fréquents petits présents qu'ils ont reçus constamment á la Menville, et á Pansacole, et pour régler le tarif des effets pour la traite qui doit se rétablir" (1<sup>a</sup>). El emisario, "représentera avec prudence, force et sagesse dans le Conseil l'intérêt qu'ils ont d'être sous la domination espagnole: le respect qu'ils doivent avoir pour notre grand Roy, et les bonnes façons avec lesquelles ils sont obligés de se comporter envers les traiteurs français qui leurs seront envoyés par les Chefs" (2<sup>a</sup>). Si tenía éxito en su misión trataría de obtener una paz firme también con los Cheroqui y Chahuanon (AGI, Cuba 2360, fs. 336-337).

<sup>12</sup> El intendente Martín Navarro en carta a José de Gálvez (Nueva Orleans, 16/4/1784) lo describe como "hijo de Inglés e India mal recompensado de su Nación, y enemigo mortal de los Americanos, por inclinación se halla establecido entre los Talapuches o Kriks de quien(es) deriva, la influencia que tiene sobre ellos corresponde al talento con que los manda" (AGI, Santo Domingo 2609, fs. 533-538. Copia en AGI, Cuba 2360, fs. 331-333). Ver: John WALTON CAUGHEY, *McGillivray of the Creeks*, Norman, University of Oklahoma Press, 1938.

parte de lo comprometido, a causa de dificultades imprevistas que tuvo, por lo que la mercancía disponible era insuficiente para satisfacer sus demandas. Ese era el punto crítico. Miró temía que los indios consideraran a los españoles "poco exactos" en el cumplimiento de su palabra si se veía obligado a diferir el establecimiento de los tratantes por falta de medios, y que como consecuencia de eso se los perdiera como aliados.<sup>13</sup>

El mismo día Miró le escribió a Martín Navarro sobre los futuros congresos de Panzacola y la Mobila. Ambos formaban, a su juicio, "un asunto de la mayor importancia", del que pendía "la tranquilidad permanente de estas Provincias; principalmente por ser los primeros que se tienen después de la última Paz, y por deber concurrir en ellos Naciones que no se han sujetado aún a la dominación de nuestro Soberano".

Consideraba sumamente importante que lo acompañase por varias razones: para que interviniese en la entrega de los regalos, siendo su notorio celo una garantía de la economía y legalidad con que se debía proceder; porque tendría más peso la arenga que iba a hacerles a favor de una más dilatada espera, a lo menos por una parte de las naciones, a causa del escaso acopio de efectos que había; y, por último, para que las respuestas que ellos diesen a las propuestas y representaciones de los indios tuviesen "la más madura reflexión".<sup>14</sup>

Navarro, en una carta que le envió a José de Gálvez al día siguiente, informándole de la comisión que iba a ejercer, respondiendo a la "necesidad más urgente", se extendió en consideración sobre los problemas que se presentaban en las relaciones con los aborígenes. Instrucciones que pudieron haberse dado antes ya no servían porque las circunstancias presentaban nuevas dudas y éstas pedían nuevas determinaciones. No se disponía de sus géneros de consumo para proporcionarles un comercio seguro y arreglado que les permitiese el cambio de sus peleterías y cubrir su desnudez. Tampoco se sabía bajo cuál soberanía quedarían sus aldeas después de tirada la línea de la frontera con los americanos.

La duda mayor era por cuál medio asegurarles el comercio en una situación en que la provincia no tenía "ni uno sólo" de tantos artículos que necesitaban. No era partidario de establecer ese comercio por

<sup>13</sup> Miró a Gálvez: Nueva Orleans, 15/4/1784. AGI, Cuba 2351, doc. 68.

<sup>14</sup> Copia. Miró a Navarro: Nueva Orleans, 15/4/1784. AGI, Santo Domingo 2609, fs. 539-540.

cuenta de la Real Hacienda, como en el tiempo de los franceses, porque era reducirlo a la precariedad y exponer al erario a perjuicios evidentes. Había que hallar el modo de tener tranquilas a las provincias y contentos a los indios: "emplear con ellos palabras y ofrecimientos es recurso inútil".

Otras poderosas razones para contentarlos eran: "1o. La de la necesidad inmediata que hay de impedir que los Americanos entablen un comercio con ellos; 2o. De que conocidas las ventajas de su amistad empleen contra nosotros las mismas armas que les damos, y finalmente que en una nación poderosa que puede servirnos de barrera tengamos a las puertas de nuestras poblaciones un terrible enemigo contra quien serían inútiles nuestros esfuerzos, establecidos con ellos los tratantes Americanos, cuyo genio y costumbres son muy a propósito para sembrar discordias y desavenencias".

Aunque consideraba manifiesta la inclinación de Mc Gillivray a los españoles, no dejó de prevenir que si no se admitían sus condiciones reclamaría por necesidad la protección de los americanos. A su juicio, hasta se les debería facilitar tierras en las posesiones españolas si, hecha la demarcación, quedaban en territorio de los Estados Unidos.

Éstos eran los escollos que había que vencer en el Congreso, al que iría con el gobernador bajo el concepto de que "nada obraremos que no sea con previa consideración a las sagradas regalías de Nuestro Monarca y al interés de inspirar en estas Naciones los sentimientos de una Paz inalterable, cuyas benéficas disposiciones aseguren la Pública tranquilidad, y un comercio de que depende la felicidad y fomento de estas Provincias".<sup>15</sup>

#### 4. TRATADO CON LOS TALAPUCHE O CREEK CELEBRADO EN PANZACOLA EL 1o. DE JUNIO DE 1784

Tal como estaba previsto se llevó a cabo en la Plaza de Panzacola, sobre el golfo de México, el Congreso con la nación Talapuche o Creek, los días 31 de mayo y 1o. de junio. El principal interlocutor que tuvo Miró fue Mc Gillivray. Como resultado de la reunión se ajustó un tratado, cuyo texto completo no tengo pero que parece haber sido semejante a los demás hechos en esos meses. Algunos de sus artículos son los siguientes:

<sup>15</sup> Navarro a J. de Gálvez: Nueva Orleáns, 16/4/1784. AGI, Santo Domingo 2609, fs. 533-538. Copia en AGN, Cuba 2360, fs. 331-333.

"1o. Nosotros los expresados Jefes de las Naciones Talapuche por nosotros, y en nombre de los demás Jefes, Capitanes, Guerreros y demás individuos de ella, de cualquiera calidad, sexo o condición que sea, prometemos y nos empeñamos por el Dios supremo creador del Cielo y de la Tierra, a quien están sujetas todas las cosas visibles e invisibles, en guardar y mantener una inviolable paz y fidelidad con S.M.C. sus provincias, súbditos y vasallos, procurándonos recíprocamente que las ventajas puedan contribuir al interés y gloria de ambas partes contratantes. Ofrecemos exponer por el Real Servicio de S.M.C. nuestras vidas y haciendas; y prometemos obedecer las soberanas disposiciones, que en caso necesario nos sean comunicadas por el Capitán General de las Provincias de la Luisiana y Floridas, y en su nombre por los respectivos Gobernadores, o Comandantes particulares de las expresadas provincias, portándonos siempre con la mejor armonía, unión y buena amistad pues desde este instante de nuestra propia y espontánea voluntad, prometemos obedecer las Leyes del Gran Rey de las Españas, en aquellos puntos que son compatibles con nuestro carácter y circunstancias: conformándonos con los usos y costumbres municipales que se hallan establecidos y en adelante se establecieren en las Provincias de la Luisiana y ambas Floridas, reglando en todo de común acuerdo y de buena fe, los puntos dificultosos, que pudieren necesitar de explicación.

"5o. No admitiremos en nuestras Aldeas ningún blanco de cualquiera nación que fuere, sin distinción alguna; ya sea con el pretexto de comercio, u otro especioso que no lleve el correspondiente pasaporte del Capitán General de estas provincias, o del particular de esta Plaza.

"7o. Entregaremos de buena fe a disposición del Gobernador General de estas provincias todos los blancos prisioneros, vasallos de los Estados Unidos de América, si se probase existir alguno arrestado; y no exigiremos por ello retribución alguna.

"15. Como el ánimo generoso de S.M.C. no es exigir de las naciones de Indios, Tierras algunas para formar establecimientos, en perjuicio de la propiedad de los que las disfrutaban desde luego, y con conocimiento de su paternal amor hacia sus amadas Naciones; ofrecemos en su Real Nombre, la seguridad y garantía de las que actualmente tienen, según el derecho de legitimidad con que las poseen; con tal que éstas queden comprendidas dentro de la línea y límites de S.M.C., nuestro Soberano. Y para hacer más patente la

extensión de su Real Clemencia siempre que por alguna Guerra, o accidente sean los Talapuches despojados de sus Tierras por enemigos de la Corona, se les proporcionarán otras equivalentes que se hallen vacantes para su establecimiento; sin otra solicitud ni retribución, que la de su fidelidad constante, y para que así se verifique, cumpla y observe enteramente &a. &a."<sup>16</sup>

Hay que destacar en el artículo 1 el compromiso de obediencia de los indios a las leyes españolas "en aquellos puntos que son compatibles con nuestro carácter y circunstancias", lo cual equivalía a invertir el orden de prelación establecido para los naturales, que determinaba la aplicación en primer lugar del derecho indiano y subsidiariamente los derechos indígenas.<sup>17</sup> La razón del cambio es obvia: era un régimen especial para un área de frontera, y no una decisión unilateral de la Corona sino el resultado de un acuerdo de voluntades. También merece ponerse de resalto el reconocimiento hecho por España en el artículo 15 del derecho de propiedad de los indios sobre sus tierras.

Es sabido que el motivo principal del tratado, para la parte indígena, era asegurarse el comercio con tratantes bien provistos de los géneros que necesitaban, tal como lo habían practicado bajo las anteriores dominaciones europeas. Como complemento, pues, del tratado se resolvió emitir un reglamento para los tratantes a fin de evitar que obrasen de mala fe con los naturales. El documento es el siguiente:

"Puntos que deben observar los Vasallos de S.M.C. que se empleen en el Trato con los Indios Talapuches, conforme a lo estipulado con dicha Nación en el congreso celebrado en la Plaza de Panzacola en los días 31 de Mayo, y 1o. de Junio de 1784.

"1o. El Trato con las Naciones de Indios debiendo estar fundamentado sobre los principios de la buena fe, y la equidad; observa-

<sup>16</sup> "Artículos del Congreso celebrado en Panzacola...". Original español inglés en AGI, Cuba 2360, fs. 354-367; y copias en español en AGI, Cuba 1439, y Cuba 2360, fs. 338-344.

<sup>17</sup> Ver Miguel Ángel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, "El elemento indígena en la formación del derecho indiano", *Revista de Historia del Derecho*, 11, Buenos Aires, 1983, pp. 401-453; Abelardo LEVAGGI, "Notas sobre la vigencia de los derechos indígenas y la doctrina indiana", *Revista Complutense de Historia de América*, 17, Madrid, 1991, pp. 79-91; Juan MANZANO MANZANO, "Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 18, Buenos Aires, 1967, pp. 65-71; y Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, "Los derechos indígenas", *Revista de Historia del Derecho*, 14, Buenos Aires, 1986, pp. 427-451.

rán los sujetos que lo emprendan, todos los medios, que conduzcan a un fin tan importante; sin valerse de los despreciables subterfugios del dolo, y el engaño.

"2o. Ningún Tratante podrá dirigirse a las Naciones sin el preciso Pasaporte del Gobernador de la Luisiana, o Panzacola, so pena de ser castigado por su desobediencia; y las licencias no serán válidas por más tiempo que el de un año a cuya época acudirán a dejar las que tengan y tomar otras nuevas.

"3o. Se les prohíbe establecer sus Almacenes de Trato en parajes ocultos y desiertos, y los fijarán en las Aldeas mismas de los Indios; y de lo contrario se procederá contra sus personas, y bienes.

"4o. Se arreglarán inviolablemente a la Tarifa que se les expedirá por el Gobierno y que no alterarán por pretexto alguno, por ser contrario al buen orden del comercio, y a la particular utilidad de los interesados.

5o. Se prohíbe generalmente a todos los Tratantes comerciar con las Naciones de Indios aguardiente ni otro género de licor; pues en tal corta cantidad que lo ejecuten ha de ser con expresa licencia del Gobierno, bajo la pena de perder el derecho de volver a comerciar en lo sucesivo.

"6o. Para que puedan dárseles nuevos Pasaportes a los Tratantes: han de justificar éstos con certificación del comisario de Indios si lo hubiese, o de la Nación en que comerciare haber cumplido bien, y puntualmente sin cometer desórdenes de ninguna naturaleza.

"7o. No podrán inducir a que les sigan Indios, ni Indias a nuestras Poblaciones y si lo ejecutaren será de su cuenta particular la manutención, y otro cualquier gasto, que ocasionen; pues no es regular que por sus fines particulares recarguen los Pueblos con nuevas contribuciones, y a S.M. con regalos indebidamente.

"8o. Siendo los sinceros deseos de S.M. cultivar y conservar la amistad de los Indios dándole pruebas de su confianza, y adhesión: todo comerciante que de cualesquier modo obrase contra estos principios cometiendo algún exceso o violencia, será castigado con la mayor severidad según la exigencia del caso = Panzacola 1o. de Junio de 1784".<sup>18</sup>

<sup>18</sup> AGI, Cuba 2351, doc. 73 j, y Cuba 2360, fs. 345-346. Puntos similares, pero no iguales, fueron establecidos para el trato con los "Talapuches, Alibamonos y Chactás" en la Mobila, 18/11/1784; conf. AGI, Cuba 83 B, fs. 177-v., y Cuba 2360, fs. 429-430, 431-432, 433-434 y 435-436. Cita el tratado: Charles GIBSON, "Con-

Afirmaba el reglamento la vigencia de los principios de la buena fe y la equidad, desterrando el dolo y el engaño. Para eso establecía la publicidad de las transacciones y el arreglo a una tarifa oficial, prohibiendo la instalación de almacenes en lugares ocultos y desiertos, y el apartamiento de esa tarifa, como contrario al buen orden del comercio y a la utilidad de los indios, intereses que se trataba de tutelar. Conservar la amistad de los indios era el fin de la política de la Corona, por lo que se preveía el castigo de los comerciantes culpables de excesos o violencias contra ellos. El derecho y la moral se aunaban para reducir a términos justos y convenientes la experiencia comercial que se iniciaba.

Por el tratado, Mc Gillivray fue nombrado "Comisario por la Nación Española en la Nación Talapuche", siguiendo una práctica bastante frecuente. El 20 de julio de ese año Miró le expidió en Nueva Orleans las "Instrucciones" pertinentes, a saber:

"1o. Será su primer, y principal cuidado mantener las diferentes Aldeas de su Nación en la dependencia, y subordinación de nuestro Soberano, poniendo en obra cuantos medios le dictare su conocida actividad, y talento para mantener los Indios en nuestro Partido.

"2o. Pondrá su atención a que los tratantes que se presentaren en su Nación se porten, y manejen con la más decente conducta, política, y amistad, evitando que los Indios tengan el menor motivo de quejarse.

"3o. Tendrá la mano a que los expresados tratantes se conformen exactamente en sus tratos, a los precios de la tarifa acordados en el Congreso General celebrado en Panzacola en los días 31 de Mayo y primero de Junio del año de la data, sin aumentar, ni disminuir los precios establecidos.

"4o. Será también de su cuidado mantener la observancia de las Instrucciones generales que se han establecido en el expresado Congreso para los tratantes, sin permitir que por ningún motivo, por urgente que sea, contravengan a lo prevenido en ellas.

"5o. Será de su incumbencia velar a mantener la Nación en Paz, y perfecta armonía, no sólo entre las diferentes tribus Talapuches, sino con las demás Naciones, especialmente los Chactás, y Chicachás, fomentando las siembras, y el comercio.

quest, Capitulation, and Indian Treaties", *American Historical Review*, 83: 1, Washington, 1978, p. 14.

"6o. Uno de los puntos que exigen su principal atención es cuidar que ninguno se introduzca en la Nación, sin el correspondiente Pasaporte, en el que tendrá el cuidado de notar la Conducta que el tratante hubiere tenido en la Nación, poniendo por escrito el día en el que hubiere entrado y saliere. Arrestará cuantos se presenten sin este requisito, dirigiéndolos con persona segura al Gobernador de Panzacola, a cuyo efecto tiene las más competentes facultades, debiendo los tratantes que se hallasen en la Nación prestar auxilio sin la menor dilación; pues de lo contrario serán severamente castigados.

"7o. Siempre que el servicio lo exigiese juntará la Nación, para promover cuanto conduzca al mayor interés, y gloria de la Nación, dando parte de las resultas al Sr. Gobernador de Panzacola.

"8o. Cuidará, que ningún tratante fie, u haga crédito a Indio alguno por mayor suma que la de treinta libras en pieles pasadas (?) o su valor en pieles al pelo, y toda deuda que tuvieren los Indios en favor de los tratantes superior a esta suma será considerada como incobrable de hecho.

"9o. No permitirá que ningún tratante venda a los Indios más que cinco libras de pólvora u doce de balas, y esto en tiempo de Caza.

"10. Prohibirá de nuestra Orden a todo tratante cazar en las Carcerías de los Indios, a menos que éstos voluntariamente lo permitan.

"11. Evitará igualmente que los tratantes comercien en otras Aldeas que en aquellas, para que tuviesen el correspondiente permiso del Gobierno.

"Finalmente esperamos de su conocido celo, actividad, y talento, mantendrá la Nación talapuche, y sus aliadas en la más buena armonía y buena unión promoviendo siempre en cuantas ocasiones se ofrecieren el honor, gloria, e interés de la Nación Española, y la tranquilidad de las tribus Talapuches".<sup>19</sup>

En concordancia con lo que establecía el tratado, se esperaba que Mc Gillivray mantuviese a su nación bajo la dependencia del rey, conservase la paz con las demás naciones indias, celase la conducta de los tratantes, impidiese la entrada de extraños y ayudase a los españoles en caso necesario. Impedidos éstos de ejercer esas funciones, las delegaban en el jefe indio llevados por un criterio práctico.

<sup>19</sup> Copias. AGI, Cuba 2351, doc. 73 i, y Cuba 2360, fs. 347-348 v.

5. TRATADOS CON LAS NACIONES CHICACHÁ Y ALIBAMÓN SUSCRITOS DURANTE EL CONGRESO REUNIDO EN LA MOBILA LOS DÍAS 22 Y 23 DE JUNIO DE 1784

Prosiguiendo con su plan de relaciones amistosas con las comunidades vecinas, Miró, acompañado siempre por Navarro, se hizo presente en el Congreso reunido en la Mobila, sobre la bahía del mismo nombre, los días 22 y 23 de junio de 1784. Fruto del mismo fueron sendos tratados, con textos diferentes, suscritos el 23 con los Chicachá y los Alibamón, que eran una parcialidad de los Talapuche. Con los Alibamón existía un tratado conjunto con los Talapuche hecho en Panzacola el 14 de setiembre de 1761,<sup>20</sup> además del reciente ajustado con éstos el 10. de junio.

Los "Artículos de amistad, trato y comercio" convenidos con la nación Chicachá decían lo siguiente:

"En nombre de Dios todo Poderoso sea notorio a todos los que las presentes vieren cómo nosotros. Dn. Esteban Miró Coronel del Regimiento de Infantería de la Luisiana, Gobernador Político y Militar de la Provincia, por disposición del Exmo. Sor. Conde de Gálvez, Teniente general de los Reales Ejércitos, Inspector general de toda la Tropa veterana, y Milicias de América, Gobernador y Capitán general de las Provincias de la Luisiana y Florida Occidental: Dn. Martín Navarro Intendente general de ambas Provincias: Dn. Enrique le Gallois de Grimarest Comandante del Fuerte Carlota de la Movila, y su Jurisdicción: Chicachá Mingo Cacique o Jefe principal de la Nación Chicachá, Olacté Mantlá Jefe de Gran Medalla de la Aldea de Chuculizá, Mongulachá Faská Jefe de Gran Medalla de la Aldea de Chatalá, Fanni Mingó Gran Jefe, y Atacabé Olacté segundo Jefe de la Aldea de Amalatá, Opayí Mingó Gran Jefe de la Aldea de Achucumá, Conchi Matahá segundo Jefe, y Mongulachá Mingó Capitán de la misma en nombre de Pascá patapo Gran Jefe de la Aldea de Falachao, que envió el Collar blanco por no poder presentarse. Opayé Mantlá Jefe de pequeña Medalla, Mongulachá Mantlá Capitán de la Aldea de Chucafalá, Mongulachá Mingó Jefe de Gran Medalla Imata astabé Mingó, y Sulus Mastabé Capitanes de la Aldea de Tascahuilo: en nombre asimismo de los Guerreros presentes, y ausentes sus Mujeres e hijos, y de toda la Nación en general anhelando establecer una Paz sólida, y un comercio ventajoso, que

<sup>20</sup> Conf. LEVAGGI, "Aplicación de la política española... (1700-1781)", cit.

borrar la memoria de los males pasados, estableciendo por cuantos medios fueren asequibles, el recíproco interés de ambas Naciones, han establecido unánimemente los Artículos, que van a expresarse.

Artículo 1o.

"Nosotros los expresados Jefes, Capitanes, Guerreros, y demás individuos de la Nación Chicachá prometemos por el supremo ser superior a todas las cosas guardar, y mantener una inviolable Paz, y Amistad con S.M.C. sus Provincias, súbditos, y Vasallos, en especial con las Provincias de la Luisiana y dos Floridas, evitando cuidadosamente hacer el menor daño, y procurando las ventajas que contribuyan al mutuo interés de ambas Naciones. Ofrecemos permanecer quietos en nuestras tierras, sin mezclarnos en guerra alguna con los blancos: prometiendo en lo demás obedecer las soberanas disposiciones, y palabras que se nos enviaren por el Capitán general de estas Provincias, y en su nombre por los respectivos Gobernadores, o Comandantes particulares de la Luisiana y Movila.

Artículo 2o.

"Nosotros los arriba expresados Dn. Esteban Miró Gobernador interino de la Provincia de la Luisiana, Dn. Martín Navarro Intendente general de ella, y Dn. Enrique le Gallois de Grimarest Comandante de la Plaza de la Movila y su Distrito ofrecemos en nombre del Rey proporcionar a la Nación Chicachá un Comercio permanente e inalterable bajo los precios más equitativos, y según la Tarifa que por ambas partes contratantes se establecerá en el actual Congreso: debiéndose observar con la mayor exactitud, a menos que una inesperada guerra impida el cumplimiento.

Artículo 3o.

"Con el objeto de fomentar más y más el comercio, y la cultura de las tierras, nosotros los Jefes, y demás individuos de la Nación Chicachá, mantendremos generalmente la Paz, y Amistad con los Talapuis, Sawanós, Chactás, Arkansás y todas las demás Naciones del continente en especial las del Río Misisipi, exceptuando únicamente la Nación Quicapú del distrito Americano con quien nos hallamos en guerra, hasta que tomada satisfacción de los agravios, se pueda

entablar la deseada unión, cesando toda suerte de hostilidades, y viviendo en la más perfecta unión. El perturbador de estas disposiciones pacíficas será tratado como enemigo de la pública tranquilidad de la humanidad, y de ambas partes contratantes.

#### Artículo 4o.

“Nosotros los ya mencionados Jefes de la Nación Chicachá nos obligamos a poner en poder de los Comandantes de Ilihoa, Arkanzá, o Natchez, y si es posible, a disposición de los Gobernadores, que por tiempo fueren de la Luisiana, Movila, o Panzacola, todo extranjero que sin la permisión del Gobierno Español se introdujese en cualquiera de nuestras Aldeas con el malvado pretexto de excitarnos a tomar las armas contra nuestro Soberano el Gran Rey de España, sus súbditos, Vasallos, y Aliados, sin que el haberlos arrestado en nuestras tierras les sirva para su defensa, pues deberán ser castigados, bien que en la pena se tendrá consideración a lo que el Jefe de la Aldea representare.

#### Artículo 5o.

“No admitiremos en nuestras Aldeas blanco alguno de cualquiera Nación que sea, so pretexto de comercio, u otro, sin el correspondiente Pasaporte del Capitán general de estas Provincias, o de los Gobernadores particulares de la Luisiana, y Movila.

#### Artículo 6o.

“No admitiremos en nuestras Aldeas soldado u esclavo cimarrón de la Luisiana, Movila o Floridas, y los que se presentaren en nuestras Tierras serán inmediatamente entregados por nosotros a disposición de los expresados Gobernadores, o de los Comandantes particulares de los diferentes Puestos de estas Provincias bajo la expresa condición de que se nos recompensará la pena, y gastos que hubiéremos hecho por el Regimiento, si fuere soldado, o por el Amo del esclavo aprehendido.

#### Artículo 7o.

“Evitaremos por todos los medios posibles el que nuestros Guerreros y Jóvenes cometan la menor extorsión, ni robo alguno de Caba-

llos, y Ganados de cualquiera especie que sean, en los Distritos de Panzacola, Movila, Arkanzá, Natchez, y demás de estas Provincias: impidiendo las piraterias que los Vagabundos blancos e Indios cometen ordinariamente en lo alto del Rio Misisipí. Los efectos que se encontraren robados, en cualquiera paraje que fuere, se devolverán de buena fe, siempre que se reclamaren por las partes interesadas, que tendrán la precisa obligación de probar ante los Gobernadores, o Jefes de las Aldeas, en que se hallaren, la legitimidad de la prenda solicitada.

#### Artículo 8o.

“Los tratantes Españoles, que con las respectivas licencias del Gobierno tratasen en nuestras Aldeas, tendrán toda la protección, y auxilio que necesitaren, siempre que se establezcan en las mismas Aldeas, u a las orillas del Misisipí, celebrando nuestros Contratos bajo la buena fe, y reglas de la Tarifa que se establecerá en el actual Congreso.

#### Artículo 9o.

“Con el importante fin de mantener el buen orden que exigen la razón, y la justicia: conociendo evidentemente que de la perfecta seguridad y unión depende la conservación de nuestras vidas, y fortunas, así como la seguridad, y tranquilidad de nuestras Aldeas y de la Nación entera: si algún individuo de la Nación Chicachá cometiere el detestable, y horrible crimen de homicidio en algún Vasallo de S.M.C. nos obligamos a entregar la cabeza del Agresor. Y en mutua correspondencia yo el arriba mencionado Gobernador interino, y los respectivos Comandantes de estas Provincias empeñamos nuestra palabra de honor, y prometemos castigar el Vasallo español, que osare cometer semejante abominable crimen, según las Leyes del Reino, delante del Jefe de la parte agraviada. Y para que así se verifique, cumpla, y ejecute firmamos el presente los enunciados Gobernadores, e Intendente con Dn. Pedro Jujean Comisario de Indios, y Simón Favre Intérprete de dichos en esta Plaza, en nombre de los Jefes Chicachás, por no saber ellos firmar, sellándole con el sello de nuestras Armas, refrendado por el infrascrito Secretario del Gobierno, y Capitanía general de las Provincias de la Luisiana, y Florida Occidental en la Plaza de la Movila a veinte y tres días del mes de Junio de

mil setecientos ochenta y cuatro = Esteban Miró = Enrique le Gallois de Grimarest = Martín Navarro = Pedro Jujan = Simón Favre = Por mandado de su Señoría = Andrés López de Armesto".<sup>21</sup>

Subrayo tan sólo que el artículo 9, adoptando una solución no usual, reconoció en los indios jurisdicción para juzgar y castigar a quien de ellos mataba a un español, sin reclamar su entrega vivo para ser juzgado por las autoridades españolas según la ley indiana, que fue lo que se estipuló generalmente en los tratados como una manera de afirmar el derecho de vida y muerte del rey sobre todos sus súbditos.

Con los Alibamón, en cambio, todo se redujo a ratificar lo convenido el día 10. con los Talapuche, bajo el supuesto de que ese tratado los comprendía por ser parte de la misma familia. El documento que se firmó, llamado también "Artículos de amistad, trato y comercio", dice lo siguiente:

"En nombre de Dios todopoderoso. Sea notorio a todos los que las presentes vieren como nosotros Dn. Esteban Miró Coronel del Regimiento de Infantería de la Luisiana, Gobernador Político, y Militar de la Provincia por disposición del Exmo. Sor. Conde de Gálvez, Teniente General de los Reales Ejércitos Inspector general de toda la Tropa Veterana y de Milicias de América, Gobernador y Capitán General de las Provincias de la Luisiana, y Florida Occidental; Dn. Martín Navarro Intendente general de ambas Provincias, y Dn. Enrique le Gallois de Grimarest Comandante del Fuerte Carlota de la Movila; y Ocohaé Mecko Gran Jefe de los Alibamones, y particular de la Aldea de Ocohaé, Facka Opayé Jefe de pequeña Medalla de dicha Aldea, y Naatché Capitán, Faskae Niyá, Payefikchikkó, Yematché Jefe primero, y segundo y Capitán de la Aldea de Paauacté, Tachehulá Meckó Jefe de Gran Medalla, y Atkaachó Capitán de la Aldea de Taskihiqui Payé Matahá Jefe de gran Medalla, Chulus Mastabé Jefe de pequeña, Stanakatchó Capitán de la Aldea de Conchati con los demás Jefes Alibamones en nombre de los Capitanes, Guerreros, Mujeres, y demás individuos de su Nación por el bien de la paz, y para promover el recíproco interés de ambas Naciones, hemos convenido en que los Artículos establecidos en el Congreso celebrado en la Ciudad de Panzacola los días treinta y uno de Mayo, y primero de Junio deben quedar en su fuerza, y vigor, y observarse escrupulosamente por las Aldeas Alibamones respecto a que éstas hacen parte

<sup>21</sup> Copias. AGI, Cuba 2351, doc. 73 h. y Cuba 2360, fs. 390-394 v. y 395-398 v. GIBSON, *ob. cit.*, pp. 14-15.

de la numerosa Nación Talapuche, que por lo que toca a la tarifa para el Comercio, y trato que debe establecerse, observarían la convenida en el actual Congreso.

"Los Jefes, Capitanes, y Guerreros Alibamones prometemos no inquietar en manera alguna los habitantes de la Movila, que deben volverse a establecer en las mismas posesiones en que se hallaban antes de la guerra, y hacer todos nuestros esfuerzos para pagar las deudas, y créditos que contra nosotros tienen los vecinos, y comerciantes de esta Plaza, y para que conste lo firmamos de nuestro puño los expresados Dn. Esteban Miró Gobernador interino de la Provincia de la Luisiana, Dn. Martín Navarro Intendente general de ella, Dn. Enrique le Gallois de Grimarest, y por parte de la Nación Alibamones Dn. Pedro Jujan Comisario, y Simón Favre Intérprete por S.M. en esta Plaza, mandándole refrendar por el infrascripto Secretario del Gobierno, y Capitanía general de la Luisiana y Florida Occidental en la Movila a veinte y tres de Junio de mil setecientos ochenta y cuatro".<sup>22</sup>

Tal como se había hecho en el Congreso de Panzacola se estableció en el de la Mobila una "Tarifa para la Trata con las Naciones Chicachás, Chactás, y Alibamones".<sup>23</sup>

#### 6. TRATADO DE LA MOBILA DEL 14 DE JULIO DE 1784 CON LA NACIÓN CHACTÁ. INCLINACIÓN DE LOS INDIOS AL PARTIDO ESPAÑOL

Unas semanas después, Miró y el gobernador del Fuerte Carlota de la Mobila y su distrito celebraron un tratado parecido a los hechos con las naciones Talapuche y Chicachá. Fue con los indios Chactá y vino a coronar las gestiones iniciadas en 1777 por Bernardo de Gálvez ante esta nación.<sup>24</sup> Estableció lo siguiente:

"Artículos convenidos por el Coronel Dn. Esteban Miró Gobernador intendente de la Provincia de la Luisiana, y el Teniente Coronel Dn. Enrique Grimarest Gobernador militar, y político del Fuerte Carlota de la Movila, y su distrito con la Nación Chactá con el objeto de confirmarlos en nuestra Amistad, y establecerles un Comercio sólido, y permanente en el Congreso celebrado en la expresada Plaza de Movila los días trece, y catorce de Julio de mil setecientos ochenta y cuatro.

<sup>22</sup> Copias. AGI, Cuba 2351, doc. 73 l. y Cuba 2360, fs. 383-384 y 385-386.

<sup>23</sup> AGI, Cuba 15 B.

<sup>24</sup> LEVAGGI, *idem* la nota 20.



"En nombre de Dios todopoderoso. Sepan cuantos la presente convención vieren cómo nosotros Dn. Esteban Miró Coronel del Regimiento de Infantería de la Luisiana, y Gobernador interino de la Provincia por Disposición del Exmo. Sor. Conde de Gálvez, teniente general de los Reales Ejércitos, Inspector general de toda la tropa veterana, y Milicias de América, Gobernador, y Capitán general de las Provincias de la Luisiana, y Florida occidental: el Teniente Coronel Dn. Enrique le Gallois de Grimarest Comandante militar, y político de la Plaza de la Movila, y su distrito: Aya-Stunaqué Jefe principal de la Nación Chactá en la Aldea de Usque laganá, Mesti chicó Jefe de Gran Medalla, Mingó Fabasá, Ochinchá-huma, Nagueshuma, Cachuní Mastabé, Pucha humá, Jefe de pequeña Medalla, Tamuabé, Mingó Falayá, Panchí Manblá, Ima abé, Pucha huma chitó, Clata la huma, Chicachí nantlá, Cachuná ecabé, Nahu Mastabé, Canele chabé, Puchi Mastabé, Occhayé Mastabé Capitanes de la expresada Aldea de Usque lagana: Puchi Mataha, e Ilé patapo Jefes de gran Medalla, Ite lagana, y Tascá nanguchi huma Jefes de pequeña Medalla, Tatu-labé, Mingo-humá, Mingo puscus, La astabé, Mingó Mastabé, Tasqué Mataha, Chucá astabé, Chelita huma, Olactá humá, y Panchi Mastabé Capitanes de la Población de Chicachae, Partido de las seis Aldeas en la Nación Chactá: Mingó Mastabé Jefe de gran medalla, Nacuma achó, y Totambé Jefes de pequeña medalla con Tanap esteabé, Paumá, Puchambé, Ayacha huma Capitanes de la Aldea de Yoanni en el referido Partido: Nachoba Mingó chitó Jefe de gran Medalla, Usco la huma Jefe de pequeña medalla, Ochinchá humá, Chicachá humá, Tamaha Mastabé, Tasqui etocá, Chilita ambé Capitanes de la Aldea de Escalibachá: Chuca astabé Ilé patapo Jefes de pequeña Medalla, Chapaha tala, Puchi Mastabé, Abequi matahá, Chulus Mastabé Capitanes de la Aldea de Tala en el dicho Partido, etc., etc., "los Guerreros, Mujeres, y Niños de toda la Nación Chactá en general, deseando estrechar más, y más la buena unión, y amistad, que reina tiempo hace entre las dos Naciones se han convenido en los Artículos siguientes:

#### Artículo 1o.

"Nosotros los expresados Jefes en nombre de toda la Nación en general, y en particular por cada uno de sus individuos de cualquiera calidad, sexo, o condición que sea, prometemos guardar inviolable-

mente la paz, fidelidad, y obediencia que tanto tiempo ha tenemos con S.M.C. sus Provincias, y Vasallos, procurando cuantas ventajas puedan contribuir al mayor interés, y gloria de ambas Naciones: ofrecemos exponer por el Real Servicio, y por la defensa de las Provincias de la Luisiana, Movila, y Florida Occidental nuestras vidas, y prometemos obedecer las soberanas disposiciones, que para el cumplimiento de tan interesante objeto nos hiciesen saber en nombre del Capitán general de estas Provincias los respectivos Gobernadores, o Comandantes particulares de ellas; procediendo en todos casos con la mejor armonía, unión, y buena amistad, respecto a que queremos desde luego de nuestra propia, y espontánea voluntad confirmar nuestra obediencia al Gran Rey de las Españas.

#### Artículo 2o.

"Nosotros el expresado Dn. Esteban Miró Gobernador interino de la Provincia de la Luisiana, y Dn. Enrique le Gallois de Grimarest Comandante del Fuerte Carlota de la Movila, deseando dar a la fiel Nación Chactá una relevante prueba del singular aprecio que merecen por su constante amistad, y buena unión con la Nación Española, ofrecemos en nombre del Rey proporcionarles por medio de los habitantes de la Luisiana, y Movila un Comercio permanente, y estable, a excepción del inevitable evento de una Guerra, procurando sea a los precios más equitativos conforme a la tarifa, que se ha establecido en el actual Congreso, y que se observará por ambas partes con la posible exactitud.

#### Artículo 3o.

"La larga experiencia de las enfermedades, y males que causa la bebida de Aguardiente en los individuos de la Nación Chactá ha determinado las dos partes a convenir de un común acuerdo en que ninguno de los tratantes lleve a la Nación bebida alguna, por cualquiera pretexto que sea, vigilando los Jefes de las respectivas Aldeas por su parte el cumplimiento de este artículo, y haciendo derramar, y romper cualquiera barril, que en contravención de lo estipulado, se introdujere en la Nación.

## Artículo 4o.

"Conociendo que sin la pública tranquilidad es imposible establecer un Comercio sólido, ni hacer nuestras sementeras, lo que puede exponernos a padecer notables miserias, nosotros los mencionados Jefes de la Nación Chactá estableceremos una sólida paz con las Naciones Talapúche, incluyendo la de Alibamonés, Chicachá, y demás del Río Misisipí, cesando todo género de hostilidades, olvidando todo lo pasado, y viviendo en la mejor armonía: El que intentare turbar estas buenas disposiciones, y deseos, será reputado como enemigo de los Españoles, y de la Nación Chactá.

## Artículo 5o.

"Nosotros los expresados Jefes de la Nación Chactá velaremos con la atención más exacta sobre que no se introduzca en nuestras Aldeas extranjero alguno con la insidiosa idea de inducirnos a tomar las armas contra nuestro Soberano el Católico Rey de España, sus Vasallos, y Aliados, y si alguno lo verificare, nos obligamos a arrestarlo inmediatamente, poniéndolo a disposición de los Gobernadores, o Comandantes particulares de estas Provincias, para que reciba la justa pena que mereciere.

## Artículo 6o.

"Con el objeto de observar más estrechamente lo estipulado en el artículo anterior no se presentará en nuestras Aldeas ningún blanco, sea con el pretexto de Comercio o cualquier otro, sin el correspondiente Pasaporte del Capitán general de estas Provincias, o de los Gobernadores de la Luisiana, y Movila.

## Artículo 7o.

"En caso que una inopinada Guerra contra los enemigos de S.M.C. nos ponga en el caso de hacer algún prisionero, lo trataremos con la hospitalidad, que corresponde, a imitación de la Nación Española, canjeándolo después con igual número de Indios, o recibiendo en su lugar la cantidad de géneros, en que antes nos conviniéremos, sin cometer con ninguno de los expresados prisioneros de Guerra el menor atentado en su vida.

## Artículo 8o.

"No admitiremos Desertores, ni Esclavos Negros, o Mulatos cimarrones de las Provincias de la Luisiana, Movila, y Floridas en nuestros establecimientos, y los que en ellos se hallan actualmente o después se presentaren serán entregados inmediatamente por nosotros a disposición de los Gobernadores, o Comandantes. dándoseles la correspondiente recompensa por el Cuerpo, si fuere Soldado, o por el Amo del Esclavo aprehendido.

## Artículo 9o.

"Asimismo evitaremos por todos los medios posibles el que nuestras gentes cometan robo alguno de Caballos, o Ganados de cualquiera especie que sean, y los que actualmente se encontraren robados en cualquiera de nuestras Aldeas, o los que en adelante se encontraren, sea donde fuere, se devolverán de buena fe, siempre que se reclamaren por las partes interesadas, que tendrán la precisa obligación de probar ante los Gobernadores, o Jefes de las Aldeas en que se hallaren, la legitimidad de la prenda solicitada.

## Artículo 10o.

"Proporcionaremos a los Tratantes Españoles, que con las respectivas licencias vayan a tratar a nuestras Aldeas, cuantos auxilios necesitaren, celebrando nuestros Contratos bajo la buena fe, y reglas de la tarifa establecida.

## Artículo 11o.

"Por ningún motivo permitiremos que los tratantes comercien en los Bosques, o en otros parajes ocultos, para evitar cualquier abuso, y mal manejo, Si alguno contraviniere a este Artículo, será echado fuera de la Nación, sin robarle cosa alguna, dando aviso al Jefe español más cercano, para que sabiéndose, se puedan tomar las providencias más oportunas para su escarmiento.

## Artículo 12o.

"Para mantener el orden, y buena amistad, y poner a cubierto las

vidas, y haciendas de ambas partes, siempre que por algún individuo de la Nación Chactá se cometa el detestable crimen de homicidio en la persona de algún Vasallo de nuestro Católico Monarca, nos obligamos a entregar la cabeza del Agresor, en cuya mutua correspondencia los blancos que incurran en semejante delito, serán castigados, según las Leyes del Reino en presencia del Jefe de la Aldea del Agraviado.

"Y para que los mencionados doce Artículos tengan su fuerza, y vigor firmamos el presente de nuestra mano los expresados Dn. Esteban Miró Gobernador interino de la Luisiana, y Dn. Enrique le Gallois de Grimarest Comandante del Fuerte Carlota de la Movila, y su Distrito, y por parte de la Nación Chactá Dn. Pedro Jugean Comisario de ella, y Simón Fabre Intérprete de la misma, refrendándolo el infrascrito Secretario interino de este Gobierno, y Capitanía general de las Provincias de la Luisiana, y Florida Occidental en la Plaza de la Movila a catorce días del Mes de Julio del año de mil setecientos ochenta, y cuatro = Esteban Miró = Henrique Le Gallois de Grimarest = Andrés López Armesto".<sup>25</sup>

Es digno de notarse que tanto en este tratado como en los anteriores, y a diferencia de muchos otros, celebrados en otras fronteras, no se hace ninguna referencia a un tema tan importante para la Corona como era la evangelización de los naturales. La preocupación religiosa está ausente por completo y las que dominan son el vasallaje y el comercio. ¿Será que en estos casos no se consideró necesario plantear esa cuestión?

Los vínculos con estas naciones indias parecían consolidarse y eso despertaba el optimismo de las autoridades españolas. Así, Navarro le escribió al ministro Antonio Valdés, que "cada día se fortifican más a favor de nuestro partido" y que acababan de dar "la prueba más convincente" que podía esperarse de ellos. Uno de los jefes de mayor consideración entre los Chactá, Franchimastabé, y otros hasta el número de treinta y seis, entre los cuales se hallaba el rey de los Chicachá y su tío, el regente, "cediendo a las instancias que por parte de este Gobierno se les han hecho para que no tengan más que una amistad y un comercio", le habían entregado las insignias que aún conservaban de los ingleses: bandera, medalla y comisión.

<sup>25</sup> AGI, Cuba 2351, doc. 73 m. Copias en AGI, Cuba 15 B, y Cuba 2360, fs. 408-417 y 418-426 v. Lo publica: Manuel SERRANO Y SANZ, *España y los indios chérólis y chactás en la segunda mitad del siglo XVIII*, Sevilla, 1916, pp. 82-85.

Ejecutaron la entrega en un gran consejo, que tuvo lugar en Nueva Orleáns, presidido por el gobernador, y que duró desde las siete hasta las tres y media de la tarde. La siguiente es la descripción que hizo Navarro:

"... después de haber entrado los indios bailando el calumete, danza que expresa, según las pinturas, gestos, y acciones que la acompañan, la paz y la amistad, principiaron por hacer un gran detalle de la satisfacción que sentían al estrechar en su seno la mano de su Padre (el gobernador) fumando con él en una pipa, y pidiéndole manifestar de boca sus necesidades, como lo practicaron: expusieron cuánto urgía que el comercio se les conservara en la Movila, bajo el mismo pie de las Tarifas de los Congresos, para poder de este modo cubrir su desnudez, y mantener el camino blanco (esto es estar en paz). Expresaron las grandes quejas que tenían de los Americanos, que no pensaban más que en usurparles sus tierras; y aprovechándose de esta oportunidad el gobernador, les hizo conocer por medio del intérprete la importancia de la amistad con los Españoles con preferencia a toda otra; les aseguró el comercio (...), y les hizo ver que sin embargo de que debían preferir nuestro trato, debían vivir en paz y amistad, aun con los Americanos, pero sin admitirlos en sus aldeas, y que su Gran Padre el Rey de España los mantendría en posesión de sus tierras. Quedaron todos los jefes, que antes habían sido Ingleses, muy aficionados a la Nación Española, tomaron nuestras medallas y banderas, y prometieron con mucha eficacia no tener otro comercio; se les dio un regular presente del que quedaron muy satisfechos".

El rey de los Chicachá y el regente "no quisieron admitir la medalla, diciendo que su sangre y nacimiento los distinguía bastante; que para ser amigos y aliados de la Nación Española y reconocerse por hijos del gran Padre que está del otro lado del agua (el Rey Nuestro Señor) les bastaba las banderas y los regalos que recibían de su bondad, y que las medallas y golos eran distinciones para sus guerreros y gentes inferiores de su Nación..."<sup>26</sup>

Fumar una pipa, en señal de amistad, era una costumbre indígena<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Navarro a Valdés: Nueva Orleáns, 19/12/1787. AGI, Santo Domingo 2611, fs. 907-911 v.

<sup>27</sup> Abelardo LEVAGGI, "La costumbre indígena en los documentos relativos a sus tratados con los españoles", comunicación presentada en el Congreso Internacional "La costumbre: pasado, presente y sus proyecciones" (Santiago de Chile, 1995), en prensa.

y la entrega de medallas con la efigie del rey fue otra costumbre de las relaciones interétnicas, introducida por los ingleses y continuada por los españoles.

7. ACUERDOS DE LOS INDIOS CON LOS AMERICANOS Y DUDAS SOBRE SUS VERDADERAS INTENCIONES. NUEVO TRATADO DE LOS TALAPUCHE CON ESPAÑA DEL 6 DE JULIO DE 1792

Quedó dicho que la amistad de las naciones indias fue un factor decisivo en la competencia hispano-americana por el dominio de esa región. Ambas partes tuvieron plena conciencia de eso y rivalizaron en los esfuerzos hechos para atraerlas a su causa. Uno de los arbitrios empleados fue el tratado. Sin importarle demasiado la existencia de compromisos anteriores procuraron sacar ventajas sobre el adversario y convencer a los indios de los beneficios que obtendrían cambiando de partido. Estos, por su lado, escuchaban a ambos pretendientes y aunque a veces parecían inclinarse más hacia uno que hacia otro, en realidad no perseguían sino la mejor forma de satisfacer sus intereses comerciales y territoriales.

El Congreso de los Estados Unidos, tan pronto como finalizó la guerra de la Independencia, despachó comisarios ante las naciones indígenas para negociar tratados. Félix S. Cohen dice de esta etapa de la historia de los tratados norteamericanos con los indios (1783-1800), que se caracterizó por la definición de una política nacional basada en la paz con esas naciones y en la idea de que habían perdido sus antiguos derechos territoriales como resultado de la victoria militar americana. Eso no significaba que serían arrojados completamente de sus tierras sino admitidas en una parte de ellas bajo un nuevo carácter: "la protección" del Gobierno de los Estados Unidos.<sup>28</sup>

En 1786 los norteamericanos hicieron tratados en Hopewell y Seneca con los Chactá y Chicachá.<sup>29</sup> A juicio de Miró esos arreglos no eran válidos por faltarles personería a los indios participantes: hubo un solo guerrero Chicachá, y los Chactá —según ellos— fueron embriagados para inducirlos a poner la señal en el papel. Como le escribió a Mc Gillivray, aunque dudaba de la veracidad de lo que alegaban los Chactá, "ni unos, ni otros estaban autorizados por los

<sup>28</sup> *Handbook of Federal Indian Law*, Washington, 1942, p. 48.

<sup>29</sup> 3 y 10/1/1786, respectivamente. COHEN, *ob. cit.*, p. 48.

Jefes de sus respectivas Naciones, ni había precedido la Asamblea general necesaria para enviar a hacer tratados, en cuyo caso hubieran sido los primeros Jefes de la Nación los nombrados por Diputados, o hubieran ido la mayor parte, como sucedió en los Congresos que yo presidí en Panzacola, y Movila, en donde se hicieron verdaderos Tratados, lo que por su Nación de Vm. puede Vm. mismo certificar, y asegurar yo por los Chicachás, que sólo un Jefe se quedó en sus aldeas para conservar allí el buen orden, y me envió su collar; y de los Chactás únicamente faltaron aquellos pocos que aún no habían entregado la medalla inglesa, lo que en el día han hecho ya todos".<sup>30</sup>

El propio Mc Gillivray aceptó negociar con los comisarios del Congreso de los Estados Unidos: Pickins y Mathews. Impuesto de eso por el mismo jefe Talapuche, Miró le previno que, estando declarados él y su nación bajo la protección del rey de España, redujera el tratado a la paz y amistad pero que no les concediera el comercio. Mc Gillivray le pidió entonces una copia en inglés de la real orden reservada del 31 de julio de 1787 por la cual el monarca le concedía su protección, especialmente sobre su territorio, que ambicionaban los norteamericanos. En materia de comercio, sólo estaba de acuerdo Miró en que se lo permitieran al inglés Guillermo Pantón, quien ya había sido su proveedor en tiempo de los británicos.<sup>31</sup>

A la vez que le contaba estas novedades al ministro Valdés en una carta reservada, el gobernador reflexionó sobre la importancia de conservar a esa nación bajo la protección española para que formase una barrera frente a los Estados Unidos: "el valor que se dé a esta barrera es el que debe decidir los sacrificios que sea preciso hacer tanto sobre los derechos como que sea Pantón quien continúe".

Pensaba Miró que si la Georgia y la Carolina hubieran continuado siendo británicas los Talapuche habrían seguido proveyéndose de ellas sin ponerse bajo el amparo español pero que tras la guerra de la Independencia, el mismo hecho de ser británicos y de conservar el renzor contra los entonces insurgentes les hizo preferible la unión con España, y que la respetarían siempre que se los sostuviera como pedían.

<sup>30</sup> Miró a McGillivray: Nueva Orleans, 8/7/1788. AGI, Santo Domingo 2544, fs. 637-640 v.

<sup>31</sup> Sobre las actividades de Pantón, Leslie and Company, ver el documentado trabajo de William S. COKER, "The Columbian Exchange in the Floridas: Scots, Spaniards, and Indians, 1783-1821", *Colonial Latin American Historical Review*, 3: 3, Albuquerque, 1994, pp. 305-325.

No compartía la desconfianza que abrigaba el comandante del fuerte de Panzacola, el cnel. Arturo O'Neill, contra Panton y Mc Gillivray. Su opinión sobre Panton era diferente: que había estado "en todos tiempos pronto a cuantos servicios se han exigido de él". La única circunstancia que hallaba en su contra era "la repugnancia de no haber querido lisa y llanamente hacer el juramento de fidelidad". A su juicio, sólo convendría desprenderse de él si se encontraba otro que le interesase a Mc Gillivray como tratante.

En cuanto a este jefe, era "diametralmente opuesto" al parecer de O'Neill de hacerle perder influencia entre los indios. No sólo consideraba imposible el lograrlo sino que estaba seguro de que, en cuanto tuviese la menor sospecha, abrazaría el partido americano. Por otra parte, le merecía plena confianza porque importantes noticias que había dado fueron exactas y en nada desmentidas.<sup>32</sup>

Mc Gillivray le comunicó a Miró que el tratado que comenzaría a negociar con los Estados Unidos tendría por único fin el asegurar sus derechos y pretensiones territoriales, y que lo haría "conservando al mismo tiempo en todas sus partes el tratado subsistente entre la Corona de España, y nuestra Nación, cuya ruina es el principal objeto, que los Americanos tienen presente, cuando se juntan a tratar de paz". En eso quedarían engañados. El tratado se reduciría "a bien pocos artículos; pues lo que yo puedo únicamente decirles es: dadnos lo que justamente solicitamos volviéndonos el territorio que nos habéis usurpado, y la guerra cesará de nuestra parte".<sup>33</sup>

En posteriores cartas Mc Gillivray le indicó la necesidad —una idea compartida por Miró— de que un oficial español y dos intérpretes residiesen entre ellos para contrarrestar los designios de los norteamericanos. Ese oficial tendría a sus órdenes a los tratantes, los obligaría a observar la tarifa establecida, y avisaría de cuanto sucediera contrario al buen orden y a la amistad entre ambas naciones.<sup>34</sup>

El tratado entre los Talapuche y los Estados Unidos se firmó el 7 de agosto de 1790.<sup>35</sup> El nuevo capitán general de la Luisiana, Luis de las Casas, lo juzgó una "infidencia de los indios" y habló de la

<sup>32</sup> Miró a Valdés: Nueva Orleans, 13/7/1788. AGI, Santo Domingo 2544, fs. 613-618.

<sup>33</sup> Traducción. Mc Gillivray a Miró: Pequeño Talasico, 15/8/1789. AGI, Santo Domingo 2554, fs. 457-458.

<sup>34</sup> Conf. carta de Domingo Cabello, capitán general de la Luisiana, a Valdés: La Habana, 18/2/1790. AGI, Santo Domingo 2554, fs. 452-453.

<sup>35</sup> AGI, Santo Domingo 2556, fs. 100.

"falacia de estas Naciones, pues sus miras de interés inmediato, e individual, debe siempre alejarlas constantemente en sus pactos de toda asociación que pida un fondo de principios generales, o de esperanza de un bienestar más distante".<sup>36</sup>

Para demostrar la supuesta mala fe de los indios se elaboró el documento titulado "Artículos del Congreso celebrado en Panzacola, en los días 31 de Mayo y 1o. de Junio de 1784, y presidido por el Brigadier D. Esteban Miró, con las Naciones Talapuche y demás que cita el mencionado Congreso, que son contradictorias con los estipulados por las mismas y los Estados Unidos de América, en su tratado de 13 de Agosto de 1790".

El artículo 2 del tratado con los norteamericanos decía: "los infrascriptos Rey, Jefes y Guerreros por sí mismos y todas las demás partes de la nación Creek o Talapuche que se hallan dentro de los límites de los Estados Unidos se reconocen, así ellos como las demás partes de la nación Creek o Talapuche bajo la protección de los Estados Unidos de América, y no bajo de cualquiera otro Soberano: estipulando igualmente que la dicha nación Creek o Talapuche no celebrará Tratado alguno con un solo Estado, ni con individuos de cualquiera Estado".

El comentario que merecía, en relación con el artículo 1 del tratado con España, era que la nación Talapuche pretendía "asegurarse de la protección de los Estados Unidos en defecto de la que habían estipulado con los Españoles. Aseguran a éstos conformar su conducta con las leyes e interés de su Corona ¿pero el de aquéllos, conforme lo demuestra el contexto del citado artículo, será evitar en todo tiempo la concurrencia de toda otra potencia en su amistad y trato? ¿Y cuál otra que la España pudiera contrariar sus medidas?"

Otro artículo controvertido era el 3, reputado en colisión con el 7 del tratado español. Decía el 3: "la nación Creek o Talapuche entregará, luego que pueda ejecutarlo, al oficial de las Tropas de los Estados Unidos, que se hallan en Rock Landing (desembarcadero de Piedras) todos los habitantes, blancos o negros, que actualmente se hallaren prisioneros en cualquiera parte de dicha nación: y no entregándose los expresados prisioneros el 1o. de Junio del Año próximo venidero, o antes, el Gobernador de Georgia podrá autorizar tres

<sup>36</sup> Las Casas al ministro Conde del Campo de Alange: La Habana, 26/3/1791. AGI, Santo Domingo 2556, fs. 93-94.

sujetos para que se presenten en la nación a reclamar y recibir los dichos prisioneros blancos y negros".

El comentario era que se trataba de una "condición a la cual se sometieron con nosotros y que destruyen por el nuevo tratado".

También se observaban los artículos 4 y 12: el primero, que fijaba los límites entre ambas naciones, y el segundo, que disponía lo siguiente: "a fin de que la nación Talapuche llegue a un mayor grado de civilización, por mando de individuos pastores y cultivadores en lugar del de cazadores, en que actualmente se hallan: los Estados Unidos suministrarán de tiempo en tiempo a la nación, animales domésticos, útiles, y aperos de labranza. Y para inducir más a la nación al logro de un objeto tan apreciable; y establecer al mismo tiempo un cierto modo de comunicación: los Estados Unidos enviarán el número de personas que juzgaren propias para fijar su establecimiento en su nación: cuyo número no excederá el de cuatro, y tendrán la denominación y empleo de Intérpretes: a éstos les asignarán los Talapuches, Tierras que por ellos y sus sucesores se cultivarán. Pero se les prohibirá ejercer toda especie de Trato".

Cotejados con los artículos 5 y 13 del tratado con España merecían la siguiente consideración: "los Españoles ofrecen a los Creeks, o Talapuches, por los artículos que van expuestos, la seguridad y garantía de las Tierras que poseen actualmente; y un refugio, siempre que fueren expelidos, en las de S.M. que gozarían bajo el mismo título de propiedad. Para ocrresponder a estas ventajas, se obligaron a conformarse con las Leyes de Municipalidad; y a incorporar sus posesiones en la línea y límites de S.M. por lo cual quedó, en adelante, autorizado en ellos el derecho de Soberanía de alguna manera.

"El tratado hecho por esta nación con los Estados Unidos ha destruido estos contratos. El Establecimiento de cuatro individuos Americanos, en las Tierras de los Indios es contrario a lo estipulado en el artículo 5o., pues por él se constituían a no recibir ningún blanco en sus Aldeas, de cualquiera nación o condición que fuese.

"Los límites establecidos recíprocamente y arreglados por el Artículo 4o., la cesión de Tierras por parte de los Talapuches y la remuneración acordada por la de los Americanos, son una violación manifiesta del Tratado: porque faltó en ellas el consentimiento de la España que debía considerarse como parte interesada".<sup>37</sup>

<sup>37</sup> *Ibidem* la nota 16.

Las opiniones adversas no prevalecieron, el interés en la alianza fue más fuerte pese a ciertas contradicciones evidentes entrambos tratados, y la ruptura con Mc Gillivray no se produjo. En cambio de eso, el 6 de julio de 1792, no estando ya Miró al frente de la provincia sino el Barón de Carondelet, se firmaría en Nueva Orleans un nuevo tratado con el jefe Talapuche para "afirmar por todos medios sobre principios sólidos la paz, amistad, y unión recíproca, que subsiste dichosamente entre la Nación Española y los Indios Creeks y sus aliados; y remover de una vez cualquier obstáculo, que pueda embarazar el absoluto, y entero cumplimiento del tratado celebrado por ambas Naciones en Panzacola el año de 1784 haciendo igualmente atención a que el Tratado hecho con los Estados Unidos en 1790 ha excitado innumerables disturbios y descontento entre los diferentes Jefes de la Nación, cuya mayor parte se hallan decididos a desaprobar, y desechar el mencionado Tratado con los Estados Unidos...".<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Copias en español: AGI, Cuba 121, fs. 494-495, y Cuba 2362, fs. 6-7 y 205-206. Copias en inglés: AGI, Cuba 2362, fs. 4-5, 203-204 y 207-208.

## CALLEJA, EL GOBIERNO DE LA NUEVA ESPAÑA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1812<sup>1</sup>

Juan ORTIZ ESCAMILLA

SUMARIO: 1. *La Constitución de 1812 y la reforma política.* 2. *Poder central versus poder regional.* 3. *El virrey versus la Audiencia.* Apéndice.

En Nueva España, la guerra de 1810 por un lado y el establecimiento de la Constitución de 1812 por otro, aceleraron la redefinición de las estructuras políticas del antiguo régimen y dieron lugar al que habría de ser el nuevo orden jurídico ya en el México independiente.

La guerra consolidó una nueva cultura política ligada al uso de las armas al permitir una mayor participación de la sociedad en los asuntos políticos y militares. Por su parte, la vigencia de la Constitución de 1812 fortaleció esta práctica al establecer una serie de cambios institucionales y en las estructuras de gobierno, en la sociedad y en las económicas. Tanto la guerra como la Constitución permitieron el surgimiento de una nueva escena pública, de nuevos actores, de una nueva conciencia, de una nueva forma de hacer política, de un nuevo vocabulario, de un nuevo discurso, de un nuevo sistema de referencias y de una nueva legitimidad.<sup>2</sup>

En el desarrollo de este trabajo se pretende explicar una de las crisis políticas más agudas, tal vez la de mayor envergadura hasta ese momento en la historia de la Nueva España. En medio de una guerra civil, con una parte del territorio en poder de los rebeldes y con un gobierno empobrecido, dividido y debilitado, se introdujo un nuevo elemento: el establecimiento de la Constitución de 1812, con lo que se complicó aún más la posición del virrey. La Constitución otorgaba

<sup>1</sup> Agradezco los comentarios y sugerencias de mis compañeros del seminario de Independencia del Instituto Mora que coordina la doctora Virginia Guedea. También doy las gracias a Esteban Sánchez de Tagle por el tiempo dedicado a la lectura del primer borrador. Sus comentarios me fueron de gran utilidad.

<sup>2</sup> GUERRA, François Xavier, *Modernidad e independencia. Ensayos sobre las revoluciones hispanoamericanas*, México, FCE, 1944, p. 13.

a los enemigos y oponentes del gobierno los elementos jurídicos que requerían para resistir a sus presiones y demandas.

El virrey Francisco Xavier Venegas fracasó en su intento por conciliar la aplicación de la Constitución con la situación de guerra que imperaba en 1812. De haberla aplicado, habría perdido el poco poder que le quedaba con consecuencias desastrosas para el Estado. Las elecciones municipales en la ciudad de México pusieron de manifiesto la fragilidad de su gobierno y por eso dio marcha atrás a esta ley de las Cortes.

El sucesor de Venegas, Félix María Calleja, de alguna manera aprovechó la experiencia de su antecesor, y antes de tomar alguna decisión, primero la analizó, se dio cuenta de su impacto y luego actuó. El papel desempeñado por Calleja al frente del gobierno de la Nueva España, puso de manifiesto por segunda vez, la gran capacidad de liderazgo de este general. Con anterioridad, Calleja había diseñado un plan político-militar con el que había logrado frenar el avance y permanencia de los insurgentes en las poblaciones que ocupaban, indultar a un gran número de ellos y con los indultados organizar la contrainsurgencia, recuperando para España gran parte de los territorios en poder de los rebeldes. Por haber salvado una causa perdida, a Calleja se le llamó "el segundo conquistador de México".

Calleja era un militar de carrera que había tomado parte en las guerras europeas de las décadas de los años 70 a 80; había llegado a Nueva España en 1789, como parte del cuerpo de oficiales que acompañaba al virrey Revillagigedo y que tenía la misión de consolidar el sistema de defensa así como del establecimiento de proyectos de desarrollo económico-políticos que permitieran a la Corona tener un mayor control de los habitantes y de los recursos. Durante los 24 años que tenía que residir en Nueva España, Calleja había viajado por la mayor parte de los territorios de las Provincias Internas, de Coahuila y Texas, de Puebla, de Guanajuato, de Valladolid, de México, de Nueva Galicia, de Zacatecas, de San Luis Potosí y de Veracruz. Es decir, que conocía muy bien las costumbres, modo de pensar y riquezas de los novohispanos.

El conocimiento adquirido en tantos años de convivencia con los habitantes de las distintas regiones de la Nueva España, su inteligencia y pericia militar dieron a Calleja los elementos necesarios para sacar a flote al gobierno virreinal, combatir a los insurgentes, someter

a sus enemigos políticos, mantener la unidad territorial bajo su liderazgo y conservar el vínculo político con la Corona española.

La guerra civil de 1810 debilitó, y en algunos casos hasta destruyó, el vínculo existente entre las autoridades virreinales y los órganos de gobierno locales. Por otra parte, con la formación de gobiernos insurgentes en las ciudades, villas y pueblos de Guanajuato, Valladolid, Nueva Galicia, Zacatecas y San Luis Potosí, parecía que estas provincias por fin lograrían la tan deseada ruptura con los poderes de la ciudad de México. Tendencia que no terminó del todo con la recuperación inmediata, porque el aterrado virrey Francisco Javier Venegas otorgaba a los militares amplias facultades para realizar cualquier acción encaminada a frenar este avance de las fuerzas descentralizadoras. En cada provincia recuperada fueron los militares, con el apoyo de las indultadas élites locales, quienes se hicieron cargo del restablecimiento o reemplazo de autoridades, de la impartición de justicia, de las juntas de seguridad para el control de los habitantes (como el trasladarse de un lugar a otro, el evitar reuniones sospechosas, la introducción de productos y el combate a la vagancia), de las contribuciones y de la organización de la población civil en las milicias denominadas "fieles realistas defensoras de Fernando VII" que se organizaron todos las provincias incluyendo las del norte, entre otras.

Estas acciones tomadas por el gobierno virreinal lograron frenar el avance insurgente en la mayor parte del territorio o prevenir la defensa en los que permanecían leales a la Corona, pero con un costo muy alto. A falta de un ejército eficiente, el virrey tuvo que delegar en las élites locales y en la sociedad civil la responsabilidad de pacificar sus respectivos territorios. Con ello les otorgó la tan deseada autonomía: cada provincia tuvo que organizar su propia defensa formando sus milicias, combatiendo a los rebeldes de su jurisdicción, estableciendo sus contribuciones y garantizando la supervivencia de sus habitantes.

La nueva realidad novohispana, la de las reivindicaciones autonomistas de las élites provinciales, también se expresó en las Cortes Españolas encargadas de dictar la Constitución política de la monarquía que regularía las relaciones entre los órganos de gobierno y la sociedad. En las Cortes se puso de manifiesto que las tendencias autonomistas era un problema de todas las provincias pertenecientes a la corona española. Con gran habilidad los diputados americanos aprovecharon esta corriente de opinión que en la península favorecía la



autonomía territorial para que se hiciera extensiva a los dominios americanos. Los diputados lograron que la América Septentrional se dividiera en seis provincias autónomas con una diputación independiente de la autoridad del virrey de la Nueva España.

Este proceso de descentralización y autonomización de los poderes provinciales, que ya se había iniciado desde el establecimiento de las intendencias y que se había hecho más evidente a raíz del conflicto armado, adquirió todavía mayor importancia con el establecimiento de la Constitución de 1812. Y es que las élites regionales habían logrado revertir a su favor tanto las consecuencias derivadas de la guerra como la aplicación de la Constitución para manejar a su antojo los destinos de sus territorios. Ello constituía la esencia de la disputa entre las autoridades virreinales y las élites provinciales.

Para el gobierno virreinal aplicar la Constitución a nivel local (ayuntamientos) no significaba mayor problema porque con ello se legitimaba un hecho consumado ocasionado por las políticas de choque en contra de los insurgentes a partir del plan político-militar establecido por Calleja. Por el contrario, la Constitución establecía los mecanismos que el gobierno virreinal necesitaba para encarar la situación, con la formación de gobiernos constitucionales locales se restaba fuerza a los rebeldes. No sucedió lo mismo cuando se trataron los asuntos de la nueva división territorial, de las nuevas atribuciones del virrey-jefe político superior, de la Audiencia y de las diputaciones provinciales. Ello representó el mayor peligro de desintegración, en pequeños estados, del virreinato de la Nueva España.

El virrey Félix María Calleja se encontró ante la paradoja de ser leal a un gobierno que le ordenaba realizar una reforma administrativa que ponía en peligro la supervivencia del antiguo régimen y al mismo tiempo mantener su lealtad a la monarquía no acatando dicho mandato. De esta manera, Calleja se encontró atrapado entre las presiones de las élites para que se cumpliera con el mandato de la Constitución y las Cortes y su lealtad a la corona que le impedía ejecutar tal disposición porque con ello ponía en peligro la integridad territorial. Por ello no podía separar del virreinato de Nueva España a las Provincias Internas de Oriente y Occidente, Nueva Galicia, Yucatán y San Luis Potosí que se formó después de establecida la Constitución.<sup>4</sup> Con una corona justa capaz de mantener los hilos impuestos y

<sup>4</sup> *Constitución Política de la Monarquía Española*, título II, en TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 1985, p. 61.

en condiciones distintas a las del estado de guerra, esta reforma, como lo fue la borbónica, habría sido menos riesgosa para la sobrevivencia del imperio, pero hacerla en un momento tan crítico, equivaldría a perder el control de tales territorios.

Así que, para no perder los dominios de la América Septentrional, cumplir con el mandato de las Cortes y mantener bajo control a las élites, con el asesoramiento de un selecto grupo de abogados, Calleja sólo aplicó aquellos artículos de la Constitución que no se interpusieran con sus planes militares y de gobierno. Con esta finalidad el virrey nombró una comisión que estudiara a fondo los cambios y consecuencias que ocasionaría el establecimiento de la Constitución.<sup>4</sup> A partir del dictamen de la comisión, Calleja reinterpretó las leyes liberales y las acomodó de tal manera que pudo conservar sus antiguas facultades.

Para mantener la unidad territorial de la América Septentrional, Calleja debió enfrentar no sólo a los insurgentes, también a las élites regionales y de la ciudad de México, al clero y a la propia burocracia (sobre todo la de la Audiencia) renuente a perder sus privilegios.

### 1. *La Constitución de 1812 y la reforma política*

El problema de las reivindicaciones autonomistas de las provincias pertenecientes a la corona española se dejó sentir con gran fuerza en las Cortes reunidas en Cádiz y encargadas de dictar las leyes y disposiciones que regularían la vida política e institucional de la monarquía. Según Nettie Lee Benson, en los primeros dos proyectos para la organización de los gobiernos de las provincias y los pueblos de la corona española, los diputados de la península no tomaban en cuenta las reivindicaciones autonomistas de las provincias de Ultramar, pero los diputados de América, viendo que por este medio se podría "conseguir más independencia política para las provincias", "hicieron todo lo posible para aumentar el número de diputados y ampliar los poderes de las diputaciones". Con ello pretendían "limitar la autoridad de los funcionarios nombrados por el rey —el jefe político y el intendente—, privándoles de voz y voto en la diputación provincial".<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Ver el Apéndice.

<sup>5</sup> BENSON, Nettie Lee, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, El Colegio de México, 1955, p. 15. Sobre las discusiones entre los diputados americanos y peninsulares en las Cortes véase, CHUST, Manuel, "Las Cortes de Cádiz,

La posición de los diputados americanos no pasó desapercibida para los peninsulares. El conde de Toreno se expresó diciendo que lo dilatado de la nación la impele baxo de un sistema liberal al federalismo; y si no lo evitamos se vendría a formar, sobre todo con las provincias de ultramar, una federación como la de los Estados Unidos, que insensiblemente pasaría a imitar al más independiente de los antiguos cantones suizos, y acabaría por construir estados separados.<sup>6</sup>

Los representantes de las provincias de Ultramar lograron que la aplicación de la Constitución, tal y como se dispuso para los europeos, se hiciera extensiva para los territorios de América.

La nueva división territorial de México en las seis provincias (Nueva España, San Luis Potosí, Nueva Galicia, Yucatán, Provincias Internas de Oriente y Provincias Internas de Occidente) fue el resultado de la lucha emprendida por los diputados americanos que las representaban en las Cortes. Ellos lograron que en la Constitución se declarara que cada diputación desde el punto de vista político serían independientes entre sí, y que cada una de ellas "debía ser gobernada por un jefe político, un intendente y la diputación provincial, subordinadas directamente al gobierno central de Madrid por medio del jefe político y los ministros de Madrid".<sup>7</sup>

En consecuencia, en la Constitución desapareció la figura de virrey y del virreinato, quedando éste fragmentado en las seis diputaciones provinciales; en la Constitución se delimitaron las funciones y facultades de los nuevos órganos de gobierno (jefe superior político, Audiencia y diputación provincial). A estas disposiciones se opuso el virrey-jefe superior político y capitán general de Nueva España, don Félix María Calleja porque con ello perdía el control absoluto de la mayor parte del territorio y de las principales ramas de la economía y de gobierno.

Antes de 1812, en Nueva España el máximo órgano de gobierno, el Real Acuerdo, lo formaban el virrey y los magistrados de la Real

México y el problema federal", ponencia presentada en el Seminario "La Independencia y las formaciones de las autonomías territoriales mexicanas". Instituto Mora, septiembre de 1994.

<sup>6</sup> Citado en BENSON, *op. cit.*, p. 16.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 17.

Audiencia. Ellos tenían injerencia en todos los asuntos de gobierno relacionados con la política, la economía y la impartición de justicia. A través de comisiones los miembros de la Audiencia auxiliaban al virrey en las misiones y asuntos más delicados.<sup>8</sup> Con el establecimiento de la Constitución tanto el virrey como los magistrados perdían el poder jurisdiccional que con anterioridad ejercían ya que con ella se establecía una clara separación en las funciones y atribuciones de los nuevos órganos de gobierno.

Entre los cambios que planteaba la Constitución destacaban la desaparición de la figura de virrey y con ello éste tenía que abandonar el cargo de Presidente de la Real Audiencia, con lo cual dejaría de estampar su firma en las Reales provisiones, presidir con este cuerpo las "fiestas de la tabla, tener las llaves de algunos de sus libros y alacenas, formar las salas, juntarlas, y asistir a las revistas generales de cárceles". El virrey también perdía su influencia en los ramos más importantes de la administración pública, como lo eran el de la Real Hacienda, el Tribunal de Minería, el Consulado de Comercio, el nombramiento de jueces y el establecimiento de contribuciones.<sup>9</sup>

Con la reforma administrativa impuesta por la Constitución, también se prohibía a los ministros de las Audiencias tener conocimiento de los asuntos gubernativos o económicos de los antiguos virreinos. Ahora, estas atribuciones serían de la competencia de las Cortes y de las diputaciones provinciales. Además, los regentes, ministros y fiscales de cada Audiencia no podrían desempeñar comisión alguna, ni otra ocupación que no fuera la de su despacho.<sup>10</sup>

Desde el primer día de su gobierno, Calleja se preocupó por cumplir con el mandato de las Cortes y, para no perder el control de los principales órganos de gobierno y de la administración pública, nombró una comisión que estudiara a fondo los cambios y consecuencias que ocasionaría el establecimiento de la Constitución. Dicha comisión quedó integrada por don Manuel de la Bodega, ministro electo del Supremo Tribunal de Justicia; don José Guridi Alcocer, diputado a Cortes por la provincia de Tlaxcala y, en el momento de su nombra-

<sup>8</sup> SOBERANES, José Luis, *Los tribunales de la Nueva España*, México, UNAM, 1980, pp. 46-47.

<sup>9</sup> AGI, MÉXICO, leg. 1480, Informe de la Comisión formada por Manuel de la Bodega, José Miguel Guridi y Alcocer, Juan Ramón Osés y José Galilea. México, 18 de abril de 1813.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

miento, provisor del arzobispado; don Juan Ramón Osés, fiscal de la Audiencia de México, y a don José Galilea, asesor general del virreinato.<sup>11</sup>

A partir del dictamen, el virrey de la Nueva España inició la reestructuración de los órganos de gobierno: en algunos casos, suplió en las comisiones a los miembros de la Audiencia por personas de su confianza. Tal fue la situación de "los montes píos de ministros y oficinas, las auditorías de guerra, la conservaduría económica del fondo llamado concordia que (había) en la fábrica de puros y cigarros de esta capital".<sup>12</sup>

Entre los cargos que desaparecieron porque la ley mandaba suprimirlos, o bien, porque carecían de utilidad se encontraban, el cargo de protector de la casa de recogidas; la presidencia de la junta de los servitas y de la de sanidad; la del visitador al Colegio de San Ildefonso; la superintendencia de las obras de palacio, que era absolutamente inútil; la comisaría o superintendencia de la fábrica de la catedral, que carecía de funciones; las visitas a pulperías y la asistencia de los alcaldes del crimen a las funciones del coliseo, que debían correr a cargo del ayuntamiento y de los alcaldes constitucionales. En la Academia de Jurisprudencia debía desaparecer el cargo de presidente y sólo dejar el de director, y, finalmente, se debían suprimir los juzgados de cuartel que tenían los alcaldes del crimen.<sup>13</sup>

Con respecto a los negocios bajo resguardo o supervisión de gobierno, Calleja designó a un nuevo conservador de la Casa del Estado y Marquesado del Valle que con anterioridad había ocupado uno de los ministros de la Audiencia. Del mismo modo, debió decidir sobre el futuro de los fondos de los bienes de comunidad, las cofradías y las fundaciones de obras pías. Estos negocios, así económicos como contenciosos de propios arbitrios y bienes en comunidad, se habían sujetado a las reglas establecidas en la Ordenanza de Intendentes y las disposiciones posteriores relativas a las facultades de la Audiencia en razón de dichos fondos. Ahora, con los cambios administrativos dichos negocios debían adecuarse a la ley de tribunales y a la Constitución, sujetándose al nuevo sistema lo económico y lo judicial de estos ramos. La mayor parte de estos fondos pasaron a los ayuntamientos.

<sup>11</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1480, de Calleja al ministro de Gracia y Justicia, México, 15 de junio de 1813.

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> *Ibidem.*

Del mismo modo, Calleja tuvo que resolver la liquidación del importe que los propietarios y arrendatarios de oficio habían pagado a cambio del usufructo del puesto.<sup>14</sup>

De los juzgados que hubo que reestructurar o suprimir destacaban, los de la renta de correos, que al parecer ya había desaparecido; el de la superintendencia de penas de cámaras de la hacienda pública; los de la lotería, de gallos y de almonedas, que de acuerdo con la ley debían incorporarse a la Intendencia de México; el del Tribunal de Cuentas; el de Bienes Difuntos; el Tribunal General de Naturales; los juzgados del Hospital General de Indios, del Monte de Piedad de Ánimas y del Colegio de San Gregorio, a cargo de los ministros de la Audiencia; el juzgado de Colegios, el juzgado de pelota, la superintendencia de policía y tranquilidad pública, el juzgado del superintendente del desagüe de Huehuetoca, el juzgado del protomedicato, el juzgado de Mayorazgos, el juez de ministros, los juzgados de la Acordada y el de bebidas prohibidas.<sup>15</sup>

Para la impartición de justicia, el 9 de octubre de 1812, las Cortes dictaron el *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia*. De acuerdo con éste, el territorio de Nueva España quedó dividido en tres distritos judiciales: México, Guadalajara y Saltillo. En cada uno de ellos se estableció una audiencia, con absoluta independencia de los gobiernos virreinal o provincial. Las diputaciones provinciales, y no el virrey o la Audiencia, serían las encargadas de dividir su territorio en partidos judiciales, uno por cada 5,000 hombres y al frente de un juez letrado de primera instancia, nombrado por ella misma. Esta corporación también nombraría a los alcaldes subalternos, encargados de la impartición de justicia a nivel local.<sup>16</sup>

## 2. Poder central versus poder regional

El primer experimento gaditano ocurrido en Nueva España (1812-1814), constituye una de las etapas más ricas e interesantes en la di-

<sup>14</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1480, de Calleja al ministro de Gracia y Justicia, México, 15 de junio de 1813. Sobre la apropiación de los bienes de comunidad en la ciudad de México por parte del Ayuntamiento, véase, LIRA, Andrés, *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México. Tenochtitlan y Tlalotelco, sus pueblos y barrios. 1812-1919*, México, El Colegio de México-El Colegio de Michoacán, 1983.

<sup>15</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1480, de Calleja al ministro de Gracia y Justicia, México, 15 de junio de 1813.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 35-36.

fusión y aplicación de las ideas liberales, y aun cuando varias de ellas no se ejecutaron debido a la presión gubernamental, su ideología tuvo amplia difusión y sentó las bases de las estructuras de gobierno del México independiente.

La aplicación de la Constitución y, sobre todo, el establecimiento de las seis diputaciones provinciales en el territorio dependiente de los poderes de la ciudad de México, significó el reto mayor para los virreyes que gobernaron en ese momento. Como ya se mencionó con anterioridad, Francisco Xavier Venegas fracasó en el primer intento por establecer el régimen constitucional, tal y como lo ordenaban las Cortes. La libertad de imprenta y la elección del nuevo Ayuntamiento de la capital beneficiaron en gran medida los planes del grupo americano enemigo del gobierno controlado por peninsulares. Por ello Venegas tuvo que suspender ambas disposiciones.<sup>17</sup>

Tal parece que el nuevo virrey, que tomó el poder el 4 de marzo de 1813, teniente general Félix María Calleja, fue más hábil que su antecesor en el procedimiento para cumplir con el mandato constitucional. Sólo aplicó aquellos artículos que no se interponían con los planes militares. Él estaba seguro de que una vez instaladas dichas diputaciones en cada provincia, como ya había sucedido con Yucatán, Guadalajara y San Luis Potosí, se considerarían independientes del gobierno virreinal y sólo acatarían las órdenes del Supremo Gobierno de la Nación con sede en la península ibérica. Según él, esta situación se tornaba peligrosa, porque "entraría la confusión y el desorden de que se seguiría infaliblemente la ruina de estos países contenidos hasta ahora por el impulso y dirección que reciben de un centro común".<sup>18</sup> Es decir, la ciudad de México. Para Calleja no aplicar la Constitución era un asunto de Estado.

Por lo anterior, Calleja se apoyó en el nombramiento que le dieran las Cortes Generales para conservar las facultades esenciales de los virreyes y sólo cambiar las que le estorbaban. En dicho nombramiento se le llamaba "Virrey gobernador y Capitán General del Reino de la Nueva España y Presidente de la Real Audiencia", y le otorgaron "poder y facultad para que como tal virrey gobernador y capitán

<sup>17</sup> GUEDEA, Virginia, *En busca de un gobierno alterno: los guadalupes de la ciudad de México*, México, UNAM, 1992, pp. 128-148; FERRER MUÑOZ, Manuel, *La Constitución de 1812 en la Nueva España*, México, UNAM, 1993, p. 134.

<sup>18</sup> AGI, México, exp. 1483, de Calleja al Ministro de Gracia y Justicia, México, 31 de julio de 1814.

general de dicho reino, podais ordenar en mi nombre, general y particularmente lo que os pareciere conveniente, y ser necesario a su buen gobierno, al castigo de los excesos de la gente de guerra; y administración de justicia en que pondreis particular cuidado".<sup>19</sup>

Resulta extraño que los diputados de Cortes, tan celosos del cumplimiento de la Constitución, pasaran por alto un término tan importante, y que en el caso de la Nueva España, equivaldría a invalidar la autonomía por la que tanto habían luchado los diputados novohispanos, como Manuel Ramos Arizpe. Parece ser que el nombramiento tal y como está escrito constituye un reflejo de la pugna entre las distintas corrientes de opinión ocurridas en los debates de las Cortes. Como ya se apuntó con anterioridad, de acuerdo con la Constitución, el sistema político y gubernativo planteaba la creación de las provincias con sus jefes políticos, sus ayuntamientos y diputaciones provinciales sin que hubiera artículo que declarase la dependencia y subordinación de una provincia a otra ni de un jefe político a otro. Además, la figura del virrey dejaba de existir y en su lugar quedaba la de jefe superior político y capitán general que sólo tendría bajo su control y conducción a las fuerzas militares.<sup>20</sup> Sin embargo, con el nombramiento que se le dio, Calleja pudo defender en términos legales sus atribuciones y facultades sobre los principales asuntos de la vida económica y política del virreinato. Se podría pensar que la defensa que hacía del cargo de virrey significaba la defensa de las estructuras y supervivencia del imperio español.

A partir de dicho nombramiento Calleja interpretó que su autoridad estaba por encima de todos los jefes políticos y diputaciones provinciales del distrito del virreinato y les comunicó que, mientras las Cortes tuvieran por conveniente la subsistencia del cargo de Virrey, o que no hicieran "una declaración de sus facultades expresa y directamente contraria a lo que previenen el Real Despacho y orden citadas" él continuaría desempeñando el cargo de virrey y por lo tanto, todas las diputaciones provinciales debían reconocerlo como el jefe superior del reino, "por cuyo conducto deben dirigir a la regencia de la monarquía las representaciones, documentos e instancias que previenen la Cons-

<sup>19</sup> AGI, México, exp. 1483, de las Cortes a Calleja, Cádiz, 16 de septiembre de 1812.

<sup>20</sup> AGI, México, exp. 1483, de Foncerrada a Calleja, México, 9 de julio de 1814.

titución y el Reglamento Político de las Provincias, y gobernarse por sus decisiones".<sup>21</sup>

Las reacciones de las diputaciones no se hicieron esperar y se enfrentaron a Calleja diciendo que las facultades del virrey eran incompatibles con el sistema constitucional de gobierno y las condiciones del país. Los diputados aseguraban que tal nombramiento se debía a la premura con que las Cortes habían dictado los nombramientos de los jefes políticos seis meses después de dictada la Constitución y no habían hecho la más ligera distinción sobre sus facultades.<sup>22</sup>

A pesar de las protestas, el 12 de julio de 1814 Calleja decretó que las diputaciones provinciales y los jefes políticos del virreinato debían dirigir a su gobierno las consultas, representaciones y documentos en los casos y cosas en que según la Constitución de la Monarquía y soberanas declaraciones deberían atenderse en el "Supremo Gobierno de la Nación".<sup>23</sup> Esta medida resulta interesante porque impedía la comunicación directa entre las diputaciones y las Cortes, ya que todos los asuntos tendrían que pasar por la supervisión del gobierno virreinal. Aun cuando Calleja sabía que tal decisión era incompatible con el sistema constitucional, la justificó de la siguiente manera:

referido que privado en lo a<sup>1</sup> soluto el virrey del conocimiento e intervención en lo político y de hacienda, y ceñido sólo a las obligaciones de la capitanía general, será imposible que pueda llenar el difícil encargo y el más principal el de la conservación y seguridad de estas provincias, porque siendo natural que cada jefe político y cada diputación provincial considerados independientes del virrey y con relación directa al Gobierno Supremo, quiera aplicar en beneficio de la provincia o provincias de su peculiar cuidado los ramos de ella, faltará la unidad y el útil empleo y aplicación del sobrante de la fuerza básica y pecuniaria de las unas para cubrir las necesidades de las otras, con gran daño de la causa pública y evidente riesgo del estado.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, de Calleja a los señores José Miguel Guridi y Alcocer, don José Galilea y don José Ignacio de Salinay, México, 18 de mayo de 1814.

<sup>22</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, de Guridi y Galilea a Calleja, México, 29 de mayo de 1814.

<sup>23</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, de Calleja al Ministro de Gracia y Justicia, México, 31 de julio de 1814.

<sup>24</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, de Calleja al Ministro de Gobernación de Ultramar, México, 25 de marzo de 1814.

Lo expuesto por Calleja es importante porque refleja el conflicto que se venía dando entre los grupos de poder regionales y el gobierno de la ciudad de México. De hecho, estos grupos (al que pertenecían Hidalgo y Allende) habían encabezado el movimiento en contra de las autoridades virreinales, las que consideraban ilegítimas y producto del golpe de Estado de 1808. El informe de Calleja también refleja que, a pesar de que los grupos de poder habían renunciado a la lucha armada, seguían pensando en su autonomía, y la Constitución de 1812 representaba la opción perfecta para alcanzar sus fines.

### 3. *El virrey versus la Audiencia*

Mientras Calleja enfrentaba por un lado a los insurgentes y por el otro a las élites provinciales autonomistas, también tuvo que someter a la burocracia. Frente a los problemas de Estado, como la desintegración del virreinato, los miembros de la Audiencia se empeñaban en conservar sus privilegios como las comisiones que realizaban en las distintas dependencias y de las que obtenían salarios o beneficios extraordinarios. Con el establecimiento de la Constitución, los asuntos de Estado así como algunos de tipo económico que antes habían sido de la competencia de la Audiencia ahora quedaban bajo el resguardo de las diputaciones provinciales.

Entre estos asuntos se encontraban los relacionados con la instancia promovida por el señor Juan José Urquiju, sobre que se le diesen en depósito irregular 50 000 pesos de bienes de comunidad de la provincia de Puebla; el formado a solicitud del padre procurador de la provincia de San Hipólito Mártir de Oaxaca (de religiosos dominicos) sobre la entrega de los réditos 20 000 pesos de los bienes de comunidad de la provincia de Puebla; el promovido por don José Avedaño para el cobro de 20 000 pesos de los mismos bienes de comunidad; el formado a solicitud de don Juan Bautista Manchola sobre la entrega de 8 000 pesos de los réditos de los bienes de comunidad de la provincia de México; el promovido por don Juan Antonio Ayerdi solicitando que bajo fianza se le dieron en depósito irregular 36 000 pesos de los bienes de comunidad de la misma provincia; los formados a petición de don Bernardo Ora y Bayo y de don Francisco Arozamena sobre entrega de 6 000 pesos y 10 000, respectivamente, en depósitos irregulares de los bienes de comunidad de Chalco.

La Audiencia también perdió el control de asuntos como el de la imposición de caudales de los bienes de comunidad pertenecientes a las repúblicas de indios de Valladolid y al formado por don Antonio Casado de Miranda solicitando 40 000 pesos en réditos de los bienes de la misma comunidad; la instancia promovida por don José García Huesca solicitando la entrega de 80 000 pesos de las arcas de comunidad de Puebla; el instruido por doña María Josefa Mendivil, solicitando de los caudales de comunidad de Puebla 65 000 pesos para el giro de sus comercios; el promovido por los ministros de las reales cajas de Puebla sobre utilidades de la Real Hacienda, y el instruido sobre reintegro a las cajas de comunidad de la provincia de Puebla de los 70 000 pesos que en el año de 93 que por superior orden se enviaron a Veracruz, entre otros. Tal parece que estos asuntos no se entregaron a la Diputación Provincial de México sino que se quedaron en poder del virrey Calleja.<sup>25</sup>

Del mismo modo, el virrey recogió de la Audiencia algunos asuntos para entregarlos a la Diputación y se quedó con ellos. Entre éstos se encontraban el instruido sobre la erección de una media Audiencia para la ciudad de Mérida; el formado sobre la aprobación del pago de una libranza girada por Miguel Lastini diputado a Cortes por la provincia de Mérida; el promovido a instancia del gobierno de Nueva España sobre un permiso para establecer nuevos arbitrios, y el relacionado con un incidente en la provincia de Tabasco. Calleja no los entregó.<sup>26</sup>

El enfrentamiento entre los miembros de la Audiencia y el virrey Calleja, constituye otro episodio interesante sobre la vida política e institucional del virreinato. En su momento tuvo relevancia porque se trataba de una lucha (entre iguales desde el punto de vista de la tradición jurídica hispánica) por el control político a partir de las nuevas reglas del juego, que imponían la Constitución y la dinámica de la propia guerra. Estos poderes ya se habían enfrentado en 1808, y la Audiencia (con el apoyo de los peninsulares) había triunfado sobre el virrey. Pero ahora su situación era distinta. Calleja utilizó todos los medios a su alcance para reducir al máximo la presencia de

<sup>25</sup> AGI, México, 1483, fs. 129-130, resolución del fiscal Torres Torija, México, 18 de octubre de 1814.

<sup>26</sup> AGI, México, exp. 1483, f. 139, de Tomás González Calderón a Calleja, México, 13 de mayo de 1813.

la Audiencia en los asuntos de Estado; ésta por su parte, hizo lo que pudo para no perder sus antiguos privilegios.

En principio, el virrey negoció con algunos de los miembros de la Real Audiencia los cambios que realizarían y que le convenían, en las estructuras gubernamentales y luego procedió a la elección de los ayuntamientos constitucionales y diputaciones provinciales, que seguramente quedarían en poder de sus enemigos. Calleja tuvo que hacer uso de su astucia para conservar el control de las instancias gubernamentales del virreinato con el fin de mantener un equilibrio. Cedió en lo que pudo.<sup>27</sup>

Para el nombramiento de los nuevos ministros no hubo mayor problema, porque Calleja aceptó las propuestas que ellos mismos le hicieron; <sup>28</sup> no así cuando éste les limitó sus funciones y las redujo única y exclusivamente a la impartición de justicia y los privó de las comisiones y honorarios extraordinarios de que habían gozado con anterioridad. El 5 de marzo de 1813, los miembros de la Audiencia tuvieron que acatar las órdenes de las Cortes de 9 de octubre de 1812. Todos abandonaron sus puestos en las comisiones, entregaron los asuntos pendientes a las nuevas instancias para su resolución y sólo se ocuparon de la administración de justicia. Para que esto sucediera, previamente hubo un enfrentamiento epistolar, y tal vez verbal, entre los dos poderes y que a continuación se relata.

El remplazo de burócratas reales en los cargos de las diferentes dependencias constituye otra novedad impuestas por el régimen constitucional, ya que con anterioridad había existido continuidad en los cargos tomando en cuenta la tradición y la experiencia. Calleja rompió con esta tradición. Ambrosio Sagarzurrieta fue separado de la fiscalía de Hacienda y con ello perdió su influencia en la Junta Superior de Hacienda, en la superintendencia subdelegada, en los asuntos de cruzada, en los del tribunal de cuentas, en los de la aduana de la ciudad de México y en los del superior gobierno. Al regente Tomás

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, los nuevos ministros eran don José Ignacio Berrasqueta, ministro electo de la Audiencia de Guatemala y don Andrés Rivas Caballero, fiscal electo del mismo tribunal. Los dos residían en México imposibilitados por la guerra para trasladarse a dicho lugar. También aceptó a don Francisco Urrutia, a don Fernando Fernández de San Salvador, don Juan Martín de Juan Martiñana (los tres eran ministros honorarios de la de México) y a don Juan José Flores que lo era de la de Guadalajara. Finalmente, ante la renuncia de Martiñana quedó en su lugar el abogado de México, don Vicente Sánchez.

González Calderón también se le destituyó como vocal de la Junta Superior de Real Hacienda, y en su lugar se nombró al fiscal jubilado del Real Consejo de Indias, Francisco Robledo. A los otros ministros también se les destituyó de los puestos en las comisiones que tenían por ser miembros de la Audiencia. El argumento dado por Calleja para suprimir estos cargos era limitar el gasto público y de esta manera fortalecer las finanzas públicas. Para Sagarzurrieta con esta providencia no se conseguiría ahorro alguno, y sí por el contrario aumentarían los gastos, ya que la Hacienda Pública, además de pagar a los nuevos letrados, tendría que asignar a los desplazados "algún sueldo, gratificación, ayuda de costa, o cualquiera otro premio con otra denominación". Según él, a su sucesor en la fiscalía de hacienda, Antonio Torres Torija (presidente de los abogados de la ciudad de México), Calleja le había señalado el mismo sueldo que él había tenido antes de su destitución.<sup>29</sup>

Los fiscales de la Audiencia pretendían llegar a un arreglo con Calleja como lo habían hecho con el virrey Venegas para que cada cual continuase desempeñando sus funciones. Según Sagarzurrieta, él "debía continuar desempeñando como hasta allí [su] oficio de fiscal de Hacienda, el virrey el suyo de superintendente subdelegado, su asesor el suyo, y lo mismo el regente y ministros de la Audiencia", pero Calleja no aceptó y desplazó a todos sus oponentes. Otro nuevo nombramiento fue el del abogado Miguel Modet quien ocupó el cargo de asesor del Tribunal de la Minería.<sup>30</sup>

Para la Audiencia, los miembros de la comisión de consulta creada por Calleja carecían de legitimidad para decidir si los juzgados de hacienda debía o no subsistir, ya que tal atribución, de acuerdo con la Recopilación de Indias, correspondía a la Junta Superior de Gobierno, en la que la Audiencia tenía una participación destacada.<sup>31</sup> Como se puede observar, los miembros de esta corporación querían participar de manera prominente en la reorganización de la administración pública. Ellos aseguraban que al desplazarlos de las comisiones y cargos que tenían se buscaba favorecer a los amigos de los consultores (y de Calleja) que tenían litigios con la Hacienda Pública

"sobre intereses de mucha consideración, tomarán una vuelta más favorable para dichos sus amigos".<sup>32</sup>

Para defenderse de tal acusación, Calleja y los miembros de la comisión de consulta, acusaron a los miembros de la Audiencia de oponerse a los cambios debido a su interés por conservar los sobresueldos y gratificaciones. A tal afirmación, Ambrosio Sagarzurrieta expresó que por el contrario, los ministros que ahora apoyaban a Calleja al principio habían estado en contra de sus medidas y luego cambiaron de parecer, y decía que "nunca he prostituido mi oficio ni mis dictámenes a tales miras de propia conveniencia".<sup>33</sup>

Los fiscales pretendían que la junta de consultores, así como habían reinterpretado las leyes para que el virrey, aun cuando se le prohibía extender su jurisdicción y facultades más allá de lo militar, conservara su cargo de superintendente subdelegado, hicieran lo mismo para que los ministros de la Audiencia conservaran los juzgados de hacienda que estaban a su cargo, así como los del consulado y minería.<sup>34</sup> Aun cuando la ley planteaba la transformación del sistema judicial, las Cortes habían determinado que por el momento se mantuviera la misma organización de los juzgados y tribunales de hacienda, minería y comercio. Por ello los miembros de la Audiencia consideraron pertinente su presencia en dichas instancias, pero Calleja los excluyó y relegó a un segundo plano.

El conflicto por la delimitación de funciones y atribuciones entre el virrey-jefe político y los ministros de la Audiencia se agudizó de nueva cuenta cuando se disolvió el régimen constitucional y se restableció el antiguo régimen. Después que se conoció en la ciudad de México (10 de agosto de 1814) el decreto de 4 de mayo de 1814, por el que se desconocía el régimen constitucional, los miembros de la Real Audiencia exigieron a Calleja la restitución de sus antiguas funciones y privilegios.<sup>35</sup> De nueva cuenta el virrey antepuso su lealtad a la corona antes de ejecutar una orden que en un momento dado podría

<sup>29</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1899, s/p, de Ambrosio Sagarzurrieta a la Regencia, 26 de mayo de 1813.

<sup>30</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1899, s/p, de Ambrosio Sagarzurrieta a la Regencia, 26 de mayo de 1813.

<sup>31</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1899, s/p, de Ambrosio Sagarzurrieta a la Regencia, 26 de mayo de 1813.

<sup>32</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, "Testimonio del cuaderno 2o. sobre tocar a la Real Audiencia el conocimiento de los negocios contenciosos de Hacienda habiéndose suprimido las diputaciones provinciales por Real Orden de 24 de mayo de este año", México, 23 de septiembre de 1814.

<sup>29</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1899, s/p, de Ambrosio Sagarzurrieta a la Regencia, México, 7 de agosto de 1813.

<sup>30</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1899, s/p, de Ambrosio Sagarzurrieta a la Regencia, 26 de mayo de 1813.

<sup>31</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1899, s/p, de Ambrosio Sagarzurrieta a la Regencia, 26 de mayo de 1813.

echar por tierra los logros alcanzados en el proceso de pacificación del virreinato. Ello explica la actitud de Calleja que en vez de cumplir con la ley emitió un bando en el que decía que,

para no entorpecer el curso de los negocios en la administración política, gubernativa y de justicia en estos dominios, debe subsistir todo por ahora en el ser y estado en que se halla, hasta que revisadas las soberanas disposiciones de Su Majestad sobre cada ramo dicte su excelencia las providencias oportunas para su cumplimiento.

Esta disposición molestó a los miembros de la Audiencia porque la consideraron como una usurpación de sus facultades al disponer el virrey que, "mientras no se restableciera completamente el orden anterior al establecimiento de la Constitución, continuaran en sus puestos justicias ordinarios de los pueblos que se encontraban en funciones, los jueces de letras donde los hubiere, y las audiencias, intendentes, y demás tribunales de justicia en la administración de ellas".<sup>36</sup>

El conocimiento de los negocios contenciosos de la hacienda, que con anterioridad habían tenido que ceder a las diputaciones provinciales, era una de las atribuciones que más defendían los miembros de la Audiencia.<sup>37</sup> Sin embargo, la Junta Superior de Hacienda (que presidía Calleja y cuyo fiscal era Antonio Torres Torija) resolvió que la administración de justicia en los negocios contenciosos de Real Hacienda debían continuar en los mismos términos y bajo el mismo orden y forma en que se encontraban bajo el régimen constitucional.

Sagarzurrieta insistía que a él, por ser el fiscal más antiguo de la Audiencia, correspondía el cargo que ocupaba Torres Torija quien se negaba a entregárselo para no perder el sueldo de la plaza de agente fiscal de Real Hacienda, las gratificaciones, sobresueldos y ayudas de costa, anexos de la misma fiscalía de Real Hacienda.<sup>38</sup>

La Real Audiencia también solicitó a Calleja le remitiera los expedientes de reclamos de providencias de economía y gobierno de los

<sup>36</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, fs. 148-149v, resolución del fiscal Osés, México, 22 de septiembre de 1814.

<sup>37</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, "Testimonio del cuaderno 2o. sobre tocar a la Real Audiencia el conocimiento de los negocios contenciosos de Hacienda habiéndose suprimido las diputaciones provinciales por Real Orden de 24 de mayo de este año", México, 23 de septiembre de 1814.

<sup>38</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, fs. 156v-174, dictamen del fiscal más antiguo Sagarzurrieta, México, 23 de septiembre de 1814.

ayuntamientos los cuales tocaban a la diputación provincial y que una vez desaparecidos debían pasar a la Real Audiencia.<sup>39</sup> La petición fue rechazada porque el fiscal Torres Torija consideró que tal resolución tocaba a los jefes políticos y que sólo algunos asuntos debían consultarse a la diputación provincial. Además, que el rey no había ordenado que las facultades de los jefes políticos pasaran a las audiencias.<sup>40</sup> Del mismo modo, la Real Audiencia pidió la devolución de los expedientes de los asuntos de propios y arbitrios y bienes de comunidad que había remitido a la diputación provincial. La Audiencia reclamaba los expedientes porque pretendía ejercer la facultad que antes tenía para disponer de los sobrantes de propios y arbitrios y bienes de comunidad.<sup>41</sup>

Así mismo, la Audiencia reclamó para sí hacerse cargo de las apelaciones que antes tocaban al virrey en calidad de jefe político por haberse suprimido estos empleos. Entre éstas destacaban las instruidas sobre el juez de alzadas del tribunal de minería.<sup>42</sup> La petición también fue rechazada argumentando que el rey ordenaba la desaparición del cargo de jefes políticos no así el mando político que ellos ejercían, y que cualquier cambio que se hiciera en la administración pública tenía que llevar su aval. Por lo tanto, había que "esperar con tranquilidad y sumisión las reformas que estime oportuno hacer en todos los ramos de la administración pública y que por tanto ninguna se puede aquí anticipar ni admitirse".<sup>43</sup>

La Audiencia insistía que sus miembros y el virrey debían restablecer la antigua relación y obrar de mutuo acuerdo en el manejo de los negocios de superior gobierno que de acuerdo con las leyes reales también eran de la competencia de la Audiencia.

el señor virrey y esta real Audiencia no pueden dejar de conocer que esta discordancia de opiniones entre las dos primeras autoridades de Nueva España no sólo entorpecería la administración

<sup>39</sup> AGI, MÉXICO, 1483, fs. 124-125, de Tomás González Calderón a Calleja, México, 3 de octubre de 1814.

<sup>40</sup> AGI, MÉXICO, 1483, fs. 125-126, Resolución del fiscal Torres Torija, México, 3 de octubre de 1814.

<sup>41</sup> AGI, MÉXICO, 1483, fs. 124-125, de Tomás González Calderón a Calleja, México, 3 de octubre de 1814.

<sup>42</sup> AGI, MÉXICO, 1483, f. 132, de Tomás González Calderón a Calleja, México, 3 de octubre de 1814.

<sup>43</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, fs. 132-136, resolución del fiscal Torres Torija, México, 18 de octubre de 1814.



de justicia sino que podría servir de pábulo a los rebeldes, tanto a los descubrimientos como a los solapados para avivar el fuego de la insurrección más de lo que está.<sup>44</sup>

La Real Audiencia pretendía que el virrey declarara "que el ser y estado a que debe reducirse la administración de justicia en los negocios así de la Real Hacienda, como de otros ramos, alterados por las disposiciones de las Cortes, es el que tenía antes de la instalación de ellas".<sup>45</sup> Esta petición también fue rechazada por Calleja.

La muerte del regente de la Audiencia, Tomás González Calderón, complicó aún más la relación entre los miembros de la Audiencia y el virrey. Por ser el fiscal más antiguo, su lugar lo ocupó Sagarzurieta quien, en carta reservada expresó a Calleja la preocupación de los ministros por las consecuencias políticas que podrían generarse si el público se enteraba de las desavenencias existentes entre las dos autoridades. La actitud del virrey la consideraban un insulto al tribunal y a la investidura de sus miembros.<sup>46</sup>

Según los fiscales de la Audiencia, Calleja estaba retardando el puntual cumplimiento de las leyes para beneficiar a los tres miembros de la llamada "Junta de Consultas" creada por él y cuyos miembros eran el asesor general, el fiscal de gobierno Antonio Torres Torija y el señor Salinas que lo ayudaba en el despacho. Esta junta realizaba la mayor parte de las funciones que con anterioridad habían tenido los miembros de la Audiencia. Al primero, Calleja le confirió el cargo de auditor de milicias y cesó al ministro que la tenía por nombramiento real. En el caso del segundo este nombramiento no existía ni la Constitución lo consideraba, fue una decisión de Calleja. Por lo que se refiere al tercero, como el presidente y ministros de la Audiencia de Guatemala lo habían rechazado por tener pendiente una causa de Estado, Calleja le asignó el cargo de ayudante para que pudiera percibir un salario.<sup>47</sup>

La Audiencia pretendía recuperar sus fueros en materia de gobierno, mismos que el virrey les negaba diciendo que en lo referente a

<sup>44</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, fs. 156v-174, dictamen del fiscal más antiguo Sagarzurieta, México, 23 de septiembre de 1814.

<sup>45</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, fs. 174v-175, petición de Sagarzurieta, México, 24 de septiembre de 1814.

<sup>46</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, fs. 183-197, del fiscal más antiguo, José Mesía a Calleja, México, 15 de octubre de 1814.

<sup>47</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, fs. 183-197, del fiscal más antiguo, José Mesía a Calleja, México, 15 de octubre de 1814.

gobierno político nada tenía que decir la Audiencia.<sup>48</sup> Calleja comenzó a restablecer las instituciones del antiguo régimen una vez que estuvo completamente seguro de que el rey tenía la firme decisión de "restituir toda la administración pública a su antiguo juicioso estado" y cuando estuvo seguro de que los cambios no alterarían la paz alcanzada con tanto esfuerzo. El 18 de noviembre Calleja reasumió la presidencia de la Audiencia y un día después ordenó la disolución de los ayuntamientos constitucionales y los establecidos por primera vez, suprimió los jueces de letras, repuso a su antiguo estado las audiencias y demás juzgados abolidos por la Constitución y decretos de las Cortes, y finalmente restableció toda la administración pública a la forma y términos que tenía en el año de 1808.<sup>49</sup>

Para el periodo estudiado, resulta interesante el gran papel desempeñado por Calleja en la supervivencia del sistema. La defensa que hizo de la figura política de virrey adquiere gran prominencia y pone de manifiesto que, a pesar de que las reformas borbónicas, las Cortes y las élites provinciales, trataron de restarle poder fue evidente que seguía siendo un personaje protagónico. En términos políticos se podría pensar que el virrey fue consecuente con lo que se esperaba de él: proteger los intereses de la corona. No ocurrió lo mismo con la Audiencia quien, en vez de velar por la salvaguarda de los destinos del virreinato, optó por defender sus privilegios y al final los perdió todos.

El poder central, representado en la figura del virrey, salió bien librado ante la amenaza de desintegración del territorio ocasionado por la presión de las élites regionales. No sucedió lo mismo en 1820 cuando estos grupos de poder regional, con el restablecimiento de la Constitución de 1812, reiniciaron su movimiento autonomista. La magnitud del problema rebasó las expectativas del virrey Apodaca para controlar la situación. Partiendo de este hecho, se podría pensar que el pronunciamiento encabezado por Agustín de Iturbide, en el pueblo de Iguala, tenía el firme propósito de frenar una posible desarticulación territorial y de los órganos de gobierno. Tomando como referente los postulados gaditanos, las élites provinciales lograron derrotar a Iturbide y al mismo tiempo, por medio de la Constitución de 1824,

<sup>48</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1483, fs. 532-533, de los miembros de la Audiencia al rey, México, 30 de octubre de 1814.

<sup>49</sup> AGI, MÉXICO, exp. 1484, s/p, de Calleja a Miguel de Landizábal y Uribe, México, 31 de diciembre de 1814.

podieron establecer un sistema de gobierno que garantizara la autonomía territorial.

#### APÉNDICE

El 18 de abril de 1813, los miembros de la Comisión (Manuel de la Bodega, José Miguel Guridi y Alcocer, Juan Ramón Osés y José Galilea, entregaron el dictamen solicitado por Calleja para el establecimiento del régimen constitucional.

Excelentísimo Señor:

En cumplimiento de lo que Vuestra Excelencia se sirvió prevenirnos con fecha de 19 del mes próximo pasado, hemos examinado atentamente la materia del decreto de las Cortes Generales y extraordinarias del 9 de octubre último sobre arreglo de tribunales y juzgados, y meditando sobre todas las relaciones que tiene con la Constitución Política de la Monarquía en que se fijaron sus bases, y con los particulares establecimientos del distrito del mando de Vuestra Excelencia, hemos procurado facilitar su puntual ejecución, sin que ésta pueda ocasionar aquellos males que suele traer consigo cualquiera de su clase cuando no se toman las medidas convenientes para precaverlos.

Con este objeto dijimos a Vuestra Excelencia que como la indicada ley no se podía cumplir exactamente antes de establecerse los ayuntamientos y las diputaciones que suponen formadas, era indispensable disponer que se hiciese, sin la menor demora, lo que previene en esta parte la Constitución, comunicándose o repitiéndose al efecto las órdenes necesarias, y determinándose cualesquiera expediente que se hubiese instruido sobre el particular.

Para el mismo fin manifestamos a Vuestra Excelencia que necesitábamos algunos informes y antecedentes que aclarando el origen, la naturaleza, las atribuciones y demás circunstancias de ciertos empleos y encargos, nos proporcionasen la instrucción y los conocimientos con que debíamos asegurar el acierto.

También dijimos a Vuestra Excelencia que habiendo de hacerse las entregas de negocios y papeles de que trata la ley, bajo de formales inventarios, se anticipasen estos en los juzgados generales de bienes de difuntos y de indios, como también en la Acordada, en los oficios de gobierno y en la Secretaría de Cámara del Virreinato, porque

siendo los más embarazosos, convendría ganar tiempo en esta operación.

Habiendo pues llegado el caso de exponer a Vuestra Excelencia nuestro dictamen sobre el modo de planificar el nuevo sistema, lo haremos limitándonos precisamente a los pocos artículos de la ley, cuya ejecución exija algunas disposiciones de parte de Vuestra Excelencia o en que sea conveniente manifestar que no exigen ninguna; porque respecto de los demás se conoce desde luego que, o no existen otra que su misma publicación, o son de aquellos que se cumplirán sucesivamente por el Tribunal de la Audiencia y por las personas a quienes corresponden, según vayan ocurriendo las cosas a que se contraen.

También acomodaremos nuestro dictamen a las respectivas circunstancias de los tiempos; pues no habiéndose establecido todavía todos los ayuntamientos constitucionales, ni las diputaciones provinciales que debe haber en esta ciudad y en la de San Luis Potosí, es preciso que las disposiciones de Vuestra Excelencia, para ejecutar la ley, en ciertos objetos, no sean hasta ahora las mismas que las que deben ser después.

Aunque el artículo 11, capítulo 1o. del decreto no exige disposición alguna para su cumplimiento pues consiste solamente en que V.E. deje de ejercer aquellos actos y funciones que son propias de la presidencia de la Audiencia, nos parece conveniente individualizarlas en los más comunes para que Vuestra Excelencia las tenga presentes en los casos que ocurran.

Tales son el firmar las Reales Provisiones de la Audiencia, presidir con ella las fiestas de la tabla, tener algunas de las llaves de algunos de sus libros y alacenas, formar las salas, juntarlas, y asistir a las revistas generales de cárceles.

El artículo 14 del capítulo 1o., prohíbe que las audiencias tomen conocimiento alguno sobre los asuntos gubernativos o económicos; y en consecuencia de esto se previene en el 64 del mismo capítulo que todos los de esta clase que se hallen pendientes de ellas, se pasen desde luego a las diputaciones provinciales para que clasificados allí, se dé curso a aquellos en que deban intervenir las mismas diputaciones, los jefes políticos y los ayuntamientos, según sus respectivas facultades, y se remitan los demás a la Regencia del reino.

En cumplimiento de ambos artículos sacados del principio fundamental de que los tribunales no pueden ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, corresponde que cesen

absolutamente los dictámenes o votos consultivos del acuerdo, y que por no haber aun Diputación Provincial con quien pueda entenderse aquel tribunal pasen a Vuestra Excelencia los negocios que tenga de dicha especie para que clasificándolos, remita desde ahora a los ayuntamientos constitucionales establecidos los que les corresponden y sucesivamente los demás a estos cuerpos y a las diputaciones, según se fueren formando.

Corresponde igualmente que haga Vuestra Excelencia esto mismo con los negocios de dicha clase y que haya en las oficinas del superior gobierno y en la secretaría de cámara del virreinato, luego que concluidos los inventarios respectivos, se pueda hacer la indicada separación.

Conforme a los artículos 16 y 17 de dicho capítulo, no pueden tener los regentes, ministros y fiscales de las audiencias comisión alguna, ni otra ocupación que la del despacho de los negocios de su tribunal; y deben suprimirse los juzgados de provincia y los de cuartel que han tenido hasta ahora los alcaldes del crimen.

Parece muy sencilla la ejecución de esta parte de la ley; y en efecto lo es en cuanto a que cesen todos los señores ministros de esta Audiencia en las comisiones y ocupaciones que tienen fuera de ella, y a que no se les ocupe en adelante.

Pero hay que tomar al mismo tiempo otras medidas arregladas a la respectiva naturaleza y circunstancias de dichas ocupaciones y a otros varios artículos de la misma ley, en que no es igualmente sencillo el modo de ejecutarlo. Hablaremos pues de todo esto con la debida separación para que pueda Vuestra Excelencia adoptar las providencias que correspondan, según los diversos objetos a que se contraiga.

Entre las indicadas comisiones y ocupaciones que tienen actualmente los señores ministros hay algunas en que nada es necesario hacer sino sustituirles las personas que sean de la confianza de Vuestra Excelencia, y hay otras en que aun esto se debe omitir, o porque quedan naturalmente extinguidas, o porque la ley manda suprimirlas.

De la primera clase son los encargos relativos a los montes píos del fondo llamado Concordia que hay en la fábrica de puros y cigarrillos de esta capital (acerca de la cual podrá Vuestra Excelencia adoptar lo que propone el señor director de la Renta en su informe del 7 del corriente, entendiéndose que su denominación ha de ser la de conservador o protector, y no de juez), el encargado de examinar las piezas de dramáticas, a no ser que Vuestra Excelencia determine dar-

lo por concluido en virtud del que informan los actuales revisores; la asistencia de los señores alcaldes del crimen a las funciones del coliseo, la que puede suplir suficientemente uno de los alcaldes constitucionales; el encargo de protector de la Casa de Recogidas; la presidencia de la Junta de los Servitas, de la de Sanidad y de aquéllas a que asiste el señor regente de la Audiencia conforme al artículo 42 de la instrucción de su empleo; la visita al Colegio de San Ildefonso, o sea cualquiera otra comisión que tenga allí alguno de los señores ministros de la Audiencia, a que se pueden agregar el encargo de miembro de la Junta de Censura de esta provincia y el de consultores del Tribunal del Santo Oficio, aunque con la diferencia de que la provisión de ellos toca respectivamente a las Cortes y al mismo Tribunal.

A la segunda corresponden la Superintendencia de las Obras de Palacio, cuyo ramo se maneja en el día económicamente por un reglamento en que no se hace mención de este encargo, que en realidad es absolutamente inútil; la Comisaría o Superintendencia de la Fábrica de esta Iglesia Catedral, porque ni tiene funciones señaladas, ni hay materia sobre que puedan recaer éstas; las visitas a pulperías de que hablan las leyes, porque esto debe correr a cargo del ayuntamiento y de los alcaldes constitucionales; la Dirección de la Academia de Jurisprudencia, porque siendo siempre su presidente un abogado de los más beneméritos, no es regular que haya otro con el título de director; y finalmente, los juzgados de cuartel que tienen los señores alcaldes del crimen, cuya supresión es expresa en la ley; comprendiéndose, como una consecuencia de ella, la de los demás del mismo nombre, la de los alcaldes de barrio (quienes entregarán las sumarias que tengan a su jefe inmediato) y la de todos los establecimientos de igual clase que haya en las ciudades de afuera.

Además de éstas, tienen los señores ministros otras ocupaciones relativas a la hacienda pública y a los tribunales del consulado de esta ciudad y de la minería, respecto de las cuales es preciso arreglarse a lo que previene la ley sobre estos ramos en el artículo 32, capítulo 2o., sin perder de vista lo que exijan las particulares circunstancias que ocurran en uno u otro de dichos encargos.

Dos son nuestros principios capitales sobre este punto: primero, que la excepción contenida en el citado artículo es relativa a los juzgados y no a las personas prohibidas de servirlos por la misma ley. Segun-

do, que cuando éstas se hallan de varias conforme a ella el nombramiento toca al mismo a quien ha correspondido siempre.

El Tribunal de Minería y el señor don Juan de la Riva actual juez de alzadas del mismo ramo no están conformes en estos principios pues conviniendo el Tribunal en el primero promueve la declaración de que el nombramiento pertenece a los conjueces de alzadas y el señor Riva ha creído que debe conservar su comisión porque la ley dice que subsistan por ahora según se hallan los juzgados y Tribunales de Minería.

No nos parece necesario ni oportuno entrar en una prolija discusión sobre estos puntos, y bastará decir en contestación a lo que se expone, que Vuestra Excelencia no pierde nada de sus superiores facultades respectivas al cuerpo de la minería por dejar de ser presidente de la Real Audiencia, que sea lo que fuere del de Guadalajara, a Vuestra Excelencia le corresponde el nombramiento de juez de alzadas de México en calidad de virrey cuyo carácter conserva; que mientras no se revoque la Ordenanza de Minería en que se dio esta facultad a los virreyes no pueden dejar de ejercerla sean o no togados los jueces de alzadas; que el caso decidido en la Real Orden de 23 de mayo de 1797 a que se refiere el Tribunal, no habla del juez letrado sino de los conjueces interinos: y finalmente que la excepción comprendida en el artículo 32 del capítulo 2o. de la nueva ley en que funda el señor Riva su concepto lo es de la regla general establecida en el mismo y no de lo prevenido en el 16 del capítulo 1o., es decir, lo es de la supresión de los juzgados privativos pero no de la prohibición de que los ministros de la Audiencia tengan otra ocupación que la del despacho de sus tribunales; subsistirán pues por ahora los juzgados exceptuados mas no se ocuparán en ellos los señores ministros de la Audiencia.

Esto sólo bastaría para satisfacer también a los otros señores que hablando de sus comisiones de hacienda piensan del mismo modo que el señor Riva en cuanto a la suya de minería. Pero como el señor don Ambrosio Sagarzurrieta esfuerza este concepto con varias reflexiones y supone en ella ciertas especies que es preciso purificar nos permitirá Vuestra Excelencia que ampliemos sobre este punto nuestra exposición.

Partiendo este señor ministro del principio de que el artículo 30 del capítulo 2o. de la nueva ley excluye a Vuestra Excelencia de las funciones de Superintendente General Subdelegado de Hacienda, se con-

sidera en el mismo caso que Vuestra Excelencia y consiguientemente envuelve en sus reflexiones la superintendencia y la asesoría de ella.

Si nosotros pudiéramos en aquel principio diríamos que en efecto eran iguales ambos casos pero su igualdad consistiría no en que fuesen exceptuados en el artículo 32 del mismo capítulo como opina el señor Sagarzurrieta sino en que Vuestra Excelencia y este señor ministro debiesen quedar separados de las funciones que respectivamente ejercen en la Hacienda Pública.

Diríamos más en la hipótesis figurada y es que todos los gobernadores militares que son intendentes o subdelegados de sus provincias deberían separarse de estas magistraturas y encargos porque el artículo 30 habla de ellos del mismo modo que de los virreyes y todo lo que obra ahora en nuestro concepto para excluir a los señores ministros de la Audiencia de cualesquiera ocupación de hacienda, obraría entonces respecto de Vuestra Excelencia y de todos los gobernadores militares empleados en ella.

Diríamos por vuelto, en la indicada suposición, que no podía entenderse de otro modo el artículo 32 sin que la ley dejase de ser clara, exacta y metódica; pues sin duda le faltarían estas cualidades si las mismas personas expresa y absolutamente excluidas en un artículo del ejercicio de ciertas y determinadas funciones, quedasen en otro habilitadas por cierto tiempo para ellas, sin hacerse mención del primero, y bajó de una excepción literalmente relativa a los oficios, y no a las personas que las sirven.

Pero estamos ciertamente muy distantes de pensar que el artículo 30 comprenda los negocios de hacienda. Aunque en él se dice que los jefes de que habla se limiten al ejercicio de la jurisdicción militar, esto es para excluir la que han ejercido como gobernadores políticos en los asuntos civiles y criminales ordinarios o comunes, mas no la que tengan en calidad de jefes de hacienda, y por esto sigue diciendo el mismo artículo que quedan suprimidos todos los demás gobiernos y corregimientos de capa y espada.

Siguen pues los virreyes, capitanes y comandantes generales y los gobernadores militares ejerciendo las funciones que tengan a su cargo porque no se lo prohíbe el artículo 30 del capítulo 2o., ni otro alguno de la ley, y porque el 32 del mismo capítulo deja por ahora subsistentes los juzgados de hacienda; y al comisario, no pueden los ministros de la Audiencia mantener las comisiones de esta clase, no obstante la subsistencia interina de los juzgados porque en el artículo 16 del

capítulo 1o. les está prohibido expresamente tener cualquier otra comisión que la del despacho de los negocios de su tribunal.

Ésta es la diferencia que hay entre unos y otros y por ella debemos concluir que la causa no es común de Vuestra Excelencia y de los señores ministros que tengan ocupaciones en la Hacienda Pública: que la superintendencia de ésta no debe ser objeto de la disputa: y que consecuentemente cesan todas las reflexiones que hace, respecto de ella, el señor Sagarzurrieta. Pasemos al examen de las demás.

Dice que aunque variadas las personas, podrían subsistir los juzgados de hacienda, pero no subsistirían según se hallan, que es lo que manda la ley.

Nosotros entendemos que subsistirán según se hallan mientras no se altere su formal constitución, cualquiera que sean las personas que la sirvan, y entendemos también que, supuesta la prohibición de algunas para ocuparse de ellos, era necesario para considerarlas habilitadas que además de las palabras *según se hallan*, o en lugar de ellas se hubiese usado de otras expresamente relativas a las personas excluidas.

Que se habría dispuesto la subrogación de éstas si no hubiesen de continuar y que la Regencia del Reino se habría apresurado, en este caso, a los respectivos nombramientos. Es el otro argumento del señor Sagarzurrieta.

Alguna fuerza podría tener éste si debiese comprender la Superintendencia General de Hacienda, como opina el referido señor ministro; pero contraído a las demás funciones que ejercen en ella algunos señores de la Audiencia, no tiene ninguna, porque a Vuestra Excelencia corresponde hacer esta misma subrogación interina en virtud de las facultades que le conceden las leyes no derogadas y por ser absolutamente necesaria.

Personas inexpertas y menos condecoradas, dice el señor Sagarzurrieta que habrán de manejar la Hacienda Pública. si se mudan algunas de las que están ocupadas en ello, resultando de aquí perjuicios y daños incalculables.

Ya se ve que esto no toca al modo de entender y ejecutar la ley, sino al examen que hace el legislador para dictarla. Pero además de que el argumento puede probar demasiado, porque en cualquier tiempo que se variasen las personas, se podría decir lo mismo, no faltarán a Vuestra Excelencia algunas que llenen dignamente los lugares que queden, así por su carácter, como por su ilustración y práctica.

De la misma especie son los otros dos inconvenientes con que concluye su oposición el señor Sagarzurrieta, a saber, que no traerá ahorros sino gastos esta subrogación de personas, y que las que se pongan se podrán descuidar en el cumplimiento de sus obligaciones por el recelo de que sus destinos hayan de durar poco tiempo.

Aunque fuesen seguros estos inconvenientes, deberíamos pasar por ellos, supuesto que tratamos solamente de ejecutar la ley. Pero en la realidad no lo son como ha creído aquel señor ministro.

Suponiendo que nada hay que hacer con la Superintendencia de Hacienda ni con su asesoría, todo se reduce a reparar entre otras personas las demás ocupaciones que en cualquier ramo del erario tengan los señores ministros de la Audiencia, lo que se puede hacer fácilmente sin grabarlo y acaso con algún ahorro.

En cuanto al segundo inconveniente bastará decir que habiendo, según queda insinuado, sujetos de aptitud y carácter que puedan desempeñar los encargos que quedan vacantes, no hay motivo para creer que no lo hagan con el mismo celo y honor con que lo harían los actuales sin embargo de su poca duración.

Desvanecidas las reflexiones del señor Sagarzurrieta conservan todo su valor nuestros principios sacados sencillamente del natural sentido de la ley de que en ella no deben admitirse otras excepciones o restricciones que las que se hallan expresas en los mismos términos en que lo estén y de que debiéndose conciliar todos sus artículos para observarlos del modo más literal que sean posibles no se deben extender a otros las limitaciones que tengan algunos.

Ni somos los únicos que han pensado de este modo. Además del Tribunal de Minería ha formado el mismo juicio el señor comisario de cruzada, y lo que es más lo han formado también algunos de los señores ministros que tienen comisiones de aquéllas que hace la materia de esta disputa.

Sin embargo, de todo añadiremos una reflexión que nos ocurre ahora en apoyo de nuestro concepto. La mayor gracia que se puede hacer a los que no se conforman con él es permitirles que el punto sea dudoso. Pues ahora bien si la duda se vuelve a favor de nuestra opinión y entre tanto han retenido los señores de la Audiencia las ocupaciones que se consideran exceptuadas se ha quebrantado un precepto claro en sí mismo que es el que incluye el artículo 16 del capítulo 1o. de la ley y por otra parte se ha dado lugar a que continúen los perjuicios que procura impedir, pero si la resolución fuere contraria, se

habría faltado solamente a un artículo de la ley, que supuesta la duda, es oscuro, y lejos de haberse ocasionado perjuicios se habrán anticipado ventajas. Entre estos dos extremos no nos parece difícil la elección.

Consiguientemente se halla Vuestra Excelencia en el caso de nombrar el juez letrado de alzadas que sustituye al señor ministro Juan de la Riva; el que haya de servir la misma plaza en el juzgado de esta capital, un vocal letrado de la Junta Superior de Hacienda en lugar del señor regente y el que haya de despachar como fiscal los negocios de la misma clase a quien se pueden encargar también los del superior gobierno mientras no se puedan pasar a los ayuntamientos y a las diputaciones provinciales los que correspondan a estos cuerpos.

No hablamos de la asesoría general de la minería porque no corresponde a Vuestra Excelencia su nombramiento y ya lo ha hecho según se dice el mismo Tribunal para relevar en cumplimiento de la ley al señor ministro que la servía.

Por la misma razón no hablamos de la asesoría de cruzada pues su nombramiento corresponde al señor comisario del ramo y también lo ha hecho por el mismo principio.

Tampoco hablamos de otra igual comisión de la renta de correos porque suprimidos como están los juzgados de ella no hay nada que hacer sobre esta asesoría.

La Superintendencia de Penas de Cámaras corresponde también a la Hacienda Pública, y debiendo dejarla el señor regente de la Audiencia, nos parece que lo más natural y sencillo es incorporarla, por ahora, con la general que tiene Vuestra Excelencia.

Los Juzgados de la Lotería, de Gallos y de Almonedas, pueden agregarse del mismo modo a la Intendencia de esta provincia, cumpliéndose así a la ley en los términos más análogos a la naturaleza de estos objetos. Mas como en los dos primeros hay negocios comunes en que no tiene interés la Hacienda Pública, deberá pasar el conocimiento de éstos a los jueces ordinarios de primera instancia y convenirá también que Vuestra Excelencia se sirva mandar que asista siempre uno de los alcaldes a las peleas de gallos para atender cualquier desorden que pueda haber en estas circunstancias.

Se considera por ahora de Hacienda Pública la Casa del Estado y Marquesado del Valle, y habiendo en ella un conservador, que lo es uno de los señores ministros de la Audiencia, parece que se debía

poner otra persona en su lugar. Pero como después de la extinción de los señoríos se ha instruido expediente sobre esta conservaduría que pende en la Junta Superior de Hacienda, puede Vuestra Excelencia mantenerla vacante hasta que se tome la disposición que corresponde.

Últimamente, como los negocios del Tribunal de Cuentas se determinan en su caso y grado por el señor Regente y otros dos señores ministros de la Audiencia nombrados por Vuestra Excelencia, es necesario suplir estos jueces con otros letrados que Vuestra Excelencia nombre en los casos que ocurran.

Se puede formar una tercera clase de comisiones de los señores ministros de la Audiencia con aquéllas que consisten en el ejercicio de ciertos juzgados ordinarios, de atribuciones más o menos amplias, que como contrarios al nuevo sistema judicial, deben suprimirse, entre los cuales se nombran expresamente los de provincia que tienen los señores alcaldes del crimen.

Empezando por éstos para sentar una base que pueda proporcionar, con utilidad y comodidad del público, el modo de ejecutar la supresión de los demás, opinamos que quedando subsistentes las seis escribanías de provincia con la simple denominación de oficios públicos, retengan todos sus negocios respectivos a esta capital para despacharlos con los jueces de ella, según la elección que hagan los actores, y se repartan entre los mismos oficios, y los otros seis que hay de la Diputación todos los dependientes civiles y criminales de los juzgados que se supriman, con proporción a su respectivo número, radicándose también en ellos los nuevos que ocurran de ambas clases.

En cuanto a los pleitos de afuera que haya en los juzgados de provincia procedentes de las cinco leguas de su distrito, se debe observar lo mismo que diremos respecto de cada uno de los juzgados generales; esto es que con los correspondientes inventarios se remitan los pendientes a los jueces territoriales respectivos, bajo la dirección y autoridad de los señores jueces actuales, y los demás queden archivados.

En este caso se halla el de Bienes Difuntos que como general, conoce de todos los negocios de su atribución respectivos al distrito de esta Audiencia, excepto la provincia de Yucatán.

Formado pues el inventario de los pendientes en este juzgado, deben repartirse con igualdad los de esta capital entre los doce oficios públicos que quedan, para que se despachen por los jueces de ella;

remitiéndose los demás a los respectivos territorios de su procedencia, a no ser que se hallen ahora ocupados por los revoltosos o esté impedida su comunicación, en cuyo caso deberá hacerse con ellos lo mismo que con los de esta capital, y quedando archivados los fenecidos de cualquiera clase que sean.

Es regular que el escribano tenga protocolos separados de los instrumentos relativos a los negocios del juzgado, y de los que no lo sean, y siendo así deberá conservar hasta su muerte los primeros, y se archivarán los otros donde y en la forma que se dirá después, pero si no los tuviere con esta separación, quedarán todos en su poder.

De los caudales existentes en el juzgado, y de los libros, documentos y demás papeles pertenecientes a ellos, se deberá hacer por el señor juez, y en presencia de la persona que Vuestra Excelencia nombre, una entrega formal a los señores ministros generales de estas cajas con la cuenta e inventario correspondiente pasándose a Vuestra Excelencia certificación relativa de este acto.

Los referidos señores ministros tendrán estos y los demás intereses de su clase que se recojan en lo sucesivo a disposición de los respectivos jueces que conozcan de los negocios para que puedan darles los destinos que deben tener en justicia y conforme a las leyes, cédulas e instrucciones de la materia.

Todas las reglas del juzgado deberán observarse en sus negocios por los nuevos jueces en cuanto no sean contrarias a la Constitución de la Monarquía y a la Nueva Ley de Tribunales.

En la recaudación y custodia de dichos bienes guardarán los juzgados de afuera lo que está mandado en las Leyes 18, 20, 21, 22 y 23, título 32, libro 2o. de Indias poniéndolos en la caja más inmediata luego que se pueda para que se remitan a la general en ocasiones oportunas y comunicando a ésta los avisos que sean necesarios como lo harán también los de esta ciudad en las respectivas cajas enterando allí todo lo que vayan recaudando. Y para agregar este ramo con todas las formalidades que demanda su importancia podrá Vuestra Excelencia disponer que el Tribunal de Cuentas forme una instrucción acomodada al nuevo sistema por donde se gobierno su administración y manejo.

El escribano de dicho juzgado es arrendatario del oficio, cuyo propietario está prófugo y concursado, dejando pues a éste y a sus acreedores su dinero a salvo, quedará aquél desde luego separado y libre del arrendamiento con la única obligación de verificar la entrega y re-

misión de los negocios en la forma que quede explicada, bajo la autoridad y dirección del señor juez actual.

Tampoco es propietario del oficio el que sirve ahora la contaduría, ni hay que reservar sobre ella dinero alguno, porque caducó y no se ha vendido. Debe pues separarse de este encargo, sin ninguna calidad, el que lo tiene, luego que entregue sus libros y demás papeles.

El defensor del juzgado es sustituto del propietario por lo que reservándose a éste su dinero sobre indemnización, deberá aquél cesar en el ejercicio de su encargo.

Como el abogado fiscal no tiene sueldo o dotación fija, sino dineros de lo que despacha, suprimiendo el juzgado, cesa todo respecto de él, sin que haya nada que conservar sino la memoria de su mérito para atenderlo oportunamente.

Casi lo mismo que en el Juzgado de Bienes Difuntos debe observarse en la supresión del General de Naturales, cuyos jueces han sido los señores virreyes, aunque conforme a la práctica de su despacho, ha ejercido el señor ministro asesor las funciones de conjuer.

Por descontado debe ser igual al otro el repartimiento de los negocios y la forma de hacerlo.

También debe adoptarse en este juzgado lo que se ha dicho acerca de los protocolos, y de los asuntos fenecidos.

Los fondos que recoge y maneja son los bienes de comunidad pertenecientes a las parcialidades de San Juan y San Antonio de esta ciudad, y como tales deberán entregarse formalmente en nombre de Vuestra Excelencia por el señor asesor con sus cuentas, libros, documentos y demás papeles inventariados a los señores ministros de estas cajas para que los administren conforme a las reglas establecidas en la Ordenanza de Intendentes, mientras que no se tome otra disposición sobre todas las de su clase.

Por ser propietario el actual escribano de este juzgado deberá conservar su dinero sobre indemnización, cesando en el oficio y el goce del salario que tiene luego que reparta los negocios bajo la autoridad y dirección del señor asesor.

Entre los demás subalternos del juzgado hay unos que deben conservar el salario que tengan, y otros que deben dejarlo, según las respectivas circunstancias en que se hallan.

Al relator, a los agentes solicitadores, al ministro ejecutor y al intérprete se les debe continuar, quedando todos, excepto el primero, en la obligación de ejercer sus respectivos oficios en los tribunales y

juzgados de esta capital del mismo modo que lo han hecho en el de naturales.

No así el apoderado ni el administrador y contador, porque éstos no son empleados verdaderos, ni fundan su subsistencia en el producto de estos encargos: el primero es un abogado acreditado que cuenta con otros auxilios, y el segundo tiene su verdadero empleo en la Contaduría del Tribunal de Cuentas: deberán pues perder las negociaciones, conservando el mérito de sus servicios.

Se considera como miembro del mismo Juzgado de Naturales el señor fiscal protector de ellos y como a las funciones que ejerce en este concepto les falta hoy el principio en que se fundaron nos parece que debe cesar la gratificación que tiene por ella dicho ministro.

También es general y con la circunstancia de comprender todos los fueros la Junta de Seguridad y Buen Orden establecida aquí el año de 1809 para conocer en sumaria en las causas de infidencia y movimientos populares consultando en el mismo estado al superior gobierno las providencias que conviniese tomar.

Cualesquiera que sean las otras formas que esta junta haya recibido después y la que tenga en el día nada hay que hacer en la supresión de ella sino que cesando en sus funciones los señores ministros de la Audiencia que la componen cesen también las gratificaciones o sobresueldos que tengan sus dependientes con reserva de su mérito mediante que todos son empleados de la sala del crimen y aquél establecimiento fue por su naturaleza provisional.

Parece que no tiene la Junta ninguna causa pendiente por haberse pasado todas respectivamente a la Sala del Crimen y a la jurisdicción militar. Pero si no fuese así podrá Vuestra Excelencia disponer que se les remitan las que haya exponiendo la Junta en cada una de ellas su dictamen sobre la jurisdicción y el juez que debe continuarla para que Vuestra Excelencia haga el repartimiento que corresponda.

Pueden considerarse casi iguales por los objetos y funciones los juzgados del Hospital General de Indios, el Monte de Piedad de Ánimas y del Colegio de San Gregorio en que están encargados respectivamente los señores ministros de la Audiencia.

De sus negocios contenciosos pendientes y de los que se promuevan en lo sucesivo deben conocer los jueces de primera instancia para... (página en mal estado) ...también un letrado con el título de abogado, fiscal o defensor todos los cuales pueden subsistir los pri-

meros para lo que ocurra en la parte económica y los segundos para promover y defender los daños de estos establecimientos.

Pocos pueden ser los actos de verdadera jurisdicción que ejerza el juzgado que se llama de Colegios y ha turnado entre los señores oidores, pero sean los que fueren sus negocios judiciales corrientes, deberán pasar a los jueces de aquí, como todos los de su clase, quedando archivados los demás. Y en cuanto a las facultades o funciones económicas que haya ejercido el señor ministro encargado de esta comisión, podrá Vuestra Excelencia suplirlas por medio de otras personas que no tengan aquel carácter.

La supresión del Juzgado de Pelota que no hay en esta ciudad no exige otra providencia que la del repartimiento de sus negocios corrientes entre los jueces de primera instancia y la de que asista al juego uno de los alcaldes para conservar el buen orden.

El establecimiento de la superintendencia en policía y tranquilidad pública dispuesto por este gobierno el año de 1811 fue provisional, por lo que verificada su supresión conforme al nuevo sistema y a la orden de la Regencia que según se dice hoy en el asunto, no tienen los dependientes dotados dinero alguno para conservar sus sueldos aunque sí lo tienen para que sea atendido el mérito que han contraído en este servicio y lo tienen también con preferencia los que lo han hecho gratuitamente.

Las atribuciones de este juzgado según se erigió son propias de los alcaldes y consiguientemente se deben pasar a los de esta ciudad los negocios pendientes quedando archivados los demás.

Está a cargo de los ayuntamientos cuidar de todas las obras públicas de necesidad, vialidad y ornato y consiguientemente le corresponde al de esta ciudad las funciones que ha ejercido hasta ahora el señor juez superintendente del desagüe de Huehuetoca excepto las judiciales. Por lo que pasándose los negocios pendientes de esta clase a los jueces de primera instancia del mismo modo que se ha de hacer en los otros juzgados suprimidos, y quedando archivados los demás, debe hacerse cargo aquel cuerpo de la parte económica de este ramo como también de los papeles respectivos, cesando el escribano de la comisión y el salario que tenga sin perjuicio del mérito que ha hecho de ella.

Suprimiéndose como es preciso el Juzgado del Protomedicato que preside uno de los señores ministros de la Audiencia, corresponde que respecto de sus negocios se haga lo mismo que se ha dicho en las



otras, y corresponde también que aunque permanezca en él el escribano y el maestro ejecutor que hay en aquel cuerpo sirvan solamente para los actos económicos y gubernativos del mismo.

Algunos señores ministros de la Audiencia como actualmente jueces conservadores de estos mayorazgos y como tales no solamente quedan y protegen las casas de que están encargados sino que también practican las diligencias judiciales que ocurren en ellas relativas a los vínculos y conocen en primera instancia de los pleitos que acerca de los mismos y sus rentas se promueven en contra de los poseedores según consta en el expediente que acompañó la Audiencia a su informe de 9 de este mes.

Lo primero debe subsistir nombrando la Audiencia otras personas que desempeñen estos encargos mediante que el origen de ellos, es la calificación que ha hecho el mismo Tribunal, de ser necesarios y en lo sucesivo deberá hacerse ésta y el nombramiento de los conservadores o curadores para los jueces a quienes corresponda.

Pero lo segundo debe cesar desde luego haciéndose en cuanto a los negocios lo mismo que se ha dicho en razón de los demás juzgados que se han de suprimir.

Hay también en la Audiencia un juez de ministros cuyas funciones en cuanto económicas y relativas al mismo Tribunal no tienen incompatibilidad con la nueva ley y consistiendo sobre este punto la ejecución de ella en que se abstenga de las que haya ejercido de diversa clase como lo son las que refiere la Audiencia en su informe de siete del corriente nada hay que disponer sobre el particular.

Conforme al artículo 52 de la Instrucción de Regentes, pueden estos magistrados determinar en juicios verbales las demandas cuyo importe no exceda de quinientos pesos; cesará sin duda este juzgado luego que se publique la ley y no hay otra cosa que hacer para cumplirla en esta parte.

También tiene el señor regente jurisdicción privativa sobre el conocimiento del sello y dudas que ocurran sobre este asunto con arreglo al artículo 51 de la misma instrucción. Pero ésta que se llama jurisdicción privativa puede reducirse en la práctica a una autoridad económica para mantener en el orden debido la oficina del canciller. Son muy raros los casos en que es necesario ejercerla haciéndolo unas veces el señor regente y otras la Audiencia según a donde se ocurra. Y como todo esto tiene una inmediata relación con el despacho de los

negocios del Tribunal, está sin duda fuera del objeto y disposiciones de la ley.

No nos ocurren otras comisiones y ocupaciones de los señores ministros que puedan comprenderse en ella o de que sea necesario hablar para considerarlas excluidas. Y aunque puede ser que entre tantas se nos hayan pasado algunas en una u otra clase será fácil acomodar a su respectiva naturaleza y circunstancias las mismas disposiciones que quedan referidas.

Pero si hay otros juzgados que como contrarios a la nueva ley deban suprimirse arreglándose el conocimiento de sus negocios al sistema judicial que se establece en ella.

Tales son el de la Acordada y el de Bebidas Prohibidas que se ejercen por una misma mano y corren en cierto modo unidos auxiliándose el primero con las rentas del segundo.

Ambos son generales sujetos al virreinato donde bajo de ciertas formalidades se confirman o revocan sus sentencias para ejecutarse sin recurso.

Si la Constitución y la Nueva Ley de Tribunales no estuviesen tan terminantemente puestas a la existencia de estos juzgados deberíamos decir algo sobre su verdadera naturaleza, atribuciones y circunstancias, para tranquilizar el espíritu del señor juez interino ya que, su celo lo ha obligado a indicar aunque con la modernización propia de su carácter, las dudas que le ocurren sobre este punto.

Pero como ni el artículo 273 de la Constitución ni el 1o. del capítulo 2o. de la ley, ni toda la estructura del mismo sistema judicial permiten dudar sobre la extracción de un juzgado comprehensivo de vastísimas providencias en un juzgado ejercido por cualquier persona, tenga o no la cualidad de letrado, y en un juzgado cuyas determinaciones penden solamente de la aprobación del virreinato, nos parece inútil cualquier otra exposición. Ello es que si por no ser rigurosamente privativos estos juzgados, como dice el señor juez interino no están comprendidos en la supresión de que trato el artículo 32, del capítulo 2o. de la ley, están indudablemente excluidos, sean lo que fueren en virtud del sistema general que se manda establecer sin que haga falta la mención expresa de ellos porque no es necesaria en las reformas de esta clase. Las reglas cardinales, que excepto por negocios que tengan tribunales o juzgados especiales establecidos por las Cortes y los pertenecientes a eclesiásticos y militares en los casos que gozan de su respectivo fuero, deben tratarse todos los que ocu-

rran en cada partida sean civiles, o criminales de cualquier clase o naturaleza y entre cualquiera persona ante el juez del mismo y los alcaldes de los pueblos en el modo y en los términos explicados en la ley y esto basta sin duda para excluir a los juzgados de la Acordada y de Bebidas Prohibidas.

En conformidad pues en lo que hemos dicho acerca de otros, se deberán observar en la supresión de éstos y de la Junta de Revisión que hay para las causas del primero la siguiente regla. Primera, los negocios corrientes que todos los criminales, a excepción de algunos expedientes económicos, se repartirán con los reos, y sus bienes que se hallen embargados entre los jueces territoriales a que correspondan por su origen con la formalidad de inventarios y bajo la autoridad y dirección del actual Juez interino. Segunda, los que estén aquí con sus reos, aunque sean de otros territorios, se distribuirán del mismo modo con igualdad entre los jueces de primera instancia de esta capital. Tercera, los fenecidos quedarán archivados con todos los demás asuntos de su clase. Cuarta, se entregarán en la tesorería general de ejército y hacienda los caudales que haya con la correspondiente cuenta y todos los libros documentos y demás papeles relativos a ellos. Quinta, esta misma tesorería correrá en adelante con la respectiva recaudación y administración en todos los fondos y rentas que tengan cada uno de los juzgados pues éstas han de quedar por ahora corrientes. Sexta, durante la entrega de caudales, causas y reos de aquí se proveerá a éstos de todo lo necesario y se mantendrá la casa en el mismo estado de custodia y seguridad en que se halla. Séptima, las personas que estén sirviendo actualmente empleos verdaderos y propietarios, conservarán sus sueldos hasta que se les confieran otros destinos equivalentes y los perderán desde luego los que hagan algún servicio interino o provisional. Octava, se continuarán también por ahora los demás cargos y gravámenes de los fondos en que subsista el principio de la obligación no obstante que se supriman los juzgados. Novena, el contador y tesorero podrán auxiliar a los señores ministros generales llevando en la misma caja con la debida separación la cuenta y razón de dichos fondos. Décima, los comisarios dotados y algunos otros subalternos de esta clase servirán sus oficios en los juzgados de los pueblos en que se hallen y todos los demás que conserven sus salarios deberán ser ocupados interinamente conforme a su respectiva actitud y circunstancia. Decimoprimera, deberá ser atendido el mérito de los que queden sin ella para colocarlos en lo que puedan desem-

ñar. Decimosegunda y última, de la casa y los muebles se podrá disponer del modo que fuese más útil y necesario según lo exijan las circunstancias presentes o futuras.

Aunque estas reglas generales pudieran ser bastantes para dirigir o verificar completamente el modo que se ha de ejecutar la supresión de los dos respectivos juzgados convendrá, y así puede Vuestra Excelencia mandarlo, que el señor juez interino amplíe su informe en cuanto a las obras pías de la casa acompañando testimonios de las fundaciones para que se pueda formar el debido concepto sobre la aplicación de sus productos, y que lo amplíe también en el delicado punto de conservar o suspender la asignación anual de mil pesos que tiene la Casa de Recogidas de esta ciudad, y los sueldos o gratificaciones del relator vocal de la Junta de Revisión, del oficial de la secretaría del Virreinato que corre con el despacho de las causas, del portero, de los dos alcaldes, del verdugo y del escribano o escribiente del provincial de Puebla, quienes entretanto y hasta la resolución de Vuestra Excelencia conservarán las dotaciones que tengan.

Los negocios, así económicos como contenciosos de propios arbitrios y bienes de comunidad han corrido hasta ahora bajo de las reglas establecidas en la Ordenanza de Intendentes, y hay también sobre el asunto algunas disposiciones posteriores relativas a las facultades de la Audiencia en razón de dichos fondos. Pero todo esto debe recibir la variación que es consiguiente a la Ley de Tribunales y a la Constitución política de la Monarquía, sujetándose al nuevo sistema lo económico y lo judicial de estos ramos. Y como en la Junta Superior habrá algunos asuntos de esta vuestra clase que hayan venido en apelación y sigan todavía en la misma instancia, deberán pasarse éstos a la Audiencia para que las pueda determinar en vista y revista según su naturaleza y circunstancias.

Por el mismo principio deberán abstenerse los intendentes y la Junta Superior del ejercicio de las demás funciones que no sean relativas a los ramos de la Hacienda Pública sin embargo de que les estén concedidas por la referida Ordenanza.

Han nombrado hasta ahora los ayuntamientos de entre sus mismos individuos algunos encargados de ciertos ramos con la denominación de jueces, quienes lo han sido en efecto en sus respectivos cargos. No deben serlo en adelante, y deberán pasar a los que quedan los negocios que tengan pendientes, arreglándose el ejercicio de sus funciones a la nueva planta de ayuntamientos según se vayan estableciendo.

Previene los artículos 30 y 31 del capítulo 2o. de la ley que los virreyes y los otros jefes militares se limiten al ejercicio de la jurisdicción de guerra, que quedan suprimidos los demás gobiernos y corregimientos de capa y espada, y que lo quedan igualmente los asesores de los virreyes, capitanes o comandantes generales de las provincias.

La ejecución es muy llana en el primer punto; pues consiste únicamente como queda dicho en que, absteniéndose aquellos empleados del ejercicio de la jurisdicción ordinaria civil y criminal que hayan tenido, se distribuyan los negocios pendientes en esta clase entre los jueces de primera instancia, lo cual puede verificarse del mismo modo que en los demás juzgados que se suprimen.

También es fácil que se verifique la supresión de los gobiernos y corregimientos de capa y espada, con sus tenencias, quedando las que sirven aquellos en las capitales de provincia con la denominación y facultades de jefes políticos en sus respectivos territorios, sin perjuicio de los que por otro título tengan en los ramos de hacienda y pasando a los nuevos ayuntamientos los negocios económicos pendientes que les correspondan.

Y lo es en fin, que se supriman los asesores de los virreyes capitanes o comandantes generales luego que se establezcan los ayuntamientos y diputaciones provinciales en sus distritos, no teniendo a su cargo algún mando de hacienda cuyo despacho necesite de asesor.

En estos términos podrá Vuestra Excelencia disponer el cumplimiento de los dos citados artículos; proporcionando que nunca falten las personas que, conforme a la Constitución deban manejar los ramos de la administración pública, ni falten tampoco los auxilios que necesitan éstas para su buen desempeño; y teniendo presente, en cuanto a sí mismo que, además del carácter de virrey y capitán general tiene también el de jefe superior político (cuyo título se le anuncia en el de aquellos empleos) y conserva el de Superintendente General Subdelegado en Hacienda hasta nueva resolución en la Corte.

Hemos dicho que los negocios fenecidos de los juzgados que deben suprimirse, y los protocolos de sus instrumentos, donde los haya, han de quedar archivados. Sería muy útil, que respecto en los de aquí, se verificase esto en un mismo lugar de la ciudad, quedando este archivo general al cuidado de dos o más personas, quienes deberían arreglar y completar los inventarios que debe haber en todos los particulares; y para este caso, y aun para el de quedar separados en archivos

parciales, podrá Vuestra Excelencia valerse de los tres escribanos que hay en la Acordada, y de algunos otros dependientes de la misma casa que hayan de conservar sus sueldos, y sean aptos para el desempeño de este encargo.

De todos los empleados que quedan en la clase de pensionistas con vendrá formar listas circunstanciadas para que pasándose a los señores intendentes y directores de rentas, y teniéndose presentes en la Secretaría del Virreinato, se les vaya colocando en los destinos respectivamente proporcionados que vacaren.

Los dos expedientes cuya formación se previene en el artículo 21 del capítulo 1o. y 26 del 2o. de la ley, son por su naturaleza urgentes; y en el primero es justo que tenga Vuestra Excelencia en consideración que los señores ministros de la Audiencia pierden ahora las gratificaciones y sobresueldos que tienen por las comisiones que dejan.

Conforme al artículo 1o. del capítulo 4o. no deben quedar por ahora más jueces de primera instancia que los de letras nombrados por el Rey, los subdelegados y los ayuntamientos constitucionales; pero omitimos hablar de este punto por haber entendido que sobre él ha formado Vuestra Excelencia expediente separado; contentándonos con decir que en consecuencia de todo el sistema de la ley; y de lo prevenido especialmente en el capítulo 3o. deben darse por suprimidos los tenientes o encargados de justicia que tienen los subdelegados y otras fuerzas, según se vayan estableciendo los nuevos ayuntamientos; así como se suprimirán bien los gobernadores, alcaldes y demás oficiales de la república que se han nombrado hasta ahora en los pueblos de indios.

Finalmente, hallándose, como se halla completo el número de los señores ministros que deben componer el Tribunal de la Audiencia conforme a la nueva ley, y previniéndose en ella el modo de ocurrir a las faltas comunes, corresponde que queden separados los dos suplentes que, por disposición del virreinato, hay en la Sala del Crimen, para que se formen los tres con los demás.

Esto es todo lo que nos ocurre exponer a Vuestra Excelencia sobre el modo de ejecutar la mencionada ley de Tribunales y juzgados.

No lo hemos hecho tan pronto como deseábamos por aguardar los informes que Vuestra Excelencia ha pedido y aún faltan algunos que no esperamos por excusar mayor demora, habiéndolos suplido por otros medios equivalentes. A pesar de la meditación y cuidado que nos han merecido la importancia del asunto y la confianza de Vuestra

Excelencia, puede ser que hayamos omitido algunas especies conducentes y también puede ser que en algún tiempo se promueva una que otra duda de que no hayamos hablado o a que dé lugar la comisión con que hemos explicado algunos de nuestros conceptos pero ni la exactitud ni la prolijidad son fácilmente conciliables con la multitud de objetos y de cualquier modo nos parece que a todo se podrá ocurrir sin desviarse de los principios en que se fundan las disposiciones que consultamos.

Si Vuestra Excelencia las adoptare, tendremos el placer de haber desempeñado nuestro encargo a su satisfacción y restará solamente que, publicada la ley se sirva, comunicar a la Audiencia el aviso que espera según manifestó el señor Regente en oficio de 17 y 18 de marzo, y la orden que corresponde a cada uno de los que deben intervenir, de uno u otro modo, en la ejecución de dichas disposiciones, devolviendo al referido Tribunal las actuaciones que pasó en 9 de este mes como también al señor Regente la Ordenanza del Hospital General de Indios y dando cuenta de todo a la Regencia del Reino con testimonio o copia certificada del expediente para que se sirva aprobarlo o disponer lo que fuere de su superior agrado.

Dios guarde a Vuestra Excelencia muchos años. México, 18 de abril de 1813. Manuel de la Bodega, José Miguel Guridi y Alcocer, Juan Ramón Osés y José Galilea. Excelentísimo Señor Virrey D. Félix María Calleja.<sup>50</sup>

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGI, MÉXICO, Archivo General de Indias, ramo MÉXICO.  
 BENSON, Nettie Lee, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, El Colegio de México, 1955.  
 CHUST, Manuel, "Las Cortes de Cádiz, México y el problema federal", ponencia presentada en el seminario "La Independencia y las Formaciones de las Autonomías Territoriales Mexicanas", Instituto Mora, septiembre de 1994.  
 GUEDEA, Virginia, *En busca de un gobierno alterno: los guadalupes de la ciudad de México*, México, UNAM, 1992.

<sup>50</sup> Archivo General de Indias, México, leg. 1480, Informe de la Comisión formada por Manuel de la Bodega, José Miguel Guridi y Alcocer, Juan Ramón Osés y José Galilea, México, 18 de abril de 1813.

- GUERRA, François Xavier, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispanoamericanas*, México, FCE, 1994.  
 LIRA, Andrés, *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México. Tenochtitlan y Tlatelolco, sus pueblos y barrios, 1812-1919*, México, El Colegio de México-El Colegio de Michoacán, 1983  
 MUÑOZ FERRER, Manuel, *La Constitución de 1812 en la Nueva España*, México, UNAM, 1992.  
 SOBERANES, José Luis, *Los tribunales de la Nueva España*, México, UNAM, 1980.  
 TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1985*, México, Editorial Porrúa, 1985.

## EJECUCIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL EN MÉXICO Y EN SUIZA: UNA COMPARACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES

Yves Patrick PIANTINO

SUMARIO: *Introducción. I. Consideraciones generales. II. Condiciones de reconocimiento de las sentencias extranjeras. 1. Competencia de la Corte extranjera. 2. Sentencia extranjera definitiva. 3. Respeto del orden público. III. Conclusión.*

### INTRODUCCIÓN

No es muy frecuente que un abogado tenga la tarea de promover la ejecución de una sentencia nacional en otro país o de obtener la ejecución de la misma en su país. Cuando se presenta dicho problema, el abogado debe estar conciente de que las disposiciones legales referentes a ejecución de sentencias extranjeras son por demás carentes de precisión dando al juez una discrecionalidad muy amplia. Además, la jurisprudencia no es extensa en el área de los procedimientos civiles, y lo es mucho menos tratándose de la ejecución de laudos arbitrales. Entonces, el estudio del marco jurídico aplicable y la comparación con otros sistemas legales se hace necesario.

El estudio de las normas actuales contenidas en las modernas leyes de derecho internacional privado o en los códigos de procedimientos civiles, revela sorprendentes similitudes entre los requisitos de reconocimiento de las sentencias extranjeras. Las más comunes e importantes de ellas son la competencia de la corte que ha dictado la sentencia, la conformidad con el orden público, y que la sentencia extranjera sea cosa juzgada en el país de origen (*res judicata*). Algunos incluyen aquí una cuarta condición, es decir la reciprocidad internacional. Ciertamente, hace poco, un gran número de países no hubieran ejecutado una sentencia extranjera si no hubiera prueba de la existencia de reciprocidad respecto de la eficacia de las sentencias

locales ante los tribunales del otro país involucrado. Pero hay una tendencia en los códigos modernos de quitar esta condición tradicional, enfatizado por el hecho de que una autoridad judicial local en algunas instancias tiene un acceso limitado a medios extranjeros para verificar esta condición por cuestión de falta de material comparativo. La comparación entre la práctica mexicana y la suiza de estos problemas, ofrece interesantes lineamientos como guía a los abogados que trabajan con sentencias judiciales extranjeras.

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

Tanto México como Suiza son repúblicas federales. Las Constituciones de ambos países reconocen por parte de las autoridades de un Estado de la entidad Federativa las sentencias judiciales que provienen de dichos Estados.<sup>1</sup> México ha suscrito y ratificado la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, acordada en la ciudad de Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979.<sup>2</sup> A la fecha, México y Suiza no tienen firmado ningún tratado bilateral sobre la ejecución de sentencias en materia civil o comercial.<sup>3</sup> Por lo tanto, la ejecución de dichas sentencias entre ambos países se rige por las disposiciones legales internas de cada país. Por consecuencia en este caso, el abogado mexicano buscará los requisitos de reconocimiento en la siguiente legislación:

1) Del Código Federal de Procedimientos Civiles ("CFPC"), los artículos 564 al 577.

<sup>1</sup> En su Título Quinto tratando de los Estados de la Federación Mexicana, la fracción III del artículo 121 constitucional establece que "Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes. Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente, o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio". La ejecución de una sentencia dictada por la autoridad judicial de la entidad federativa diversa o de país extranjero se rige, en todo caso, por las disposiciones del ordenamiento jurídico interno, de tal manera que para ser ejecutadas, la autoridad judicial del Estado que las ejecutará realiza siempre un control de la validez de la sentencia extraña. José BECERRA BAUTISTA, *El proceso civil en México*, 20a. ed., 1986, pp. 386-7.

<sup>2</sup> La convención fue publicada en el *D.O.F.*, del 20 de agosto de 1987.

<sup>3</sup> Cabe señalar que ambos países son parte de la Convención de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobada por la Organización de las Naciones Unidas.

2) Del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1932 ("CPC"), los artículos 605 al 608.<sup>4</sup>

3) Los Códigos de Procedimientos Civiles de los diversos Estados de la Federación.

Sin entrar en debate sobre la ley aplicable, hay que recordar que la materia de las relaciones internacionales es de exclusiva competencia federal, al igual que las controversias del orden mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el estado mexicano.<sup>5</sup> Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó en 1956 que los requisitos procesales necesarios para que una sentencia extranjera tenga eficacia en cualquier Estado de la República, es materia incluida en las facultades internas de los Estados de la Federación de conformidad con el artículo 124 constitucional.<sup>6</sup> El resultado es que los tribunales federales y estatales pueden ser competentes concurrentemente.

En Suiza, por otro lado, la Ley de Derecho Internacional Privado ("LDIP"),<sup>7</sup> que entró en vigor el 1o. de enero de 1989, contiene las normas relativas al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias extranjeras. La LDIP, por ser una ley federal, reemplazó las reglas

<sup>4</sup> Tratándose de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales de otras entidades federativas, el artículo 602 CPC establece: "Los jueces requeridos no ejecutarán las sentencias más que cuando reunieren las siguientes condiciones: I. Que versen sobre cantidad líquida o cosa determinada individualmente. II. Que si trataran de derechos reales sobre inmuebles o de bienes inmuebles ubicados en el Distrito Federal fueren conformes a las leyes del lugar. III. Si tratándose de derechos personales o del estado civil, la persona condenada se sometió expresamente o por razón de domicilio a la justicia que la pronunció. IV. Siempre que la parte condenada haya sido emplazada personalmente para ocurrir al juicio".

<sup>5</sup> Ver los artículos constitucional 73 fracción XVI y 104 fracción I-A.

<sup>6</sup> Amparo William C. Greene, *Semanario Judicial* (6a. ép.), 121, 127 (1957). El artículo 124 de la Constitución Federal prevé: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados". Por el debate antes de las modificaciones de los CFPC y CPC, véase Carlos ARELLANO GARCÍA, *Derecho Internacional Privado*, 3a. ed., 1979, p. 750 y José Luis SIQUEIROS, *Ejecución en la República Mexicana de sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materias civiles o comerciales*, 1980, pp. 797 y ss.

<sup>7</sup> "Loi fédérale sur le droit international privé" (francés), "Bundesgesetz über das internationale Privatrecht" (alemán). Al igual que todas leyes federales suizas, la LDIP tiene tres textos oficiales, uno en francés, uno en alemán y uno en italiano. Ninguno prevalece sobre el otro. Además, existen al menos cuatro traducciones de la LDIP en inglés que hicieron equipos de abogados trabajando independientemente.

contenidas en diversas leyes federales, en 26 códigos cantonales<sup>8</sup> de procedimientos civiles y en la jurisprudencia del Tribunal Federal.<sup>9</sup> Además, el artículo 59 de la Constitución suiza garantiza el foro del domicilio suizo de los demandados e impide la ejecución de sentencias extranjeras contra los demandados en materias de obligaciones si no han sido domiciliados en el país donde proviene la sentencia extranjera.<sup>10</sup> El mismo artículo de la Constitución obliga a los acreedores extranjeros a enjuiciar a un deudor solvente domiciliado en Suiza en la corte de su domicilio suizo. Eso significa también que la corte del domicilio del deudor tiene competencia exclusiva para la ejecución de una sentencia extranjera ya sea civil o comercial.<sup>11</sup>

El principio general de la LDIP, del CPC y del CFPC es de reconocer las sentencias extranjeras (principio del *favor recognitionis*) bajo la condición de que la primera corte hubiere cumplido con algunas salvaguardas, principalmente tratándose de los requisitos procedimentales. Al contrario de los artículos 571 fracción VIII CFPC y 606 fracción VIII CPC, la LDIP ha quitado la condición de *reciprocidad* que se encontraba en varias leyes cantonales.<sup>12</sup> La LDIP es obli-

<sup>8</sup> Como México, Suiza tiene un régimen federal, la cual se compone de 26 entidades federativas, llamadas "Cantones". Existen 26 cantones: Zurich, Berna; Lucerna; Uri; Schwyz; Obwald; Nidwald; Glaris; Zug; Friburgo; Solothurn; Basel-Stadt; Basel-Land; Schaffhausen; ambos Appenzell; St-Gallen; Granbünden; Aargau; Thurgau; Ticino; Vaud; Valais; Neuchâtel; Ginebra; Jura.

<sup>9</sup> El Tribunal Federal o "Tribunal fédéral" (francés), "Bundesgericht" (alemán) es la corte suprema en Suiza. Está ubicada en la ciudad de Lausana, cantón de Vaud.

<sup>10</sup> Artículo 59(1): "El deudor solvente que tiene domicilio en Suiza debe ser enjuiciado por deudas personales bajo la jurisdicción del juez de su domicilio; en consecuencia, sus propiedades fuera del cantón de su domicilio no pueden ser embargadas para deudas personales".

<sup>11</sup> Algunas excepciones existen. Si el deudor no tiene domicilio en Suiza, un secuestro (la ley suiza habla de "*séquestre*" (francés) o de "*Arrest*" (alemán)) de sus bienes creará un foro válido en el cantón donde se encuentran sus bienes.

<sup>12</sup> La parte general de la LDIP no menciona la eliminación de la condición de la reciprocidad, pero esta eliminación influye toda la LDIP: Mensaje del Consejo Federal sobre una ley de derecho internacional privado, *Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982*, Feuille Fédérale 1983 I 274, 685; Pierre KARRER, Karl ARNOLD, Paolo Michele PATOCCHI, *Switzerland's Private International Law (Introduced, Translated and Annotated)*, 2a. ed., 1994, p. 16; Pestalozzi, GMUER & HEIZ, *Business law guide to Switzerland*, 1991, p. 538; Philip R. WEEMS, *Enforcement of money judgements worldwide, Switzerland*, 1994, p. 6; Nedim P. VOGT, Stephen V. BERTI, *Enforcement of foreign judgments worldwide*, Eds. Charles Platto & William Horton, 2a. ed., 1993, pp. 213 y 215; Samuel ADAM, *The new Swiss Private International Law Act*, 37 Intl & Comp. L. Q., 1988, p. 682.

gatoria en esta materia e impone cambios en los códigos cantonales de procedimientos civiles.<sup>13</sup> Además, en Suiza al igual que en México, las normas generalmente aceptadas rigen el reconocimiento y la ejecución de las sentencias definitivas. En ningún caso depende el reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera de la ley empleada por la autoridad judicial de origen. Si no hay un tratado que rige el caso, la corte requerida considerará siempre la ejecución de la sentencia extranjera por las disposiciones de su propio ordenamiento jurídico.<sup>14</sup> Sin embargo, hay que tomar en cuenta las normas extranjeras de procedimientos civiles cada vez que el demandado levanta una cuestión de orden público del procedimiento tal como en los artículos 27(2)(a) LDIP, 606 fracción IV CPC, o 571 fracción IV CFPC,<sup>15</sup> o del mismo modo que la corte requerida debe examinar los requisitos de ejecución de la sentencia según la ley del país de procedencia de la misma. Además, los artículos 27(3) LDIP, 575 CFPC y 608 fracción IV CPC se refieren claramente a la imposibilidad de examinar repetidamente el fondo del fallo antes de otorgar la ejecución.<sup>16</sup>

Suiza y México son miembros signatarios de la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, en la que se suprime el requisito de

<sup>13</sup> Bernard BERTOSSA, Louis GAILLARD, Jacques GUYÉT, *Commentaire de la loi de procédure civile de Genève du 10 avril 1987*, art. 472A.

<sup>14</sup> Los artículos 1(2) LDIP, 570 CFPC y 605 CPC reservan lo dispuesto por los tratados y convenciones.

<sup>15</sup> Art. 27(2)(a) LDIP: "Una sentencia extranjera tampoco es reconocida en Suiza si una parte comprueba que no ha sido emplazada correctamente según la ley de su domicilio ni según la ley de su residencia habitual, a menos que la parte haya aparecido en el procedimiento sin ejercitar una excepción". Art. 606 frac. IV CPC y 571 frac. IV CFPC: "[Las sentencias, laudos y resoluciones dictados en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones]: IV. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas". En consecuencia, si el demandado no tenía domicilio en Suiza o México cuando fue emplazado, la corte examinará el contenido de la ley extranjera.

<sup>16</sup> Esto significa que la corte requerida no puede examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo (no revisión al fondo del fallo). En el caso *G. v. B. Laboratories, X, et Y. Corporation*, Semaine Judiciaire 1994 470, 471 (Tribunal Federal 1994), el Tribunal Federal explica que el art. 27(3) tiene aplicación no sólo para la sustancia de la sentencia pero también para su propia existencia. Por lo tanto, el juez puede apoyarse en la declaración del mismo extranjero acerca la ejecutabilidad de la sentencia. Los art. 575 CFPC y 608 IV CPC dicen lo mismo con más detalles: "Ni el tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional" [en el CPC: "conforme a lo previsto en los artículos anteriores].

legalización de los documentos públicos extranjeros, cuyo texto fue publicado en el *D.O.F.* el 14 de agosto de 1995. Suiza ha ratificado también la Convención de Lugano sobre la Competencia y la Ejecución de Sentencias en Materias Civiles y Comercial del 16 de septiembre de 1988 celebrada entre la Unión Europea (UE) y los Estados del Tratado de Libre Comercio Europeo.<sup>17</sup> La Convención no afecta a los acreedores mexicanos excepto si tienen una sentencia dictada en alguno de los países que ratificaron la dicha Convención.<sup>18</sup>

## II. CONDICIONES DE RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS

No existiendo un convenio internacional entre México y Suiza en materia de ejecución de sentencias judiciales, deberán aplicarse las reglas establecidas por la LDIP en Suiza, y por los CPC y CFPC en México o, si fuese aplicable, por una ley estatal.

Ni la LDIP ni los CPC o CFPC definen el término 'sentencia extranjera'. El artículo 25 LDIP se refiere a las autoridades judiciales o administrativas del estado de donde proviene la sentencia. Esto significa que la LDIP no se limita a las sentencias judiciales.<sup>19</sup> También pueden ser reconocidas y ejecutadas las sentencias que ordenan al demandado ejecutar o abstenerse de ejecutar una acción o tolerar la acción de otro. Además, la LDIP no impide la ejecución de sentencias declaratorias.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> La Convención de Lugano conviene lo mismo que la de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre la misma materia. La última tiene aplicación sólo entre los miembros de la UE. La Convención de Lugano, cuando se aplica, supera la LDIP. La Convención entró en vigor el 1o. de enero de 1992 entre Suiza, Francia y los Países Bajos. La Convención es hoy vigente para Suiza, Francia, los Países Bajos, Luxemburgo, Inglaterra, Portugal, Italia, Noruega, Suecia, Finlandia, Irlanda y Finlandia. Todos los países de la UE probablemente ratificarán la Convención. Los países del Tratado de Libre Comercio Europeo se unieron a la UE con excepción de Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

<sup>18</sup> Es el caso del acreedor mexicano quien decidió demandar en un país integrante de la Convención de Lugano por razón del domicilio o lugar de comercio de su deudor, o bien el lugar de ejecución de un contrato o donde un acto ilícito haya ocurrido o haya producido sus efectos.

<sup>19</sup> Vogt, BERTI, p. 214, nota 12 *supra*, Patrick SCHELLENBERG, Yves PIANTINO, *Recognition of American Judgements in the Courts of Switzerland: Some Legal Aspects*, International Litigation Quarterly, International Litigation Committee, American Bar Association, vol. 11, núm. 3, septiembre 1995, pp. 68 y ss.

<sup>20</sup> *Id.* Los artículos 30-32 LDIP conjugan a una sentencia judicial los acuerdos judiciales si son equivalentes a una sentencia en su país de origen.

El artículo 605(1) CPC habla de "las sentencias y demás resoluciones extranjeras", aunque el párrafo 2 del mismo artículo precisa "las sentencias o resoluciones *jurisdiccionales*", y el párrafo 3 omite las resoluciones. Se puede preguntar si estas diferencias son voluntarias o no porque el artículo 569 CFPC, que es igual al artículo 605 CPC, menciona las resoluciones jurisdiccionales en sus tres párrafos. Por consiguiente, la ley no dice claramente si las decisiones administrativas extranjeras deben ser tratadas de igual manera que las sentencias, especialmente cuando se toma en cuenta que las decisiones administrativas no provienen necesariamente de una corte, sino que a menudo son dictadas por una autoridad administrativa. El CFPC en este sentido parece negar la ejecución de decisiones no jurisdiccionales.<sup>21</sup>

### 1. Competencia de la Corte extranjera

Se debe tomar en cuenta la diferencia entre competencia directa e indirecta, es decir, discernir los casos donde una corte tiene competencia según su propia ley para juzgar un caso internacional (la llamada competencia *directa*) de los casos donde la corte reconoce la competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar el asunto resuelto en la sentencia (la llamada competencia *indirecta*).<sup>22</sup> Los requisitos son frecuentemente iguales. En Suiza, por la existencia del artículo 59 constitucional, el *domicilio* o sede del demandado tiene mayor importancia. Pero los criterios que crean una competencia directa válida de la corte Suiza, a veces no valen para crear la competencia indirecta de la corte que dictó la sentencia.<sup>23</sup> Este estudio enfatiza la llamada competencia indirecta.

<sup>21</sup> Véase Carlos ARELLANO GARCÍA, pp. 733-734, nota 6 *supra*, quien escribió, antes de la reforma de los CFPC y CPC: "Lo cierto es que las legislaciones internas de los Estados, cuando se enfocan a regir la ejecución de sentencias extranjeras se refieren a las sentencias relativas a la materia civil y mercantil exclusivamente". Por razón del desarrollado del derecho administrativo y del uso más y más frecuente de cortes administrativas, la diferencia categórica de tratamiento con las sentencias civiles *lato sensu* ya no se justifica.

<sup>22</sup> Véase Carlos ARELLANO GARCÍA, pp. 716-717, nota 6 *supra*.

<sup>23</sup> Véase nota 45 *infra*. El artículo 2 LDIP declara que "a menos que dicha ley lo prevea diferentemente, la autoridad judicial o administrativa del domicilio del demandado es competente". Igualmente, el artículo 26 LDIP utiliza el criterio del domicilio del demandado cuando Suiza examina la competencia indirecta de la corte extranjera. Para el texto del artículo 26, véase la nota 37 *infra*.



En México no se conoce una limitación constitucional en este sentido y se prefiere utilizar conceptos más generales. Los artículos 571 III CFPC y 606 III CPC requieren "que el juez sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código [o en el Código Federal de Procedimientos Civiles]". A este nivel internacional, los artículos 2 a 4 de las Convenciones de Bruselas y de Lugano en Europa establecen principios jurisdiccionales que favorecen a las personas domiciliadas en la UE, mientras que el artículo 2(d) de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979, tiene un texto de carácter general, similar al de los CPC y CFPC. Sin embargo, la Convención menciona el siguiente principio: que la competencia se examine de acuerdo con la ley del Estado donde las sentencias deben surtir efecto. La Convención de La Haya de 1971 para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materias Civiles y Comerciales,<sup>24</sup> considera que la competencia jurisdiccional es exorbitante si el primer tribunal toma el caso basándose en la situación física de propiedades pertenecientes al demandado, en la nacionalidad del demandante, en su domicilio o residencia, o en la notificación al demandado al lugar del juicio cuando su presencia es transitoria. Al nivel nacional, el artículo 571 III CFPC reenvía a los artículos 564 a 568 CFPC. El artículo 564 reconoce la competencia asumida por un tribunal extranjero "cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos".<sup>25</sup> Al igual que el artículo 26(b) LDIP,<sup>26</sup> el artículo 566 reconoce la competencia del órgano jurisdiccional extranjero designado por convenio de las partes del juicio.<sup>27</sup> Entre las razones que establecen

<sup>24</sup> Ver los artículos 2(1) 5, 6 y 7. Esta Convención nunca entró en vigor.

<sup>25</sup> Los asuntos de competencia exclusiva de los tribunales mexicanos son definidos en el artículo 568 CFPC. El artículo 565 agrega el caso excepcional, no previsto en la LDIP, del tribunal extranjero que había asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente.

<sup>26</sup> Ver nota 37 *infra*.

<sup>27</sup> Pero el artículo 566 dice también: "si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas, dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia". El artículo 567 CFPC niega validez a la elección de foro cuando ésta opere en beneficio exclusivo de alguna parte, pero no de todas.

competencia territorial del juez mexicano, se debe mencionar las siguientes:

- el lugar que el demandado haya señalado para ser requerido judicialmente sobre cumplimiento de su obligación;<sup>28</sup>
- el lugar convenido para el cumplimiento de la obligación;<sup>29</sup>
- el lugar de domicilio del demandado si se trata de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil,<sup>30</sup> pero no el lugar de la ubicación de la cosa, tratándose de acciones reales sobre inmuebles<sup>31</sup> porque los artículos 571 II CFPC y 606 II CPC niegan reconocimiento a las sentencias dictadas como consecuencia del ejercicio de una acción real.<sup>32</sup>

Se puede también mencionar el foro de la reconvencción<sup>33</sup> y los casos donde los litigantes se hubieren sometido tácitamente a la competencia del juez.<sup>34</sup>

En este punto, la comparación con otras leyes en la esfera internacional en general, y la LDIP en particular, subraya las reglas reconocidas cuando se trata de competencia indirecta.<sup>35</sup> De conformidad con

<sup>28</sup> Artículo 24 fracción I CFPC. El artículo 156 fracción I CPC habla del "deudor".

<sup>29</sup> Artículo 24 fracción II CFPC y 156 fracción II CPC. Estos artículos corresponden a lo dispuesto en el artículo 566 CFPC. Ver nota 25 *supra*.

<sup>30</sup> Artículo 24 fracción IV CFPC y 156 fracción IV CPC. El criterio del domicilio del demandado también tiene mayor importancia en la LDIP en caso de acción *in personam*. Ver artículo 26(a) LDIP nota 37 *infra*.

<sup>31</sup> Artículo 24 fracción III CFPC y 156 fracción III CPC.

<sup>32</sup> Esto es un principio reconocido al nivel internacional. Ver la Convención de La Haya, nota 24 *supra* y el artículo 108 LDIP sobre acciones reales. Tratándose de acciones sucesorias, ver los artículos 24 fracción VI CFPC y 156 fracción V y VI CPC.

<sup>33</sup> Artículo 21 CFPC: "En el caso de la reconvencción, es juez competente el que lo sea para conocer de la demanda original. El mismo precepto es aplicable al caso de tercerías". Ver el artículo 26(d) LDIP nota 37 *infra*. Nótese que el artículo 21 CFPC no requiere conexidad entre las demandas. Ver también el artículo 39 CPC.

<sup>34</sup> Artículo 23 CFPC y 153 CPC. Según lo dispuesto por los artículos 23 fracción II CFPC y 153 fracción II CPC, el demandado se entiende sometido tácitamente por contestar la demanda del actor. Ver el artículo 26(c) LDIP nota 37 *infra* que también prevé una prórroga tácita del foro.

<sup>35</sup> El *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* ("Restatement") §482(1)(b) (1987) prevé que una corte estadounidense pueda denegar reconocimiento de una sentencia extranjera si la primera corte no hubiera tenido competencia sobre el demandado según la ley del Estado de procedencia de la dicha sentencia y según las reglas del párrafo 421. Véase el comentario (c) del *Restatement*. Para las causas que establecen la competencia judicial en materia internacional en los Estados Unidos, véase el *Restatement (Second) of Conflicts* § 24 *et seq.* En contraste, el 1962 *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* ("Ley

el artículo 25(a) LDIP, la corte suiza reconoce la sentencia extranjera si existió competencia con la autoridad judicial o administrativa<sup>36</sup> del país donde la sentencia fue dictada. El artículo 25(a) LDIP exige que la corte suiza examine *sua sponte* la competencia indirecta de la autoridad que dictó la sentencia. El artículo 26 LDIP establece las normas generales,<sup>37</sup> siendo completado por otras reglas en la parte especial de la LDIP.<sup>38</sup>

Vale la pena mencionar que el artículo 26(c) LDIP, prevé que el tribunal suizo reconoce la competencia indirecta de la primera corte cuando el demandado haya procedido al fondo sin ejercitar una excepción de incompetencia, aunque dicha corte no tuviera competencia según lo dispuesto por la LDIP.<sup>39</sup> Por supuesto, el tribunal suizo examinará los requisitos del artículo 26(c) LDIP sólo si otra norma de la LDIP no crea la competencia indirecta de la primera corte.<sup>40</sup> Por consiguiente, el demandado, aunque la primera corte fue competente según su propia ley, tiene que ejercitar una excepción de incompetencia frente a la primera corte, oralmente o por escrito, sólo con el objetivo de impedir la futura ejecución de la sentencia en Suiza donde podrá

Uniforme de 1962") párrafo 5 describe en detalle los requisitos de reconocimiento de la competencia de la corte extranjera. Nótese que 25 Estados estadounidenses han adoptado la Ley Uniforme de 1962 hasta 1994.

<sup>36</sup> "la compétence était donnée" (francés), "Zuständigkeit war begründet" (alemán), "vi era competenzaza" (italiano).

<sup>37</sup> Artículo 26 LDIP: "La autoridad extranjera tiene competencia a) si una norma de esta ley la prevé, o falta de tal disposición, si el demandado tenía su domicilio en el Estado donde la sentencia fue dictada; b) si, en materia patrimonial, las partes se hallan sometido por un convenio válido según esta ley a la competencia de la autoridad que haya dictado la sentencia; c) si, en materia patrimonial, el demandado ha aparecido en el procedimiento sin ejercitar una excepción, o d) si, en caso de contrarreclamación, la autoridad sentenciadora tenía competencia sobre la demanda principal, y si existió conexidad entre las dos demandas".

<sup>38</sup> Véase los artículos 45 (matrimonio), 58 (propiedad marital), 65 (divorcio), 85 (relación padres-niños), 96 (sucesión), 108 (propiedad mobiliaria e inmobiliaria), 111 (propiedad intelectual), 149 (obligaciones), y 165 LDIP (derecho comercial).

<sup>39</sup> Es un caso de prórroga tácita del foro. Véase nota 34 *supra* y SCHELLENBERG, PIANTINO, pp. 73 y 74, nota 19 *supra*.

<sup>40</sup> Para determinar si la primera corte era competente según la ley suiza, el tribunal suizo busca primero una norma especial, tal como el artículo 149 en materia de obligaciones. Si no la encuentra, examina cuál de las alternativas mencionadas en el artículo 26 podría tener aplicación. El artículo 26(c) se aplica normalmente cuando el demandado tiene domicilio en Suiza.

ejercitar la excepción que la primera corte fue incompetente para juzgar el fallo según la LDIP.<sup>41</sup>

Existen otras bases para validar la competencia indirecta según la LDIP. Primero, la corte suiza reconoce una sentencia de una corte extranjera la cual admitió su propia competencia basándose sobre un convenio de elección de foro entre las partes.<sup>42</sup> Segundo, según los principios de la litispendencia y de cosa juzgada, la LDIP niega dicho reconocimiento si el demandante hubiere ya interpuesto una demanda igual en Suiza contra el mismo demandado y acerca del mismo litigio, o si tal demanda ya hubiere sido juzgada en Suiza o en un tercer país.<sup>43</sup> Tercero, en caso de la reconvencción, la competencia de la corte extranjera es reconocida si dicha corte fue competente para conocer de la demanda principal y si hubo conexidad entre las dos demandas.<sup>44</sup>

En materia de obligaciones, el artículo 149(1) LDIP permite la ejecución de sentencias dictadas en el domicilio del demandado o, a falta de eso, en la residencia habitual si la demanda estaba conectada con las actividades correspondientes. La LDIP también reconoce la competencia extranjera sobre sentencias relativas a contratos dictadas en el país de ejecución de la obligación contractual *si el demandado no tenía domicilio en Suiza*.<sup>45</sup>

Tratándose de contratos con consumidores o laborales, la LDIP reconoce la sentencia extranjera dictada en el domicilio del consumidor.<sup>46</sup> En el caso de contratos laborales, la ley suiza reconoce también sentencias dictadas en el lugar de trabajo o en la sede de la empresa si el trabajador no tenía domicilio en Suiza.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> La cuestión de competencia directa decidida por la primera corte, aunque considerada como *res judicata* en el primer país, no impide el examen de la competencia indirecta de parte de la corte requerida. La corte requerida aplica su propia ley, y no la ley de la corte sentenciadora. No se debe confundir el examen de la competencia con el examen de la justicia del caso, cuestión que es *res judicata* según los artículos (27(3) LDIP, 575 CFPC y 608 fracción IV CPC.

<sup>42</sup> Artículo 26(b) LDIP nota 37 *supra*. Véase nota 28 *supra*.

<sup>43</sup> Artículo 27(2) (c) LDIP. Véanse los artículos 571 VI CFPC y 606 VI CPC. Ver también el artículo 38 CPC.

<sup>44</sup> Artículo 26(d) LDIP nota 37 *supra*. Véase el artículo 21 CFPC nota 33 *supra*.

<sup>45</sup> Artículo 149(2) (a) LDIP. Los requisitos para validar la competencia indirecta no coinciden con las para tomar competencia directa establecidas en el artículo 113 LDIP por razón de lo dispuesto por el artículo 59 constitucional. Ver nota 23 *supra* y el Mensaje del Gobierno Federal, p. 317, nota 12 *supra*.

<sup>46</sup> Artículo 149(2) (b) LDIP.

<sup>47</sup> Artículo 149(2) (c).

El artículo 149(2)(f) permite el reconocimiento de una sentencia extranjera en materia de actos ilícitos si fue dictada en el lugar donde ocurrió el mismo o en el lugar donde éste surtió efectos, sólo si el demandado no tenía domicilio en Suiza.<sup>48</sup>

Finalmente, al igual que sentencias en materia de contratos y actos ilícitos, la LDIP reconoce sentencias por enriquecimiento ilegítimo dictadas por la corte donde fue cometido el acto o surtió efectos, sólo si el demandado no tenía domicilio en Suiza.<sup>49</sup>

## 2. Sentencia extranjera definitiva

Un requisito muy importante es que las sentencias extranjeras tengan el carácter de cosa juzgada conforme a las leyes del país en que fueron dictadas. Esto significa, tal como lo prevén los artículos 571 V CFPC y 606 CPC, que la sentencia deba ser ejecutoria, definitiva y no susceptible de recurso ordinario en la jurisdicción de origen.<sup>50</sup>

Conforme al artículo 25(b) LDIP, la corte suiza reconoce una sentencia extranjera si ella no es susceptible de recurso ordinario o si es definitiva.<sup>51</sup> En el caso *Abdel Moniem M. v. Hoirs de feu S. and Cour*

<sup>48</sup> Ver nota 23 y artículo 59 constitucional, nota 10 *supra*.

<sup>49</sup> Artículo 149(2)(e) LDIP.

<sup>50</sup> Los artículos 571 fracción V CFPC y 606 fracción V CPC disponen lo siguiente: "...Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra". En México, el derecho procesal distingue entre los recursos ordinarios que son la revocación (artículo 683 a 686 CPC), la apelación (artículo 688 a 715 CPC) y la queja (artículos 723 a 727 CPC) y los recursos extraordinarios, que son la apelación extraordinaria (artículos 717 a 722 CPC), el recurso de responsabilidad (artículos 728 a 737 CPC) y el de nulidad. A diferencia de un recurso ordinario, el extraordinario no tiene por objeto revocar o reformar alguna resolución judicial, sino nulificar las actuaciones de primera instancia. Nereo MAR, *Guía del procedimiento civil para el Distrito Federal*, Ed. Porrúa, 1992, pp. 448 y 470.

<sup>51</sup> El artículo 25(b) LDIP dice: "...*Si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive*" (francés), "...*Wenn gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder sie endgültig ist*" (alemán), "...*Non può più essere impugnata con un rimedio giuridico ordinario o è definitiva*" (italiano). Es interesante notar las diferencias con los conceptos usados en los Estados Unidos. El párrafo 2 de la Ley Uniforme de 1962 prevé: "This Act applies to any foreign judgment that is final and conclusive and enforceable where rendered even though an appeal therefrom is pending or it is subject to appeal". El comentario (e) a este párrafo dice que "Under the 1962 Uniform Act, a final judgment is one that is not subject to additional proceeding in the rendering court other than execution. That a judgment is subject to appeal or to modification in light of changed circumstances does not deprive it of its character as a final judgment".

de *Justice du canton de Genève*, el Tribunal Federal exige que la sentencia extranjera tenga el carácter de cosa juzgada<sup>52</sup> y que sea ejecutoria según la ley del país en que se haya sido dictada.<sup>53</sup> El Tribunal Federal define el recurso ordinario como aquel que tiene el efecto inmediato de suspender la ejecución de la sentencia contra la cual se interpone.<sup>54</sup> La posibilidad de abrir otra vez un fallo según condiciones específicas determinadas por la ley no es equivalente a un recurso ordinario.<sup>55</sup> Mientras la ley del país requerido determine la significación de los términos de "recurso ordinario o extraordinario", se debe examinar el contenido de la ley de la nación en la cual la sentencia hubiere sido dictada, para verificar el cumplimiento de los requisitos puestos al reconocimiento.<sup>56</sup>

Véase también el párrafo 481(1) del *Restatement*. Aquí, al contrario de los códigos suizos y mexicanos, el derecho procesal estadounidense no usa los términos de recurso ordinario o extraordinario. Véase SCHELLENBERG, PIANTINO, pp. 74 y 75, nota 19 *supra*.

<sup>52</sup> ATF 118 Ia 118, JT 1994 II 148, SJ 1992 411 (Tribunal Federal 1992). Comentaradores y el Tribunal Federal hablan de "*force de la chose jugée*".

<sup>53</sup> Comentaradores y el Tribunal Federal hablan de "*force exécutoire*". Nótese que una sentencia puede ser ejecutoria sin tener el carácter de cosa juzgada. Es el caso cuando la corte de apelación, durante el plazo de apelación, no acepta suspender la ejecución de la sentencia o retira la suspensión de la ejecución. En Suiza, una sentencia no es ejecutoria antes de la expiración del plazo de apelación porque los recursos ordinarios, al contrario de los recursos extraordinarios, siempre tienen el efecto inmediato de suspender la ejecución de la sentencia contra la cual se interpone. Por México, véase Nereo MAR, pp. 449 y 470, nota 50 *supra*.

<sup>54</sup> Los comentaradores y el Tribunal Federal hablan de "*effect suspensif*". Por ejemplo, una parte en un juicio estadounidense tiene, para algunos tipos de apelación, que pedir una autorización para apelar la cual no suspende la ejecución de la sentencia. Eso no significa que no exista recurso ordinario porque el juez suizo debe tomar en cuenta que la corte extranjera pueda otorgar dicha suspensión.

<sup>55</sup> VOGT, BERTI, p. 215, nota 12 *supra*. En caso de recurso ordinario, la corte de apelación verifica todos problemas de hechos y derecho. En el recurso extraordinario, la corte nunca puede reexaminar los hechos o pruebas del fallo, pero sólo problemas legales específicos tal como violación de la ley, existencia de dos sentencias contradictorias de diferentes cortes sobre los mismos hechos, composición incorrecta de la corte, o si el primer juez no siguió las normas de publicidad de las audiencias o por la transcripción de la sentencia, o para otras razones expresamente mencionadas en la ley. Al contrario de México, una demanda de revocación es considerada como un recurso extraordinario porque no suspende la ejecución de la sentencia aunque implica otro examen por el juez que la dicta. BERTOSSA, GAILLARD, GUYET, pp. sobre artículos 154 y 169, nota 13 *supra*. Véase nota 50 *supra*. Las razones para otorgar tal demanda son siempre muy limitadas como en caso de descubrimiento de nuevos hechos materiales o pruebas decisivas, fraude por un testigo o contra una sentencia que otorga más que lo demandado.

<sup>56</sup> *Id.*

### 3. Respecto del orden público

Es también un requisito tradicional que la sentencia extranjera no pueda ser contraria al orden público interno o, para decirlo en términos similares, que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al mismo. Este concepto da una larga flexibilidad a la corte requerida para interpretar el contenido de dicha condición. Aunque ni los CFPC y CPC, ni la LDIP lo establezcan expresamente, la tendencia moderna es la de utilizar este concepto para negar reconocimiento a una sentencia extranjera sólo si viola los valores e instituciones más básicas del derecho del país requerido.<sup>57</sup> Se invocan altos intereses sociales nacionales, muchas veces imprecisos y de gran subjetividad; el concepto también comprende todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interés superior de la colectividad o de la moral social.<sup>58</sup>

En Suiza, el artículo 27 LDIP se refiere al orden público pero hace la distinción entre el orden público material<sup>59</sup> y procesal.<sup>60</sup> Según el lenguaje usado por las cortes suizas, el concepto de orden público prohíbe la ejecución de una sentencia extranjera cuando ésta contradiga de manera intolerable el sentido de justicia suizo y cuando la

<sup>57</sup> Los artículos 605 CFPC y 569 CPC prevén: "las sentencias... extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este Código, [del Código Federal de Procedimientos Civiles] y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de que México sea parte". Los artículos 606 fracción VII CFPC y 571 fracción VII CPC precisan que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México. Véase los artículos 27 y 28 de la Convención de Bruselas de 1968 y de la Convención de Lugano de 1988, el artículo 5(1) de la Convención de La Haya de 1971 y el artículo 2(h) de la Convención de Montevideo de 1979.

<sup>58</sup> Carlos ARELLANO GARCÍA, pp. 661 y ss., nota 6 *supra*.

<sup>59</sup> Artículo 27(1) LDIP: "El reconocimiento de una sentencia extranjera debe ser rechazada si está manifiestamente incompatible con el orden público suizo". Es por ejemplo el caso de una sentencia basada sobre motivos raciales. Véase SCHELLENBERG, PIANTINO, pp. 75 a 81, nota 19 *supra*.

<sup>60</sup> Artículo 27(2) LDIP considera 3 casos: 1) la irregularidad de la notificación o del emplazar al demandado, 2) la violación del derecho de ser entendido por la corte y de los principios fundamentales del procedimiento, y 3) la existencia de un procedimiento o de una sentencia entre las mismas partes tratándose del mismo litigio. Para los dos primeros casos, véanse los artículos 571 fracción IV CFPC y 606 fracción IV CPC nota 15 *supra*. Para el tercero, véase nota 43 *supra*. Véase también la fracción 4 (a) y (b) de la Ley Uniforme de 1962 y la fracción 482 (1) y (2) del *Restatement*, nota 35 *supra*.

sentencia viola las normas fundamentales del orden jurídico suizo.<sup>61</sup> La reserva del orden público no puede ser un pretexto para permitir el examen de la justicia o injusticia del fallo.<sup>62</sup> El juez también debe interpretar la noción de incompatibilidad con el orden público de manera más estrecha que en el caso de la aplicación directa de la ley extranjera.<sup>63</sup>

La mayoría de los casos publicados tratan más bien del orden público procesal. La violación de las garantías procesales otorgadas a las partes, es una defensa que los demandados ejercitan a menudo. En varios casos, el Tribunal Federal menciona los principios fundamentales del derecho procesal: que el demandado haya sido emplazado de manera válida, una limpia ejecución de los procedimientos, y el derecho de ser oído por la corte.<sup>64</sup> El Tribunal Federal ha explicado que los jueces deben interpretar el concepto de orden público de manera estrecha, especialmente en los casos de ejecución de una sentencia extranjera, ya que una corte ha decidido previamente una situación legal en el extranjero. Agrega que el reconocimiento de una sentencia extranjera se basa en el principio de que una corte puede rechazar sólo si tiene razones esenciales, no la excepción.<sup>65</sup> La jurisprudencia es particularmente dura en contra de los demandados quienes se niegan sin razones válidas a defenderse aunque tenían la oportunidad de hacerlo.<sup>66</sup> Además, el Tribunal Federal precisa que el derecho de

<sup>61</sup> WEEMS, p. 22, nota 12 *supra*. La Ley Uniforme de 1962 fracción (b) (3) y el *Restatement* fracción 482(2) (d), nota 35 *supra*, mencionan las nociones de decencia y justicia. El comentario (f) del *Restatement* agrega que la abolición o la inexistencia de una causa de demanda en el estado requerido, por ejemplo una demanda por incumplimiento de una palabra de casamiento, no necesariamente hace la ejecución contraria al orden público.

<sup>62</sup> Artículo 27(3) LDIP, 575 CFPC y 608 fracción IV CPC.

<sup>63</sup> WEEMS, p. 23, nota 12 *supra*. Eso significa que las cortes tienen más libertad para rechazar la aplicación de la ley extranjera a un caso que ellas examinan como primera corte por razón de orden público que para rechazar la sentencia extranjera donde otra corte ya ha decidido las cuestiones factuales y legales.

<sup>64</sup> *Rostuca Holdings v. Cour de Justice du Canton de Genève*, ATF 116 II 625, JT 1992 II at 185 (Tribunal Federal 1990).

<sup>65</sup> El Tribunal Federal habla del efecto atenuado del orden público en los casos de reconocimiento de sentencias extranjeras.

<sup>66</sup> En el Caso *Rostuca*, el Tribunal Federal consideró que la ausencia de notificación de la sentencia al demandado en rebeldía no violaba el orden público suizo porque la ley de la residencia del mismo lo permitía y porque el demandado en rebeldía se había negado a defenderse aunque él supiera que la corte tenía competencia para sentenciarle sin su presencia. El Tribunal Federal admitió también que una sentencia que no contenía ninguna descripción de los hechos ni de la *ratio deci-*

ser entendido contiene la posibilidad de presentar su caso a la corte, pero no necesariamente oralmente.<sup>67</sup> Un principio general que no se puede olvidar es que una sentencia extranjera no puede tener más efectos en el país requerido que en el país donde fue dictada.<sup>68</sup> Entonces, la corte requerida no ejecutaría una sentencia considerada como nula en su país de origen.<sup>69</sup>

### III. CONCLUSIÓN

Para resumir, actualmente tanto las normas mexicanas como las suizas, otorgan a la sentencia extranjera una presunción de validez mucho más importante que en épocas anteriores, lo cual, no considera, reducirá la existencia de situaciones de desconfianza como las que existieron recientemente. Gracias a las revisiones legislativas ocurridas en México y en Suiza en el último decenio, ambos países han modernizado y uniformado, en el ámbito federal, los requisitos legales relacionados con la ejecución de sentencias extranjeras, siguiendo para su reconocimiento y ejecución, normas aceptadas en el ámbito internacional. Para algunas personas, era tiempo ya de que México y Suiza adoptaran normas precisas y concretas, de alcance más liberal, para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sobre todo si se sabe que las cortes estadounidenses aplican principios liberales en este respecto desde mucho antes de la creación de la LDIP y de la revisión de los CFPC y CPC. En fin, podría decirse que pa-

*dendi* no fuera contraria al orden público cuando el demandado fuera en rebeldía aunque fue amonestado por la corte de las consecuencias de su comportamiento. Con razón, los artículos 571 fracción IV CFPC y 606 fracción IV CPC, al igual del artículo 27(2)(b) LDIP, hablan de notificación a efecto de asegurar al demandado la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas, pero no de la notificación de la sentencia, la cual ocurre después, cuando el demandado ya conoce la existencia del juicio.

<sup>67</sup> *Abdel Moniem M. v. Hoirs de feu S. and Cour de Justice du canton de Genève* ATF 118 Ia 118, JT 1994 II 148, SJ 1992 411 (Tribunal Federal 1992). No hay una violación del orden público si el demandado no puede atender personalmente una audiencia judicial en su propio caso porque puede defenderse con la ayuda de sus abogados.

<sup>68</sup> *G. v. Laboratories, Xand Y. Corporation*, SJ 1994 470 (Tribunal Federal 1994). El mismo principio vale para los EU. Véase el *Restatement*, fracción 481, cmt. (c), nota 35 *supra*.

<sup>69</sup> Este principio vale sólo si ambos países califican la excepción de nulidad o de fraude de la misma manera, lo cual no es siempre el caso.

rece terminada la época en la cual leyes demasiado breves e incompletas trataban la difícil problemática de esta materia.<sup>70</sup>

No obstante lo anterior, ambos países no han aprovechado del todo las experiencias europeas y, sobre todo, las norteamericanas. Contrario a la LDIP, los CFPC y CPC siguen exigiendo prueba de la reciprocidad internacional.<sup>71</sup> También la LDIP contiene aún algunas normas que impiden el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en diversas áreas importantes, ya que la LDIP debe respetar la Constitución suiza y ésta impide, con algunas excepciones, la ejecución en Suiza de una sentencia extranjera dictada en contra de un demandado domiciliado en Suiza. En detrimento de los acreedores mexicanos y de otros países, la ley suiza no reconoce las sentencias relativas a contratos, dictadas en el país de ejecución de la obligación contractual, en contra de demandados domiciliados en Suiza.<sup>72</sup> Bajo la influencia de las más modernas convenciones internacionales, como la de Lugano de 1988, y para adaptarse a la práctica de otros países, el poder legislativo suizo debería considerar una modificación de la Constitución. De la misma manera, sería bienvenido el hecho de que el legislador mexicano suprimiera el requisito de la reciprocidad internacional, cuya utilidad en este punto, ya no responde al desafío que la época moderna exige. Tales modificaciones favorecerían a los acreedores de ambos países que pidan la ejecución de una sentencia en contra de un deudor domiciliado en otro país, facilitando así la supresión de obstáculos adicionales aún existentes en el ámbito de la asistencia judicial internacional.

<sup>70</sup> El profesor José Luis SIQUEIROS, p. 807, nota 6 *supra*, critica fuertemente, en relación a la Convención de Montevideo de 1979, la llamada "tradición latinoamericana de acoger fórmulas generales semejantes al estilo adoptado por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y por el Código de Bustamante de 1928".

<sup>71</sup> Véanse los artículos 571 fracción VIII CFPC y 606 fracción VIII CPC y nota 12 *supra*. En los Estados Unidos, el caso *Hilton v. Guyot*, 159 US 113 (1895) introdujo el requisito de la reciprocidad internacional. Sin embargo, la gran mayoría de los Estados norteamericanos y cortes federales ya no siguen esta sentencia, aunque todavía no haya sido revocada formalmente por la Suprema Corte. Véase el *Restatement*, fracción 481, cmt. (d), nota 35 *supra*.

<sup>72</sup> Véase nota 45 *supra* y las referencias. Por consecuencia, una corte suiza no reconocerá una sentencia mexicana dictada en contra de un demandado domiciliado en Suiza aunque la obligación contractual tuviera que ser ejecutada en México. Para las excepciones a este principio, véase el artículo 26 LDIP, nota 37 *supra*.

de muchos otros conculcaban que en el campo del Derecho Público se manifesten impulsando su evolución.

Reconocemos que el tiempo jurisdiccional en que hemos vivido se antoja, además de sumamente, ya peligroso, y las crisis que se van formando a cada paso, conllevan las típicas problemáticas

### PROPUESTA PARA LA REFORMA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN EN TRIBUNAL FEDERAL ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCION<sup>1</sup>

Ricardo J. SEPÚLVEDA IGUÍÑIZ

*De todos los males que ha de soportar el hombre en su paso por la Tierra, quizás no exista ninguno peor que la Administración Pública.*

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ<sup>2</sup>

SUMARIO: 1. Planteamiento general. 2. La Justicia Administrativa. 3. El Procedimiento Administrativo. 4. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo. 5. Devenir del Contencioso Administrativo: Código Lares, Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Distrito Federal, Juicio de Amparo o Juicio de Nulidad. 6. El Tribunal Fiscal de la Federación. 7. El Tribunal Federal Administrativo. 8. Conclusiones.

#### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

"No existe para un Estado que quiere ser considerado como fuerte e inquebrantable en el exterior, bien más digno de conservación y de estima que el sentimiento del Derecho en la Nación", así podrían resumirse las motivaciones que yacen en el fondo de este esfuerzo por plasmar en papel, lo que podría llamarse un paso más en la "lucha por el Derecho", en palabras del mismo autor, ya clásico en la literatura jurídica, R. Von Ihering. Es nuestro objetivo sumarnos al intento

<sup>1</sup> Hacemos mención y agradecemos la notable, valiosa y cercana colaboración de Alejandra Fernández Cortés y Luz María Cárdenas Arenas, en la elaboración de este artículo. Con el mismo objetivo y en base a la investigación realizada se presentó una ponencia en el Instituto Nacional de Administración Pública, incluyendo la propuesta de establecer un Tribunal Federal Administrativo.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración Pública y Libertad*, UNAM. México, 1971, p. 32.

de muchos otros conciudadanos que en el campo del Derecho Público se mantienen impulsando su evolución.

Reconozcamos que el rezago juspublicista en que hemos vivido resultaba, además de anacrónico, ya peligroso, y los cambios que se van llevando a cabo, casi a trompicones, conllevan los lógicos problemas de ajuste y aplicación. Sin embargo en el campo del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo se gestan los cimientos verdaderamente profundos del Estado de Derecho. Son, en palabras de don Manuel Herrera y Lasso, *nerva et ossa* del Estado.

Uno de estos pasos debe ser el dotar al tribunal federal administrativo de la estructura y la competencia que le corresponde según su naturaleza. Hace ya varios años, otro de los grandes del Derecho Público, redactó las siguientes palabras: "Sigo pensando (...) que en México debería existir un tribunal federal de lo contencioso con potestad para controlar la legalidad de la acción estatal en todas las ramas de la administración pública, y no veo que haya razón que impida que sea el Tribunal Fiscal el que, previas las reformas legales necesarias y perdiendo su nombre actual, asuma ese carácter y esas funciones".<sup>3</sup> Fue don Antonio Carrillo Flores un ferviente creyente en la factibilidad de este proyecto y en su necesaria instauración en nuestro Derecho. Nosotros retomamos esta aspiración y, en un contexto histórico, social, político y jurídico completamente diferente, presentamos la justificación final de esta reforma y su posible mecanismo de implantación.

Parte de estas diferencias de contexto provienen precisamente de la expedición de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (1994),<sup>4</sup> que viene a representar un paso verdadero y sólido respecto a la unificación del Derecho Administrativo, y a la erradicación de aquella pulverización de disposiciones que tan dañina resultó para la legalidad en la actuación de las autoridades administrativas. No obstante es necesario confesar que falta trecho por recorrer y algunos puntos importantes, como son la aplicación incondicional, sin excepciones, de esta ley en todas las materias y no de manera supletoria, son apremiantes. En alguno de los apartados de este resumido ensayo tendremos oportunidad de hacer alguna apostilla acerca de esta ley.

<sup>3</sup> Antonio CARRILLO FLORES, *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, UNAM, México, 1987, p. 98.

<sup>4</sup> La Ley Federal de Procedimiento Administrativo fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de agosto de 1994.

La proliferación de medios de control a la autoridad no puede pasarnos desapercibida, en unos cuantos años se ha reformado la Constitución para recoger en su texto figuras como la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Federal Electoral, los diversos tribunales especializados, la acción de inconstitucionalidad, figuras que pretenden crear un verdadero estado de Derecho, fundado en instituciones y no en personas. La final adaptación de estas figuras —aún en proceso de maduración— está por probarse, pero aún así se mantiene vigente su propósito y su razón de ser: restablecer un Estado de Derecho enfermo, gravemente enfermo, que requiere de acciones enérgicas y valientes. Evidentemente la estabilidad política, y por ende la seguridad pública debe buscarse en estas instituciones jurídicas permanentes, y no en situaciones de equilibrio político pasajero y efímero, que no respeta criterios de igualdad y de justicia.<sup>5</sup>

Las recientes reformas a la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, en las que se amplía su competencia para conocer, entre otras innovaciones, de las resoluciones dictadas en los recursos de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, significa parte de nuestra propuesta, sin embargo, aún hay que ir a más. Ya lo advertiremos en su oportunidad, pero la Ley Federal de Procedimiento Administrativo no se aplica a todas las materias, y por lo tanto en éstas no existe un medio de control por un órgano judicial adecuado para ejercer éste sobre las autoridades que aplican las leyes. Nos parece un problema de considerables dimensiones, que reclama ir a más y no dejar fuera ninguna materia, y por supuesto no circunscribir su competencia a conocer exclusivamente de los créditos fiscales.

No queremos dejar de mencionar, aunque no se encuadre dentro de los aspectos del presente trabajo, la imperiosa necesidad de establecer omnímodamente la responsabilidad civil del Estado. No es legítimo hablar de un Estado de Derecho si no hay esta salvaguarda por medio de un órgano judicial. Las reformas habidas al artículo 1927 del Código Civil en materia federal, no son de ningún modo suficientes.

<sup>5</sup> Queremos hacer eco al peligro señalado por algunos tratadistas y por algunos funcionarios públicos, de debilitar al órgano judicial federal, en su labor de control de la constitucionalidad y de la legalidad, a través del establecimiento indiscriminado de tribunales especiales: tribunales, electorales, agrarios, administrativos, de derechos humanos, laborales, etcétera. La solución que se ha planteado para evitar este inconveniente es vincular estos tribunales, jerárquica y administrativamente, al Órgano Judicial Federal, incluyendo el régimen de nombramiento.

La tendencia actual en el Derecho Público ha sido la de *reducir la omnipotencia de la Administración a límites jurídicos y concretar la esfera de acción libre e incontrovertible que a ella se le reconoce, robusteciendo así las garantías ciudadanas solemnemente proclamadas en la Constitución, aunque no siempre respetadas por los órganos activos del Poder Público.*<sup>6</sup>

Una vez mencionado lo anterior podemos desprender la siguiente conclusión: el problema más importante que ha enfrentado el Derecho Administrativo ha sido el estructurar en la legislación positiva, un sistema de garantías que hagan efectivo el principio de sumisión de la Administración Pública al Derecho. En apoyo a esta misma idea, el tratadista Manuel J. Argañarás afirma que sólo en cuanto que la Administración Pública ajuste su actividad a una norma y respete el ámbito propio de los administrados podrá cumplir debidamente sus propósitos, y otorgar a su vez suficientes medios que garanticen la acción pública administrativa.<sup>7</sup>

Como se señalará a lo largo del presente trabajo, la justicia administrativa mexicana ha realizado un gran avance en los últimos años, en especial en aquellos mecanismos preventivos de conflictos entre la Administración Pública y los particulares, con lo cual resulta fortalecida la idea de que también la Administración Pública puede impartir esa justicia.<sup>8</sup>

Una vez hechas las anteriores consideraciones, estamos en posibilidad de entrar al análisis de los basamentos que nos son necesarios para llegar a la propuesta de un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, a la luz de las recientes reformas a su Ley Orgánica. Primeramente retomaremos las herramientas conceptuales necesarias, a saber, el concepto de justicia administrativa, sus relaciones y diferencias con el procedimiento administrativo, pues están involucradas en la intervención de cualquier tribunal administrativo. Después haremos una incisión para tratar sobre la regulación de estas materias en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Asimismo creemos necesario hacer un somero repaso de la evolución que ha tenido el con-

<sup>6</sup> MARTÍN-RETORTILIO, Cirilo, *Nuevas Notas sobre lo Contencioso Administrativo*, Ed. Aguilar, Madrid, 1951, p. 3.

<sup>7</sup> ARGANARAS, Manuel, citado por SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, 14 ed. t. II, México, 1988, p. 656.

<sup>8</sup> PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, sus expectativas y secuelas", en *Los Grandes Problemas Jurídicos*, Ed. Porrúa, México, 1995.

tencioso administrativo en nuestro Derecho. Finalmente, concluiremos con las modificaciones legislativas que, desde nuestra atalaya, resultan convenientes.

## 2. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Desde mediados del siglo pasado, en 1838, don Francisco A. Siruela calificó a la Justicia Administrativa como *la perfección y complemento indispensable de la acción administrativa.*<sup>9</sup>

Mucho se ha trabajado, desde la doctrina y desde los foros de Derecho, por desarrollar un concepto nítido de lo que es la justicia administrativa, y aunque el avance es notable y digno de reconocimiento, aún quedan campos de análisis y de investigación inabarcados, especialmente para encontrar todas las vertientes que componen este concepto de la Justicia Administrativa.

El maestro Héctor Fix Zamudio define la Justicia Administrativa como *el género que comprende a todos los instrumentos jurídicos que los diversos ordenamientos han establecido para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos de los administrados frente a la actividad administrativa.*<sup>10</sup> Asimismo, continúa diciendo el mismo autor, dicha justicia comprende *leyes de procedimiento administrativo, recursos internos, el Ombudsman, el Comisionado o las Comisiones para la vigilancia de los medios de informática, así como cualquier otro tipo de control sobre las autoridades administrativas.*<sup>11</sup> Por último, concluye señalando que el único instrumento de justicia administrativa que asume la mayor eficacia para la debida protección jurídica de los administrados es precisamente la jurisdicción administrativa.

De lo anterior podemos colegir que la Justicia Administrativa no comprende solamente el estudio de un determinado sistema de justicia o el de algunos medios jurídicos de defensa de los derechos de los individuos en contra de la autoridad administrativa, así como tampoco se constriñe a aquellos actos de los procesos judiciales en donde la Administración actúe como parte. De igual forma, resulta imposible conceptualmente identificarla con los recursos administrativos que se

<sup>9</sup> Autor citado por MARTÍN-RETORTILIO, Cirilo, *ob. cit.*, p. 6.

<sup>10</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, El Colegio Nacional, México, 1983, p. 53, citado por SERRA ROJAS, *ob. cit.*, p. 627.

<sup>11</sup> *Idem.*



pueden hacer valer frente a la Administración o con el procedimiento contencioso administrativo. La Justicia Administrativa es tan basta como la misma *función administrativa*. Sobre este particular, algunos autores señalan ciertas diferencias entre las diversas formas de control administrativo. La principal versa sobre el contencioso administrativo. Fiorini define el contencioso administrativo como *la forma particular de un sistema que integra un capítulo de la Justicia Administrativa*.<sup>12</sup> Por su parte Antonio Carrillo Flores<sup>13</sup> señala lo contrario. En primer término afirma que el contencioso administrativo es más amplio que la Justicia Administrativa; y en segundo lugar que en el contencioso administrativo debe existir un conflicto de intereses que se cause por un acto de la Administración Pública, tanto en su actividad que realiza como tal, como en la que realiza fuera de ella.

Como se puede advertir no hay entre los autores consenso sobre lo que es y lo que abarca la Justicia Administrativa. Nosotros, siguiendo la opinión de Fiorini consideramos que *la justicia administrativa comprende la actividad realizada en la administración y fuera de ésta, para asegurar la legalidad y los derechos de los administrados*.<sup>14</sup> Y que como objeto material la Justicia Administrativa se aplica exclusivamente sobre *normas administrativas y conductas administrativas*.<sup>15</sup>

El objetivo final que persigue la Justicia Administrativa es ceñir los órganos y sus actos, fundamentalmente, a la ley, aunque en un sentido amplio habría que abarcar a los principios administrativos no inscritos en ley. Estos medios de control son la salvaguardia del Estado de Derecho y son la materialización de la Justicia Administrativa.

Estos medios de control son definidos en Doctrina como *los mecanismos puestos al alcance de los administrados por cuyo medio pueden obligar a los órganos del poder ejecutivo a actuar conforme al orden jurídico, en asuntos que les afectan*.<sup>16</sup>

La fiscalización de los actos de la Administración se organizan en tres clases de sistemas: los políticos o controles legislativos, los con-

<sup>12</sup> FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, segunda parte, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1966, p. 997.

<sup>13</sup> CARRILLO FLORES, Antonio, *La Defensa Jurídica de los Particulares frente a la Administración Pública*, Ed. Porrúa, 1939, citado por SERRA ROJAS, Andrés, *ob. cit.*, p. 656.

<sup>14</sup> FIORINI, Bartolomé A., *ob. cit.*, p. 997.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 996.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Derecho Administrativo*, Harla, México, 1991, p. 400.

troles judiciales, y por último, los controles administrativos o los auto-controles.

Por la importancia de los mismos y para evitar confusiones de naturaleza se procederá a realizar una breve ponderación sobre cada uno de estos tipos:

#### a) Control político o legislativo

Para algunos autores<sup>17</sup> este control se traduce en la práctica en el derecho de petición que tienen los administrados, por el cual desde su particular punto de vista, cuentan con poca eficacia al estar los Parlamentos guiados por los intereses de los partidos políticos en el poder. De igual forma, su tarea primordial es la de legislar, por lo tanto al ser ésta tan compleja y exhausta, no le permite el cumplir en todo tiempo las funciones censoras que la Administración debería tener.

El algunos otros países como los escandinavos este control se ve representado a través de la figura del *ombudsman*.<sup>18</sup> Dicha figura es elegida al principio de cada legislatura por el Parlamento para que conozca de las quejas interpuestas por los gobernados contra los actos gubernativos de la administración. No es una jurisdicción propiamente dicha, sin embargo, cuenta efectivamente con las más amplias potestades para realizar acciones frente a las irregularidades administrativas que los administrados les hagan llegar. Es un *organismo dirigido por uno o varios funcionarios, designados por el órgano parlamentario, por el Ejecutivo o por ambos, los cuales, con el auxilio del personal técnico, poseen la función esencial de recibir e investigar reclamaciones por la afectación de los derechos e intereses legítimos, e inclusive los fundamentales de los gobernados, consagrados constitucionalmente, respecto de los actos u omisiones de autoridades administrativas, no sólo por infracciones de la legalidad, sino también por injusticia, irrazonabilidad o retraso manifiesto*.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> GARCÍA OVIEDO, Carlos y MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Derecho Administrativo*, 9a. ed., t. III, EISA, 1968, Madrid, p. 529.

<sup>18</sup> Su nacimiento se originó por primera vez en la Ley Constitucional sobre Forma de Gobierno de Suecia de 1809 (sustituida por la actual Constitución del año 1974), y habiéndose adoptado más tarde esta figura a los países de Finlandia, Constitución de 1919, Noruega (1952) y Dinamarca (1953).

<sup>19</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, "Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario", en el artículo de FIX ZAMUDIO, Héctor, *Justicia Constitucional en el ordenamiento mexicano*, UNAM, México, p. 155, 1992.

Dentro de este mismo género se encuentran los medios de control que para algunos autores como Carlos F. Almada,<sup>20</sup> significan el verdadero control por parte del poder central sobre el gobernador, los cuales serían: los partidos políticos, los senadores y diputados federales, el llamado dominio de su futuro político. El primero de éstos, señala el mismo autor, es el que tiene mayor fuerza, al tener éste un tipo de deuda sentimental con todas aquellas personas que votaron por él dentro de su partido político para elegirlo como candidato al puesto. Asimismo se deduce que algo parecido ocurre con distintas autoridades de la Administración Pública que siempre se ven controladas, en cierta forma, en sus decisiones o actos, con tal de no desagradar a aquellas personas que se les debe gratitud política.

En nuestra Constitución se prevén mecanismos que permiten al Congreso de la Unión ejercer un control político y técnico sobre la Administración Pública Federal,<sup>21</sup> sin embargo esta efectividad muchas veces depende de la fuerza política y de la autonomía del Congreso frente al Poder Ejecutivo Federal. En México es bien sabido por todos, que en la práctica el Presidente de la República tiene mayor poder político fáctico que el Poder Legislativo o Judicial, por lo que *resulta temerario el simple enunciamiento que el Poder Legislativo puede controlar a un poder que le sobrepase como es el Ejecutivo Federal.*<sup>22</sup>

#### b) Control judicial

Los controles de carácter judicial son exteriores por cuanto que su ámbito de jurisdicción se encuentra fuera de la organización administrativa. La intervención del Poder Judicial tiene como finalidad reparar la lesión que produjo la violación del derecho del ciudadano, y no solamente prevenirla. Asimismo, una de sus características principales es el hecho de que inician a instancia de la parte ofendida, en

<sup>20</sup> ALMADA, Carlos F., *La Administración Estatal en México*, INAP, 1982, pp. 75 y sig.

<sup>21</sup> Tratadistas, funcionarios, políticos, trabajan intensamente en lo que se ha llamado *La Reforma del Estado*, y que dentro de sus mesas de diálogo incluye el fortalecimiento del órgano legislativo, y su equilibrio con el órgano ejecutivo y judicial. No se han llevado aún a iniciativa de reforma constitucional o de ley al término de la realización de este trabajo, pero sí se prevén modificaciones sustanciales en las facultades de ambos órganos y en sus relaciones, o en los llamados temperamentos.

<sup>22</sup> NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo*, UNAM, México, 1991, p. 57.

contraposición de, como se analizará posteriormente, los controles administrativos, que frecuentemente se inician desde el seno de la Administración.

El maestro Miguel S. Marienhoff en su *Tratado de Derecho Administrativo* afirma que este control judicial *no es una forma de control del que dispone la administración, sino de una forma de controlar a la Administración.*<sup>23</sup>

En México este tipo de control le ha correspondido por antonomasia al Juicio de Amparo. Sin embargo el control que se ejerce por medio del amparo es indirecto, ya que el mismo no fue creado como un medio de control de la legalidad del hacer del órgano ejecutivo, sino como un medio de control constitucional, fundamentalmente de la parte dogmática, es decir, un medio para garantizar el respeto a los derechos humanos. Por otro lado uno de los principios del Juicio de Amparo supedita su interposición a que se hayan agotado previamente los otros medios de defensa que se establezcan en ley para el caso concreto,<sup>24</sup> siendo éstos: el recurso administrativo y el contencioso administrativo.

El juicio de Amparo es definido por el maestro Ignacio Burgoa, como *un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole; que garantiza en favor del particular el sistema de competencia existente entre las autoridades federales y las de los Estados, y que por último, protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental y en función del interés jurídico particular del gobernado.* Ante tal definición concluye diciendo el autor que *el amparo es un medio jurídico de tutela directa de la Constitución y de tutela indirecta de la ley secundaria, preservando, bajo este último aspecto y de manera extraordinaria y definitiva, todo el derecho positivo.*

Así pues, ante la falta de tribunales administrativos en sentido es-

<sup>23</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2a. ed., 1988, p. 748.

<sup>24</sup> Principio de Definitividad que rige en materia de Amparo (artículo 73, fracción XV de la Ley de Amparo), el cual en palabras de Ignacio Burgoa reza como *el agotamiento o ejercicio previo y necesario de todos los recursos que la ley que rige el acto reclamado establece para atacarlo, bien sea modificándolo, confirmando o revocándolo, de tal suerte que, existiendo dicho medio ordinario de impugnación, sin que lo interponga el quejoso, el amparo es improcedente.* BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1994, trigésima primera edición, p. 282.

tricto,<sup>25</sup> el Juicio de Amparo ha sido el encargado de resolver los casos que versen sobre las impugnaciones a los actos y resoluciones de la Administración tanto federal como estatal. La aplicabilidad del Juicio de Amparo se ha visto restringida en las últimas décadas, debido a la creación en diversos Estados de los llamados Tribunales de lo Contencioso Administrativo, que vienen a suplir las deficiencias que el Amparo ofrece como medio de control de la Justicia Administrativa.

El punto de mayor conflicto, como lo señala Héctor Fix Zamudio, consiste en que la situación del administrado en el derecho positivo mexicano resulta *incierta* al no existir *un sistema unitario de impugnación de las resoluciones y actos administrativos* ya que en algunos casos se debe acudir a un tribunal administrativo y en otros supuestos el gobernado sólo dispone de medios de defensa ante la misma autoridad administrativa, existiendo en todo caso el amparo como *instrumento final*.<sup>26</sup>

Desde nuestro particular punto de vista creemos que a pesar de ser una gran institución jurídica y un grandioso medio de control de la Administración Pública, el Juicio de Amparo no ha podido ser el garante máximo de la legalidad administrativa, por dos razones fundamentales: primeramente porque el recurso sólo procede cuando hay cuestiones de constitucionalidad implicadas (artículo 103 constitucional), y en cambio muchas de las cuestiones litigiosas con la Administración no se refieren a aspectos constitucionales; y en segundo término porque una cabal protección a los particulares requiere de tribunales verdaderamente especializados que estén familiarizados con la materia de la que van a conocer, y esto no es posible con los jueces federales que juzgan de todas las materias.

### c) Control administrativo o autocontrol

Este último tipo de control tiene como característica principal el que se desahoga ante los mismos órganos sistemas de control a la autoridad administrativa.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Los llamados tribunales contenciosos administrativos o Tribunal Fiscal de la Federación no son en sentido estricto Tribunales Administrativos que abarquen todos los actos que emita la Administración Pública.

<sup>26</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, *ob. cit.*, p. 149.

<sup>27</sup> Tómese el caso del Consejo de Estado francés.

La fiscalización administrativa puede hacerse cumplir ante la propia autoridad que emitió la resolución o ante la superior jerárquica a ésta. En el primer caso, el particular solicita a la autoridad emitente que deje sin efecto su resolución dictada; en el segundo supuesto, se le solicita a la autoridad de alzada que confirme, anule o que reforme la propia resolución.

El distinguido administrativista Miguel S. Marienhoff clasifica los controles administrativos en dos: al primero lo denomina *preventivo*, el cual se realiza *a priori* o *a posteriori* de que el acto se forme o adquiera eficacia. El segundo, llamado *represivo* se realiza posterior al acto y a la eficacia de éste, teniendo muchas veces efectos de sustitución del acto que se resuelve.<sup>28</sup>

Es necesario distinguir claramente que los juicios seguidos ante los tribunales de lo contencioso administrativo son controles de índole judicial, y que no por el hecho de denominarse *tribunales administrativos* son sus resoluciones actos de naturaleza administrativa, son actos —en toda su extensión— jurisdiccionales.

Como de alguna forma lo dijimos en líneas anteriores, no se puede artificialmente exagerar los puntos de la cuestión pretendiendo otorgar prevalencia a un tipo de medio de control sobre los demás. En realidad, en nuestra opinión, el conjunto de medios —políticos, judiciales y administrativos— deben complementarse y formar un armazón de protección a los derechos particulares. Las circunstancias de cada Estado determinarán esta conjunción, que estará determinada por un concienzudo análisis teleológico.

Hemos pretendido con las especulaciones y referencias anteriores subrayar la trascendencia que tiene en un régimen de derecho la "justicia administrativa", y las diversas formas de control que se han ido ensayando. Es éste el punto de partida a cualquier propuesta de instalación de un tribunal de jurisdicción administrativa plena.

### 3. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Como lo enunciamos en el planteamiento general interesa referirse aunque sea de manera tangencial, al concepto de Procedimiento Administrativo —al igual que al de Justicia Administrativa— porque todo tribunal administrativo, como lo es el Tribunal Fiscal de la Federa-

<sup>28</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, pp. 603 y ss.

ración, queda delimitado en su actuación por ambas realidades, y no es posible conocer lo que es y debe ser un tribunal administrativo sin plantearse los conceptos básicos y fundamentales del Derecho Procesal Administrativo.

Los actos de la Administración Pública necesitan para su formación de una serie de actos intermedios y formalidades que los antecedan por dos razones. La primera de éstas atiende a la necesidad de que la autoridad que realiza dicho acto posea suficientes instrumentos e información para guiar sus decisiones. En segundo término, el acto que se realice conforme a lo anteriormente expuesto deberá de constituir una garantía de que éste no se ha dictado de forma arbitraria, sino por el contrario, que se haya realizado de conformidad con los preceptos jurídicos que les sean aplicables.

Gabino Fraga llama a ese conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto con el término de *procedimiento administrativo*.<sup>29</sup>

Ahora bien, previo a realizar un breve análisis de lo que se entiende y la forma como se compone el Procedimiento Administrativo, creemos oportuno señalar algunas de las diferencias que señala la doctrina entre proceso y procedimiento administrativo con el fin de evitar algunas confusiones de fatales consecuencias.

Así pues, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo señala que la idea de proceso responde más bien a una contemplación teleológica, en contraposición con el concepto de procedimiento el cual obedece a un enfoque formalista, *pudiendo existir unidad procesal y diversidad procedimental*.<sup>30</sup> Dicha distinción la explica diciendo que el proceso es una serie de actos del órgano jurisdiccional, partes y terceros, con la única finalidad de resolver el conflicto suscitado por medio de una sentencia. El procedimiento por su parte, sigue señalando el mismo autor, requiere ceñirse a una serie de reglas para su desenvolvimiento.

Por su parte, destacados administrativistas señalan que *todo proceso tiene un procedimiento, pero que no todo procedimiento constitu-*

<sup>29</sup> FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, 33a. ed., México, 1994, p. 255.

<sup>30</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso Administrativo*, Estudios Procesales, Madrid, Tecnos, 1977, p. 445, citado por VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Evolución y perspectiva de los órganos de Jurisdicción Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, UNAM, México, 1991, p. 24.

*ye un proceso*.<sup>31</sup> Así pues, se define al procedimiento como una serie sucesiva concatenada de actos tendientes a lograr una resolución, sin que necesariamente exista un conflicto o disputa entre las partes que lo integran. De tal manera todo procedimiento necesita de reglas comunes para su realización, y sus diferencias entre éstos se basarán en el contenido del objeto final del procedimiento que se efectúe. Nos adherimos a esta opinión y pasamos al análisis de otros puntos de cuestión sobre el procedimiento administrativo.

A primera vista parece no existir en la conceptualización del procedimiento administrativo problema alguno, sin embargo en la práctica su eficacia se ve resquebrajada por diversos obstáculos, dentro de los cuales destaca el rompimiento del principio de igualdad de las partes que debe prevalecer dentro de todo procedimiento. Para Niceto Alcalá-Zamora y Torres la autoridad pública es omnipotente frente al particular recurrente. Llega a tal grado su opinión acerca de la diferencia que existe en el procedimiento entre la autoridad y el gobernado que no vacila en señalar que *el poder público es un gigante que mientras no esté derribado, por mucho que acepte renovarse o encorvarse siempre queda más alto que sus súbditos, y por eso es muy relativa la igualdad procesal de partes en los litigios que la enfrentan*.<sup>32</sup>

Consecuentemente, la Administración Pública se presenta ante el juez como un sujeto privilegiado, el cual goza de una serie de dispensas de hecho que pugnan abiertamente con la idea de justicia e igualdad frente al particular en el proceso. La Administración Pública, ante el juzgador, es titular del interés público, el cual siendo altruista se contrapone con los intereses egoístas y personales que tiene el administrado. De igual forma todos sus actos están investidos de la presunción de legitimidad, ejecutoriedad y ejecutividad.

Pese a lo anterior no puede negarse el hecho de que las leyes que regulan el proceso administrativo hoy en día procuran fervientemente hacer efectivo el principio de igualdad procesal, al someter a la Administración Pública al mismo régimen que el recurrente.

Tal y como se desprende de lo anteriormente expuesto es una obligación de la autoridad el seguir los procedimientos legales que se presentan, con independencia de que sus decisiones puedan o no lesio-

<sup>31</sup> Esta afirmación fue tomada de los apuntes particulares de la cátedra que impartió el licenciado Fauzi Hamdan en la Escuela Libre de Derecho.

<sup>32</sup> ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Lo Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, 1943, p. 56, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *ob. cit.*, p. 77.

nar los derechos de los particulares. Este procedimiento toma matices especiales al momento en que se intenta garantizar al administrado los medios legales para defenderse haciendo valer sus derechos.

De tal manera, la legislación de los últimos años en materia de Derecho Administrativo ha prestado gran importancia a la definición y protección de las garantías procesales de los individuos particulares previos a que las decisiones de las autoridades puedan lesionar su esfera jurídica.<sup>33</sup>

A diferencia de lo que se creyó en el siglo pasado, a la Administración hoy en día, incluso cuando no se le impone la obligación de acudir ante los Tribunales para ejecutar sus actos, siempre que el cumplimiento de sus atribuciones pueda lesionar los intereses jurídicos de los administrados, debe respetar la garantía de audiencia, no considera suficiente con que se limite a cumplir la ley, más bien, siguiendo el criterio jurisprudencial de la época actual, el maestro Carrillo Flores afirma que lo que se exige es que en la ley se dé oportunidad adecuada al particular de ser oído y defenderse.<sup>34</sup>

Es lógico deducir que en el procedimiento administrativo, al igual que en el legislativo y en el judicial, existen normas exorbitantes que ameritan una regulación especial, inclusive como el acto administrativo afecta de manera más directa a la esfera de los particulares la Justicia Administrativa cobra especial envergadura en un Estado de Derecho frente a lo que podríamos llamar Justicia Legislativa o Justicia Judicial.

Como se puede advertir aún siendo diferentes, el procedimiento administrativo, que es el conjunto de actos con los que se ejecuta un acto administrativo, y el proceso administrativo, que es el conjunto de pasos o fases que componen la resolución de un conflicto suscitado

<sup>33</sup> Al respecto cabe hacer la acotación acerca del pensamiento de los juristas del siglo pasado, encabezados por Vallarta, los cuales señalaban que la aplicación e interpretación de una ley cuando con ello se afectaban intereses o derechos de los particulares creando una situación contenciosa, era del conocimiento exclusivo y reservado al Poder Judicial. Principio que Antonio CARRILLO FLORES llama *Principio de Reserva Jurisdiccional* en su obra denominada *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, UNAM, México, 1987, p. 34.

<sup>34</sup> Así pues, la Jurisprudencia actual dispensa a la Autoridad Administrativa de dos de las garantías que el artículo catorce constitucional otorga, las cuales corresponden al juicio previo y seguido ante Tribunales previamente establecidos. Consecuentemente obliga a ésta a que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y que sus decisiones sean conforme a las leyes expedidas con anterioridad al acto. *Vid. CARRILLO FLORES, ob. cit.*

por un acto administrativo, ya sea frente a la autoridad administrativa o la autoridad jurisdiccional, tienen muchas similitudes, entre otras la finalidad que se persigue con ambos medios de control: respetar el principio de legalidad, que impera en ambos, y su consecuencia limitar al órgano administrativo a lo que la ley señale. Ambos se implican y son manifestación de la Justicia Administrativa.

Por último, parafraseando a José Francisco Ruiz Massieu podemos añadir que el procedimiento administrativo es *una modalidad del control de la Administración Pública*, señalando que la teleología de dicho procedimiento es el siguiente: en primer término, el contribuir a que el servidor público se apegue a normas jurídicas que motivan a la función administrativa, a la cual llama *Teleología de legalidad*; en segundo lugar el hecho de ayudar a que el administrado participe en el funcionamiento de la Administración misma que denomina *Teleología democrática*, y por último, el coadyuvar a que la Administración sea eficaz, eficiente y predecible en la atención de las necesidades colectivas, a la cual se le conoce como *Teleología administrativa*.<sup>35</sup>

En la actual Ley Federal de Procedimiento Administrativo se regula el procedimiento administrativo en los artículos 12 a 61, igualmente se incluye la reglamentación del proceso administrativo en la interposición del recurso administrativo de revisión, con el que se derogan todos los recursos administrativos establecidos en las leyes especiales.<sup>36</sup>

Habiendo hecho el análisis anterior podemos referirnos de manera más atenta a lo que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala sobre los conceptos expuestos.

#### 4. LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ha sido unánime la opinión favorable a la expedición de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. No ha habido sino parabienes frente a este avance legislativo, del que era acuciente su elaboración e inexplicable que no hubiera fructificado antes.

<sup>35</sup> RUIZ MASSIEU, José Francisco, "El Procedimiento Administrativo y la Experiencia Mexicana", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 7, núm. 7, Escuela Libre de Derecho, 1983, p. 283.

<sup>36</sup> Como complemento a lo anteriormente expuesto recomendamos la lectura del artículo publicado por HAMDAN AMAD, Fauzi, "Necesidad de Incorporar a Nuestro Sistema Jurídico un Código Federal Administrativo y un Tribunal Federal de Justicia Administrativa", artículo publicado en la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 1985.

En opinión de Miguel Pérez López los beneficios que se obtendrán tras la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Administrativo serán: a) impulsar un movimiento legislativo para que en los Estados se realicen ordenamientos similares para las autoridades locales; b) claras resistencias de algunos cuadros administrativos hacia el nuevo ordenamiento; c) apreciar los defectos de la Ley; d) replantear los efectos de silencio administrativo en el ámbito federal y juicio de garantías, e) instalar el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.<sup>37</sup>

Como puede apreciarse algunos de estos efectos se han dado.<sup>38</sup>

En forma favorable opinaba el insigne administrativista José Francisco Ruiz Massieu: la Ley de Procedimiento responde al propósito de liquidar la proliferación de procedimientos administrativos, mediante el establecimiento de un procedimiento ordinario y supletorio para los procedimientos especiales que deban conservarse.<sup>39</sup>

Finalmente cabría destacar el comentario que don Jesús González Pérez en su obra titulada "Procedimiento Administrativo Federal", refiriéndose a la nueva ley mexicana, ya que constituye un aliento para todos los que estamos en relación con el Derecho Administrativo: "...constituye un paso importante en la estructuración de esta pieza esencial en un sistema de justicia administrativa. Su éxito y eficacia dependerá en buena medida del personal que ha de interpretarla y aplicarla. Pero en ella se encuentran instrumentos idóneos para que un personal preparado con sentido de servicio público pueda mejorar considerablemente la actuación administrativa. Y sin duda alguna, al igual que ocurrió con la Ley del Tribunal Contencioso administrativo del D. F., desencadenará la promulgación de una serie de procedimientos en los distintos Estados de la República".

Como resulta lógico no podemos referirnos en esta oportunidad a tantos temas importantes a los que el texto de la ley invita para su análisis jurídico, porque implicaría desenfocar nuestro propósito. Temas como el de la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad (artículos 5o., 6o. y 7o.), la negativa ficta como regla general frente al silencio administrativo (artículo 17o.), el controvertido artículo 61 donde se le

<sup>37</sup> PÉREZ LÓPEZ, Miguel, *ob. cit.*, pp. 300 y ss.

<sup>38</sup> En diciembre de 1995 se promulgó la Ley de Procedimiento Administrativo del D. F. que además de ser una ley que supera en sus planteamientos a la Ley Federal, recibió mucho menos oposición en el foro legislativo (Asamblea de representantes del Distrito Federal).

<sup>39</sup> RUIZ MASSIEU, José Francisco, *ob. cit.*, p. 286.

dan facultades exorbitantes al órgano administrativo para excepcionarse y no respetar el procedimiento administrativo, etcétera. Hacemos el propósito de elaborar y concluir este trabajo en breve, y para nuestro presente objetivo nos es preciso destacar ahora tres puntos importantes:

#### 4.1 Aplicabilidad de la Ley

En el artículo 1o. de la ley se establece:

*"Las disposiciones de esta Ley son de orden e interés público, y se aplicarán a los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública Federal centralizada, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales de los que México sea parte.*

*"El presente ordenamiento no será aplicable a las materias de carácter fiscal, financiero, responsabilidades de los servidores públicos, competencia económica, justicias agraria y laboral, así como el Ministerio Público en ejercicio de sus funciones constitucionales.*

*Para los efectos de esta Ley sólo queda excluida la materia fiscal tratándose de las contribuciones y los accesorios que derivan directamente de aquéllas".*

Primeramente se excluye de la aplicación de la ley a la Administración Pública descentralizada, o paraestatal. Esta limitación no tiene justificación desde el punto de vista teórico, debido a que en atención a la naturaleza de los órganos de la Administración descentralizada, los actos que éstos realizan deben ser sometidos a un control de legalidad. No se les puede intentar asemejar a las asociaciones de derecho privado, porque se rigen por normas exorbitantes, e inclusive ya se ha reconocido por diversas tesis de nuestro más alto tribunal, que pueden llegar a tener el carácter de autoridad en materia de amparo. Con estos razonamientos es lógico concluir que las relaciones entre estos organismos y los particulares se rijan por una ley de procedimiento administrativo. Nos parece que éste es un punto donde la ley debe progresar.

En el segundo párrafo se excluyen ocho materias de la aplicación de la ley, materias donde intervienen órganos administrativos en ejecución de leyes. La razón de esta exclusión no debe buscarse, salvo la materia electoral, en la Constitución, sino en las razones políticas que

impidieron hacer una ley más auténtica y global. ¿Por qué excluir la materia fiscal, de la aplicación de una ley que va a dar uniformidad al procedimiento administrativo, o que sencillamente va a determinar los plazos de notificación, los requisitos mínimos formales, etcétera? No vemos explicación. O bien ¿por qué excluir cualquier materia? Ya decíamos que de la Constitución deriva que no pueda aplicarse a la materia electoral, debido a que en los artículos 41, 60, 97 y 105 constitucionales, se establecen las autoridades electorales, tanto administrativas como judiciales, buscando separar y tratar aisladamente esta materia, respecto de las demás ramas, por lo que también para el caso de la aplicación de la ley administrativa debe atenderse al Código Federal Electoral. Sin embargo, si miramos las cosas detenidamente, y en base a lo que analizaremos en el siguiente punto, no vemos razón por la que no pueda aplicarse esta ley a los órganos electorales (IFE), pues al ser un órgano administrativo debe apegarse a las reglas generales del procedimiento administrativo, su mentada autonomía constitucional no significa que no quede sometido al principio de legalidad, por lo que estamos porque no se excluya materia alguna.

Es de llamar la atención inclusive que materias más delicadas como la de la defensa exterior y seguridad interior, en donde pueden presentarse situaciones muy críticas o excepcionales, queden cabalmente incluidas en la ley, y no en cambio otras de menor crucialidad.

Nos ha interesado señalar lo anterior debido a que por la remisión que hace la Ley Fiscal de la Federación a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, como ésta excluye algunas materias, aquella tampoco se les aplica, y por lo tanto el Tribunal Fiscal de la Federación, no es Tribunal de Plena Jurisdicción.

#### 4.2 Supletoriedad de la Ley

Atendiendo al artículo 2o. de la ley, ésta se aplica supletoriamente a las diversas leyes administrativas. Esto quiere decir que se preferirán las otras leyes, quedando la aplicación de ésta para lo que las demás leyes no prevean, o bien para las lagunas jurídicas.

Mucho se ha criticado este artículo, porque la lógica jurídica pondría justamente el sistema contrario, es decir, que esta ley derogara a las otras leyes, en lo que resultara contrario, en lo demás se seguirían aplicando, éstas serían de aplicación supletoria. No cabe

más explicación que el temor (no fundado) que existía en los medios burocráticos a la regulación —y al orden— que conlleva esta ley.

Resulta importante asentar que el texto original del artículo tal y como fue presentado en el proyecto, contenía una idea completamente distinta, y mantenía la primacía de la ley sobre las demás leyes administrativas, y por lo tanto su efecto unificador. Una propuesta en la Comisión respectiva modificó el artículo.

#### 4.3 El Recurso de Revisión

En materia de proceso administrativo la ley establece un solo procedimiento para impugnar los actos de la autoridad. Según lo señala el artículo 2o. transitorio en este aspecto la ley no es de aplicación supletoria.

Con una regulación más sencilla trata de simplificar la interposición del recurso.

Nos interesa especialmente señalar esto por la relación que tiene con las facultades y competencia del Tribunal Fiscal de la Federación. Como la Ley del Tribunal Fiscal le otorga competencia al Tribunal para conocer en segunda instancia de las resoluciones dictadas en el recurso de revisión de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, es importante saber que éste es, ahora, el único recurso administrativo vigente —salvo las materias excluidas.

Resulta trascendental la última parte del artículo 83, que por su importancia transcribimos:

*“Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer un recurso de revisión o intentar las vías judiciales correspondientes”.*

La Ley establece la opción abierta a la voluntad del particular de preferir la sede administrativa o la sede judicial. Por lo tanto, si opta por la sede judicial, no se puede desechar la demanda por no haber agotado el recurso administrativo previsto, pues la misma ley establece la excepción. Esta novedad, que se aplica para la materia de amparo y también para los tribunales administrativos, se orienta a dar mayor celeridad a la defensa de los particulares, que es el objetivo del Derecho Procesal Administrativo.

## 5. DEVENIR DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Parafraseando a quien fue precursor del Contencioso Administrativo en México, comenzamos este apartado diciendo que: "La separación de los poderes administrativo y judicial, es un principio constitucional, de un orden tan elevado como la libertad individual y los principios de igualdad".<sup>40</sup>

El objeto del presente apartado es analizar los antecedentes del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; estudiando la manera en que diversos ordenamientos han influido y trascendido en nuestra legislación actual. El Contencioso Administrativo ha tenido que sortear múltiples dificultades en los distintos foros de opinión especializada, donde difícilmente ha ido entrando la bondad de estos tribunales, que son en palabras de Jorge Carpizo, el examen jurisdiccional de los actos administrativos.<sup>41</sup>

Pero esta situación no ha existido siempre, y así conocemos que para impugnar los actos del poder público en México, en 1917, únicamente se tenía la sede judicialista que ofrecía la Constitución. No se podía hablar por tanto de una *jurisdicción administrativa autónoma*.<sup>42</sup>

Se pueden reducir a tres los tribunales que han fungido como tribunales administrativos en nuestra historia, que ha tenido jurisdicción, y que conforman los antecedentes del tribunal federal administrativo que proponemos. Con cada uno de ellos se intentó institucionalizar en el país un contencioso administrativo que superara el individualismo del juicio de amparo y fortaleciera a la jurisdicción mexicana en el marco de nuestra más pura concepción técnica y revolucionaria, a la vez que secundara las tendencias contemporáneas.

Los tribunales a los que nos referimos son:

a) *Tribunal Fiscal de la Federación*. Fundado el día primero de enero de 1937 después de publicada la Ley de Justicia Fiscal en agos-

<sup>40</sup> LARES, Teodosio, *Lecciones de Derecho Administrativo, dadas en el Ateneo Mexicano por su socio de número*, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1852, p. 210.

<sup>41</sup> CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 3a. ed., México, Porrúa, UNAM, 1991, p. 175.

<sup>42</sup> Don Teodosio Lares, comenta al respecto de la *jurisdicción administrativa*, que es la facultad concedida por ley para conocer y decidir los negocios de la Administración a diferencia de la *competencia administrativa*, que es la que limita aquella facultad, la medida de la misma. *Lecciones de Derecho Administrativo dadas en el Ateneo Mexicano, por su socio de número don Teodosio Lares*, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852, p. 362.

to 31 de 1936 ya que fue dicha Ley quien creó el Tribunal mencionado.

b) *Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*.

c) *Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje*. La Ley correspondiente fue publicada con fecha 5 de diciembre de 1938.<sup>43</sup>

A lo largo de nuestra historia la materia "contencioso-administrativa", fue reservada a la Corte Suprema de Justicia en los diversos ordenamientos constitucionales, tales como Las Siete Leyes centralistas del 29 de diciembre de 1836, Las Bases Orgánicas del 12 de junio de 1843, y Las Bases para la Administración de la República del 23 de abril de 1853.<sup>44</sup>

Más tarde, don Teodosio Lares,<sup>45</sup> que fue miembro destacado del partido conservador mexicano, y ministro de justicia, dentro de otros muchos cargos notables en su época, dio a México un proyecto que se convirtió en Ley, basada en el contencioso europeo de la justicia retenida, supone en la historia de la justicia administrativa mexicana la excepción al principio de justicia delegada que durante muchos años se ha establecido.<sup>46</sup>

La Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1853 por tratarse de nuestra primera manifestación sólida de un intento de justicia administrativa, así como por su preclara concepción juspublicista analizaremos sus puntos más sobresalientes.

Primeramente, señala Lares,<sup>47</sup> la importancia de que existan en el procedimiento diversas instancias, ya que así se garantiza al administrado que su conflicto será resuelto bajo los siguientes principios: *precaer el error; asegurar el acierto; y enmendar la justicia*. Sin embargo, además de buscar la excelencia y rectitud en el proceso, también es claro, y así lo señala Lares, que los conflictos administrativos de-

<sup>43</sup> GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El Poder Público y Justicia Administrativa en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 135.

<sup>44</sup> *Idem*, pp. 673 y ss.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 675.

<sup>46</sup> La diferencia entre estos dos tipos de justicia es en el entender de grandes doctrinistas como lo es el maestro don Gabino Fraga, que en la *justicia retenida* el tribunal administrativo se limita a proponer la decisión jurisdiccional a una autoridad administrativa que tiene la última palabra y será quien decida si actúa o no una vez que ya escuchó la propuesta. En cambio, en la *justicia delegada*, que es la que en México se ha llevado a cabo en los últimos años, puede el tribunal actuar con independencia de la Administración activa. FRAGA, Gabino, *ob. cit.*, p. 447.

<sup>47</sup> *Idem*, pp. 378 y ss.



mandan su pronta y expedita resolución; razón por la cual no debe existir en esta materia, más de dos instancias, las cuales serán:

### 1. Primer grado de jurisdicción administrativa

Los ministros serán el tribunal ordinario administrativo, el cual conocerá de todos los asuntos que no estén especialmente reservados a otro agente administrativo; y al ser un tribunal de primer grado no podrá, éste, conocer de apelaciones. Si fuera el caso que se otorgase jurisdicción de primera instancia a los agentes de las demarcaciones y a sus consejos y hubiese inconformidad ante sus resoluciones, será ante el Consejo de Gobierno ante quien se interponga la apelación y no así ante los ministros.

### 2. Segundo grado de jurisdicción administrativa

Está formado por el Consejo de Estado; y será a él al que le corresponda actuar como órgano de segunda instancia; será así el tribunal administrativo superior de segundo grado. Dicho organismo tendrá competencia y jurisdicción administrativas, las cuales deben ser consideradas como derivaciones necesarias de poder efectivo; por tanto, las resoluciones, acuerdos que dicho órgano emita, no tendrán ninguna validez sino hasta cuando hayan sido ratificados, autorizados o confirmados por el titular de dicho órgano.

De esta manera, se coloca al ejecutivo y a su titular como la última instancia, y será él quien decida sobre el curso que deban tomar los actos de aquellas personas que en uso de su jurisdicción administrativa, han lesionado o han incidido en la esfera de los particulares, y que estos últimos al sentir menoscabo su patrimonio o lesionados sus intereses optan por intentar impugnar dichos actos por medio de los recursos que al efecto les provee la ley.

El principio de "justicia retenida", del cual dijimos caracteriza el pensamiento de Teodosio Lares, se refleja claramente en las idas expuestas.

La Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, suscitó en el país, dentro del medio de los juristas y doctrinarios, numerosas opiniones y críticas a la misma, como lo fue la del connotado jurista y tan respetado maestro don Ignacio L. Vallarta, quien ante tales acontecimientos expresó que dicha Ley era del todo inconstitucional.

Tan importantes razonamientos jurídicos los estudia y analiza el maestro Gabino Fraga en su obra doctrinaria a la que ya hemos hecho referencia.<sup>48</sup>

Por razón de espacio, y de armonía, no podemos detenernos más en el análisis de este riquísimo proemio de la justicia administrativa en México, y nos impele la necesidad de abarcar, también con visión macroscópica, las demás manifestaciones del contencioso administrativo en México.

Fue el 28 de enero de 1971 cuando la atribución de la potestad jurisdiccional para juzgar las pretensiones fundadas en derecho administrativo a un tribunal contencioso administrativo no encuadrado en el Poder Judicial se consagró en el Distrito Federal, otorgándole una amplia gama de facultades que con el tiempo y algunas reformas legislativas quedaron reducidas a la simple anulación.

El 16 de diciembre de 1967 se modificó la Constitución Federal para otorgar la facultad al Congreso de la Unión, consignada en la fracción XXIX-H, de expedir las leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones. Con esta reforma quedaba sin materia la posible discusión acerca de la Constitucionalidad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En la reforma a la Constitución del 31 de diciembre de 1994, a la fracción mencionada, se suprimió la referencia al Distrito Federal, toda vez que la expedición de la Ley relativa al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, será competencia de la Asamblea de Representantes en los términos de la fracción IV, inciso e) del artículo 122.

Con motivo de tal reforma, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal ha expedido ya la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* apenas el día 19 de diciembre de 1995, y cuenta con 94 artículos y 6 transitorios.

En el Distrito Federal, el Tribunal de lo contencioso administrativo, se encuentra bajo la jerarquía directa del Poder Ejecutivo, ya que

<sup>48</sup> FRAGA, Gabino, *ob. cit.*, p. 450.

el Regente es el delegado personal del Presidente de la República. Por esto es importante la precisión del texto constitucional, según la cual el Tribunal "está dotado de plena jurisdicción y autonomía para dictar sus fallos e independiente de las autoridades administrativas".<sup>49</sup> Atendiendo al texto de la ley podemos observar que no estamos ante una jurisdicción de anulación inerte, como en el caso del Tribunal Fiscal, sino ante una jurisdicción que puede condenar a la autoridad impugnada, pudiendo darle plazo para contestar una petición, ordenarle la reposición del procedimiento, u obligarla a otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos que le hubieren sido indebidamente afectados o desconocidos, es decir, que el juez tiene en este caso el dominio amplio del acto impugnado, aunque no la plena jurisdicción del mismo.<sup>50</sup> Con estos comentarios dejamos zanjada la mención al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del D. F. como una de las etapas del devenir de la justicia administrativa. Hay que reconocer que, por ser el pionero, el establecimiento de este tribunal ha sido un acicate en el devenir del contencioso administrativo mexicano.

Nos hemos reservado nuestros comentarios a la Ley de Justicia Fiscal del 36, que creó al Tribunal Fiscal de la Federación, por ser materia precisamente del siguiente apartado. Antes de entrar, sin embargo, al mismo, nos es menester referirnos al Juicio de Amparo como Juicio de Nulidad Administrativa, por la abundante aplicación que ha tenido en nuestra historia.

El Juicio de Amparo, según lo establecía el artículo 102 de la Constitución de 1857, era procedente por la violación de las garantías individuales, de esta manera, el juicio de amparo se estableció como un control de la constitucionalidad, a diferencia de la justicia administrativa que es esencialmente un control de legalidad; por tanto se hace necesario diferenciar cuándo es procedente uno y otro juicio.

Pueden ocurrir varios supuestos, como por ejemplo, que se viole un precepto constitucional por medio de una resolución administrativa; en este caso el medio idóneo es el amparo, pero si se dicta un acto administrativo que en el fondo no viole la Constitución al menos directamente, y por tanto no procede el amparo, se estará frente a un juicio de nulidad administrativo.

<sup>49</sup> Artículo 1o. de la nueva "Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal" publicada en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 19 de diciembre de 1995.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ COSÍO, *ob. cit.*, p. 125.

Así, Margáin hace la distinción en su obra titulada "De lo Contencioso Administrativo de Anulación o de Legitimidad", cuando el acto a impugnarse contiene violaciones que son directas a la Constitución mediante resolución administrativa no es obligatorio acudir al juicio de nulidad, por lo que el interesado puede interponer el juicio de amparo.<sup>51</sup> Sin embargo, podría ocurrir que el interesado se equivocase y que en la creencia de que existen violaciones directas a la Constitución, interponga el juicio de amparo; en este caso se olvida que las causales de ilegalidad que se hacen valer son prácticamente las que contienen los artículos 14 y 16 Constitucionales y que propiamente no constituyen violaciones directas y de fondo a la Constitución. Margáin cita una tesis jurisprudencia de la Sala Administrativa de la Suprema Corte que en nuestro concepto expresa breve, clara y concisamente la distinción de procedencia entre uno y otro juicios:<sup>52</sup>

*"Empero no hay razón para pretender que por el hecho de que en la demanda de garantías se aduzca, al lado de violaciones a garantías de legalidad por estimar que se vulneraron preceptos de leyes secundarias, violación a la garantía de audiencia, no debe agotarse el recurso ordinario, puesto que, mediante éste, cuya interposición priva de definitividad al acto recurrido, el afectado puede ser oído con amplitud que la garantía de audiencia persigue, ya que tiene la oportunidad de expresar sus defensas y de aportar las pruebas legalmente procedentes. En cambio, cuando únicamente se aduce la violación de garantía de audiencia, no es obligatorio, para el afectado, hacer valer recurso alguno. El quejoso debe pues, antes de promover el juicio de garantías, agotar el recurso establecido por la ley de la materia, pues la circunstancia de que en la demanda de amparo se haga referencia a violaciones de preceptos constitucionales no releva al afectado de la obligación de agotar, en los casos en que proceda, los recursos que estatuye la ley ordinaria que estima también infringida, pues de lo contrario imperaría el arbitrio del quejoso, quien por el solo hecho de señalar violaciones a la Carta Magna, podría optar entre*

<sup>51</sup> MARGÁIN MONAUTOU, Emilio, *De lo contencioso administrativo de anulación o de legitimidad*, 4a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 66.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 67.

acudir al juicio de amparo o agotar los medios ordinarios de defensa que la ley secundaria establezca".<sup>53</sup>

En la práctica no debería existir confusión, pues los distintos ordenamientos legales son claros. La Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del D. F. señala que las salas del Tribunal son competentes para conocer de los juicios en contra de actos administrativos que las autoridades de la Administración Pública del D. F. dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar, en agravio de personas físicas o morales así como de los promovidos contra la Administración Pública Paraestatal cuando actúe como autoridad. En cambio, el artículo 103 constitucional concede facultad a los tribunales federales para resolver controversias: I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales. II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal. III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

A todas luces puede fácilmente concluirse que aunque el Juicio de Amparo ha desempeñado la labor de control de la legalidad en materia administrativa, es ésta una finalidad fuera de su verdadera órbita, que ha traído entre otras consecuencias, la falta de legalidad en la actuación de la autoridad administrativa, por lo que se ve necesario que se fortalezca la jurisdicción administrativa.

Deseamos citar otra opinión sobre el amparo en materia administrativa y que pueden servir de complemento a la crítica que hemos hecho:<sup>54</sup>

1. Existe una tendencia a suspender la impugnación inmediata de los actos de la administración ante los jueces de amparo, ya que se han consolidado los órganos de jurisdicción administrativa a nivel local, y de que el Tribunal Fiscal de la Federación se encuentra en vías de convertirse en un Tribunal Federal de Jurisdicción administrativa.

<sup>53</sup> La mencionada Jurisprudencia, es citada por Emilio Margáin, siendo visible en el Informe rendido a la Suprema Corte por su presidente, al terminar el año 1982, segunda parte, p. 122.

<sup>54</sup> VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Evolución y Perspectiva de los Órganos de Jurisdicción Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, México, UNAM, 1992, p. 290.

2. Existe también una tendencia a la especialización en materia administrativa de los funcionarios relacionados con los juicios.

3. Facultad de atracción del Pleno y de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de los amparos uniinstanciales que presentan un carácter de interés nacional.

4. Otra tendencia es a sustituir el cumplimiento de la sentencia por el pago de y perjuicios cuyo monto es determinado por el juez de amparo.<sup>55</sup>

5. Por último, el amparo en materia administrativa se despliega en dos sectores: como sucedáneo del contencioso administrativo, y como amparo casación para la revisión de las sentencias emitidas por los órganos de la jurisdicción administrativa.<sup>56</sup>

Las diferencias entre uno y otro recurso derivan de su distinta finalidad. No podemos pasar por alto que el efecto final del Amparo es también la nulidad, sin embargo, lo es por razones de constitucionalidad, no de legalidad. En cambio un tribunal de lo contencioso administrativo tiene prohibido juzgar la constitucionalidad, pues ésta es prerrogativa del órgano judicial federal. Quizá se puede expresar mejor de la siguiente manera: el amparo protege la constitucionalidad que es el género, en cambio el tribunal administrativo vela por la legalidad que es la especie.

Con estas observaciones concluimos este apartado que hemos titulado del devenir de lo contencioso administrativo, intentando subrayar la corriente vertiginosa que se ha gestado en los últimos años, y que apunta a tomar sus líneas más definitivas próximamente.

## 6. EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Por la Ley de Justicia Fiscal del 31 de agosto de 1936 se creó el Tribunal Fiscal de la Federación. Antes de esto, al decir de Nava Negrete: "*la Justicia Administrativa estaba depositada en Juicio de*

<sup>55</sup> Al efecto, Vázquez Alfaro, menciona y cita al destacado jurista don Alfonso Noriega Cantú, quien se ha opuesto manifiestamente a esta práctica de sustituir la ejecución de la sentencia por dinero, ya que sigue siendo fiel a la tradición, considera que dicho pago de daños y perjuicios sea solicitado en forma posterior, mediante un juicio ordinario federal, *op. cit.*, p. 290.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 290.

*Amparo, convertido en medio procesal para controlar la legalidad de los actos de autoridad, tanto administrativos como judiciales. Así, a través del juicio de Amparo, el Poder Judicial Federal monopolizaba la Justicia administrativa federal, prolongando la tradición judicialista del siglo XIX con los interregnos brevísimos del Consejo de Estado de Lares y el Imperio de Maximiliano, que acogieron el sistema francés de tribunales administrativos*".<sup>57</sup>

En el mismo sentido es la opinión del maestro Fauzi Hamdan, quien señala que históricamente las contiendas entre la Administración Pública y los particulares tradicionalmente han sido resueltas por el órgano Judicial, básicamente mediante el procedimiento del Juicio de Amparo que ha sido el medio de garantía de control de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de la Administración Pública, sin embargo, se ha apreciado que dicho medio procesal no ha sido suficiente ni adecuado para el control jurisdiccional de la Administración Pública, básicamente por la falta de especialidad de los jueces para conocer de las diversas materias de competencia del Órgano Ejecutivo y, sobre todo, porque el juicio constitucional en última instancia, se aprecia a la luz de las normas constitucionales y no de las normas secundarias las cuales, para los efectos del Juicio de Amparo se aprecian y analizan de manera indirecta.<sup>58</sup>

En la creación de algunos tribunales administrativos al principio de la Revolución de 1910, encontramos otros antecedentes del Tribunal Fiscal de la Federación, como fue la Comisión consultiva de indemnizaciones, o la Ley de Reclamaciones por daños provenientes de la Revolución en 1919. Más tarde aparecieron el Jurado de Penas Fiscales, la Junta Revisora, el Jurado de Revisión en el D. F.; asimismo se creó la Ley Reglamentaria de la Comisión Ajustadora de la Deuda Pública.

Posteriormente se crean dos organismos semiautónomos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público: la Junta Revisora del Impues-

<sup>57</sup> MARIANO AZUELA y ALFONSO NAVA NEGRETE son citados por ANDRÉS SERRA ROJAS, refiriéndose en cuanto al primero a su Exposición publicada en la *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación* de septiembre de 1956, pp. 172 y 174. Y en cuanto al segundo, a su "Estudio sobre el artículo 116 constitucional y la Justicia Administrativa Local", *op. cit.*, pp. 685 y ss.

<sup>58</sup> HAMDAN AMAD, FAUZI, "Necesidad de Incorporar a nuestro sistema jurídico un Código Federal Administrativo y un Tribunal Federal de Justicia Administrativa", artículo publicado en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, México, 1985, p. 265.

to Sobre la Renta (1924) y el Jurado Calificador de Infracciones Fiscales (1926), que propiamente revisaban inconformidades de los contribuyentes sobre las multas impuestas. Estos dos organismos no constituían propiamente la jurisdicción administrativa fiscal, aunque sí reconsideraban el derecho de los causantes para impugnar los cobros fiscales por medio de un juicio sumario. Después sobrevienen en 1935, reformas a la Ley Orgánica de la Tesorería de la Federación, que contenían principios que se incluyeron en la Ley de Justicia Fiscal, la cual crea el Tribunal Fiscal de la Federación.<sup>59</sup>

La creación del Tribunal suscitó entre los doctrinistas y juristas arduas polémicas acerca de su constitucionalidad; el naciente Tribunal se ubicaba inmerso en el Órgano Ejecutivo, pues señalaba claramente que sus resoluciones serían tomadas en nombre del Presidente de la República, sin embargo, se le otorgaba plena autonomía para dictar sus fallos.<sup>60</sup> Por estas razones, los estudiosos y practicantes del derecho que iban en franca oposición a la creación de un Tribunal que controlara un poco más los actos de la autoridad administrativa en el ámbito fiscal se dieron a la tarea de desvirtuar el fundamento legal de la creación de dicho Tribunal; y por el contrario hubo quien se preocupó por solucionar dicha situación.

Así en 1946 se reformó nuestra Carta Magna en su numeral 104 previniendo la existencia de tribunales administrativos, con lo cual quedó constitucionalizada la cuestión del Tribunal Fiscal. De igual forma, en 1967 el día 16 de diciembre se reformó el mencionado precepto y el artículo 73 XXIX h), reconociendo en una forma expresa la posibilidad jurídica de la existencia de tribunales de lo contencioso-administrativo, y la facultad del Congreso para crearlos.

Debemos dejar claro que aun cuando se subsanó la anomalía constitucional, en su creación el Tribunal Fiscal de la Federación era lamentablemente inconstitucional, tanto porque rompía con el principio de división de órganos de poder, como porque el Congreso no tenía facultad —ni explícita ni implícita para expedir dicha ley.

<sup>59</sup> La Ley de Justicia Fiscal fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 31 de agosto de 1936, sin embargo, en dicha ley se prevenía que el funcionamiento del nuevo Tribunal que se estaba creando, iniciaría hasta el día primero de enero de un año después, es decir, en 1937.

<sup>60</sup> HAMDAN AMAD, FAUZI, *ob. cit.*, p. 265.

### 6.1 Naturaleza jurídica del Tribunal

Varios autores han dedicado su tiempo y su esfuerzo al estudio crítico del Tribunal Fiscal. Para los efectos de la presente investigación, bástenos conocer algunas de las definiciones propuestas, ya que más adelante haremos mención a la Ley Orgánica de dicho Tribunal que ampliamente nos muestra la estructura y funcionamiento del mismo.

La definición que del Tribunal nos ofrece el Diccionario de Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM nos dice que dicho Tribunal es "*el organismo judicial que conoce de las controversias entre los causantes y las autoridades fiscales, federales, así como a otros conflictos semejantes y que actualmente está dotado de plena autonomía para dictar sus fallos*".<sup>61</sup>

Por otro lado Rafael de Pina Vara lo define en su Diccionario de los Órganos de la Administración Pública Federal como: "*tribunal administrativo de plena autonomía para dictar sus fallos, integrado por una Sala Superior y por las Salas Regionales*".<sup>62</sup>

El maestro Andrés Serra Rojas no define propiamente al Tribunal, sin embargo, nos da algunos elementos importantes que a su juicio forman la naturaleza jurídica del Tribunal propiamente dicha. A continuación mencionaremos dichos principios:

1. Formalmente es una institución administrativa y materialmente realiza una función jurisdiccional.

Es administrativa porque se encuentra dentro de la estructura del poder ejecutivo; y es jurisdiccional porque resuelve controversias que es una función que pertenece esencialmente al órgano jurisdiccional.

2. El Tribunal está colocado en el marco del Poder Ejecutivo.

3. El Tribunal Fiscal es un Tribunal de Derecho.

4. La competencia del Tribunal es limitada y no debe extenderse.

5. El Tribunal es un Tribunal de justicia delegada, no de justicia retenida.

6. El Tribunal Fiscal de la Federación carece de competencia para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes.

<sup>61</sup> *Diccionario en Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1990, p. 3170.

<sup>62</sup> DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de la Administración Pública Federal*, México, Editorial Porrúa, 1983, p. 642.

7. Al Tribunal corresponde el contencioso de anulación, llamado por algunos autores Juicio por exceso de Poder.<sup>63</sup>

No siendo necesario urgir más en las distintas maneras de definir al órgano en cuestión, podemos, de lo mencionado, concluir que la naturaleza jurídica del Tribunal Fiscal de la Federación, tal como lo creó la Constitución y la Ley Orgánica, es la de ser un órgano materialmente jurisdiccional y formalmente administrativo. Si se poseen debidamente los conceptos mencionados no habrá dificultad en hacer coincidir ambas realidades —jurisdiccional y administrativa— en un mismo órgano.

Respecto a la naturaleza del Tribunal, nos adherimos a la opinión más generalizada, en el sentido de que se trata por naturaleza de un verdadero Tribunal, y de aquí que haya asumido la estructura y organización propia de un organismo jurisdiccional. El hecho de que su nombramiento corresponda al Ejecutivo, no significa que su naturaleza corresponda a un órgano administrativo, pues el nombramiento es una cuestión de índole formal. Además, se aúna al argumento anterior el hecho de que tratándose de otros funcionarios de alta magistratura también le corresponde, por la Constitución, su nombramiento al Ejecutivo Federal, y nadie pone en duda su evidente naturaleza jurídica.

El calificativo de Tribunal Administrativo es precisamente hacer corresponder su naturaleza con la realidad, de manera que el Tribunal Fiscal de la Federación sea un verdadero tribunal, y que conozca de toda la rama administrativa.

Según lo expuesto anteriormente, la justicia administrativa es por ahora la mejor forma de atajar los excesos de poder de este órgano, y de mantener el respeto al principio de legalidad. Podemos añadir nuestra conformidad con las características que añade Serra Rojas, en cuanto a que es un Tribunal de nulidad, de justicia delegada, etcétera. Nos gustaría simplemente añadir otra, el Tribunal Fiscal de la Federación no ha sido en su origen —ni aún después de las reformas— un Tribunal de Jurisdicción Administrativa plena.

<sup>63</sup> Al mencionar esta característica, señala que Alcalá Zamora y Castillo llama al contencioso de anulación como "Juicio por exceso de Poder", *ob. cit.*, p. 692.

## 6.2 *Ámbito de Competencia del Tribunal*

Desde sus orígenes el Tribunal fue creado para conocer de materia relacionada con las contribuciones que los particulares dan al Estado para el gasto público,<sup>64</sup> y de los conflictos que puedan suscitarse con motivo de estos créditos.

Infortunadamente para la pureza doctrinaria, el reconocimiento de los tribunales administrativos federales autónomos por la Constitución, tuvo como motivo verdadero crear un recurso de revisión contra los fallos del Tribunal Fiscal de la Federación adversos a la Hacienda Pública y destruir así la autoridad de cosa juzgada absoluta que le atribuyeron los redactores de la Ley de Justicia Fiscal.<sup>65</sup>

La competencia del Tribunal estaba contenida en el artículo 15 de la Ley Orgánica que contenía la competencia de la Sala Superior, destacando: fijar jurisprudencia; resolver juicios con características especiales; calificar las recusaciones, excusas e impedimentos; fijar reglas para la distribución de asuntos. También se encuentran dentro de sus facultades de competencia: las relativas a la designación del presidente del Tribunal; señalar sede de las salas regionales; responsabilidad de servidores públicos y la aplicación de sanciones; adscripción de magistrados, secretarios, peritos y actuarios; suplencia de magistrados; nombramientos de funcionarios; nombramiento de empleados administrativos; licencias; administración y representación del Tribunal; presupuesto; reglamento interior del Tribunal; Magistrados visitantes.

La competencia del Tribunal ha sido modificado por la nueva Ley Orgánica de ese órgano. Se modificó su competencia, ampliándola con el objetivo de convertirlo en un tribunal de jurisdicción administrativa plena. Por otro lado se incluyeron algunas reformas que mejorarán su eficacia y su operatividad; a nuestro juicio las más importantes son:

<sup>64</sup> *Idem*, cita una Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que nos define gasto público: "Por gasto público no debe entenderse todos los que pueda hacer el Estado, sino aquellos destinados a satisfacer las funciones y servicios públicos", *Jurisprudencia de la Suprema Corte*, tesis 510, t. II, p. 685.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 678.

### *En cuanto a la competencia:*

El artículo 11 de la Ley señala que el Tribunal conocerá de los juicios que se promuevan contra las siguientes resoluciones:

1. Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos que fijen obligación fiscal.
2. Las que nieguen la devolución de un ingreso indebidamente percibido por el Estado.
3. Aquellas que impongan multas por violar las normas administrativas federales.
4. Aquellas que causaren agravio fiscal distinto a los señalados.
5. Las sentencias que nieguen o reduzcan las pensiones y prestaciones sociales que el Estado proporciona (Ejército, Fuerza Aérea, Armada).
6. Las dictadas en materia de pensiones civiles y con cargo al Erario Federal o al ISSSTE.
7. Las dictadas sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas de la Administración Pública Federal Centralizada.
8. Si constituyen créditos por responsabilidades contra servidores públicos de la Federación, D. F. u organismos descentralizados federales o del D. F.
9. Aquellas que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, el D. F., los Estados y los Municipios y sus organismos descentralizados.
10. Aquellas que nieguen al particular la indemnización del artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.
11. Aquellas que traten sobre materias del artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior.
12. Si imponen sanciones administrativas a los servidores públicos.
13. Aquellas que resuelvan los recursos administrativos en contra de las resoluciones a los que se refieren las fracciones anteriores, inclusive el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
14. Las que señalan las leyes.

*Son resoluciones definitivas:* las que no admitan recurso administrativo.

Si es la autoridad quien está promoviendo la anulación de una resolución administrativa favorable a un particular y relacionada con las materias señaladas, el Tribunal conocerá de ellas.

Destaca la nueva atribución que tiene el Tribunal y la cual consiste en que ahora podrá resolver controversias respecto de las resoluciones que resuelvan los recursos administrativos a que se refiere el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo ya transcrito.

*En cuanto a la organización y estructura del Tribunal:*

Por no ser específicamente nuestro propósito, no nos vamos a centrar en el aspecto estructural, sino que nos limitaremos a enunciarlo, por la incidencia que puede tener en el conjunto de la cuestión que estamos tratando. Dentro de estas reformas podemos referirnos, primeramente a:

*El Pleno del Tribunal:* Con las reformas se restablece como órgano al "Pleno", y una de sus atribuciones de carácter jurisdiccional más importante es la facultad de resolver los juicios en que se requiera establecer la interpretación directa de un precepto de ley o reglamento, o fijar el alcance de los elementos constitutivos de una contribución, hasta fijar jurisprudencia, así como la facultad de resolver los que el Presidente del Tribunal Fiscal de la Federación considere de importancia y trascendencia.

*De las Secciones:* Ésta es una nueva inclusión que se hizo en la organización del Tribunal, y dentro de sus atribuciones jurisdiccionales más importantes destacan a) La resolución de juicios en los que se traten las materias señaladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior; b) Aquellos en los que la resolución impugnada se encuentre fundada en un tratado o acuerdo internacional para evitar la doble tributación o en materia comercial, o cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se hubiera aplicado en su favor algunos de los referidos tratados y acuerdos; c) Los que el Presidente del Tribunal considere de importancia y trascendencia.

*De la Sala Superior:* Corresponde a ella conocer del nuevo recurso de apelación que puede interponer la SHCP en contra de ciertas resoluciones. Además, si bien las Secciones de la Sala Superior emitirán sentencia respecto de los asuntos para los que tenga competencia, serán las Salas Regionales las que se encarguen de la instrucción del juicio.

Por ser nuestro propósito hacer algunas propuestas concretas a la nueva Ley Orgánica del Tribunal, nos remitimos al siguiente apartado para hacer nuestras observaciones a la nueva legislación.

## 7. EL TRIBUNAL FEDERAL ADMINISTRATIVO

Tal y como ha podido analizarse a través de los apartados del presente trabajo de investigación, es patente el ritmo de avance que existe en nuestro Derecho para crear una verdadera justicia administrativa, tal como lo muestra la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, así como la Ley de Procedimientos Administrativos del Distrito Federal; y las reformas a la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.<sup>66</sup>

Sin embargo no todo se ha hecho, falta limar algunos defectos que siguen teniendo estas innovaciones. Es por tal razón que a continuación proponemos la creación del Tribunal Federal Administrativo, con las características, competencias y facultades que procuraremos fundamentar, a fin de llenar el vacío jurídico que existe en nuestro sistema.

### 8.1 Nombre previsto para el Tribunal

Al ser éste un tribunal que conozca de todos los asuntos donde intervenga la Administración Pública Federal, así como en todos los asuntos que disponga la Ley Federal de Procedimientos Administrativos, y en aquellos que su artículo primero, segundo párrafo excluye,<sup>67</sup> lo más adecuado sería denominarlo *Tribunal Federal Administrativo*.

De no ser así y en el supuesto que decidiéramos llamarlo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en materia federal correríamos el riesgo de caer, en opinión de don Niceto Alcalá Zamora, en una tautología<sup>68</sup> toda vez que la mayoría de los asuntos desahogados en los tribunales suponen un conflicto o contienda de intereses.

Ahora bien, si se optara por llamarlo Tribunal Fiscal de la Federación, tal y como hasta la fecha se ha llamado, orillaríamos a pensar que dicho organismo únicamente es competente para resolver conflic-

<sup>66</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 15 de diciembre de 1995.

<sup>67</sup> Este punto será explicado en el apartado siguiente.

<sup>68</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso Administrativo*, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, t. XIII, núm. 51, p. 607.

tos en materia fiscal, cuestión que como se explicará más adelante debe corregirse.

En favor de nuestra propuesta está el significado mismo de los términos. Por razón de ser, el nombre de algo debe incluir lo necesario para identificar el objeto, y debe excluir todo factor de confusión. Nuestra elección es por tanto concederle el título de "Tribunal", esto por la naturaleza misma de su función. "Federal" por el hecho de que en él se desahoguen todos aquellos asuntos que intervengan las diversas entidades del Poder Público en su ámbito federal y distinguiéndose de los Tribunales Administrativos Locales. "Administrativo", por razón de que conocerá de la extensa materia administrativa, es decir, de los actos de la Administración Pública Federal.<sup>69</sup>

### 8.2 Competencia

Como ya lo comentamos en notas anteriores, nuestra propuesta va encaminada a convertir el actual Tribunal Fiscal de la Federación, en un Tribunal Federal Administrativo de plena jurisdicción. Las razones han quedado expuestas. Es necesario que la justicia administrativa encuentre garantizada su aplicación, y para ello es necesario que además de los recursos de revisión o apelación que se contemplan en algunas leyes, exista la instancia judicial. Como lo explicamos en su momento, el juicio de amparo no es suficiente.

Ahora bien, es importante mencionar que nuestra propuesta no es innovadora, pues existen en el mundo del derecho diversas opiniones de importantes tratadistas que se han preocupado, al igual que nosotros por una verdadera impartición de justicia administrativa. Don Jesús González Pérez, en su obra *Derecho Procesal Administrativo Mexicano* nos expone su pensamiento al comentar la evolución que el mismo Tribunal Fiscal ha tenido, y que progresivamente ha ido ampliando el ámbito de su jurisdicción: "constituye un orden jurisdiccional especial, cuyo ámbito viene delimitado fundamentalmente por la materia tributaria. Pero su jurisdicción originaria limitada a esta materia se ha ido extendiendo a otras materias administrativas. Lo que ha permitido pensar que éste podría ser el procedimiento para estruc-

<sup>69</sup> En realidad no conocerá de toda la actividad de la Administración Pública, porque no comprende a los organismos descentralizados; sin embargo, como lo sostendremos más adelante esta esfera debe aumentarse.

turar un sistema de justicia administrativa federal: atribuyéndose jurisdicción general en materia administrativa.<sup>70</sup>

Muy conocida fue la opinión de don Antonio Carrillo Flores, quien participó en la elaboración de la Ley de Justicia Administrativa, con la que se le dio nacimiento al Tribunal Fiscal de la Federación. Afirmaba que existe en la actualidad una corriente doctrinal cada vez más vigorosa para que se establezca un tribunal federal de lo contencioso administrativo que cubra todas las áreas de la acción administrativa. Y que en el supuesto que esto llegara a suceder, sería necesario que la legislación respectiva defina las jurisdicciones correspondientes de dicho tribunal federal de lo contencioso administrativo y de los órganos tradicionales de la justicia federal, es decir, los jueces de distrito, de los magistrados de circuitos unitarios y colegiados y de la Suprema Corte de Justicia; respetando en todo caso la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para, de una manera o de otra, decir la última palabra.<sup>71</sup>

Un tratadista más que se pronuncia a favor de la creación de un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es José Luis Vázquez Alfaro, quien en su obra *Evolución y Perspectiva de los Órganos de Jurisdicción Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, al comentar sobre los lineamientos básicos del amparo administrativo nos dice que uno de ellos es: "La tendencia a la supresión de la impugnación inmediata de los actos de la administración activa ante los jueces de amparo, toda vez que se han consolidado los órganos de jurisdicción administrativa a nivel local, y de que el Tribunal Fiscal de la Federación se encuentra en vías de convertirse en un Tribunal Federal de Jurisdicción Administrativa".

Por último, y antes de avocarnos propiamente al tema de la competencia que pretendemos se le dé al Tribunal Federal Administrativo, nos conviene citar a un tratadista que ha tenido una certera y relevante participación en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y en la propugnación de un Tribunal Administrativo Federal.

<sup>70</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, p. 642. Al respecto don Jesús González Pérez comenta que a este tema dedicó su comunicación (titulada "La jurisdicción contenciosa administrativa y el Tribunal Fiscal de la Federación"), que presentó en el Congreso para conmemorar el 50 aniversario del Tribunal. Así mismo comenta que hay varias obras sobre el tema como lo es la de Heduán Virués, "Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa".

<sup>71</sup> CARRILLO FLORES, Antonio, *ob. cit.*, pp. 42 y ss.



Al respecto comenta: "Hoy en día, la tendencia es clara y manifiesta, como lo han señalado infinidad de tratadistas, de transformar el actual Tribunal Fiscal de la Federación en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa con competencia para dirimir las controversias entre la Administración Pública Federal, Centralizada y Descentralizada, y los particulares".<sup>72</sup>

En tratando de la competencia, comenzamos por señalar que el objetivo es que, desde el punto de vista material, el Tribunal conozca de todos los actos de la Administración Pública Federal Centralizada y Descentralizada, que causen alguna lesión o perjuicio a los particulares, salvo aquellas resoluciones o actos que por su naturaleza no fueran lesivos directamente a los particulares. Formalmente, el Tribunal deberá quedar independiente y autónomo del Poder Ejecutivo.

Para esto existen, a nuestro juicio, cuatro puntos importantes y concretos que deberán incluirse en la competencia del Tribunal Federal Administrativo, además de las que actualmente le competen al Tribunal Fiscal de la Federación. Comencemos:

a) *Materia excluida en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo*

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, expresamente en su artículo primero, párrafo segundo establece las materias excluidas de la ley. Aunque ya lo hemos afirmado insistimos en que esto no debería ser así. En estas materias el particular no goza de los beneficios que esta Ley le concede, ni por tanto del beneficio de poder interponer el recurso de revisión, ni por ende de acogerse al amparo de la fracción XIII del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación. Independientemente del proceso que se siga para ir incorporando el resto de materias a la aplicación de la Ley Administrativa, por ahora nuestra propuesta concreta consistiría en modificar la fracción multicitada quedando en los siguientes términos:

"XIII. Las que resuelvan los recursos administrativos previstos en el artículo 83 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, o en las demás leyes especiales".

Con esto, el Tribunal Fiscal de la Federación será Tribunal de Justicia Administrativa para recurrir las resoluciones que pongan fin a

<sup>72</sup> HAMDAN AMAD, Fauzi, *op. cit.*, p. 265.

un procedimiento administrativo, ampliando su competencia y convirtiéndose en tribunal de plena jurisdicción administrativa.

b) *De los Contratos Administrativos*

El conocimiento de los contratos administrativos por parte del Tribunal Federal Administrativo es de suma importancia para lograr el objetivo que se ha expresado: garantizar una auténtica impartición de justicia administrativa en materia federal. Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación prescribe que el tribunal conocerá las materias relativas a la interpretación y cumplimiento de *contratos de obras públicas* que celebre la Administración Pública Federal Centralizada.

Aplaudimos la inclusión de esta fracción en la Ley, pero no encontramos la razón para que se limite únicamente al conocimiento relativo a los contratos de obras públicas. Si lo que pretendemos es precisamente "federalizar" la competencia del Tribunal creemos que debe implicarse a todos los contratos administrativos, siempre y cuando sean celebrados por el Órgano Ejecutivo. Nuestra propuesta sería modificar la actual fracción VII del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal para quedar como sigue:

"VII. Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos administrativos celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada".

Quedaría por incluir los contratos de la Administración Pública Federal Descentralizada, sin embargo, aunque por propia naturaleza le correspondería, consideramos prudente dejarlo para una reforma posterior.

c) *Actos de la Administración Pública Descentralizada*

Como lo acabamos de advertir esta inclusión deberá hacerse paulatinamente y en un segundo momento. No podemos cambiar de golpe la estructura de nuestro sistema. Uno de los impedimentos para que el Tribunal Federal Administrativo conozca de estas materias actualmente, se debe principalmente a que es necesario que antes se clarifique, el actuar con el carácter de "autoridad" de los organismos que componen a la Administración Descentralizada.

Hay que considerar además que la mayor parte de la legislación sustantiva administrativa no regula el actuar de dichos organismos.

#### d) Responsabilidad Civil del Estado

Otro punto que consideramos crucial en toda Ley Administrativa, tanto sustantiva como adjetiva, es el referente a la responsabilidad civil del Estado. Es a una Ley Administrativa a la que le corresponde señalar los límites y los alcances de la responsabilidad que se puede fincar al Estado, y a la legislación adjetiva el proceso para hacer efectiva esa responsabilidad.

Como es bien sabido por todos los especialistas, existe en nuestro derecho un gran vacío con relación a este tema. Únicamente en la legislación sustantiva civil del Distrito Federal<sup>73</sup> se prevé la responsabilidad civil del Estado, y aunque esta legislación tiene aplicación federal lo es sólo supletoriamente, por lo que no ha sido tratado correctamente.

El Estado, según dicho cuerpo legal, responde de manera solidaria cuando el funcionario ha actuado dolosamente, y subsidiariamente cuando éste carezca de recursos suficientes para pagar por aquellos daños y perjuicios que hubiese ocasionado al particular.

En contraposición a lo que opina el maestro Antonio Carrillo Flores,<sup>74</sup> opinamos que la responsabilidad civil o financiera deberá de ser fincada al Estado, siempre que éste, a través de sus funcionarios cause un daño objetivo a los particulares. Seguir un juicio previo para comprobar el estado subjetivo por el cual actuó el servidor público, que en la mayoría de los casos resulta difícil, para no decir imposible, de comprobar; o en su caso, seguir todo un juicio en contra del funcionario hasta la ejecución de la sentencia, y ante la imposibilidad de ésta, iniciar una segunda acción ante la autoridad administrativa para que subsidiariamente responda con los daños y perjuicios causados al administrado, hace nugatoria esta institución.

Los daños causados injustamente, a un particular no deben quedar sin el resarcimiento debido, los cause quien los cause, por lo que es imperiosa la necesidad de atender esta laguna tanto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, como en la Ley del Tribunal Fiscal de la Federación.

<sup>73</sup> Artículo 1927 Civil del Distrito Federal.

<sup>74</sup> El maestro CARRILLO FLORES opina que *la responsabilidad financiera del Estado por el funcionamiento defectuoso de los servicios debiera por eso... limitarse a los casos de culpa verdaderamente grave, dándose preferencia a las reclamaciones de las personas de más bajos ingresos*, en su libro *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, ob. cit., p. 213.

#### 8.3 Organización Interna del Tribunal Federal Administrativo

Una mayor atracción de asuntos a conocimiento del Tribunal Federal Administrativo, como estamos proponiendo que se denomine de ahora en adelante, traerá aparejada la necesidad de responder en términos organizativos a esta mayor afluencia de trabajo. De hecho las reformas habidas en el actual Tribunal Fiscal de la Federación, las relativas a su competencia, han sido respaldadas por reformas en materia de estructura y organización. La nueva estructura se resume a lo siguiente:

a) La Sala Superior del Tribunal funciona ahora en pleno o en secciones.

b) Se aumentó el número de magistrados de la Sala Superior. Anteriormente eran nueve magistrados numerarios y hasta tres magistrados supernumerarios. Las reformas prevén ahora once magistrados. Por lógica cada sección se compone de cinco magistrados.

c) La mayor parte de los asuntos administrativos recaen ahora en el Presidente de la Sala Superior, procurando no distraer a las secciones de su verdadera función administrativa.

e) Anteriormente existían XII regiones, en las reformas se contemplan XI regiones.

f) El artículo 22 de la ley derogada establecía que existieran una Sala Regional por cada región, salvo la metropolitana donde debería haber dos salas. Las reformas, o mejor dicho la nueva ley, concede al pleno de la Sala Superior la facultad de establecer el número de salas que considere prudente, atendiendo a las necesidades de esa región concreta.

En el ambiente profesional es algo consabido que la convicción de que el Tribunal Fiscal es ya un tribunal de plena jurisdicción administrativa, tardará en hacerse vida y praxis tanto de los litigantes como de los magistrados, y qué decir del individuo particular. La expansión a un número mayor de asuntos es pues algo paulatino y dependiente en su totalidad de factores tanto sociológicos como particulares de cada región, por lo que resulta muy atinado conceder al pleno de la Sala Superior la facultad discrecional de juzgar y decidir la ampliación a un mayor número de salas.

Atendiendo a los principios de legalidad y de facultades explícitas (principios básicos constitucionales) corresponde al órgano legislativo modificar las regiones, y a la Sala Superior del Tribunal establecer

el número de Salas Regionales. Ambas materias corresponden, por naturaleza a actos legislativos, por estar concediendo competencia y tratarse de actos con efectos generales y permanentes, por tanto, el otorgar a la Sala Superior la facultad de establecer el número de salas por región es ya una excepción, por tratarse de un acto legislativo realizado por un órgano judicial. No habría razón, *a priori*, para oponerse a que se otorgara a la Sala Superior la facultad de establecer el número de regiones.

Si es, como será, que según nuestra propuesta se aumentarán aún más el número de asuntos que conocerá el Tribunal Federal Administrativo, es lógico que deba prepararse un mecanismo suficientemente ágil como para hacer frente a una avanzada de reclamaciones. Somos partidarios, por ende, de que se otorgue a la Sala Superior la facultad no solamente de establecer el número de salas por región, sino también el número de regiones en que se divide el territorio nacional.

La mejor manera de atender una función de justicia administrativa es precisamente la descentralización, ya que a través de ella se consiguen dos elementos primordiales: la cercanía con la problemática concreta, que resulta indispensable para la labor de magistratura, y el descargo de asuntos —salvo los de verdadera relevancia— al cuerpo directivo, entendiéndose en este caso Sala Superior.

Reiteramos nuestra convicción de que la actual estructura podrá hacer frente a la nueva vocación que queremos atribuirle al Tribunal, ésta se basa en los datos actuales y el desenvolvimiento esperado de los elementos de la propuesta.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> A continuación mostraremos algunos datos estadísticos que se presentaron en el informe periódico ante el Tribunal Fiscal de la Federación por parte de su presidente la licenciada Alma Peralta Di Gregorio. Estos datos nos muestran que el mayor número de casos de los que se conocen, no son por cuestiones de fondo en la legalidad de los preceptos, sino que corresponden a multas impuestas por organismos de la Administración Pública; asimismo manifiestan que no existe prácticamente rezago en las labores del Tribunal; lo anterior corrobora las afirmaciones que hemos hecho sobre las estrategias de reorganización que son necesarias, y las expectativas de modificación que habrá:

#### TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Informe de labores rendido por la Presidenta del Tribunal Fiscal de la Federación  
(10. de diciembre de 1994 al 30 de noviembre de 1995)

Lic. Alma Peralta Di Gregorio

Número de asuntos conocidos por salas:

Salas Regionales: Tuvieron conocimiento de un total de 25,891 demandas, lo cual refleja un incremento de 6,007 juicios en relación al mismo periodo del año pasado.

Otro capítulo relevante desde el punto de vista financiero, pero no jurídico, es el tema presupuestario, que puede limitar seriamente el crecimiento del Tribunal. Consideramos prudente estudiar con detenimiento los recursos que se deben otorgar a este Tribunal para que haga frente a sus responsabilidades.

Para cerrar de una manera más ordenada y sistemática esta exposición de ideas, juicios y razonamientos, preferimos la tarea de resumir en forma de conclusiones lo que, quizá sin el debido orden, hemos desarrollado en páginas anteriores.

#### 8. CONCLUSIONES

I. La justicia administrativa le corresponde ejercerla tanto a la autoridad administrativa como a la autoridad judicial. El procedimiento administrativo es un medio para controlar la actuación de la autoridad

Número de juicios resueltos: 19,635; lo cual significa un aumento de 4,400 juicios resueltos, mayor al resultado del año pasado.

Atracción de la Sala Superior: Durante el periodo estudiado conoció por atracción de 519 juicios. (Su fundamento de atracción es el artículo 239 bis del Código Fiscal de la Federación).

Se resolvieron en la Sala Superior 530 juicios, lo que significó un aumento de 123 expedientes más con relación al año pasado.

\* De los juicios resueltos anteriormente, se formaron 7 jurisprudencias.

\* Se destacó el esfuerzo de las Salas Regionales por su atinada programación.

Juicios recurridos por la autoridad: Existieron un total de 3,151 juicios iniciados a instancia de la autoridad, de los cuales 138 se resolvieron.

De los 19,635 juicios que se resolvieron, 3,210 se fueron a Juicio de Amparo; 1,188 resolvieron ordenando modificaciones a los actos recurridos; lo cual significa un 5.9% de juicios resueltos.

Materias de los juicios que se conocieron:

IMSS: 4,384.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal: 8.

Turismo: 2.

Servidores Públicos: 372.

Código Sanitario: 2.

Banco de México: 11.

Impuesto sobre la Renta: 2,033.

Impuesto al Valor Agregado: 796.

ISSSTE: 377.

Comercio: 372.

Aduana: 3,322.

\* Como puede observarse, no existe rezago; y la mayoría de los casos son por multas impuestas por la autoridad y no por asuntos de fondo.

administrativa, e incluye tanto el camino para expedir un acto como la resolución de los recursos interpuestos por los particulares.

II. Es indispensable que se otorgue a la autoridad judicial la facultad para nulificar los actos administrativos. Estos tribunales deben fungir a nivel local y federal. La finalidad propia de estos órganos es la de nulificar, en base a la ley, los actos administrativos viciados.

III. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1994, da las bases uniformes conforme a las cuales puede actuar un Tribunal Federal Administrativo. Anteriormente estas bases permanecían desperdigadas en multitud de disposiciones administrativas.

IV. A partir de 1857 la justicia administrativa en México fue confiada a la autoridad judicial pero en vía de Amparo. Así lo entendieron los constituyentes de 57 y de 17, y fue hasta la expedición de la Ley de Justicia Administrativa cuando comenzaron a actuar tribunales administrativos pero con una competencia muy reducida.

V. En los diversos ordenamientos jurídicos del Derecho Comparado, se han tomado diferentes caminos para lograr una eficiente impartición de justicia administrativa. No se puede afirmar que una sea mejor que otra, simple y sencillamente cada país en lo particular tendrá que decidir en base a sus circunstancias y factores específicos cuál es la mejor manera de regular el Poder Público.

VI. El Tribunal Fiscal de la Federación es un tribunal en toda la extensión de la palabra, con una naturaleza jurisdiccional. Se le denomina Tribunal Administrativo porque conoce de asuntos administrativos. Su dependencia del órgano ejecutivo, por nombramiento, no le hace perder esta cualidad. En cambio, se puede realzar su independencia económica a través de la nueva ubicación presupuestal, habiéndose ubicado en un rubro distinto al de la SHCP.

VII. Las reformas llevadas a cabo en 1994 versaron fundamentalmente en la ampliación de la competencia del tribunal, abarcándose ahora las resoluciones que ponen fin al recurso de revisión interpuesto por los particulares en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Con esto se pretende convertir al Tribunal Fiscal de la Federación en un tribunal administrativo de *plena jurisdicción*. Es optativo para el particular acudir a la autoridad administrativa en vía de revisión, o ir directamente al Tribunal Fiscal de la Federación en vía judicial.

VIII. En nuestra opinión estas reformas son insuficientes porque aún hay materias que no se incluyen, tales como: las materias exclu-

das de la LFPA, todos los contratos administrativos, los actos de los organismos descentralizados y la responsabilidad civil del Estado. Deben incluirse estas materias. En el caso de los actos de los organismos descentralizados su inclusión debe ser paulatina, primeramente debe aplicárseles las leyes administrativas, entre ellas la LFPA.

IX. Proponemos el cambio de nombre del Tribunal Fiscal de la Federación, debiéndose llamar *Tribunal Federal Administrativo*. No es conveniente, por tautológico, llamarle "*de lo contencioso*".

X. Para que el Tribunal Fiscal de la Federación pueda atender los asuntos que atraerá por su nueva configuración debe modificar y ampliar relativamente su estructura. En concreto, proponemos la fracción de algunas de sus regiones, así como la instalación de un mayor número de Salas Regionales. Este proceso deberá estar precedido de un análisis estadístico que permita calcular la cantidad de asuntos que llegarán a cada tribunal amén de evitar rezagos en su tramitación. Asimismo es necesario el dotar de los recursos necesarios para su funcionamiento.

los Estados Unidos y Canadá se han convertido en actores... en México en la forma de una de las... esta inversión de capital... el sector privado... el control... el desarrollo... el comercio... el comercio... el comercio...

### LA REGULACIÓN DEL GAS NATURAL EN MÉXICO

Josette SERRATO COMBE

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Aspectos sustantivos. II.1 Industria petrolera. II.2 La intervención de los sectores público, social y privado en la industria petrolera y en la distribución, almacenamiento y transporte de gas. III. Aspectos adjetivos. III.1 Jurisdicción para llevar a cabo actividades en la distribución, almacenamiento y transporte de gas. III.2 Autoridades reguladoras. III.3 La expedición de disposiciones administrativas de carácter general. III.4 Las ventas de primera mano. III.4.1 PEMEX como permisionario. III.5 La prestación de los servicios (de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural) y el transporte y distribución de gas licuado de petróleo. III.6 Procedimientos y permisos. III.7 Tarifas. III.8 Los términos y condiciones para el acceso y la prestación de las diversas modalidades del servicio. III.9 Los derechos y obligaciones del prestador del servicio. III.10 El procedimiento arbitral que proponga el permisionario para la solución de las controversias derivadas de la prestación del servicio. III.11 El régimen de propiedad y construcción de los ductos. IV. Conclusiones.

#### I. ANTECEDENTES

Con la firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (conocido como TLC o NAFTA, por sus siglas en español o inglés respectivamente), la evolución de la industria del petróleo en México, uno de los tres países signatarios del mismo, adquirió una nueva dimensión. La región geográfica conocida como América del Norte se convirtió en uno de los bloques comerciales en este ramo más importantes del mundo. Aun cuando se estableció claramente en dicho Tratado que el TLC se ajustaría a los términos establecidos en la Constitución de México, se percibió claramente que era necesario reducir las disparidades entre los tres países signatarios, Estados Unidos de América, Canadá y el propio México, en lo relativo a la industria del gas y el petróleo. En efecto, mientras en Estados Unidos prevalecía la propiedad privada en la producción, desarrollo y distribución del gas, con una combinación con inversiones hechas por

las entidades federativas, y en Canadá se deja virtualmente al sector privado, en México, en la fecha de firma del Tratado, esta materia estaba reservada al sector público, dejando al sector privado una reducida intervención. En el capítulo XI, dedicado a la inversión, artículo 1108, anexo III, las partes signatarias concluyeron, bajo la reserva de México, en excluir el petróleo, el gas y la petroquímica básica, incluyendo todas las actividades relacionadas con dicha actividad.<sup>1</sup> Sin embargo, el NAFTA prometió estabilidad a largo plazo en el comercio y asegura una provisión adecuada de los productos de energía entre los tres países.

Sobre la materia del petróleo y los hidrocarburos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>2</sup> establece en el artículo 27, párrafos cuarto y quinto, los siguientes principios:

Corresponde a la Nación el dominio directo de... el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos;

Este "dominio directo" es inalienable e imprescriptible;

La explotación, el uso o aprovechamiento de estos recursos, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal;

Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos... no se otorgarán concesiones o contratos, ni subsistirán los que se hubieran otorgado, y

La Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva.

El artículo 25 de la Constitución establece que el "sector público"<sup>3</sup> tendrá a su cargo las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto. Este artículo, dentro del contexto de lo que no se considerará como monopolio, establece que las actividades que

<sup>1</sup> Ver Rogelio LÓPEZ VELARDE, *The New Petroleum Law, the Internal Reforms at Pemex and the North American Free Trade Agreement*, The International Lawyer, Primavera 1994, vol. 28, núm. 1, p. 25.

<sup>2</sup> En lo sucesivo, "Constitución".

<sup>3</sup> Los incesantes cambios a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, realizados en distintas épocas, han originado una confusión de términos. Las palabras "Nación", "Estado", "Sector público", "gobierno federal", aun cuando técnicamente tienen un significado preciso, deben entenderse, en un esfuerzo analítico de comprensión, como sinónimos, significando el titular o depositario del gobierno federal, o las dependencias de éste que tengan a su cargo la función específica.

realice el "Estado" en la materia de petróleo y demás hidrocarburos constituyen una actividad que sólo el propio Estado puede llevar a cabo ("exclusiva"), y es considerada como "estratégica".<sup>4</sup> Adicionalmente, la calificación de actividades estratégicas puede hacerse agregándose a aquellas ya previstas en el propio artículo 28, a través de leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

El análisis de los preceptos citados determina que es claro que las actividades de explotación, uso y aprovechamiento del petróleo es una actividad reservada al Estado; los particulares o, en los términos de la propia Constitución, los sectores "social" o "privado" no tienen aplicación en esta actividad. Sin embargo, la expedición del TLC y la consecuente instrumentación que se requiere en el orden interno para recoger los principios recogidos en éste, aunado a i) la posibilidad de que los sectores "social" y "privado" participen en actividades "prioritarias"; ii) la urgente necesidad de orientar las políticas económicas hacia la inversión; iii) la determinación de que entre los hidrocarburos, el gas natural es un combustible básico con menor impacto ecológico, más limpio y económico, condujeron a la necesidad de redefinir ciertos aspectos relacionados con este importante sector.

El 11 de mayo de 1995, se publicó el Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones en la Ley Reglamentaria del artículo 27. Se establecieron, en once artículos, importantes criterios que establecen un nuevo rumbo. Estas reformas contienen aspectos sustantivos y adjetivos, y pueden clasificarse en:

- Industria petrolera
- La intervención de los sectores público, social y privado en la industria petrolera y en la distribución, almacenamiento y transporte de gas
- Jurisdicción para llevar a cabo actividades en la distribución, almacenamiento y transporte de gas
- Autoridades reguladoras
- Procedimientos para llevar a cabo actividades en la distribución, almacenamiento y transporte de gas, que incluye: la expedición

<sup>4</sup> El artículo 28 establece actividades "estratégicas", reservadas al Estado, y las "prioritarias", donde "de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores "social" y "privado".

de disposiciones administrativas de carácter general, las ventas de primera mano, la prestación de los servicios, procedimientos y permisos, tarifas, los términos y condiciones para el acceso y la prestación de las diversas modalidades del servicio, el procedimiento arbitral y el régimen de propiedad y construcción de los ductos.

## II. ASPECTOS SUSTANTIVOS

### II.1 Industria petrolera

El concepto de "industria petrolera" ha evolucionado a través de las distintas leyes reglamentarias de la materia. La industria petrolera fue expropiada el 18 de marzo de 1938: la primera *Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo*, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de noviembre de 1940; fue modificada por las correspondientes publicadas en el D.O. el 18 de junio de 1941, el 29 de noviembre de 1958, y el 30 de diciembre de 1977. La *Ley* de 1958 hizo una interpretación más amplia del término "industria petrolera", incluyendo áreas y etapas del negocio del petróleo y el gas que no habían sido contemplados en las Leyes de 1940 y 1941. Este concepto nuevamente se modifica y amplía en la reforma del 11 de mayo de 1995. El artículo 3o. establece que la industria petrolera abarca:

I. La exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución, las ventas de primera mano del petróleo y los productos que se obtengan de su refinación;

II. Las mismas actividades, pero referentes ahora al gas: exploración, explotación, elaboración y ventas de primera mano, agregándose el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración.

III. Las mismas actividades, pero referidas ahora a los *derivados del petróleo susceptibles de servir como materias primas industriales básicas y los del gas que constituyan petroquímicos básicos*.

Tanto el petróleo y sus derivados, como el gas, son genéricamente *carburos de hidrógeno (hidrocarburos)*, que pueden encontrarse en

diversos estados físicos.<sup>5</sup> El petróleo —aceite de piedra, en su sentido etimológico— se encuentra básicamente en estado líquido; el gas (o gas natural), se encuentra en estado gaseoso.

Como conceptos interesantes de la reforma destacan *la distribución, almacenamiento y transporte*, considerando que para que el petróleo, gas y derivados puedan aprovecharse, se requieren estas actividades.

### II.2 La intervención de los sectores público, social y privado en la industria petrolera y en la distribución, almacenamiento y transporte de gas

El artículo 4o. primer párrafo de la *Ley*, establece que la exploración y explotación de la industria petrolera se considera *estratégica*, según lo dispone el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución. En lo que se refiere al gas, hasta la publicación de estas reformas, sólo el Estado, por conducto de su agente autorizado, Petróleos Mexicanos (PEMEX) podía construir, operar y tener en propiedad ductos, indispensables para poder aprovechar la industria petrolera. Durante este periodo, PEMEX desarrolló un "adecuado" (*sic*) sistema nacional de ductos troncales. Junto con algunos operadores privados, se desarrollaron sistemas de distribución limitados, orientados principalmente al suministro de gas a clientes industriales, pero la participación privada, por las limitaciones constitucionales y reglamentarias era sumamente reducida: PEMEX y la Comisión Federal de Electricidad (CFE) contaban con el 90% de los clientes. No se desarrolló un sistema de almacenamiento, ni de comercialización por la misma razón. Por otra parte, las restricciones presupuestales de PEMEX, limitaron la construcción de ductos. Esta falta de infraestructura ocasionó una baja utilización del gas natural en los procesos industriales y un escaso consumo en las áreas comercial y residencial.<sup>6</sup>

La situación anterior condujo a la necesidad de replantear los principios vigentes en la materia, con objeto de auspiciar la inversión privada. En efecto, el nuevo párrafo segundo del artículo 4o. establece que: i) la exploración, explotación, elaboración del gas natural, ii) las

<sup>5</sup> Artículo 1o. de la *Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo* (en lo sucesivo la *Ley*).

<sup>6</sup> *La regulación del gas natural*, documento publicado por la Comisión Reguladora de Energía, México, 1995.

ventas de primera mano, y iii) el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración siguen siendo consideradas como actividades estratégicas, y, por tanto, reservadas al Estado; sin embargo, se abre la puerta para que otras actividades, la distribución, el almacenamiento y el transporte de gas pueden ser llevados a cabo por los sectores *privado* y *social*.<sup>7</sup> Las personas integrantes de estos sectores podrán construir, operar y ser propietarios de ductos, instalaciones y equipos.

Los principios legales que se establecen para llevar a cabo estas actividades son:

A. Se requerirá un "permiso" para operar en esta área.

B. El régimen legal aplicable a estas actividades es mixto: por una parte, los actos que realizan los particulares sobre esta materia son de naturaleza mercantil, como lo establece el nuevo artículo 12. Por lo tanto, estas actividades se llevarán a cabo en los términos de la legislación mercantil, y de manera supletoria, por la civil aplicable; por otra parte, considerando el régimen de permisos que se establece para poder llevarlas a cabo, ciertas actividades se consideran como "reguladas", en los términos del nuevo artículo 14.

C. Los sectores social y privado podrán construir, operar y ser dueños de ductos, instalaciones y equipos: esta propiedad se regirá conforme a los principios de las disposiciones reglamentarias, técnicas y de regulación que se expidan (artículo 12 de la *Ley*).

### III. ASPECTOS ADJETIVOS

#### III.1 Jurisdicción para llevar a cabo actividades en la distribución, almacenamiento y transporte de gas

Las actividades de transporte, distribución y almacenamiento de gas que lleven a cabo los sectores social y privado son de la exclusiva

<sup>7</sup> *Supra* nota 4. El sector "privado" es por exclusión, el conjunto de personas que no llevan a cabo una actividad gubernamental; el "social" está constituido por agrupaciones, o asociaciones de individuos que actúan colectivamente, como integrantes de un grupo organizado, y que tampoco participan como sujetos que lleven a cabo la actividad gubernamental.

jurisdicción federal.<sup>8</sup> Esta disposición complementa la señalada anteriormente; el régimen mixto aplicable, ubica, por una parte, los actos que se realizan en lo que se refiere a los contratos que celebren los sectores social y privado entre sí dentro del ámbito del derecho privado; al mismo tiempo, requiriéndose de permisos, su trámite y otorgamiento se llevará a cabo por las autoridades federales: en concreto, la Secretaría de Energía y la Comisión Reguladora de Energía, dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones.

Siendo la materia muy especializada y de contenido altamente técnico, el mismo artículo 9o. de la *Ley* establece que, en consecuencia, sólo el Gobierno Federal podrá dictar las disposiciones técnicas, reglamentarias y de regulación que las rijan. Esto origina la fundamentación y motivación para la expedición de dos instrumentos: la *Ley de la Comisión Reguladora de Energía* y el *Reglamento de Gas Natural*, y establece el punto de partida para la expedición de "disposiciones técnicas" y de "regulación".

En México, la expedición de "disposiciones técnicas" —normas *lato sensu*— origina ciertos problemas para ubicarlas como disposiciones de carácter general, o normas *stricto sensu*. La especialización técnica de ciertas materias así lo requiere, pero por otra parte, dar a normas técnicas el carácter de normas jurídicas es un "salto hacia lo desconocido" que repugna a un jurista ortodoxo. Significa brincar del mundo del "ser", al del "deber ser". La diferencia entre ambos tipos ha sido bien establecida por autores como Kant.<sup>9</sup> Sin embargo, como lo señala Eduardo García Máynez: "la aplicación de una regla técnica es a veces obligatoria para un sujeto. En tal hipótesis, el deber de observarla no deriva de ella misma, sino de una norma".<sup>10</sup> Así, el problema ha sido resuelto en la legislación mexicana estableciendo en instrumentos primarios, como en el caso concreto, la *Ley*, la facultad para que en el ámbito administrativo, el Poder Ejecutivo, a través de cualquiera de sus dependencias, expida dichas "disposiciones técnicas". Ejemplos de estas disposiciones se encuentran en toda la esfera administrativa: las "normas técnicas" para las construcciones, zonificación y uso del suelo, salud, etcétera.

<sup>8</sup> Artículo 9o. *Ley*.

<sup>9</sup> M. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel G. Morente, Madrid, 1932, Ed. Calpe. Citado por Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México.

<sup>10</sup> Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, p. 11.



El concepto de "regulación" es novedoso. En la clasificación de las normas jurídicas desde el punto de vista de su jerarquía,<sup>11</sup> éstas se clasifican en: i) constitucionales; ii) normas ordinarias; iii) reglamentarias, y iv) normas individualizadas. Sin embargo, ¿cómo ubicar a la "regulación"? El Diccionario de la Real Academia Española define a la "reglamentación", como "la acción y acto de regular", y "regular" significa "actuar conforme a la norma". ¿La regulación es sinónimo de reglamentación? En lenguaje jurídico, la palabra "regulación" es un anglicismo: "regulation",<sup>12</sup> pero, para ubicarlo dentro de ámbito legal mexicano, puede elaborarse partiendo del concepto de servicio, y dentro de éste, el servicio público.

El servicio público es una actividad técnica, directa o indirecta, de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar —de una manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro— la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público.

La organización de un servicio público, mediante las concesiones u otras formas jurídicas, establece un régimen de transición, que no debe desvirtuar la verdadera naturaleza del servicio público. La teoría administrativa no vacila en adoptar *un régimen de derecho privado en las relaciones del concesionario con otros particulares*, que de ninguna manera debe aceptarse para regular las relaciones entre el concesionario y el poder público, y principalmente en lo que atañe a la estructura del servicio.

La noción de servicio público presenta serias dificultades: es difícil precisar una definición rigurosa y unánimemente admitida. Sin embargo, analizando sus elementos materiales, jurídicos, técnicos y la forma en que el servicio se presta, se puede establecer:

- La creación de un servicio público es obra del legislador, dicho en otros términos, se verifica por ley;
- El fin de un servicio público es satisfacer necesidades generales, por medios y procedimientos públicos.

Puede establecerse una definición, basada en los elementos que integran el concepto, de la siguiente manera:

<sup>11</sup> Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 83.

<sup>12</sup> Ver, por ejemplo, el *Natural Gas Act, an act to "regulate" the transportation and sale of natural gas in interstate commerce, and for other purposes.*

*El servicio público es un servicio técnico ofrecido al público de una manera regular y continua, para la satisfacción de una necesidad colectiva y por una organización pública.*

Los principios del servicio público son:

- Generalidad;
- Uniformidad o igualdad;
- Continuidad;
- Regularidad;
- Obligatoriedad (para las autoridades), y
- Persistencia

A estos principios, la doctrina administrativa agrega el principio de *adaptación del servicio público; posibilidad de modificar el régimen del servicio y la igualdad de los usuarios frente al servicio, que los medios y procedimientos sean públicos y se sometan a un régimen jurídico especial.*

En ningún caso debe confundirse la actividad administrativa de dar órdenes, o establecer normas respecto a la organización de dichas actividades, con el concepto de servicio público, que se presenta como un procedimiento o una organización de interés general, encaminada a prestar servicios.

El elemento esencial en las definiciones de servicio público es el *interés general*, es decir, *el interés social para atender una necesidad general y apremiante. Cuando el Estado considera que una actividad no atiende suficientemente la satisfacción de una necesidad general, por abandono, negligencia, desinterés o ineficacia, toma las providencias necesarias para asumir su atención*, ya sea estimulando la iniciativa privada, ya combinándose con ella en un mismo propósito, o *sustituyendo a la propia acción particular*. Es en particular este último dato, el que distingue al servicio público de la empresa privada, o de cualquier otra forma de empresa.

La satisfacción de las necesidades públicas de un país se orientan hacia dos grandes nociones: *El orden público y La utilidad pública*. *El orden público* es el orden indispensable para el seguro desenvolvimiento de los grupos humanos. *La utilidad pública atiende a los arreglos sociales que son a la vez para la comodidad de los individuos y el mantenimiento del orden, en el sentido que la paz social está in-*

teresada en que estas comodidades sean dispuestas a la disposición de todos los individuos. La utilidad pública consiste en el derecho que tiene el Estado para satisfacer una necesidad colectiva y en general la conveniencia o el interés de la generalidad de los individuos del Estado.

Como la policía y los arreglos sociales útiles no pueden ser establecidos o no pueden mantenerse más que gracias a la acción incesante en los servicios, las necesidades públicas conducen directamente a la organización de los servicios públicos: esto es la *regulación*; la regulación es una manera de atender, vigilar y controlar un servicio considerado como público.

Los conceptos anteriormente mencionados conducen a que, analizando las actividades relativas al gas que llevan a cabo los particulares, tienen elementos y características que pueden ser calificadas no sólo como un servicio que prestan los particulares, sino que tiene elementos de servicio público, pues reúnen los elementos anteriormente descritos para ello, y adicionalmente, involucran cuestiones ambientales, de seguridad, de salud, y de eficiencia; por lo tanto, requieren ser atendidos, organizados y vigilados por la autoridad, requieren estar reguladas. En este sentido, estas actividades —el transporte, distribución y almacenamiento de gas— es reconocida por legislaciones de otros países, como Estados Unidos de América, que declaran que es de "interés público".<sup>13</sup>

La regulación, pues, no es sinónimo de reglamentación. Tiene por objeto, asegurar el suministro eficiente de las actividades relativas al transporte, la distribución y el almacenamiento de gas. Comprende diferentes actos de la autoridad, entre los cuales se encuentran la expedición de ciertas normas que, aunque tienen un carácter eminentemente técnico, se requiere que sean observadas por aquellas personas que se dedican a ellas.

Los aspectos que comprende la regulación en lo que se refiere al transporte, distribución y almacenamiento de gas, y las ventas de primera mano, están señalados en el artículo 14 de la *Ley*. Comprende:

<sup>13</sup> *Natural Gas Act, Sección 1 (a)*: "Se declara que el negocio de transportar y vender gas natural para su última distribución al público está afectado con un interés público, y que la regulación de los asuntos relativos al transporte de gas natural y la venta subsecuente en el comercio interestatal y extranjero es necesaria para el interés público".

- I. Los términos y condiciones para:
  - a) El otorgamiento, transferencia y revocación de los permisos;
  - b) Las ventas de primera mano;
  - c) La prestación de los servicios referentes a estas actividades;
  - e) El acceso no discriminatorio y en condiciones competitivas a los servicios por medio de ductos, y
  - f) La presentación de información suficiente y adecuada para fines de regulación.
- II. La determinación de los precios y tarifas aplicables;
- III. El procedimiento de consulta pública para la definición de criterios de regulación;
- IV. La inspección y vigilancia del cumplimiento de los permisos y de las normas oficiales mexicanas;
- V. Los procedimientos de conciliación y arbitraje para resolver las controversias sobre la interpretación y el cumplimiento de los contratos, y
- VI. Los demás instrumentos de regulación.

En todos estos actos se llevará a cabo la función regulatoria del Estado, a través de las dependencias y entidades señaladas en la propia *Ley* en el artículo 16: la Secretaría de Energía y la Comisión Reguladora de Energía. Los instrumentos jurídicos que reglamentan la regulación son: la *Ley de la Comisión Reguladora de Energía*, y el *Reglamento de Gas Natural*.<sup>14</sup>

### III. 2 Autoridades reguladoras

La Comisión Reguladora de Energía fue creada el 10. de octubre de 1993, como un órgano técnico-consultivo desconcentrado de la Secretaría de Energía. Sin embargo, su actividad estaba limitada a consultas en la industria eléctrica.

En 1992 se modificó la *Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica*, Esta reforma, y las reformas a la *Ley Reglamentaria del artículo 27 en el Ramo del Petróleo*, requirieron ajustar las estructuras del gobierno federal para adecuarla a la importante reforma que estas dos leyes establecieron: la necesidad de regulación, y la participación

<sup>14</sup> La *Ley de la Comisión Reguladora de Energía* fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de octubre de 1995; el *Reglamento de Gas* (en lo sucesivo el *Reglamento*), el 8 de noviembre de 1995.

de los particulares en ellas, que anteriormente estaban reservadas a los operadores estatales: Comisión Federal de Electricidad, Compañía de Luz y Fuerza del Centro, en la electricidad, y Petróleos Mexicanos, en lo relativo al gas.

Es interesante destacar que la Comisión Reguladora de Energía es un órgano desconcentrado; sin embargo, sus facultades y atribuciones se establecen en una ley emitida por el Congreso de la Unión, lo cual introduce cierta confusión respecto a su naturaleza y ubicación dentro del ámbito administrativo. Esta confusión requiere un análisis más profundo respecto a su naturaleza.

Establece el artículo primero de la Ley de la Comisión Reguladora de Energía (en lo sucesivo LCRE) que:

La Comisión Reguladora de Energía, órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, gozará de autonomía técnica y operativa en los términos de esta Ley.

El texto de este artículo reconoce que la CRE está ya creado (en 1993); este instrumento le otorga facultades adicionales, algunas de ellas sorprendentes.

El primer artículo de una ley de esta naturaleza, atributiva de facultades, plantea la necesidad de precisar su definición y ámbito de aplicación. En leyes relativas a otras materias, que establecen organismos similares, se precisa siempre su naturaleza y ubicación dentro de la administración pública; sin embargo, la multiplicación de organismos públicos ha originado grandes discrepancias entre los intérpretes de la ley para poderlos caracterizar adecuadamente, dentro de las categorías tradicionales.

El punto de partida es el artículo 90 de la Constitución, que ordena: "La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación. Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos".

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) establece que la Administración Pública Federal se conforma con:

A. La Administración Pública centralizada, integrada por las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos, y

B. La Administración Paraestatal, integrada por los organismos descentralizados; las empresas de participación estatal, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y fianzas, y los fideicomisos.

El artículo 17 de la LOAPF establece que: "Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos, podrán contar con *órganos administrativos desconcentrados* que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables".

Con fundamento en esta disposición, la Administración Pública ha creado múltiples organismos, con diversas atribuciones, destacando en ellas la característica de orientarse a la realización de una actividad específica que requiere un alto grado de *autonomía técnica y facultades ejecutivas para llevar a cabo su cometido*. Sin embargo, en razón de la *autonomía técnica y las facultades ejecutivas*, se observan imprecisiones jurídicas por no haberse señalado adecuadamente el régimen de descentralización, o, por el contrario, se redujeron sus facultades hasta colocarlas en la órbita del régimen centralizado.

Entre las más recientes, tenemos:

1. La Comisión Nacional Bancaria (artículo 97 de la Ley de Instituciones de Crédito que la establece como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y la Ley correspondiente, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de abril de 1995, que establece que la CNB tiene "*autonomía técnica y facultades ejecutivas*").
2. La Comisión de Competencia Económica, establecida en la Ley de Competencia Económica, publicada el 24 de diciembre de 1992, cuyo artículo 23 establece que dicha Comisión cuenta con *autonomía técnica y operativa*.
3. La Comisión de Seguridad Nuclear y Salvaguardia, establecida en los términos del artículo 50 de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia nuclear (D.O. del 4 de febrero de 1985).

4. La Comisión Reguladora de Energía, creada el 1o. de octubre de 1993. El Decreto que la crea la establece como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal (hoy Secretaría de Energía), como un *órgano técnico responsable de resolver las cuestiones derivadas de la aplicación de las disposiciones reglamentarias del artículo 27 constitucional en materia de energía eléctrica.*

Por otra parte, dentro de la Administración Pública Paraestatal se prevé el establecimiento de organismos descentralizados. La LOAPF determina en su artículo 45 que: "Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión, o por *Decreto del Poder Ejecutivo Federal*, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten". Por su parte, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, determina en sus artículos 14 a 27 su régimen; en su artículo 14 se establece que: "Son organismos descentralizados las personas jurídicas creadas conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y cuyo objeto sea:

- I. La realización de actividades correspondientes a áreas estratégicas o prioritarias;
- II. La prestación de un servicio público o social, y
- III. La obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

Uno de los organismos descentralizados de reciente creación e interesante para los fines de este análisis, es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, establecido en la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, cuyo artículo 7o. establece que "el Instituto de la Propiedad Industrial será un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y tendrá, entre otras, las siguientes atribuciones:

- I. Ser órgano de consulta y apoyo técnico de la Secretaría, en materia de propiedad industrial;
- II. Difundir, asesorar y dar servicio al público en esta materia;
- III. Coadyuvar con la Secretaría en la realización de sus funciones previstas en los artículos 5o. y 6o. de esta ley;

- IV. Formar y mantener actualizados los acervos sobre invenciones publicados en el país o en el extranjero;
- V. Realizar estudios sobre la situación de la propiedad industrial en el ámbito internacional;
- VI. Efectuar investigaciones sobre el estado de la técnica, y
- VII. Las demás que se requieran para su eficaz funcionamiento.

El artículo 5o. transitorio de esta Ley establece que: *El Ejecutivo Federal expedirá el Decreto de Creación del Instituto a que se refiere el artículo 7o. de este ordenamiento legal.*

Es importante destacar la diferencia que existe entre los organismos centralizados y desconcentrados, por una parte, y los descentralizados por otra parte. Los primeros *no tienen autonomía orgánica, ni autonomía financiera independiente, su situación se liga a la estructura del poder central. Sin embargo, el régimen de centralización administrativa con desconcentración (como es el caso de la CNB), se caracteriza por la existencia de órganos administrativos, que no se desligan del poder central y a quienes se les otorgan ciertas facultades para actuar y decidir, pero dentro de los límites y responsabilidades precisas, que no los alejan de la propia administración. La competencia que se les confiere no llega a su autonomía.* Los segundos alejan o atenúan la jerarquía administrativa, ya que tienen un régimen jurídico especial, personalidad jurídica y patrimonio propio, y el poder central conserva ciertas facultades de vigilancia y control.

Dentro de este marco general, la situación de la Comisión Reguladora de Energía se presenta de la siguiente forma:

Fue creada por el Ejecutivo Federal (como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal (hoy Secretaría de Energía), como un órgano técnico responsable de resolver las cuestiones derivadas de la aplicación de las disposiciones reglamentarias del artículo 27 constitucional en materia de Energía Eléctrica.

El artículo 33 de la LOAPF, relativo al despacho de los asuntos que corresponden a la Secretaría de Energía, entre sus diversas fracciones, señala la de "Conducir la actividad de las entidades paraestatales cuyo objeto esté relacionado con la explotación y transformación de los hidrocarburos y la generación de energía eléctrica y nuclear, con apego a la legislación en materia ecológica (fracción III); promover la participación de los particulares en la generación y aprovechamiento de energía, otorgar concesiones, autorizaciones y permisos

en materia energética (fracción V), y *regular* y en su caso, expedir normas oficiales mexicanas sobre producción, comercialización, compra-venta, condiciones de calidad, suministro de energía y demás aspectos que promuevan la modernización, eficiencia y desarrollo del sector, así como controlar y vigilar su debido cumplimiento" (fracción IX). Se observa que no se señala específicamente la de *regulación energética*, que sí existía en la LOAPF para la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal antes de las reformas de 1995.

El Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo, publicado en el D.O. el 11 de mayo de 1995 —y que específicamente establece la que *las actividades señaladas en el artículo 4o. segundo párrafo, referente a que el transporte, almacenamiento y la distribución de gas podrán ser llevados a cabo, previo permiso, por los sectores social y privado, los que podrán ser construir, operar y ser propietarios de ductos, instalaciones y equipos en los términos de las disposiciones reglamentarias, técnicas y de regulación que se expidan*— señala en su artículo 16 que "La aplicación de esta ley corresponde a la Secretaría de Energía, con la participación que esté a cargo de la Comisión Reguladora de Energía, en términos de las disposiciones reglamentarias".

El Decreto anteriormente señalado, por ser de fecha posterior, específicamente determina que la *regulación en materia de gas* (con la acotación que hace el propio Decreto, en su artículo 4o., segundo párrafo) establece con claridad que esta facultad corresponde a la Secretaría de Energía, con la participación que esté a cargo de la Comisión Reguladora de Energía, modificando así la LOAPF, en su artículo 33 (fracción IX).

La Secretaría de Energía, puede crear órganos desconcentrados, como en el caso lo hizo para la Comisión Reguladora de Energía: sin embargo, sus atribuciones estaban limitadas a la electricidad, y *era simplemente un órgano técnico; no tenía autonomía técnica ni facultades ejecutivas*.

El Reglamento Interior de la Secretaría de Energía, publicado el 1o. de junio de 1995, en su artículo 31 establece que: "La Secretaría contará con la Comisión Reguladora de Energía, órgano administrativo desconcentrado jerárquicamente subordinado al titular de la dependencia y con atribuciones específicas en los términos del Decreto de su creación".

Las disposiciones anteriormente señaladas conducen a las conclusiones siguientes:

\* La Secretaría de Energía era la autoridad competente en materia de regulación energética y de gas, en este último caso, con la participación de la Comisión Reguladora de Energía.

\* La Comisión es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, ya creado.

Las reformas a la Ley Reglamentaria en el Ramo del Petróleo requirieron ampliar las facultades de la CRE, y, dentro del marco de la administración pública, darle el mayor grado de autonomía técnica y operativa posible, ya que, entre sus funciones, debe tener la de dictar "Disposiciones de Regulación", que son disposiciones materialmente legislativas.

Para llevar a cabo lo anterior, y con objeto de que sus actos tengan el soporte legal suficiente, fue necesario un acto del Congreso de la Unión. Sin embargo, el marco legal existente, ya establece las facultades y atribuciones en materia de regulación energética y de gas para la Secretaría de Energía y a la Comisión Reguladora de Energía como un órgano desconcentrado. Un acto del Congreso puede, desde luego, modificarlo, pero al hacerlo, deberá necesariamente ubicar dentro de la administración pública la dependencia o entidad, y el propio marco legislativo establece cómo hacerlo: los órganos desconcentrados son creados (o modificados en cuanto a sus atribuciones) por las Secretarías de Estado (artículo 17 de la LOAPF).

¿Es inconsistente que un acto del Congreso establezca las atribuciones de un órgano desconcentrado? En el caso concreto, el propósito es otorgarle la mayor autonomía, en los aspectos técnicos y operativos, y que ésta dicte disposiciones de regulación. La única manera de hacerlo, a efecto de que sus atribuciones tengan el soporte legal suficiente es mediante una ley dictada por el Congreso. El hecho de que se le califique como desconcentrado es únicamente para efectos de *ubicación y jerarquización dentro de la administración pública*. Sin embargo, había que cuidar las formas orgánicas establecidas.

La Comisión Reguladora de Energía, quedó así mejor sustentada, estableciendo en una Ley expedida por el Congreso de la Unión, precisando sus facultades en materia de *actividades reguladas* previstas en la Ley (artículo 14), repetido en el artículo 2o. de la LCRE. En este orden de ideas, no existe, en principio, impedimento en que la CRE sea un órgano desconcentrado, cuyas atribuciones y facultades

están fijadas en la LCRE, ya que, como se dijo anteriormente, esto es únicamente para efectos de ubicación en la administración pública, y sin alterar el acto de creación del 1o. de octubre de 1993.

La jurisdicción de la CRE establecida en la LCRE es respecto a dos materias, establecidas como reguladas: la energía eléctrica (artículo 2, fracciones I a la V inclusive, y artículo 3, fracciones I a VI inclusive) y el gas natural (artículo 2, fracciones VI a VIII inclusive, y 3, fracciones VII a X inclusive).

Como órgano de regulación, se atribuyen a la CRE facultades específicas que precisan la función de regulación en materia de gas: concretamente:

- A. Expedir disposiciones administrativas de carácter general;<sup>15</sup>
- B. Aprobar los términos y condiciones a que deberán sujetarse las ventas de primera mano;<sup>16</sup>
- C. Aprobar los términos y condiciones a que deberá sujetarse la prestación de los servicios (de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural),<sup>17</sup> y el transporte y distribución de gas licuado de petróleo;<sup>18</sup>
- D. Aprobar modelos de convenios y contratos de adhesión;<sup>19</sup>
- E. Llevar un registro declarativo y con fines de publicidad;<sup>20</sup>
- F. Actuar como mediador o árbitro en la solución de controversias,<sup>21</sup> y
- G. Imponer sanciones administrativas.<sup>22</sup>

Se observa que, en esta materia, la LCRE establece claramente las atribuciones de la misma, y han quedado restringidas las de la Secretaría de Energía: a esta última le queda, aplicar las medidas necesarias para garantizar la continuidad de los servicios (previa solicitud de la CRE),<sup>23</sup> y la expedición de actualizaciones al marco jurídico del

<sup>15</sup> Artículo 3, fracción XIV de la LCRE.

<sup>16</sup> Artículo 3, fracción VII de la LCRE.

<sup>17</sup> Artículo 3, fracción VIII de la LCRE.

<sup>18</sup> Artículo 3, fracción IX de la LCRE. La definición de gas o gas natural se encuentra en el artículo 2, fracción IX del Reglamento: es la mezcla de hidrocarburos compuesta primordialmente por metano, que puede estar en estado o gaseoso o líquido, en este caso, es el gas licuado de petróleo.

<sup>19</sup> Artículo 3, fracción XIII de la LCRE.

<sup>20</sup> Artículo 3, fracción XVI de la LCRE.

<sup>21</sup> Artículo 3, fracción XVII de la LCRE.

<sup>22</sup> Artículo 3, fracción XXI de la LCRE.

<sup>23</sup> Artículo 3, fracción XI de la LCRE.

sector de energía.<sup>24</sup> Por ser posterior, la LCRE modifica la LOAPF (artículo 33, fracciones V y IX), así como el Reglamento Interior de la Secretaría de Energía, que se refiere al "decreto de creación" de la CRE, ahora es la LCRE.

### III.3 La expedición de disposiciones administrativas de carácter general

La expedición de "disposiciones administrativas de carácter general", prevista en el artículo 3, fracción XIV, merece especial atención. El artículo 8 de la LCRE precisa que éstas podrán ser: criterios de aplicación general, lineamientos generales y metodologías, y que podrán ser expedidos mediante el procedimiento de consulta pública que establezcan las disposiciones reglamentarias. Es claro que la característica de ser de "carácter general" se refiere a que son materialmente legislativas, pero, se establece un procedimiento *sui generis* para su expedición, la consulta pública. Hasta este momento, la facultad reglamentaria tradicional (expedición de normas materialmente legislativas por el Ejecutivo Federal) está establecida en el artículo 89, fracción I de la Constitución, que permite al Ejecutivo proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, pero, hasta ahora, los reglamentos eran expedidos directamente por el Ejecutivo.

Sobre el particular, el maestro Serra Rojas apunta:<sup>25</sup>

Es indudable que la creación de los organismos descentralizados ha traído numerosos problemas dentro de nuestro régimen administrativo, uno de ellos es el ejercicio de la facultad reglamentaria. . . De acuerdo con los artículos 89, fracción I y 92 de la Constitución, esta facultad corresponde al Presidente de la República y de acuerdo con las ejecutorias de la Suprema Corte, esta facultad es lógicamente *indelegable*. Sin embargo, es necesario hacer esta reflexión. ¿Al crearse un organismo descentralizado, que asume una de las tareas que corresponden al poder público, también se le delega la facultad reglamentaria que normalmente corresponde al Presidente de la República?

Con esta reforma, se establece un nuevo sistema para la emisión de estas disposiciones administrativas de carácter general: el Congreso de la Unión, determina, en un acto legislativo, que sea no directamente el Ejecutivo Federal, sino un órgano específico quien las emita. La

<sup>24</sup> Artículo 3, fracción XV de la LCRE.

<sup>25</sup> Andrés SERRA ROJAS, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, t. I, p. 207.

pregunta es, puede un acto del Congreso modificar el principio establecido en la Constitución?

Para contestar a esta pregunta, puede afirmarse que no se trata de una reglamentación, sino de regulación, y la diferencia y sus alcances están precisados en la *Ley*. Admitida esta diferencia, esta facultad está establecida en una *Ley*, acto del Congreso, quien define y establece su alcance y contenido, y nada impide que este acto del Congreso señale cuál órgano de la administración pública lo llevará a cabo —al final, el órgano desconcentrado, la CRE, es también parte del Poder Ejecutivo. Por último, la CRE tiene “autonomía técnica y operativa”, que la desvincula, en sus aspectos operativos y técnicos, de la Secretaría de Estado —la Secretaría de Energía— donde está ubicada.

Esta atribución para la CRE determina que existe ahora, en la administración pública, un nuevo tipo de órganos, que forman parte del Poder Ejecutivo, con características de independencia concretas: son en cierta forma, dependencias, o parte de la administración centralizada, pero diferentes de las tradicionales; tampoco son entidades, con personalidad jurídica propia; tienen características de “autonomía técnica y operativa” que sugieren que ha surgido un tercer grupo, los “órganos de regulación”, o los “desconcentrados autónomos”.

La expedición de “disposiciones administrativas de carácter general” requiere el procedimiento de consulta pública que establezcan las disposiciones reglamentarias.<sup>26</sup> El término “disposiciones administrativas de carácter general” ha sido traducido en la disposición reglamentaria respectiva —el Reglamento de Gas Natural— como “Directivas”, definidas en dicho ordenamiento como “las disposiciones de carácter general expedidas por la Comisión, tales como criterios, lineamientos, y metodologías, a que deben sujetarse las ventas de primera mano y las actividades de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural”.<sup>27</sup> El procedimiento para la expedición de directivas cuando se lleve a cabo mediante consulta pública, se encuentra en el artículo 110, que establece:

I. La CRE publicará en el *Diario Oficial de la Federación* la materia que se pretenda regular con la directiva, los temas que habrá de tratar, la descripción de la información que requiera para su

<sup>26</sup> Artículo 8, LCRE.

<sup>27</sup> Reglamento, artículo 2, Definiciones, fracción V.

elaboración, o, en su caso, el proyecto de directiva que al efecto hubiese formulado.

II. Los interesados podrán presentar sus comentarios.

III. La Comisión estudiará los comentarios, y formulará un proyecto de directiva, que será nuevamente publicado en el *Diario Oficial*.

IV. Cualquier interesado podrá presentar a la Comisión los comentarios que tuviere.

V. La Comisión estudiará los comentarios, y expedirá la directiva correspondiente.

Si se suman los plazos establecidos en cada una de las etapas, resulta que de la publicación inicial a la expedición transcurren cuatro meses (salvo que se publique directamente el proyecto de directiva). Sin embargo, quedan así cubiertos los aspectos de participación de cualquier interesado, en el procedimiento.

En la expedición del Reglamento, se señaló el plazo para la expedición de la primera directiva:<sup>28</sup> cuatro meses. Esta primera directiva, identificada como “Directiva DIR-GAS-001-1996, ha sido ya expedida: trata de la determinación de precios y tarifas para las actividades reguladas en materia de gas natural, incluyendo las ventas de primera mano.”<sup>29</sup>

#### III.4 Las ventas de primera mano

Petróleos Mexicanos (PEMEX) fue constituida como un órgano descentralizado, por Decreto del Congreso de 1938; sus actividades han estado sujetas a diversas leyes y disposiciones: la jurisdicción federal controla exclusivamente la industria petrolera. Mientras que algunas actividades de PEMEX y sus subsidiarias son normadas por el derecho privado, sin embargo, sus actividades se norman en forma concurrente o exclusiva por disposiciones con carácter de orden público. Está estrechamente vinculado con el poder central, en sus aspectos

<sup>28</sup> Artículo 3o. transitorio del Reglamento.

<sup>29</sup> La primera directiva (DIR-GAS-001-1996) fue publicada en el *D.O.* el 20 de marzo de 1996. Queda la duda, en esta primera directiva, si se siguió el procedimiento de consulta pública; no se hace referencia en los Considerandos a esta etapa del procedimiento, que requiere, como establece el Reglamento, la primera publicación en el *Diario Oficial*. La publicación ¿es el proyecto de directiva, o es la directiva? Los interesados o afectados responderán y podrán hacer valer sus derechos.

presupuestales, por ejemplo. Sus programas están sujetos a la revisión y control del Congreso. Está sujeto a un régimen fiscal especial; su patrimonio y activos están sujetos también a un régimen de derecho público, sujeto a diversas limitaciones, principalmente en materia procesal y de inmunidad: PEMEX interactúa como un instrumento de la soberanía del Estado y como comerciante. Hasta ahora, las ventas de gas, y la metodología para el establecimiento de las tarifas, que realizaba PEMEX se encontraban sujetos a una intrincada red de disposiciones de derecho público, "incomprensibles y poco transparentes", que han sido calificadas como "una sobrerregulación"; "negociar un contrato con PEMEX es siempre una experiencia difícil en razón del conjunto de disposiciones que norman y constriñen la conducta de esta paraestatal; parece ser necesario un cuidadoso proceso de desregulación para permitir a PEMEX la continuación de su modernización".<sup>30</sup>

Las reformas del 11 de mayo de 1995 a la *Ley* cambiaron radicalmente esta situación. El artículo 3o. señala que la elaboración, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos productos que sean susceptibles de servir como materias primas industriales y los del gas que constituyan petroquímicos básicos son parte de la industria petrolera.

La venta de primera mano está definida en el Reglamento<sup>31</sup> como "la primera enajenación de gas natural de origen nacional que realice Petróleos Mexicanos a un tercero". Pero, y, ésta es la reforma importante, el artículo 14, señala que la *regulación de las ventas de primera mano tendrá por objeto asegurar su suministro eficiente, y comprende: I. Los términos y condiciones para a)...; b) Las ventas de primera mano.*

Esto significa que las ventas que realice PEMEX a tercero son actividades reguladas, derogándose así todas las disposiciones anteriores sobre el particular, o, más importante aún, estableciendo la regulación a través de la CRE, eliminando la incertidumbre por falta de transparencia en el cálculo de los precios, las tarifas y los procesos de venta de primera mano. El Reglamento establece claramente los siguientes principios.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Rogelio LÓPEZ VELARDE, *op. cit.*, p. 11.

<sup>31</sup> Artículo 2. Definiciones, fracción XXI, del Reglamento.

<sup>32</sup> Artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Reglamento.

A. El precio máximo del gas objeto de estas ventas, será fijado mediante directivas expedidas por la CRE; dicho precio no afectará la facultad del adquirente para negociar condiciones más favorables en su precio de adquisición. La metodología para su cálculo —establecido en la directiva correspondiente— deberá reflejar los costos de oportunidad y condiciones de competitividad del gas respecto al mercado internacional y al lugar donde se realice la venta.

B. Los términos y condiciones generales que rijan las ventas de primera mano, que deberán ser acordes con los uso comerciales, nacionales e internacionales observados por las empresas dedicadas a la compraventa de gas, serán aprobados por la CRE.

C. PEMEX no podrá discriminar indebidamente entre los adquirentes, estableciéndose la intervención de la Comisión de Competencia Económica para determinar las condiciones de competencia efectiva y que, si dicha Comisión determina que no existen dichas condiciones, la CRE restablecerá la regulación de precios.

D. En sus contratos, PEMEX deberá ofrecer al adquirente cuando menos dos tipos de cotizaciones: i) A la salida de las plantas de proceso, y ii) En el punto o puntos de entrega. Podrá otorgar descuentos por volumen o condiciones contractuales diferentes, siempre y cuando no incurra en prácticas indebidamente discriminatorias.

A nivel de regulación, la directiva DIR-GAS 001-1996<sup>33</sup> establece, en sus apartados 3.A y 4 el precio máximo de venta de primera mano y la metodología para su cálculo. La fijación del precio máximo de venta incorpora los movimientos del precio del gas en el mercado de referencia en Estados Unidos de América y los cambios en los costos de transporte en México. Tomando en cuenta estos tres elementos, el precio máximo se fija mediante una fórmula cuyo resultado es la suma de tres elementos: el precio base, que refleja las condiciones del mercado en México a la entrada en vigor de la directiva; el precio en el mercado de referencia de gas natural en el sur de Texas, EUA (Houston Ship Channel), y el precio de las tarifas autorizadas expresamente por la CRE a Petróleos Mexicanos por el servicio de transporte.

La emisión de esta directiva cumple el propósito de transparencia y publicidad para la determinación de los precios; en adelante, los ad-

<sup>33</sup> *Vid. supra* nota 28.



quirentes cuentan con elementos e instrumentos sólidos que desaparecen la incertidumbre que había prevalecido en esta materia.

#### III.4.1 PEMEX como permisionario

Considerando que PEMEX ha realizado, de manera casi exclusiva, actividades de transporte, y siendo ésta una actividad regulada, PEMEX está sujeto a todo el régimen jurídico aplicable en esta materia; ésta es una importante reforma que modifica radicalmente el tratamiento que esta entidad paraestatal ha tenido hasta este momento, ahora PEMEX es un permisionario más, igual que cualquier persona del sector social o privado.<sup>34</sup> Sin embargo, se requería su integración, o incorporación a dicho régimen, tarea nada fácil, en atención al cúmulo de operaciones, metodologías, procedimientos anteriormente establecidos, etcétera. En tal virtud, se estableció en el Reglamento un régimen transitorio<sup>35</sup> para esta entidad paraestatal conforme a lo siguiente:

A. La entrega a la CRE de la información sobre el transporte y comercialización de gas que hasta el momento de expedición del Reglamento, había manejado PEMEX como ente único en esta actividad;

B. PEMEX continuará prestando el servicio de transporte que había venido prestando, en la medida de sus posibilidades; tendrá 24 meses a partir de la fecha de expedición del Reglamento, para establecer y poner en operación los sistemas de información y mecanismos que garanticen el acceso abierto a terceros en sus sistemas de transporte.

C. A efecto de incorporar a PEMEX a la regulación de la CRE, se otorga a PEMEX un permiso provisional, estableciéndose que le serán aplicables las disposiciones relativas al transporte en lo conducente.

D. PEMEX deberá presentar una solicitud en los términos del Reglamento, dentro de los ocho meses siguientes a la expedición del mismo, y la CRE otorgará el permiso dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición del Reglamento.

<sup>34</sup> Artículo 14, tercer párrafo del Reglamento.

<sup>35</sup> Artículos transitorios quinto, sexto, y séptimo del Reglamento.

#### III.5 La prestación de los servicios (de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural), y el transporte y distribución de gas licuado de petróleo<sup>36</sup>

El Reglamento distingue entre las "actividades" de transporte, almacenamiento y distribución de gas, y "la prestación de los servicios" de transporte, almacenamiento y distribución de gas. Las primeras están sujetas al otorgamiento de un permiso.<sup>37</sup> Sin embargo, los títulos de los permisos deben incluir "las condiciones generales para la prestación del servicio".<sup>38</sup> Previamente al otorgamiento del permiso, la CRE revisa la propuesta del interesado para la creación de dichos servicios, que cumplan con las disposiciones reglamentarias y de regulación aplicables, y aprobados que sean, se expide el título correspondiente, teniendo, a partir de ese momento, carácter obligatorio para el permisionario.

El Reglamento define las actividades de almacenamiento, distribución y transporte.<sup>39</sup> Por su parte, el capítulo V del Reglamento, Prestación de los Servicios, cuyos tres primeros artículos tienen como título "Naturaleza" de estos servicios, inducen a cierta confusión: cabe preguntar sobre la necesidad de precisar su "naturaleza", en todo caso, su "naturaleza" es que se trata de un servicio que prestan las personas que llevan a cabo estas actividades. Los tres artículos mencionados, más que definir la "naturaleza", precisan cuáles actos se comprenden en cada servicio: así:

— El servicio de transporte comprende la recepción de gas en un punto del sistema de transporte y la entrega de una cantidad similar en un punto distinto del mismo sistema;<sup>40</sup>

<sup>36</sup> El artículo décimo transitorio del Reglamento establece que en tanto no se expidan las disposiciones reglamentarias correspondientes, el Reglamento será aplicable, en lo conducente, al transporte y la distribución de gas licuado de petróleo en estado gaseoso *por medio de ductos*. Este último, conocido vulgarmente como "gas, LP" se vende normalmente en tanques, y existen casos aislados en donde se expide por medio de ductos (en Monterrey y la ciudad de México); no entra, en estricto rigor, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento; sólo lo estará hasta en tanto se expidan las disposiciones reglamentarias correspondientes y siempre y cuando el transporte y distribución se realice por medio de ductos.

<sup>37</sup> Artículo 13 de la Ley, y 14 del Reglamento.

<sup>38</sup> Artículo 20, fracción I, f) del Reglamento.

<sup>39</sup> Artículo 2, Definiciones, fracciones II, VI y XVI.

<sup>40</sup> Artículo 59 del Reglamento.

— El servicio de almacenamiento comprende la recepción de gas en un punto del sistema de almacenamiento y la entrega, en uno o varios actos, de una cantidad similar en el mismo punto o en otro contiguo;<sup>41</sup>

— El servicio de distribución comprende: i) La comercialización y entrega del gas por el distribuidor a un usuario final dentro de su zona geográfica, y ii) La recepción de gas en el punto o los puntos de recepción del sistema de distribución y la entrega de una cantidad similar en un punto distinto del mismo sistema.<sup>42</sup>

La precisión de los aspectos que comprenden estas actividades obedece a la necesidad de distinguir estos servicios de otros servicios o actos similares o afines definidos en otros ordenamientos jurídicos: servicios de telecomunicaciones;<sup>43</sup> servicio de transporte aéreo,<sup>44</sup> servicio de autotransporte federal,<sup>45</sup> el contrato mercantil de transporte terrestre,<sup>46</sup> contrato de compraventa, permuta y depósito mercantil,<sup>47</sup> contrato de depósito y contrato de prestación de servicios profesionales.<sup>48</sup> Al definir su "naturaleza", se establece con claridad cuáles servicios de transporte, almacenamiento y distribución quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento, y no de otros ordenamientos jurídicos.

Los permisionarios están obligados, en la prestación de los servicios,<sup>49</sup> a:

- Ofrecer y prestar los servicios en forma eficiente, y de conformidad con las tarifas aprobadas;
- Permitir a los usuarios el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio, así como la interconexión a sus sistemas y la extensión y ampliación de sus sistemas;
- Distinguir y desagregar en sus facturaciones y contabilidad los servicios que presten;
- No subsidiar la prestación de servicios;

<sup>41</sup> Artículo 60 del Reglamento.

<sup>42</sup> Artículo 61 del Reglamento.

<sup>43</sup> Ley Federal de Telecomunicaciones, D.O., 7 de junio de 1995.

<sup>44</sup> Ley de Aviación Civil, D.O., 12 de mayo de 1995.

<sup>45</sup> Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, D.O., 22 de diciembre de 1993.

<sup>46</sup> Código de Comercio, artículo 576.

<sup>47</sup> Código de Comercio, artículos 332, 371 y 338.

<sup>48</sup> Código Civil para el Distrito Federal, artículos 2516 y 2606, respectivamente.

<sup>49</sup> Artículos 62 al 73 del Reglamento.

- Observar las disposiciones aplicables en materia de prevención, seguridad, incluyendo la contratación de seguros y la suspensión de los servicios;
- Observar las disposiciones en materia de información y publicidad.

Cada uno de estos aspectos está reglamentado con detalle: si el objetivo de la regulación es lograr que los servicios se presten de manera eficiente, la minuciosidad en el tratamiento de cada tema así lo asegura, proporcionando al mismo tiempo, seguridad y transparencia tanto para las personas que presten el servicio, como para los usuarios.

### III.6 Procedimientos y permisos

Las actividades de las personas que lleven a cabo el transporte, distribución y almacenamiento de gas está sujeto al régimen de permisos establecido por la Ley.<sup>50</sup> El permiso es un acto administrativo destinado a aumentar o limitar la esfera jurídica de los particulares; son actos que condicionan el ejercicio del derecho de los particulares, porque mediante ellos se faculta a una persona que ha satisfecho determinados requisitos, para que ejecute ciertos actos que no puede realizar la generalidad. Salvo lo anterior, dichas personas están sujetas al régimen mercantil (Código de Comercio) y, de manera supletoria, a la legislación civil (Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal).<sup>51</sup>

Los permisos son otorgados por la CRE. Para estos efectos, los interesados deben presentar una solicitud conteniendo el nombre y domicilio del solicitante, los servicios que desea prestar, las especificaciones técnicas del proyecto, los programas y compromisos de inversión y, en su caso, la documentación que acredite su capacidad financiera.<sup>52</sup>

Existen básicamente tres clases de permisos: i) de distribución; ii) de transporte y iii) de almacenamiento. Sin embargo, el Reglamento prevé dos vías para otorgar los permisos: a solicitud de parte,

<sup>50</sup> Artículos 4o., segundo párrafo y 13 de la Ley.

<sup>51</sup> Artículo 12 de la Ley.

<sup>52</sup> Artículo 13 de la Ley y 32 del Reglamento.

y mediante licitación. El establecimiento de procedimientos diferentes obedece a que, en ciertos casos, es el particular el que promueve la actividad, y en otros, la Comisión determina, a su juicio, la necesidad de promover el desarrollo de las actividades de distribución o la determinación de una zona geográfica. Estas dos vías determinan las clases específicas de permisos posibles: cuando es el particular el que promueve, obtendrá un permiso de distribución después del periodo de exclusividad (el segundo permiso de distribución para una zona geográfica determinada),<sup>53</sup> de transporte o de almacenamiento. Cuando se trate del segundo caso, serán el primer permiso para una zona geográfica, o de permisos relativos a proyectos de transporte promovidos por el Gobierno Federal o los gobiernos de las entidades federativas. Los requisitos específicos para la solicitud de cada clase de permiso se especifican en el artículo 32 del Reglamento.

Los permisos de distribución se otorgan para una zona geográfica, que es el área geográfica determinada por la Comisión para estos efectos, considerando los elementos que permitan el desarrollo rentable y eficiente del sistema de distribución, así como los planes de desarrollo urbano aprobados por las autoridades competentes, oyendo a las autoridades federales y locales involucradas.<sup>54</sup> Los permisos de transporte se otorgan para comprender una capacidad y un trayecto<sup>55</sup> —“el trazado de un sistema de transporte de uno o más puntos de origen a uno o más puntos de destino”.<sup>56</sup> El permiso de almacenamiento se referirá a una localización específica y una capacidad determinada: almacenamiento es la actividad de recibir, mantener en depósito y entregar gas, cuando el gas sea mantenido en depósito en instalaciones distintas a los ductos.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> El primer permiso para una zona geográfica determinada será otorgado mediante licitación pública y conferirá una exclusividad de doce años sobre la construcción del sistema de distribución y la recepción, conducción y entrega de gas dentro de la zona geográfica (artículo 28 del Reglamento).

<sup>54</sup> Artículos 2, fracción XXII y 26 del Reglamento.

<sup>55</sup> Artículo 23 del Reglamento.

<sup>56</sup> La definición de trayecto está señalada en el artículo 2, fracción XVII del Reglamento, complementada con la fracción VIII del mismo artículo. Es una definición técnica: debe entenderse que existen o existirán *sistemas de transporte*, entendidos como redes formadas por ductos (tuberías e instalaciones para la conducción del gas); así, el trayecto es la línea, o el espacio a recorrer de un lugar a otro: es el espacio en un sistema de transporte de un punto de origen a otro de destino.

<sup>57</sup> Artículos 2, fracción II y 25 del Reglamento.

El procedimiento de otorgamiento a solicitud de parte es sencillo: recibida la solicitud, se examina, haciendo en su caso, las prevenciones necesarias; se procede a su evaluación, procediendo, en su caso, a requerir las modificaciones que surjan de la evaluación, y satisfechas que sean, se otorga el permiso correspondiente.<sup>58</sup> Los términos básicos del permiso se publicarán en *el Diario Oficial de la Federación*.

El procedimiento por licitación implica un procedimiento más elaborado,<sup>59</sup> procedimiento que sigue los lineamientos en materia de licitación contenidos en diversos ordenamientos (*v. gr.*, Ley de Adquisiciones y Arrendamientos, etcétera).

a) Se inicia por la CRE, cuando a su juicio, *i*) existan elementos suficientes que justifiquen la realización del primer proyecto de distribución en una zona geográfica, o la determinación de una zona geográfica, o *ii*) sean promovidos por el gobierno federal o las entidades federativas. En el primer caso, el interesado presentará una manifestación de interés.

b) A continuación, la CRE publica la convocatoria correspondiente, donde se señalarán las bases.

c) Los interesados formulan y presentan sus propuestas.

d) La evaluación se lleva a cabo en dos etapas: la técnica y la económica. La recepción y apertura de propuestas se realiza ante notario o corredor público.

e) El fallo se emite en el término de tres meses, salvo que la licitación se declare desierta.

f) Se otorga el permiso correspondiente, y un resumen se publica en *el Diario Oficial*.

En ambos procedimientos, cabe destacar que el otorgamiento del permiso por la autoridad (CRE) implica que su aceptación y ejercicio tiene para el permisionario un contenido vinculatorio: *implica la aceptación incondicional de las obligaciones contenidas en el título*.<sup>60</sup> Estas obligaciones incluyen: *i*) Los compromisos mínimos de inversión y los plazos para llevarlos a cabo; *ii*) La fecha límite para iniciar la prestación del servicio en cada etapa del proyecto; *iii*) Los métodos y procedimientos de seguridad; *iv*) Los seguros que debe contratar, y

<sup>58</sup> Artículos 32, 33, 34, 35, 36 y 37 del Reglamento.

<sup>59</sup> Artículos 38 al 46 del Reglamento.

<sup>60</sup> Artículo 21 del Reglamento.

v) *Las obligaciones relativas a las condiciones generales para la prestación del servicio.* Estas obligaciones generales son:<sup>61</sup>

- a) Las tarifas para la prestación del servicio;
- b) Los términos y condiciones para el acceso y la prestación de las diversas modalidades del servicio;
- c) Los derechos y obligaciones del prestador del servicio, y
- d) El procedimiento arbitral que proponga el permisionario para la solución de las controversias derivadas de la prestación del servicio.

Cada uno de estos aspectos merece atención especial.

### III.7 Tarifas

Las tarifas para cada clase de servicio son propuestas por el interesado en obtener un permiso, con fundamento en la metodología expedida por la CRE.<sup>62</sup> Esta metodología considera elementos progresivos basados en incentivos y en eficiencia. Las tarifas determinadas en el permiso son máximas, son aprobadas durante un periodo de cinco años, y revisadas periódicamente, con base en una fórmula específica. Esta fórmula permite que las tarifas fluctúen de acuerdo a un porcentaje que refleja los cambios en los índices por inflación<sup>63</sup> en el año menos las ganancias por eficiencia (el factor "X"),<sup>64</sup> más los valores absolutos que reflejan los costos por unidad trasladables a los servicios más un factor de corrección (el factor "K") diseñado para "asegurar el cumplimiento del ingreso máximo aplicada en el año".<sup>65</sup> El factor de eficiencia o factor "X" se determinó en 0 durante los primeros cinco años de operación. De esta forma, los permisionarios

<sup>61</sup> Artículo 62 del Reglamento.

<sup>62</sup> *Vid. supra* nota 27.

<sup>63</sup> Es interesante apuntar que en el índice de inflación reflejará las variaciones históricas en: el Índice Nacional de Precios al Consumidor, el Índice de Precios al Consumidor en los Estados Unidos de América, y las fluctuaciones en el tipo de cambio. De esta manera, tendrá una base más realista desde el punto de vista internacional. Ver Directiva DIR-GAS-001-1996, 6.31 y 6.34.

<sup>64</sup> El factor de eficiencia considera: i) Las mejoras esperadas en la eficiencia operativa a lo largo del periodo de cinco años, y ii) Los factores que influyan en sus costos por unidad, tales como el programa de inversión en el periodo. Ver Directiva DIR-GAS-001-1996, 6.42.

<sup>65</sup> Ver Directiva DIR-GAS 001-1996, 6.14.

podrán obtener una mayor ganancia en la medida que incrementen su eficiencia en su operación en una proporción mayor a la señalada en la fórmula. Antes de recibir el permiso correspondiente, y posteriormente cada cinco años, el permisionario debe obtener la aprobación de la CRE con relación a los valores de los parámetros para calcular su ingreso máximo por tarifas, que son: i) El valor inicial del ingreso máximo; ii) El índice de inflación; iii) El ajuste por eficiencia y iv) Los costos que pueden ser trasladados a los usuarios.<sup>66</sup>

Asimismo, la Directiva DIR-GAS-001-1996 regula el precio máximo de adquisición del gas, estableciendo un límite en el cargo que el distribuidor puede trasladar a los usuarios finales como resultado de sus costos incurridos en la adquisición del gas y la contratación de los servicios de transporte y almacenamiento, "con objeto de prevenir que los usuarios finales que adquieren gas de los distribuidores paguen una cantidad mayor al precio máximo de venta de primera mano más las tarifas autorizadas de transporte y almacenamiento".<sup>67</sup> El precio máximo de adquisición "permitirá a los distribuidores recuperar los costos en que incurran por: i) La adquisición del gas a un precio igual o menor al promedio ponderado del precio de referencia, que normalmente será el precio máximo de las ventas de primera mano, y ii) La contratación prudente del servicio de transporte a través de un trayecto apropiado y del servicio de almacenamiento incurrido, a las tarifas aprobadas por la [CRE]".<sup>68</sup>

En las revisiones periódicas, y "con objeto de permitir a los permisionarios una rentabilidad apropiada sobre sus activos", la CRE considerará la relación deuda/capital contable del permisionario, y el costo de oportunidad del capital. Éste será revisado con relación a: i) Las tendencias históricas de la eficiencia del permisionario; ii) Los estándares internacionales de eficiencia en la industria, y iii) La utilización del sistema.<sup>69</sup>

Los transportistas y distribuidores, incluyendo a PEMEX, deben publicar sus tarifas aprobadas en dos partes, separando los cargos por capacidad y uso del servicio.<sup>70</sup> Considerando que existen diferentes servicios, de transporte, de distribución y de almacenamiento,

<sup>66</sup> Ver Directiva DIR-GAS-001-1996, 6.14 a 6.22.

<sup>67</sup> Ver Directiva DIR-GAS-001-1996, 5.1 y 5.2.

<sup>68</sup> Ver Directiva DIR-GAS-001-1996, 5.3.

<sup>69</sup> Ver Directiva DIR-GAS-001-1996, 6.70 y 6.72.

<sup>70</sup> Ver Directiva DIR-GAS-001-1996, 9.1 y 9.7.

la Directiva establece procedimientos específicos para el cálculo de la tarifa de cada uno; así, los transportistas deben recuperar todos sus costos fijos a través de los cargos por capacidad y los variables a través del uso del servicio, mientras los distribuidores deben recuperar la mitad de todos sus costos a través de cada tarifa. Todas las tarifas que deben publicarse deben ser aprobadas por la CRE, tomando en consideración los siguientes criterios: no pueden existir subsidios cruzados entre las diferentes categorías de servicio, no debe existir discriminación entre los usuarios y la eficiente utilización del sistema.<sup>71</sup>

### III.8 Los términos y condiciones para el acceso y la prestación de las diversas modalidades del servicio

La cuestión del acceso abierto y no indebidamente discriminatorio es un tema fundamental en la prestación del servicio. Hasta la expedición de las reformas a la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo, la Ley de la Comisión Reguladora de Energía y el Reglamento de Gas Natural existía el monopolio del Estado, a través de PEMEX, en esta materia, situación que cambió radicalmente al establecerse que los sectores social y privado pudieran llevar a cabo estas actividades, mediante permiso.<sup>72</sup> Esto implica que, en la medida de que se establezcan sistemas de transporte, distribución y almacenamiento, existirá la tendencia a que se formen monopolios privados en áreas geográficas o trayectos específicos. Para regular este tema, el Reglamento establece el siguiente sistema:

A. Se establece que las prácticas indebidamente discriminatorias consisten en negar un trato semejante a usuarios o adquirentes similares en condiciones similares;<sup>73</sup>

B. Se establece la obligación para los permisionarios de permitir el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a los servicios en sus respectivos sistemas, limitado a la capacidad disponible, entendiendo ésta como aquella que no esté efectivamente utilizada;<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Reglamento, artículos 63 (Obligación de acceso abierto), 67 (prohibición de subsidios cruzados) y 71, fracción I (obligación de prestar el servicio en forma eficiente).

<sup>72</sup> Ley, artículo 4o., segundo párrafo.

<sup>73</sup> Reglamento, artículo 6.

<sup>74</sup> Reglamento, artículo 63, fracciones I y II.

C. El acceso abierto sólo podrá ser ejercido mediante la celebración de un contrato, o directamente, mediante cesión de derechos de capacidad que no pretendan utilizar (capacidad reservada);<sup>75</sup>

D. Para permitir inicialmente el desarrollo de los sistemas, sólo tendrá exclusividad el primer permiso de distribución para una zona geográfica, y por un periodo de doce años, exclusividad que se limita a la construcción del sistema de distribución y a la recepción, conducción y entrega de gas dentro de la zona geográfica.<sup>76</sup> Esta exclusividad surte efectos a partir de la expedición del permiso, y no confieren exclusividad en la comercialización de gas en la zona geográfica de que se trate. El distribuidor debe permitir, en este caso, el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a su sistema a los usuarios ubicados en una zona geográfica que deseen contratar el suministro de gas con personas distintas al distribuidor.

E. No se establece exclusividad para el transporte y el almacenamiento.<sup>77</sup>

F. Se establecen normas estrictas para regular la integración vertical. Para servir a una zona geográfica, la misma persona no podrá ser titular de un permiso de transporte y distribución simultáneamente, ni transferirlo a otra que directa o indirectamente tenga participación en sociedades que resulten permisionarias, salvo lo establecido en el apartado siguiente. Excepcionalmente, la misma persona podrá ser titular de ambos permisos cuando, previa autorización de la CRE, resulten en ganancias de eficiencia y rentabilidad, o sea estrictamente necesario, durante el periodo de exclusividad, por no existir la infraestructura del sistema requerida para desarrollar una zona geográfica, y no existan otros interesados en llevar a cabo el servicio.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Reglamento, artículos 63, fracción I, 69 y cuarto transitorio. Se entiende que los ductos tienen una capacidad dada, en razón de elementos técnicos. Esta capacidad no se utiliza todo el tiempo, sin embargo, los permisionarios deben establecer un cálculo de la que utilizarán en razón de la demanda del servicio, y una reserva de capacidad cuyos derechos de utilización puede cederse. Para estos efectos, la CRE desarrollará un sistema de información sobre la "capacidad". Este sistema será electrónico, y constituye una innovación de punta en esta materia. El sistema de información deberá entrar en operación el primero de enero de 1998. Mientras tanto, el permisionario publicará, en un sistema de información propio, la capacidad que pretendan liberar los usuarios.

<sup>76</sup> Reglamento, artículos 28 y 30.

<sup>77</sup> Reglamento, artículos 23 y 25.

<sup>78</sup> Reglamento, artículo 17.

G. Si existe una zona geográfica y surge un interesado en obtener un permiso de transporte en esa zona, el interesado deberá obtener un permiso de distribución con exclusividad. En este caso, una misma persona podrá ser titular de ambos permisos. Si no obtiene el permiso de distribución, el transportista podrá suministrar gas, pero no podrá ampliar o extender su sistema durante la vigencia de los contratos celebrados con los usuarios finales con anterioridad a la determinación de la zona geográfica.<sup>79</sup>

H. Se establece la intervención de la Comisión Federal de Competencia: los interesados en obtener un permiso deben manifestar su intención a dicha Comisión y presentarle, para los efectos de dicha ley, copia de su solicitud a la CRE, o de la propuesta de licitación en su caso.<sup>80</sup>

I. Los permisionarios están obligados a permitir la interconexión a otros permisionarios, cuando i) exista capacidad disponibles, y ésta sea técnicamente viable. Los costos serán convenidos por las partes.<sup>81</sup>

J. Los distribuidores y transportistas están obligados a extender o ampliar sus sistemas, a solicitud de cualquier interesado, cuando sea económicamente viable y las partes celebren un convenio para cubrir los costos.<sup>82</sup>

K. A efecto de garantizar la transparencia en la administración de los servicios, se establece la prohibición de subsidios cruzados, y la obligación de desagregar y distinguir, cuando la misma persona sea titular de dos o más permisos —en los casos señalados en los apartados G y H anteriores— cada servicio, sin condicionar la prestación de uno a otro, y, en las facturas correspondientes, el precio de adquisición del gas y las tarifas. Asimismo, deben reflejar estos principios en sus sistemas contables.<sup>83</sup>

En lo que respecta a la prestación de las diversas modalidades del servicio, el permiso contendrá las obligaciones específicas para cada caso, dependiendo de la clase de servicio: básicamente, distribución, transporte o almacenamiento. Pero dentro de cada uno, y para cada caso concreto, existirán diferencias o modalidades. Estas modalidades

<sup>79</sup> Reglamento, artículo 31.

<sup>80</sup> Reglamento, artículos 18 y 32, fracción I j).

<sup>81</sup> Reglamento, artículo 64.

<sup>82</sup> Reglamento, artículo 65.

<sup>83</sup> Reglamento, artículos 66, 67 y 68. Sobre los sistemas contables, el artículo 68 tercer párrafo, establece que la CRE expedirá la directiva correspondiente.

específicas se derivan de lo establecido en el artículo 20 del Reglamento, relativo a los datos que deben contener los títulos de los permisos: localización, delimitación, puntos de recepción o entrega, clase de servicio, capacidad, etcétera.

### III.9 Los derechos y obligaciones del prestador del servicio

Las obligaciones del prestador del servicio se encuentran previstas en el capítulo V, Prestación de los Servicios, del Reglamento de Gas Natural. Incluyen el acceso a los servicios, analizada en los párrafos anteriores, y obligaciones específicas en materia de seguridad, eficiencia, información, seguros y atención a los usuarios, incluyendo la suspensión del servicio. Destacan en el Reglamento la minuciosidad y el detalle en el tratamiento que recibe cada uno de estos temas, especialmente en materia de seguridad.<sup>84</sup>

El artículo 21 del Reglamento, encabezado "Aceptación de las obligaciones establecidas en el permiso", establece: "*El otorgamiento de un permiso implica la aceptación incondicional del permisionario de las obligaciones contenidas en el título del mismo*". De conformidad con los principios de derecho administrativo, el otorgamiento de un permiso, como acto administrativo, significa que "es un acto jurídico, una declaración de voluntad, ... unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto, la Administración Pública, en el ejercicio de potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es satisfacer el interés general".<sup>85</sup> Sin embargo, el texto del artículo 21, y su encabezado indica que estos permisos tienen una naturaleza *sui generis*: al señalarse que implica la aceptación incondicional de las obligaciones contenidas en el permiso, sugiere que estos permisos tienen una naturaleza quasi contractual que desvirtúa la naturaleza del permiso como acto administrativo. En efecto, las obligaciones del permisionario se derivan del texto de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional, el Reglamento de Gas Natural, y el otorgamiento del permiso en sus términos: no se requiere la *aceptación incondicional de las obligaciones contenidas en el permiso*.

<sup>84</sup> Reglamento, artículos 70 al 80.

<sup>85</sup> *Vid. supra* nota 24, t. I, p. 230.

El artículo 21 implica que, i) el permiso podría contener obligaciones adicionales a las señaladas en el Reglamento, o que ii) al final del texto del permiso, se incluirá, a manera de cláusula contractual un texto que dijera: "El suscrito se obliga al cumplimiento incondicional de todas las obligaciones señaladas en este permiso" y, a mayor abundamiento, aunque no lo diga, el texto del artículo, así lo obliga. En ambos casos, la situación es que los permisos de transporte, distribución o almacenamiento difieren de los permisos tradicionales, que requieren, no sólo el acto de autoridad, que por sí mismo obliga a los particulares, sino también, como una obligación adicional para los permisionarios, y superior a todas, la de cumplir con las obligaciones estipuladas en el permiso. El problema está en que, en el otorgamiento de un permiso, acto unilateral de la administración pública, las obligaciones del permisionario están contenidas en un instrumento normativo y deben derivarse de éste, no del permiso, pero en este caso, el instrumento normativo que regula las actividades del permisionario es el permiso, no la ley (o el Reglamento), y su aceptación incondicional le otorga un valor vinculatorio, a la manera de un contrato o convenio. En este sentido, el artículo 21 acerca el permiso a la figura de un contrato administrativo, donde concurren la administración pública y el permisionario, donde el particular se somete voluntariamente —al solicitar el permiso— a las condiciones unilaterales establecidas por la ley o la propia administración —el otorgamiento del permiso.

En cuanto a los derechos del permisionario, éstos se reducen en términos generales, a llevar a cabo la actividad de transporte, distribución o almacenamiento, en los términos fijados en el permiso, y percibir los ingresos que dichas actividades le reporten.

### III.10 *El procedimiento arbitral que proponga el permisionario para la solución de las controversias derivadas de la prestación del servicio*

La materia del gas es sin duda, una actividad que implica un alto grado de especialización y se desarrolla, por su propia naturaleza, en un ámbito internacional, donde, cuando surgen controversias de cualquier naturaleza, se recurre al arbitraje. En consecuencia, la Ley de la Comisión Reguladora de Energía incorpora la posibilidad de que las controversias sean solucionadas por una vía administrativa ágil y

por personal especializado: entre sus atribuciones, la CRE podrá actuar como mediador o árbitro en la solución de controversias de las actividades reguladas.<sup>86</sup> Estas últimas comprenden los procedimientos de conciliación y arbitraje para resolver las controversias sobre la interpretación y el cumplimiento de contratos.<sup>87</sup>

La institución del arbitraje, como es sabido, requiere que ambas partes en la controversia se sometan a dicho procedimiento. Entre las condiciones generales para la prestación del servicio,<sup>88</sup> que deben ser aprobadas por la CRE y que forman parte del título del permiso, está el procedimiento arbitral que proponga el permisionario para la solución de controversias derivadas de la prestación de los servicios, si es el caso, *en los términos de la Ley de la Comisión Reguladora de Energía*. Si es, como ha quedado dicho, una actividad regulada, la CRE es el tribunal de arbitraje para la solución de controversias, y, en las materias reguladas, el permisionario *debe proponer* esta instancia para resolver las controversias; esto implica que la mitad del camino en el arbitraje está ya establecida en lo relativo al sometimiento (propuesta) del permisionario. Falta la otra mitad, el sometimiento de su contraparte.

El artículo 12 de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo establece que, en lo no previsto por dicha Ley, las actividades a que se refiere el párrafo segundo del artículo 4o. (los distribuidores, transportistas y almacenadores) se regirán por el Código de Comercio y supletoriamente por el Código Civil para el Distrito Federal. El arbitraje en materia de actividades reguladas está establecido, mas no reglamentado, por lo que, hasta en tanto se expidan disposiciones específicas, se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio en esta materia.<sup>89</sup>

El artículo 1415 del Código de Comercio establece que el acuerdo de arbitraje podrá adoptar la fórmula de una cláusula compromisoria incluida en el contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se requiere entonces, que, en todos los contratos que celebren los permisionarios se incluya la cláusula compromisoria que establezca a la CRE como árbitro. La contraparte de los permisionarios pueden ele-

<sup>86</sup> LCRE, artículo 3, fracción XVII.

<sup>87</sup> Ley, artículo 14, fracción V.

<sup>88</sup> Reglamento, artículo 62, fracción IV.

<sup>89</sup> Código de Comercio, artículos 1415 y siguientes.

gir esta vía; no existe obligación para ellos de someterse a arbitraje.

El desenvolvimiento de la CRE como institución arbitral orientará, seguramente, el que, con el tiempo, todas las controversias en esta materia se resuelvan en esta vía.

### III.11 *El régimen de propiedad y construcción de los ductos*

Tal vez puede considerarse este tema como la reforma más importante, y, como tal, el punto de partida para desarrollar con otro enfoque la industria petrolera; significa la participación de los sectores social y privado. Hasta el 11 de mayo de 1995, los ductos eran bienes del dominio público, en los términos del Código Civil para el Distrito Federal,<sup>90</sup> y su marco legal lo constituían la Ley de Bienes Nacionales, y los diversos ordenamientos relativos al ramo del Petróleo, incluyendo la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios. Los ductos eran propiedad de PEMEX. A partir de las reformas,<sup>91</sup> los sectores social y privado podrán construir, operar y ser propietarios de ductos, instalaciones y equipos.

Los ductos están definidos como "las tuberías e instalaciones para la conducción de gas" y el "conjunto de ductos, compresores, reguladores, medidores y otros equipos para la conducción o almacenamiento de gas" constituyen un "sistema".<sup>92</sup> El régimen legal aplicable se ubica dentro del derecho privado; por lo tanto, todos los aspectos relativos a la propiedad, posesión, transferencia por cualquier título, etcétera, se encuentran regulados por el Código de Comercio, y de manera supletoria, por la legislación civil.<sup>93</sup> De conformidad con este principio, ni la propiedad ni la construcción de los ductos son *reguladas*. Sin embargo, se encuentran en la Ley y el Reglamento varias disposiciones que afectan el régimen legal.

Los sistemas, incluyendo a los ductos, son bienes muebles por naturaleza, pues pueden trasladarse por efecto de una fuerza exterior.<sup>94</sup> Como bienes, pueden venderse, arrendarse o realizarse sobre ellos cualquier acto jurídico previsto en la legislación civil o mercantil. Pero, dichos actos se encuentran sujetos a ciertas modalidades:

<sup>90</sup> Código Civil, artículo 765.

<sup>91</sup> Ley, artículo 4o., segundo párrafo.

<sup>92</sup> Reglamento, artículo 2, Definiciones, fracciones VIII y XIV.

<sup>93</sup> Vid. *supra* nota 50.

<sup>94</sup> Código Civil, artículos 752 y 753.

a) Las obras no pueden realizarse, sino hasta que se otorgue un permiso;<sup>95</sup>

b) Los sistemas no pueden enajenarse independientemente del permiso ni viceversa, salvo que el permiso hubiera sido revocado.<sup>96</sup> En tal virtud la transferencia de los sistemas o ductos no podrá realizarse sino hasta que la CRE autorice la transferencia del permiso, en los términos de los artículos 47, 49 y 50 del Reglamento.

c) En lo que respecta a los gravámenes, los sistemas no podrán ser gravados independientemente del permiso, ni viceversa;<sup>97</sup> cuando sea previsible un procedimiento de ejecución del gravamen, el permisionario deberá avisar inmediatamente a la CRE; y, durante el procedimiento de ejecución de la garantía, el adjudicatario deberá designar un operador que, a juicio de la CRE, tenga la capacidad técnica necesaria para la prestación del servicio.

d) Si ocurrieren hechos o actos que pongan en riesgo la posesión o propiedad sobre los sistemas, el permisionario deberá dar aviso a la Comisión en un plazo de tres días a partir de que tenga conocimiento del hecho.<sup>98</sup>

Se desprende de lo anterior que la propiedad de los ductos está estrechamente ligada a los permisos, y por tanto, sujeta indirectamente a la *regulación*.

Ahora bien, los ductos son bienes muebles que por su naturaleza, son instalaciones que siguen un camino, un trazado —normalmente son instalaciones subterráneas, y por tanto, afectarán necesariamente a numerosos predios, propiedad de terceros, donde los titulares son múltiples y variados. Cuando estos ductos estaban sujetos al régimen de derecho público, estas áreas o fracciones de predios simplemente se expropiaban conforme a las disposiciones aplicables.

El mismo espíritu priva en las reformas en lo que respecta a la industria petrolera. El artículo 10 de la Ley señala que "es de utilidad pública, preferente sobre cualquier aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos, incluso sobre la tenencia de los ejidos o comunidades y procederá la ocupación provisional, la definitiva o la expropiación de los mismos, mediante la indemnización legal, en todos los casos en que lo requieran la Nación o su industria petrolera".

<sup>95</sup> Reglamento, artículos 22 y 24.

<sup>96</sup> Reglamento, artículo 48.

<sup>97</sup> Reglamento, artículo 51, párrafos segundo, tercero y quinto.

<sup>98</sup> Reglamento, artículo 51, párrafo cuarto.



Sin embargo, no ocurre lo mismo con las áreas que se requieran afectar para instalar los ductos. El segundo párrafo del artículo 10 establece que *son de utilidad pública las actividades de construcción de ductos*, lo cual hace surgir varias dudas inquietantes: será necesario para el permisionario recurrir a negociar con los propietarios para afectar su propiedad? ¿Cómo se manejará la propiedad o posesión en las áreas donde se instalen los sistemas, o las áreas aledañas a los ductos por cuestión de seguridad? No se encuentra en el Reglamento mención alguna a este respecto.<sup>99</sup>

Ante este silencio, cabe la interpretación de la primera oración del segundo párrafo del artículo 10 en los siguientes términos: Si es de utilidad pública la construcción de ductos, procede la aplicación de la Ley de Expropiación que señala en su artículo 1o., los casos en que se considera que existe "utilidad pública": la fracción XII establece que existe utilidad pública en "los demás casos previstos por las leyes especiales", situación que prevé específicamente la Ley en el segundo párrafo del mencionado artículo 10. En este caso, de conformidad la Ley de Expropiación, se procederá de la siguiente forma:

A. El otorgamiento del permiso implica la declaratoria de utilidad pública, que es el primer paso para iniciar el procedimiento de expropiación;<sup>100</sup>

B. El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Energía, quien tramitará el expediente correspondiente, emitirá el decreto correspondiente, decretando: *i*) la expropiación; *ii*) La ocupación temporal, total o parcial, o *iii*) la simple limitación de los derechos de dominio, según sea el caso, estableciendo que existe utilidad pública para construir ductos (o un sistema de ductos).

C. El decreto correspondiente se publicará en el *Diario Oficial*, y será notificado personalmente a los interesados. En caso de ignorarse,

<sup>99</sup> En los trabajos preparatorios del Reglamento, en los cuales participó la autora de este artículo, se analizó exhaustivamente esta cuestión, considerando la posibilidad de que el régimen adecuado fuera establecer la figura jurídica de la servidumbre *ad hoc* en la legislación civil, instaurando derechos de vía, cruces con vías públicas, etcétera. Se llegó a la conclusión de que la Ley de Expropiación tenía elementos suficientes para resolver estos problemas.

<sup>100</sup> El artículo 107 del Reglamento establece que "el otorgamiento de los permisos para la prestación de los servicios de transporte y distribución de gas natural implicará la declaratoria de utilidad pública para el tendido de los ductos en predios de propiedad pública, social y privada, de conformidad con la Ley de la Comisión Reguladora de Energía, sus disposiciones reglamentarias y demás disposiciones aplicables". Esta disposición modifica en esta parte la Ley de Expropiación.

"la segunda publicación en el *Diario Oficial* surtirá efectos de notificación personal". Los interesados pueden interponer el recurso administrativo de revocación, en los términos de la Ley del Procedimiento Administrativo y la Ley de Expropiación.<sup>101</sup> Si no interpusiesen dicho recurso, se procederá desde luego a la ocupación del bien, o se impondrán desde luego las limitaciones de dominio que procedan.

D. Procede la reversión en caso de que los bienes afectados no fuesen destinados al fin que dio causa a la expropiación, ocupación o limitación de dominio.<sup>102</sup> Adicionalmente, no ejercer los derechos conferidos en el permiso, que incluye construir los ductos e iniciar las obras dentro de un periodo de seis meses a partir de la fecha de su expedición, o la prórroga en su caso, puede conducir a la revocación del permiso.<sup>103</sup> De este punto se desprende que el procedimiento de expropiación, ocupación o limitación de dominio tiene que ser llevado a cabo dentro de un término de seis meses; en caso contrario, corresponde al permisionario solicitar la prórroga correspondiente. Por otra parte, cabe apuntar que estos procesos son a veces muy largos, pues han conducido en el pasado a juicios de amparo, que pueden detener o a veces, impedir el que un proyecto específico se lleve a cabo.

E. El precio que se fijará como indemnización será equivalente al valor comercial que se fije, sin que pueda ser inferior al valor fiscal correspondiente. Las controversias respecto al valor de la indemnización se llevan ante un juez.<sup>104</sup>

F. El importe de la indemnización será cubierto por el Estado, pero, cuando, como es el caso, la cosa expropiada pase al patrimonio, o se ocupe temporalmente o se limite el derecho de dominio en favor de persona distinta del Estado —el permisionario—, ésta cubrirá el importe de la indemnización.<sup>105</sup> Esta indemnización debe pagarse en el término de un año.

#### IV. CONCLUSIONES

Del análisis anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

*Primera.* Las reformas a la Ley Reglamentaria del artículo 27 cons-

<sup>101</sup> Ley de Expropiación, artículos 4, 5 y 6.

<sup>102</sup> Ley de Expropiación, artículo 9o.

<sup>103</sup> Artículo 74, primero y segundo párrafos del Reglamento, en relación con el artículo 13, fracción I de la Ley.

<sup>104</sup> Ley de Expropiación, artículos 10 al 19.

<sup>105</sup> Ley de Expropiación, artículo 19, 2o. y 3er. párrafos.

titucional en el Ramo del Petróleo, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 1995, y la expedición de la Ley de la Comisión Reguladora de Energía y el Reglamento de Gas Natural, expedidos el 31 de octubre de 1995 y el 8 de noviembre de 1995 respectivamente, establecen la regulación de las actividades de distribución, transporte y almacenamiento de gas natural, entendida ésta como la manera en que la administración pública atiende, vigila y controla la prestación de los servicios relacionados con dichas actividades.

*Segunda.* La regulación se lleva a cabo por la Secretaría de Energía y principalmente por la Comisión Reguladora de Energía.

*Tercera.* Los sectores privado y social pueden participar en el desarrollo de las actividades reguladas, mediante permiso.

*Cuarta.* Los permisos tienen una naturaleza jurídica *sui generis*, que los acerca a la figura del contrato administrativo.

*Quinta.* La Comisión Reguladora de Energía es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía quien goza de autonomía técnica y operativa; en consecuencia, tiene las atribuciones necesarias para convertirse en la máxima autoridad en materia de gas natural.

## LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ALONSO DE LA VERACRUZ

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: 1. *La concepción teórica hispanoamericana de los derechos humanos. Génesis, fundamentos y proyección.* 1.1 *Las dos concepciones teóricas sobre los derechos humanos: la de la Ilustración y la hispanoamericana.* 1.2 *El descubrimiento del otro hombre.* 1.3 *La teoría y la práctica jurídica, como defensa de los derechos de los pobres, del inequívocamente otro.* 1.4. *La raigambre bíblica de los derechos humanos, en la tradición teórica hispanoamericana.* 1.5 *Genealogía de la concepción teórica hispanoamericana de los derechos humanos.* 2. *Los derechos humanos como base de la teoría y la praxis jurídica de Veracruz.* 3. *Catálogo mínimo de derechos en la obra de Alonso de la Veracruz.* 3.1 *Derecho de libertad, en general.* 3.2 *Derechos de libertad de opinión y cátedra.* 3.3 *Derechos políticos: la democracia y la función del poder.* 3.4 *Derecho de igualdad.* 3.5 *Derecho de propiedad, pero con función social.* 3.6 *Derecho a un trabajo digno y a un salario justo (no explotación).* 3.7 *Derecho de resistencia.* 3.8 *Derecho de comunicación.* 4. *Breve conclusión.*

### 1. LA CONCEPCIÓN TEÓRICA HISPANOAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. GÉNESIS, FUNDAMENTOS Y PROYECCIÓN

En su tratado o relección *De Dominio Infidelium et Iusto Bello*, Alonso de la Veracruz, escribe:

De esta octava conclusión se sigue que el Virrey y los Oidores, obraron injustamente cuando en tierra donde se cultiva *gossypium* que llamamos algodón, se imponen los tributos en vestidos, o lienzos elaborados, o tejidos con dicha materia, lo cual es contra el derecho y la justicia. Es claro: porque, aunque en la tierra haya algodón, sin embargo, no hay lienzos o sabanas, que llaman *mantas*, y que las mujeres tejen con enorme trabajo, y gran peligro para su cuerpo y para su alma.

Yo vi y no solo una vez que las mujeres trabajan en esto día y noche, encerradas por fuerza y violencia en un lugar como si

estuvieran condenadas a la cárcel y con sus niños que están nutriendo. Y de tal reclusión se sigue que si están embarazadas sufren aborto a causa del excesivo trabajo; si amamantan y debido a que trabajan demasiado y comen mal y fuera de hora, dan a sus hijos una leche pésima y así estos mueren. Y ahí mismo los hombres que dirigen este tipo de trabajos tienen ocasión de ofender a Dios. Hablo por experiencia, porque vi estas cosas que tan injustamente se hacen, pues se les señala la tarea, se les da la medida de ancho y largo, y tejen tan fuertemente y las hiladas deben ser tan apretadas y compactas que difícilmente podría pasar una aguja.

Estas cosas y otras aún mayores son fruto de tal tributo, quienes exigen esas cosas pecan y están obligados a restitución, porque de acuerdo al mandato del emperador sólo están obligados a dar el algodón y nada más.<sup>1</sup>

Como botón de muestra, este texto del ilustre agustino, se inscribe de lleno en la tradición teórica de los derechos humanos hispanoamericana.

En efecto, teniendo como base un reconocimiento implícito de la dignidad humana, defiende los derechos, es decir, aquello que les pertenece a las comunidades de indios; aquello que no están obligados a pagar y que se les exige por la fuerza; y esa exigencia injusta lleva a la opresión de los más débiles: las mujeres y los niños; las primeras son explotadas en el trabajo de manera brutal y reciben vejaciones sexuales; los niños, sus hijos, mueren o viven en condiciones deplorables. En el texto de Veracruz hay una defensa de los derechos humanos, pero desde la óptica de los pobres: los indios, sus mujeres y sus niños.

La explotación es "contra el derecho y la justicia", dice Alonso, esto es, contra el "mandato del emperador", como derecho objetivo o ley; pero es también contra *justicia*, es decir, contra lo que es del otro, contra su derecho, contra la cosa o conducta que se le debe; y contra la *facultad o poder moral* que tiene sobre lo suyo, contra su derecho, pues.

<sup>1</sup> ALONSO DE LA VERACRUZ, *Sobre la Conquista y los Derechos de los Indígenas*, texto íntegro en castellano del tratado *De Dominio Infidelium et Iusto Bello*, trad. Rubén Pérez Azuela, O.S.A. Ed. Organización de Agustinos de Latinoamérica (OALA), México, 1944, párrafos 212, 213 y 214, p. 65.

Sobre esta concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz profundizaremos en las líneas siguientes. Primero lo ubicaremos, de manera general, dentro de una concepción teórica, la hispanoamericana, de la cual no sólo forma parte, sino que impulsa, es uno de sus fundadores; así que veremos de qué manera se gesta, a través de los siglos, esta visión de los derechos del ser humano y cómo nace propiamente en estas tierras de Indias. En segundo lugar, veremos cómo los derechos humanos constituyen, en el fondo, la base de la teoría y la praxis jurídica de Veracruz. Y, por último, en esta parte del trabajo, haremos un catálogo mínimo de los derechos humanos en la obra del agustino.

Después, en otros apartados, analizaremos cómo Veracruz, con su teoría y su praxis, defiende los derechos humanos.

### 1.1 *Las dos concepciones teóricas sobre los derechos humanos: la de la Ilustración y la hispanoamericana*

En la primera parte de este trabajo, hemos visto que, entre el 29 de mayo y el 2 de junio de 1537, el papa Paulo III dio tres documentos de enorme importancia para la Iglesia indiana en general y para la Iglesia novohispana en particular; tres documentos que implican la defensa de los derechos de los indios: la *Pastorale Officium*, la bula llamada *Altitudo divino consillii* y la encíclica *Sublimus Deus*, siendo esta última una auténtica declaración de derechos inherentes a todos los hombres y de libertad de los pueblos. Dijimos también que la encíclica *Sublimus Deus* era producto del pensamiento y la acción de varios misioneros indianos; que en su inspiración y solicitud al papa, destacan las siguientes intervenciones: informes y acciones concretas del dominico Bernardino Minaya; una célebre carta del primer obispo de Tlaxcala, el dominico Julián Garcés; una carta del obispo de México, el franciscano Juan de Zumárraga; varios escritos del dominico fray Bartolomé de Las Casas, destacando su primer libro conocido como *Del único modo*; y las opiniones vertidas por los obispos y religiosos novohispanos en las juntas apostólicas de mediados de 1536, celebradas en la ciudad de México.

La encíclica *Sublimus Deus*, es, sin duda, una primera declaración universal de derechos humanos, producto de un reconocimiento previo de esos derechos, hecho por un puñado de misioneros que supieron reconocer en el indio al otro hombre, esto es a seres distintos de ellos,

pero tan seres como ellos mismos. Se trata de un fruto ya maduro, que implica el comienzo de la consolidación de la teoría hispanoamericana de los derechos humanos.

Aunque ya en varios trabajos lo hemos expresado,<sup>2</sup> resulta oportuno reiterar aquí el hecho de que durante una mesa de trabajo en el "II Seminario La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina", celebrado en la Universidad Iberoamericana de la ciudad de México en noviembre de 1990, le escuchamos al padre José Aldunate de la Compañía de Jesús hacer una certera afirmación cuando dijo que sobre los derechos humanos existen dos tradiciones teóricas: la de la Ilustración, ligada a la Revolución francesa y a la Independencia de Estados Unidos, de corte eminentemente individualista; y otra tradición que nace en América Latina con Bartolomé de Las Casas y el grupo de los primeros evangelizadores que pensaban como él, caracterizada por concebir los derechos humanos a partir del pobre.<sup>3</sup> Hasta aquí las importantes palabras de Aldunate.

Cada una de esas tradiciones teóricas sobre los derechos humanos tiene una filosofía jurídica en la cual hunde sus raíces.

La de la Ilustración apela teóricamente a la llamada Escuela del Derecho Natural, que se desarrolla a lo largo de los siglos XVII y XVIII; es de corte racionalista y su principio social fundamental es el individualismo.

La segunda es más antigua y se trata del jusnaturalismo de tradición cristiana que tiene su expresión más acabada con los teólogos juristas españoles del siglo XVI y principios del siglo XVII tales como Vitoria, De Soto, Suárez y Mariana; conlleva una concepción del Derecho Natural no sólo racional, sino que tiene en cuenta al hombre concreto y a la historia y con un principio social fundamental de corte comunitario.

Esta corriente del jusnaturalismo cristiano, da el salto definitivo en la concepción de los derechos humanos desde el pobre, no en las cá-

<sup>2</sup> Cfr. Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL, *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de Las Casas*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991, pp. 174-175.

<sup>3</sup> Esta afirmación la hizo el jesuita chileno en la Mesa 6-1 sobre Investigación, el 9 de noviembre de 1990. Cfr. "Los Derechos Humanos y la Iglesia Chilena", en *La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina*, Ed. Unión de Universidades de América Latina y Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, pp. 123-129.

tedras españolas, sino en la praxis de la defensa del indio y a partir de la realidad de las Indias.

Los distintos fundamentos filosóficos de una y otra corriente hacen que existan entre ellas enormes diferencias. El hecho de que se den, entre una y otra teoría de los derechos humanos, fundamentos distintos, necesariamente implica el que se llegue a distintas consecuencias también. No es, como optimísticamente se pudiera afirmar, que por distintos caminos se llega a lo mismo, esto es, el reconocimiento y aceptación de los derechos del ser humano.

Las dos concepciones de los derechos humanos que nos ocupan, tanto la de la Ilustración como la hispanoamericana, reconocen la existencia del Derecho Natural más allá del Derecho Positivo; ambas se inscriben, pues, dentro de la tradición muy general del jusnaturalismo. Sin embargo, la primera, como dijimos, tiene sus raíces en la llamada Escuela de Derecho Natural, que está constituida por un jusnaturalismo profano, eminentemente racionalista, propio del Iluminismo; y la segunda, tiene su base en el jusnaturalismo clásico retomado por la tradición filosófica cristiana.

Explicitemos más las diferencias entre la Escuela o Doctrina del Derecho Natural y el jusnaturalismo clásico; esas diferencias son:

1º La Escuela del Derecho Natural se funda sólo en la razón. Es racionalista. La clásica, en cambio, se funda en un determinado concepto global del hombre, en una antropología integral, no sólo en la razón. Messner escribe que "la ciencia del Derecho natural no se puede contentar con el conocimiento natural que tiene la razón humana de los principios elementales morales y jurídicos, sino que le es imprescindible penetrar en el ser, es decir, en la naturaleza de la cosa y sobre todo en la naturaleza del hombre".<sup>4</sup>

2º La Escuela del Derecho Natural es ahistórica, por principio el Derecho es el mismo e igual "para todos, en todo tiempo y lugar".

La clásica, si bien se ha concebido en algunas ocasiones como si fuera ahistórica y tiene siempre el peligro de la ahistoricidad, sus más claros exponentes, sin embargo, dejan un camino abierto para su adaptación histórica.

3º La Escuela del Derecho Natural carga el acento en el individualismo. La clásica sin olvidar al individuo, acentúa la importancia de la comunidad.

<sup>4</sup> Johannes MESSNER, *Sociología Moderna y Derecho Natural*, Ed. Herder, Barcelona, 1964, p. 36.

4º Por último, el jusnaturalismo clásico de raíz cristiana tiene implícito el concepto bíblico del Derecho como *Mispat*, esto es, como liberación del oprimido, lo que se hace muy claro, y a veces hasta explícito, en el salto teórico-práxico de esta corriente dado en Indias, en América, precisamente en su nacimiento, al concebir los derechos humanos desde el pobre. La Escuela del Derecho Natural, carece de esta concepción, a pesar de estar inscrita, de manera muy general, en la "cultura cristiana", pues lleva razón Kuri Camacho cuando escribe que "ninguna de las corrientes existentes hoy en el mundo occidental habrá enaltecido la dignidad humana, los derechos del hombre, más de lo que lo ha hecho el cristianismo".<sup>5</sup> Y en ese sentido la Ilustración es deudora de la tradición cristiana al hacer proclamación de derechos humanos, pero jamás ha entendido esos derechos desde el pobre.

La consecuencia distinta más importante, entre una y otra corriente jusnaturalista, con relación a los derechos humanos, está en que la primera, la de la Ilustración, *circunscribe el ámbito de los derechos humanos al individuo, teniendo como base una reafirmación racional del yo frente al otro y sin entrañar circunstancias históricas*. La clásica, en cambio, con su visión integral del hombre, *concede la existencia de los derechos humanos tanto individuales como sociales, teniendo como base una relación entre el yo y el tú, que es el nexo fundante de la justicia, y con la posibilidad de historizarse*.

Estamos conscientes que la corriente del jusnaturalismo clásico en ocasiones se ahistoriza. Esto es, se queda en hermosos conceptos, en bellos enunciados, en afirmaciones de justicia y bien común, en conceptuosas palabras sobre los derechos humanos, pero todo esto sin acercarse a la realidad histórica, sin fundarse en ella.

*Lo realmente interesante estriba en que, nuestra tradición hispanoamericana de los derechos humanos, tiene su enorme riqueza en el hecho de que no sólo se basa en los fundamentos teóricos del jusnaturalismo clásico, sino además en el hecho de que ésta, nuestra tradición sobre los derechos humanos, nace en concreto por una teoría y una praxis de defensa de esos derechos, y que hemos llamado jusnaturalismo histórico.*

<sup>5</sup> Ramón KURI CAMACHO, "La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y la tradición judeocristiana", en *Analogía Filosófica*, año 9, núm. 1, México, enero-junio de 1995, p. 51.

## 1.2 El descubrimiento del otro hombre

La tradición teórica hispanoamericana de los derechos humanos, tuvo su inicio con la defensa que hicieron de los derechos de los indios los padres dominicos que llegaron a La Española en 1510, encabezados por fray Pedro de Córdova. Esos religiosos con la explotación y exterminio de los indios ante sus ojos, dice Las Casas,

comenzaron a juntar el derecho con el hecho... y a tractar entre sí de la fealdad y enormidad de tan nunca oída injusticia, diciendo así: '¿Estos no son hombres? ¿Con estos no se deben guardar y cumplir los preceptos de caridad y justicia? ¿Estos no tenían sus tierras propias y sus señores y señoríos?'<sup>6</sup>

Con el objeto de denunciar la injusticia, se pusieron de acuerdo los religiosos en la prédica de los sermones con motivo de Adviento, determinando que el encargado de la homilía fuera fray Antón de Montesinos, basándose en un texto firmado por todos los frailes de la comunidad, que en su parte medular decía así:

Decid: ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ... ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ...<sup>7</sup>

El descubrimiento de la alteridad, del otro, conlleva a reconocer sus derechos. El saber ver al otro, hace descubrir su dignidad, la dignidad humana, cuyo núcleo, dice Joaquín Herrera, es el derecho a tener derechos, contenido esencial de los derechos humanos.<sup>8</sup>

En palabras de Pedro Mir, Montesinos "es el primer abanderado de la lucha por los derechos humanos en el mundo moderno".<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Bartolomé DE LAS CASAS, *Historia de las Indias*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, t. II, lib. III, cap. III, p. 439.

<sup>7</sup> *Idem supra*, pp. 441 y 442.

<sup>8</sup> Joaquín HERRERA FLORES, *Los derechos humanos desde La Escuela de Budapest*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 128.

<sup>9</sup> Pedro MIR, "Vigencia de Las Casas en el pensamiento americano". En *el Quinto Centenario de Bartolomé de las Casas*, Ed. Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1986, p. 58.

Por supuesto que no todos, ni aun los juristas sabían ver al "otro". Ni tardas ni perezosas las autoridades y encomenderos de la España la determinaron quejarse ante el rey Fernando por la actitud de los padres dominicos. El rey condenó en principio la conducta de los frailes, ya que según el católico monarca, la prédica de los dominicos no tenía "ningún buen fundamento de teología ni cánones ni leyes",<sup>10</sup> de acuerdo al decir de sus consejeros letrados.

Decimos que el rey Fernando condenó en principio a los dominicos, pero poco después autorizaría, como consecuencia de la denuncia de estos frailes, la expedición de las primeras ordenanzas para el tratamiento de los indios, conocidas como *Leyes de Burgos*, de diciembre de 1512; las que, sin constituir un texto que satisfaga en plenitud el reconocimiento y goce de los derechos humanos, se trata de una legislación que en materia laboral es sumamente avanzada para su época. Ya hubieran querido muchos obreros en la formación social capitalista, a fines del siglo XVIII y durante todo el XIX, tener varias de las normas proteccionistas establecidas en estas ordenanzas.

Desde la filosofía de la liberación, Enrique Dussel ha escrito recientemente:

En 1492, según nuestra tesis central, es la fecha del "nacimiento" de la Modernidad. . . nació cuando Europa pudo confrontarse con "el otro" que Europa y controlarlo, vencerlo, violentarlo; cuando pudo definirse como un "ego" descubridor, conquistador, colonizador de la alteridad constitutiva de la misma modernidad. De todas maneras, ese otro no fue "descubierto" como otro, sino que fue "encubierto" con "lo mismo" que Europa ya era desde siempre.<sup>11</sup>

Usando estas mismas categorías de pensamiento, nosotros sostenemos que los que no encubrieron al *otro*, sino que lo descubrieron, hicieron posible una tradición amplia de la concepción de los derechos humanos. Al afirmar la alteridad, supieron ver que las acciones del conquistador eran injustas pues iban en agravio, violentaban los derechos del indio descubierto como *otro*.

<sup>10</sup> Carta del rey Fernando a Diego Colón de 20 de marzo de 1512, transcrita por Silvio Zavala, *La encomienda indiana*, Ed. Porrúa, México, 1973, p. 21.

<sup>11</sup> Enrique DUSSEL, 1492. *El encubrimiento del otro. El origen del mito de la modernidad*, Ed. Antropos, Santafé de Bogotá, 1992, pp. 11 y 12.

El encubridor y el descubridor del *otro*, tienen ante la misma realidad una visión opuesta.

El siguiente texto de Juan Ginés de Sepúlveda —jurista consejero de la Corte y acérrimo enemigo de Las Casas—, constituye el fundamento teórico de la opresión, del encubrimiento de la alteridad, del *otro* como *otro*:

Bien puedes comprender ¡oh Leopoldo! si es que conoces las costumbres y naturaleza de una y otra parte, que con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes clementísimas, de los prodigiosamente intemperantes a los continentales y templados, y estoy por decir que de monos a hombres. . . ¿Qué cosa pudo suceder a estos bárbaros más conveniente ni más saludable que el quedar sometidos al imperio de aquellos cuya prudencia, virtud y religión los han de convertir de bárbaros, tales que apenas merecían el nombre de seres humanos, en hombres civilizados en cuanto pueden serlo; de torpes y libidinosos, en probos y honrados, de impíos y siervos de los demonios, en cristianos y adoradores del verdadero Dios? . . . Por muchas causas, pues, y muy graves, están obligados estos bárbaros a recibir el imperio de los españoles conforme a la ley de naturaleza, y a ellos ha de serles todavía más provechoso que a los españoles, porque la virtud, la humanidad y la verdadera religión son más preciosas que el oro y que la plata.<sup>12</sup>

Estas mismas palabras, adaptadas a cada circunstancia histórica, son el fundamento ideológico de todo conquistador-opresor. Triple discurso opresivo: los conquistadores superiores a los conquistados que son casi como "monos"; los adultos superiores a los niños; las mujeres inferiores a los varones. Y todo esto coronado por la fetichización de la religión, pues de impíos a "adoradores del verdadero Dios".

Bartolomé de Las Casas ante la misma realidad histórica, pero descubriendo al *otro*, escribe:

<sup>12</sup> Juan GINÉS DE SEPÚLVEDA, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 101, 133 y 134.

... porque de derecho divino es ordenado y mandado que para que los hombres vayan a las cosas divinas y se ejerciten en las cosas de cristianos... tengan paz y tranquilidad, y sean conservados en ella, la cual se alcanza y se conserva con la guarda de la justicia, conviene a saber, dejando y no tomando a cada uno lo suyo, y conservándole su derecho sin hacerle injuria ni injusticia alguna... Y porque... los cristianos, por sus grandes codicias, no pueden estar ni les es posible, teniendo señorío particular o interese en los indios, dejarlos de afligir, injuriar, turbar, agraviándolos, inquietándolos... tomándoles sus pobres haciendas, sus tierras, sus mujeres, sus hijos, y haciéndoles otras muchas maneras de injusticias...<sup>13</sup>

Las Casas sí ve las injusticias y sí rescata los derechos de los indios frente a los españoles. Los indios son seres humanos, no animales y no hay jerarquías entre unos y otros: todos son iguales.

Sepúlveda encubre los derechos del *otro*; Las Casas los descubre. Siguiendo al primero no puede haber fundamento alguno de los derechos humanos; de acuerdo a lo que dice el segundo sí.

### 1.3 La teoría y la práctica jurídica, como defensa de los derechos de los pobres, del inequívocamente otro

Los fundadores de la teoría de los derechos humanos hispanoamericana no sólo descubren la exterioridad, la alteridad, el ámbito del *otro*, sino que colocan de plano, de manera radical, su teoría y su práctica jurídica de defensa de los derechos humanos, en el *inequívocamente otro*, es decir en aquellos que provocan a la justicia, precisamente, porque padecen la injusticia, porque históricamente les son negados sus derechos. Dussel escribe:

El derecho del otro, fuera del sistema, no es un derecho que se justifique por el proyecto del sistema o por sus leyes. Su derecho absoluto, por ser alguien, libre, sagrado, se funda en su propia exterioridad, en la constitución real de su dignidad humana.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Bartolomé DE LAS CASAS, "Octavo remedio" (tratado sexto), *Tratados*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, t. II, pp. 677 y 679.

<sup>14</sup> Enrique DUSSEL, *Filosofía de la Liberación*, Ed. Edicol, México, 1977, p. 53.

El fundamento de todo derecho es la dignidad del hombre; el hecho de ser el *otro*, libre e inmanipulable. Al fin y al cabo, los *derechos humanos* no son otra cosa que la *juridificación de la dignidad humana*.

El otro, el pobre en su extrema exterioridad del sistema, provoca a la justicia; es decir llama (—voca) desde delante (pro—).<sup>15</sup>

Si todo derecho viene fundado en la dignidad del *otro*, del ser humano como tal, la justicia viene solicitada por el que no la tiene, por el que padece la injusticia, por el pobre, por el *inequívocamente otro* —en palabras de Dussel—.

La base filosófica de la teoría de los derechos humanos hispanoamericana, tiene su origen, hemos dicho, en el jusnaturalismo clásico recogido y reelaborado por la tradición cristiana, con su expresión más acabada de los teólogos juristas españoles del siglo XVI y principios del siglo XVII.

Así por ejemplo, Francisco de Vitoria, el ilustre dominico profesor de la Universidad de Salamanca, en bellas palabras expresa el postulado de la dignidad del hombre, al considerarlo como poseedor de derechos en cuanto que puede padecer injuria.<sup>16</sup>

Sin embargo, hemos afirmado también que esta corriente jusnaturalista da el salto definitivo en su concepción de los derechos humanos, en la praxis de la defensa del indio y a partir de la realidad de las Indias.

Se trata de una concepción de los derechos humanos, como hemos insistido, con los fundamentos del jusnaturalismo clásico notablemente enriquecido por los autores cristianos, pero con la ventaja enorme de que está concebida desde el pobre, desde aquel que sufre sistemáticamente, estructuralmente, la violación de sus derechos. Esto es, se historizan, se hacen históricos los conceptos de la justicia, el bien común y los derechos humanos, porque se confrontan con una realidad concreta. Parten del descubrimiento del *otro*, por el solo hecho de ser hombre portador del derecho a tener derechos, y por ser oprimido provocador de la justicia concreta.

La defensa de los derechos de los indios hace surgir, pues, nuestra tradición teórica de los derechos humanos, con un ejercicio teórico y

<sup>15</sup> *Idem supra*.

<sup>16</sup> *Las elecciones jurídicas de Vitoria*, Ed. Jus, México, 1947, p. 69, introducción y notas de Rafael Aguayo Spencer.



práctico de lo que hemos llamado jusnaturalismo histórico. Toda la conceptualización de justicia, bien común y derechos del ser humano de la Escuela de Salamanca, se confronta con la realidad histórica de la tremenda violación a los derechos de los indios por parte de los conquistadores. Y es así que surge nuestra tradición teórica sobre los derechos humanos, al teorizar y practicar sobre la defensa de esos derechos ultrajados en las personas y pueblos de los aborígenes de América.

El profesor Barp nos proporciona el concepto de justicia de Alonso de la Veracruz, producto de la antropología filosófica del pensador novohispano; se trata de una concepción de la justicia que prepara al jusnaturalismo histórico, le sirve de base:

¿Qué te debo? A esta pregunta nunca se puede contestar 'no te debo nada'. A esta pregunta '¿qué te debo?' siempre se debe contestar 'te debo todo', es decir 'te debo todo lo que eres'.<sup>17</sup>

Qué extraordinario concepto de justicia construido, en su contenido, en lo que el hombre es y que implica ser portador de todos los derechos que le deben ser respetados.

Esto llevado a la realidad de la explotación de los indios, implica un razonamiento como el que Bartolomé de Las Casas hace al convertirse a la defensa de sus derechos, una reflexión del jusnaturalismo histórico. En efecto, en el sermón en que el dominico anuncia que dejará sus negocios y se pone claramente en favor de los derechos de los débiles, hace una sugerente reflexión jurídica, pues pone como centro

su ceguera, injusticias y tiranías y crueldades que cometían en aquellas gentes inocentes, y les hace manifiesto a sus oyentes

"la obligación a restitución en que estaban ligados"<sup>18</sup> para con los

<sup>17</sup> Luciano BARP FONTANA, "Pensamientos Liberadores de Alonso de la Vera Cruz, en el *Speculum Coniugiorum* (espejo de los casamientos)", en *Memoria IV Encuentro Nacional de Investigadores de la Filosofía Novo Hispana*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes e Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Aguascalientes, octubre de 1992, p. 272.

<sup>18</sup> LAS CASAS, *Historia de las Indias*, lib. III, cap. LXXIX, en el t. III, ob. cit., p. 95.

indios. Y esto había nacido en su mente y corazón, a partir de su reflexión y su sentir,

por lo que leía cuanto al derecho y vía de hecho, aplicado lo uno a lo otro, determinó en sí mismo convencido de la misma verdad, ser injusto y tiránico todo cuanto cerca de los indios en estas Indias se cometía.<sup>19</sup>

#### 1.4 *La raigambre bíblica de los derechos humanos, en la tradición teórica hispanoamericana*

Hemos dicho que los primeros evangelizadores indios concibieron los derechos humanos a partir del pobre. Y esto tiene un fundamento bíblico.

Dios aparece en la Biblia como el protector del más débil y asegura el respeto de sus derechos. En los Proverbios se identifica la ofensa hecha al pobre con la ofensa hecha a Dios (Prov. 14, 31), misma idea religiosa que recoge Jesús de Nazareth (Mateo 25, 31-46). "Dios es liberador y redentor, por lo tanto, garante de aquellos a quienes el mundo no reconoce o respeta sus derechos"<sup>20</sup> escribe Hugo Echegaray. Y agrega: "Dios aparece desprovisto de imparcialidad frente a la historia. Porque Dios es soberanamente justo, Dios es parcial"<sup>21</sup>. Lo inusitado de esta concepción jurídica de la Biblia, sigue diciendo el teólogo peruano, es "la conciencia de una especie de derecho —escandaloso para los bien pensantes— del pobre a ser amado por Dios".<sup>22</sup>

José M. Chacón y Calvo escribió, en referencia al sermón de Montesinos, producto de la reflexión de la pequeña comunidad dominica de La Española:

En aquellos momentos solemnes, en la humilde residencia de unos oscuros frailes surgía un Derecho nuevo. Un Derecho de profunda raíz teológica.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> *Idem supra*, p. 93.

<sup>20</sup> Hugo ECHEGARAY, *Derecho del Pobre; Derecho de Dios*, Ed. Centro de Reflexión Teológica, México, 1982, pp. 15 y 16.

<sup>21</sup> *Idem supra*, p. 16.

<sup>22</sup> *Idem supra*, pp. 20 y 21.

<sup>23</sup> Citado por Venancio CARRO, O. P., en *La Teología y los teólogos-juristas españoles ante la Conquista de América*, Ed. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, 1951, p. 1.

Gustavo Gutiérrez añade que ese Derecho nuevo, que nace con el sermón de Montesinos, es sobre todo de raíz bíblica, y en eso radica su fuerza.

No intentamos establecer una fácil oposición entre fundamentos teológico-jurídicos por un lado y demandas evangélicas por el otro, pero creemos que es importante hacer ver su diferencia en hondura y alcance; en efecto, sin las últimas los primeros no son colocados en su contexto propio y vital.

Las diversas preguntas de la homilía de Montesinos están ligadas es cierto, pero aquella que recuerda la calidad del prójimo que tiene el indio para los misioneros, y el consiguiente deber de amarlos, es la que va más lejos y da sentido a todo el conjunto.<sup>24</sup>

Es aquí en donde aparece con claridad el salto de la concepción de los derechos hispanoamericana a partir del pobre. Los teólogos juristas españoles, especialmente la Escuela de Salamanca, se quedan en el reconocimiento pleno de la dignidad humana de todos los hombres por igual; los misioneros, partiendo de esta premisa, ven la diferencia real, histórica, que existe entre el poderoso y el débil, el conquistador y el conquistado, y optan, por su entender el Derecho según la Biblia, por el débil frente al poderoso.

Cuando en los años de 1550 y 1551 disputa Las Casas con Juan Ginés de Sepúlveda en la famosa Junta de Valladolid, su tesis fundamental es que la guerra de los cristianos contra los indios es injusta y radicalmente en contra de la caridad cristiana.<sup>25</sup> Lassègue llama la atención en que, precisamente en el punto de la guerra, el dominico se aparta de la Escuela de Salamanca que la trata en lo relativo a la justicia, y retoma a Santo Tomás de Aquino que la ubica en el tratado de la caridad.<sup>26</sup>

Esta idea lascasiana de relacionar, en una polémica filosófico-jurídica, la caridad con la materia propia del Derecho, muestra con claridad la concepción que tienen de los derechos humanos los principales

<sup>24</sup> Gustavo GUTIÉRREZ, *En busca de los Pobres de Jesucristo. El Pensamiento de Bartolomé de Las Casas*, Ed. Instituto Bartolomé de Las Casas-Rimac y Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1992, p. 50.

<sup>25</sup> Cfr. Juan GINÉS DE SEPÚLVEDA y Bartolomé DE LAS CASAS, *Apología*, trad. Ángel Losada, Ed. Nacional, Madrid, 1975.

<sup>26</sup> Cfr. J. B. LASSÈGUE, *La larga marcha de Las Casas*, Ed. Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974, p. 328.

defensores de los derechos de los indios —encabezados ciertamente por Las Casas—, y que es de la más pura tradición bíblica como *mispat*, esto es, como liberación del oprimido.

En la tradición bíblica, y más concretamente en la profética, el Derecho y la justicia no son conceptos distintos de la caridad. Lo jurídico implica de manera directa el rescate del pobre, del oprimido; no se trata del concepto aristotélico de justicia distributiva, legal y conmutativa, sino de la salvación plena de la dignidad del hermano que ha sido ultrajado, de la reivindicación del que ha sido oprimido, empobrecido. En otras palabras, derecho y justicia implican la liberación del otro, el hacerse responsable del hermano débil; el hacer praxis de caridad, quiero decir.<sup>27</sup>

Los defensores de los derechos de los indios de la primitiva Iglesia novohispana tienen esta concepción bíblica del Derecho y de los derechos humanos. Ciertamente no elaboran —quizás ni siquiera Las Casas ni Veracruz—, una doctrina sistemática acerca de los derechos humanos; ni hacen un largo catálogo —como hoy se usa— de esos derechos del hombre; pero sí, basados en su tradición filosófica y radicalmente cristiana, descubren la dignidad humana del otro distinto del conquistador.

En la primera parte de este trabajo, al referirnos a la naciente Iglesia Novohispana, hemos hablado de muchas acciones de teoría y práctica jurídica en defensa de los derechos humanos en general y de los indios en particular, por parte de los obispos como Protectores de los indios y de las Juntas Eclesiásticas. En todas esas acciones se manifiesta con claridad cómo se va gestando, cómo va tomando forma, esa concepción de los derechos humanos, con las características que le hemos señalado a la tradición teórica hispanoamericana.

### 1.5 Genealogía de la concepción teórica hispanoamericana de los derechos humanos

Hablar de una tradición teórica hispanoamericana de los derechos humanos, en el sentido que la hemos descrito, no es unánimemente aceptado. Lejos de ello, muchos historiadores sólo reconocen la tradi-

<sup>27</sup> Sobre este tema puede verse: Porfirio MIRANDA, *Marx y la Biblia. Crítica a la filosofía de la opresión*, México, 1971; José Luis SICRE, *Con los pobres de la Tierra. La justicia social y en los profetas de Israel*, Ed. Cristiandad, Madrid, 1984; y la obra citada de Hugo ECHEGARAY.

ción teórica de los derechos del hombre de la Ilustración, y sitúan, por lo tanto, "el comienzo de los derechos humanos entre los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, Francia y las colonias inglesas de América del Norte".<sup>28</sup> En esa posición crítica y objetora, actuando —como él mismo dice— "de abogado del diablo", Bartolomé Clavero niega la existencia de los derechos humanos en la América Española, en un trabajo presentado en un seminario precisamente sobre la tradición indiana y los derechos humanos. El profesor de la Universidad de Sevilla dice:

Recordemos ante todo algo tan básico como que los derechos, rigurosamente los derechos, no existían entonces para nadie. Los juristas, siguiendo a los teólogos, no admitían derechos en su sentido subjetivo, esto es facultades de sujetos, por sí mismos y para ningún caso; esto no entraba en los supuestos de la cultura del tiempo; era algo entonces inconcebible. De entrada, a nadie, ni a colonizador ni a colonizado sin ir más lejos, se le reconocía capacidad alguna de título originario y disposición propia. El derecho comenzaba por ser, no facultad de un titular, sino ordenamiento de la sociedad. Tenía ante todo este sentido de orden objetivo.<sup>29</sup>

Clavero ubica el nacimiento de los derechos humanos "hasta mediados del siglo XVII y por latitudes de momento tan sólo británicas".<sup>30</sup> Y agrega que: "De entonces, solamente de entonces, viene la ocurrencia que hoy nos puede parecer tan sencilla del individuo como sujeto originario del derecho".<sup>31</sup>

No estamos de acuerdo con la postura de Clavero. Creemos que el movimiento de la Ilustración, acompañando a los cambios sociales y políticos de su entorno, genera una juridificación en términos modernos de lo que se ha denominado derechos humanos, pero la concep-

<sup>28</sup> Fernando ROVETTA KLYVER, "Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir de Francisco de Vitoria y de la legislación indiana", en *Los Derechos Humanos en América. Una perspectiva de cinco siglos*, Ed. Cortes de Castilla y León, Salamanca, 1994, p. 153.

<sup>29</sup> Bartolomé CLAVERO, "Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho VI-1994. La Tradición Indiana y el origen de las declaraciones de derechos humanos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p. 67.

<sup>30</sup> *Idem supra*, p. 75.

<sup>31</sup> *Idem supra*.

ción de éstos es anterior a la mitad del siglo XVII, y que precisamente existe un momento histórico muy anterior, precisamente la primera mitad del siglo XVI, en que éstos se reconocen y forman parte de la juridicidad de su tiempo, no sólo como derechos de los individuos sino también como derechos de los pueblos o comunidades.

Rovetta Klyver escribe:

...porque considero que durante la conquista y colonización de América —sobre todo en las primeras décadas— ocurrieron actos 'inhumanos, atroces y aberrantes', llegando incluso al 'genocidio', empleando términos actuales, es que en esa época, como en un juego dialéctico, frente a la tesis fáctica, se pudo generar una antítesis desde la teoría ética lo suficientemente humanitaria como para inspirar leyes que pueden ser consideradas, en su intento de síntesis, expresión de lo que hoy denominamos *derechos humanos*.<sup>32</sup>

Clavero insiste:

...no creo que vayamos a encontrar unos derechos perdidos, los derechos humanos, ni incipientes ni formados, en la tradición indiana...<sup>33</sup>

Conscientes de lo complejo de la temática y lo polémico de esta cuestión, sin embargo nos atrevemos a sostener, en contra de la opinión de Clavero, que los derechos en el mundo indiano no están perdidos y que sí aparecen, a veces incipientes y a veces bien formados, sólo que dentro de una formación social distinta a la de los estados individualistas liberales que se establecerán muchos años después. *Esos derechos aparecen teóricamente reconocidos, éticamente sostenidos y muchos de ellos objetivizados normativamente por la legislación dada y aplicada por el Estado.*

A reserva de analizar posteriormente todo el tratado *De Dominio Infidelium* de Alonso de la Veracruz, es importante traer aquí algunos conceptos para reforzar nuestras afirmaciones. La tercera Cuestión o Duda que despeja Veracruz en su obra, la plantea así:

<sup>32</sup> ROVETTA, *ob. cit.*, p. 154.

<sup>33</sup> CLAVERO, *ob. cit.*, p. 84.

En tercer lugar se duda, si acaso quien tiene dominio justo sobre un pueblo por donación regia puede a su arbitrio ocupar las tierras de los nativos cuando estén sin cultivar, pero destinadas bien sea para pastar sus ovejas o para sembrar y recolectar los frutos, etcétera.<sup>34</sup>

Se trata de un pueblo dado en encomienda que debe tributar al titular de la misma, y la cuestión se plantea en el sentido de si el encomendero puede ocupar caprichosamente las tierras no cultivadas del pueblo que le tributa. Antes de pasar a la respuesta que da Veracruz a la Duda, es necesario hacer notar que, de entrada, reconoce el derecho de propiedad o dominio del pueblo a sus tierras y ese es un derecho subjetivo, un derecho humano cuyo titular es toda una comunidad, un pueblo.

La respuesta general que da el agustino a la Duda planteada es categórica:

...nadie puede ocupar lícitamente lo ajeno contra la voluntad del dueño. Como la tierra, aun cuando esté abandonada, pertenece al pueblo y no al señor que tiene derecho a los tributos. Por lo tanto, no puede ocuparla a su arbitrio.<sup>35</sup>

Reafirma Veracruz el derecho de propiedad del pueblo, un derecho subjetivo, un derecho humano comunitario.

A lo largo de toda la respuesta a la Duda III, Veracruz reitera el derecho de los pueblos a su tierra, como un derecho anterior a la llegada de los españoles y a la instalación del señorío regio. Cierra su argumentación con una denuncia contra la injusticia, por la violación de los derechos de los pueblos:

Estas cosas deberían causar gran escrúpulo porque sin duda los naturales sufren gran injuria y esta crece a diario; y no sólo son despojados de sus propias tierras, en contra de su voluntad, sino que también destruyen sus sembrados y por eso padecen hambre.<sup>36</sup>

Ya habíamos visto que Vitoria, maestro de Veracruz en Salamanca, escribió: "*Las criaturas irracionales no pueden tener dominio*. Está

<sup>34</sup> VERACRUZ, *ob. cit.*, parágrafo 106, p. 41.

<sup>35</sup> *Idem supra*, parágrafo 108, p. 41.

<sup>36</sup> *Idem supra*, parágrafo 154, p. 51.

claro, pues dominio es derecho, como confiesa Conrado; pero las criaturas irracionales no pueden tener derecho; luego ni dominio. Se prueba la menor: porque no pueden padecer injuria; luego no tienen derecho".<sup>37</sup> Está muy clara la alusión al derecho subjetivo en Vitoria, lo que demuestra que la Escuela de Salamanca incluye en su teoría jurídica los derechos subjetivos, base de lo que se llama derechos humanos; como está muy clara también la concepción de esos derechos en el texto citado de Veracruz, lo que prueba que los derechos subjetivos y, por ende, los derechos humanos están presentes en la teoría y en la praxis de los hispanoamericanos.

Por otro lado, es muy importante la relación establecida entre derecho e injuria. Sólo el que puede ser agraviado, injuriado, menoscabado en su dignidad, tiene derechos; porque sus derechos tienen su fundamento en la dignidad humana, en su calidad —metafísica— de personas, de seres humanos. Esa idea esencial de Vitoria y Veracruz, de relacionar el derecho con la posibilidad de recibir injuria, nos recuerda una idea nuclear de la Filosofía del Derecho de Ernest Bloch: "La intención esencial del Derecho natural se centraba en el *pasos erguido como Derecho*, de tal suerte que éste sea respetado en las *personas* y asegurado en la *comunidad* de ellas".<sup>38</sup>

Reitera el agustino el derecho de los indios a "sus propias tierras" y denuncia que ese derecho no se les respeta porque "son despojados", y además, denuncia también, que destruyen "sus sembrados" dejándolos hambrientos, empobrecidos, al serles vulnerado su derecho esencial a una *vida digna*, síntesis de los derechos humanos.

Clavero dice también, en su papel de "abogado del diablo", que:

La aceptación sin más de que los indígenas, gentes de otra religión o sin religión propiamente dicha, pudieran tener un derecho propio, con la secuela de que los colonizadores debieran comenzar por reconocerlo, era un punto de partida efectivamente descartado de raíz.<sup>39</sup>

En cuanto a un "derecho propio", totalmente autónomo e independiente del Derecho objetivo indiano, ciertamente los pueblos indios no

<sup>37</sup> *Las Relecciones Jurídicas de Vitoria*, *ob. cit.*, p. 69.

<sup>38</sup> ERNEST BLOCH, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 212.

<sup>39</sup> CLAVERO, *ob. cit.*, p. 68.

lo tuvieron, así que en una visión así de general lleva razón Clavero. Sin embargo, es necesario profundizar en la cuestión, y si hacemos ciertas acotaciones, no puede sostenerse ya esa aseveración. Es cierto, el derecho objetivo indiano, esto es la normatividad del Derecho español aplicado en Indias, se impone y, por lo tanto, el derecho objetivo de los pueblos de indios se le subordina; pero atención, el derecho objetivo (normatividad) de los pueblos indios sigue existiendo, no desaparece, sólo que está subordinado a la normatividad dominante del conquistador. Si ese derecho hubiere desaparecido, hoy no podría ser reivindicado por los pueblos indios en sus pretensiones de autonomía y respeto de sus usos y costumbres jurídicas, frente al Estado nacional.<sup>40</sup> El Derecho Indiano mandó reiteradamente que los usos y costumbres jurídicas de los indios les debían ser respetados en todo aquello que no se opusieran a la religión católica y a la normatividad general del Estado. Esto en cuanto al derecho objetivo.

Pero además podemos sostener que varios derechos humanos les son reconocidos a los indios, aun como "gentes de otra religión o sin religión", y el más claro ejemplo es la encíclica *Sublimis Deus* del papa Paulo III, a la que ya hicimos alusión y que aquí volvemos a citar en su parte medular:

... conociendo que aquestos mesmos indios, como verdaderos hombres... determinamos y declaramos que los dichos indios y todas las demás gentes que de aquí adelante vinieran á noticia de los cristianos, aunque estén fuera de la fe de Cristo, no están privados ni deben serlo de su libertad ni del dominio de sus bienes, y que no deben ser reducidos a servidumbre...

Y ya vimos que esa declaración tan importante de derechos, no se debe a la simple buena voluntad del viejo Papa Farnesio, sino que *Dios Sublime* es producto del pensamiento y la acción de varios misioneros indianos, que iban gestando la tradición teórica hispanoamericana de los derechos humanos. Precisamente ésta, nuestra concepción de los derechos del ser humano, arranca aquí, en este punto preciso

<sup>40</sup> Cfr. Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL, "Puntos para el Diálogo. La Insurrección del EZLN y la Juridicidad", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 18 de la Escuela Libre de Derecho, México, 1994, pp. 259-274; y "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos de los pueblos indios", ponencia presentada en el Coloquio "México: ¿Un proyecto nacional en crisis?", en la mesa "Derechos Humanos", en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, el 24 de noviembre de 1995. Inédito

de los hechos de la conquista, produciendo una ruptura con aquello que señala Clavero: se reconocen los derechos de los indios independientemente de su religión.

El profesor de la Universidad de Sevilla Bartolomé Clavero, dice que el status, el estado, "definía el derecho para el sujeto",<sup>41</sup> Se lo determinaba. Y "el status que se da con carácter general para el caso de los indígenas es el resultante de la concurrencia entre los estados de *rústico*, de persona *miserable* y de *menor*. El concurso de esta triada va a definirlo".<sup>42</sup>

Es cierto que el status define la normatividad aplicable y el alcance de los derechos, pero precisamente también el alcance de los derechos, lo que significa que éstos eran auténticamente reconocidos. El derecho indiano, visto de una manera integral, juega respecto de los indios un doble rol —lo da el propio status en que se le ubica—: de protección, por un lado, y de sometimiento por otro.

Pero el reconocimiento teórico y las acciones consecuentes de los postulantes hispanoamericanos de los derechos humanos, es plena, quiero decir, que aceptan la protección de los indios y no su sometimiento.

Creemos, entonces, que sí podemos hablar con propiedad y sostener una concepción de los derechos humanos antes de la Ilustración, y precisamente con unos presupuestos teóricos distintos de los de esa corriente racionalista e individualista, de acuerdo a los caracteres que le hemos atribuido; esa concepción es la de la tradición hispanoamericana.

En nuestro medio es, sin duda alguna, el filósofo dominico Mauricio Beuchot, quien más se ha preocupado por sostener que los derechos humanos fueron ya plenamente concebidos por la Escuela de Salamanca y de ahí pasaron a Indias, y se hicieron vida en la práctica de los misioneros indianos, especialmente en Bartolomé de Las Casas y en Alonso de la Veracruz.<sup>43</sup>

Mauricio Beuchot escribe:

<sup>41</sup> CLAVERO, *ob. cit.*, p. 69.

<sup>42</sup> *Idem supra*, p. 70.

<sup>43</sup> Cfr. MAURICIO BEUCHOT, *Filosofía y derechos humanos*, Ed. Siglo XXI, México, 1993; *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de Las Casas*, Antropos editorial del hombre, Barcelona, 1994; "Bartolomé de Las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho VI-1994*, *ob. cit.*, "Derechos subjetivos, derechos naturales y derechos humanos", en la obra colectiva *Laberintos del Liberalismo*, Ed. Miguel Angel Porrúa, México, 1995.

Algunos autores, como Michel Villey, Leo Strauss y Ralph Mac Irerney, sostienen que los derechos humanos corresponden a los derechos naturales del iusnaturalismo moderno (p. ej. Grocio, Pufendorf y Rousseau), pero no al iusnaturalismo clásico (p. ej. Aristóteles, Justiniano y Santo Tomás). Lo anterior, ya que la noción clásica de derecho (tanto en los griegos, como en el derecho romano y en los medievales) es objetiva, es una propiedad del objeto; en cambio, la noción moderna del derecho es subjetiva, es un derecho del sujeto, una propiedad del individuo. Pero creemos que los derechos humanos sí pueden fundamentarse en un derecho natural tomista, aunque no directamente, sino a través de la escuela de Salamanca.<sup>44</sup>

Beuchot se apoya en la tesis de Blandine Barret-Kriegel, que "encuentra una vinculación con el derecho natural tomista mediante la Escuela Tomista de Salamanca, con la cual se da ese cambio de la noción de derecho objetivo a la de derecho individual: cambia la idea de ley (antes, incluso, que la idea de naturaleza)".<sup>45</sup> Pero nuestro filósofo dominico no sólo se apoya en la tesis de Barret-Kriegel, sino que la profundiza y la refuerza.

Villey había sostenido que los derechos humanos, al ser derechos subjetivos, no pudieron tener origen en el tomismo, ya que Santo Tomás (1224-1274) tenía una noción del derecho como algo objetivo, y la Escuela de Salamanca traiciona al Aquinate al admitir la noción de derechos subjetivos; pero la profesora Barret-Kriegel "más bien se alegra de que los salmantinos hayan modificado así la noción tomista de derecho y de ley natural, porque ve en ello el surgimiento de la noción de derechos humanos".<sup>46</sup>

Y agrega Beuchot:

Lo que se alcanza a ver es un anticipo filosófico-teológico, aunque muy importante, de lo que después se llamarán derechos del hombre. Pero le falta dar más datos para explicar ese hecho. Las Casas es un eslabón en el paso de una noción de derecho objetivo a otra de derecho subjetivo. Lo más notable es que atiende a la dignidad del hombre y, sobre todo, a diferencia de los iusna-

<sup>44</sup> BEUCHOT, *Filosofía y derechos humanos*, ob. cit., pp. 13 y 14.

<sup>45</sup> *Idem supra*, p. 14.

<sup>46</sup> BEUCHOT, "Bartolomé de Las Casas, el Humanismo Indígena y los derechos humanos", ob. cit., p. 38.

turalistas ilustrados, defiende los derechos naturales para todos, principalmente para los más desvalidos, como lo eran en ese caso los indios.<sup>47</sup>

Bien, veamos de qué manera Beuchot reconstruye la genealogía de los derechos humanos.

Comienza nuestro filósofo por recordar que los romanos decían que las cosas eran objeto de un derecho, esto era el *dominium*. Y esta noción de dominio pasa a Santo Tomás y a los escolásticos. "El propio Aquinate —agrega Beuchot— habla de la potestad y del dominio en el sentido que tiene el derecho subjetivo".<sup>48</sup>

El dominico reafirma, que en el santo de Aquino sí aparecen los derechos subjetivos o personales, pero acota:

Los derechos que Santo Tomás entiende como subjetivos pueden ser activos y pasivos. Él los toma en sentido pasivo, es decir, como derechos que son dados o permiten algo por otro, más que como derechos para hacer algo uno mismo. Por eso los derechos personales, pasivos de Santo Tomás, difícilmente pueden tomarse como derechos humanos.<sup>49</sup>

Jesús García López nos dice que Santo Tomás cuando se plantea la cuestión de la división del Derecho, no se refiere a la acepción de derecho subjetivo, "pues lo más frecuente es que a este tipo de derecho no se lo llame así, sino con los nombres de *potestas*, *facultas*, *posse* o *licitum est*".<sup>50</sup>

Creemos que la noción de los derechos humanos en Santo Tomás se extrae de su noción misma de justicia, como derechos humanos pasivos según dice Beuchot. Esto porque *lo suyo, el acto o la cosa, que se debe a otro en justicia, es precisamente su derecho*, su derecho subjetivo, su derecho humano.

Cuando Santo Tomás trata la cuestión de la justicia dice:

... la justicia versa principalmente acerca de las cosas que se refieren a otro como a su propia materia... Y por tanto, el acto

<sup>47</sup> *Idem supra*.

<sup>48</sup> BEUCHOT, "Derechos subjetivos, derechos naturales y derechos humanos", ob. cit., p. 152.

<sup>49</sup> *Idem supra*, p. 153.

<sup>50</sup> Jesús GARCÍA LÓPEZ, *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, p. 36.

de la justicia por comparación a la propia materia y objeto se designa cuando se dice *que da a cada uno su derecho*; porque, como dice San Isidoro (Etym. 1. 10, letra I), *dicese justo porque guarda el derecho*.<sup>51</sup>

Beuchot siguiendo a Villey, sostiene que la noción de derecho subjetivo, ya corriente en la Filosofía del Derecho moderna, tiene su origen en el franciscanismo medieval, en el ala nominalista de esa orden y en concreto en Guillermo de Ockham (1300-1349).<sup>52</sup>

En su *Opus nonaginta dierum*, Ockham, al defender a los frailes menores contra el papado, que los acusaba de herejía por querer practicar la pobreza completa, recurre para justificar la pobreza franciscana al derecho civil y eclesiástico, y analiza los conceptos de uso, usufructo, propiedad, dominio y potestad y los conecta con la noción del Derecho. "Ockham ve al derecho subjetivo como aquel en que habría poder de recurrir a la sanción establecida por la autoridad pública: 'potestad o poder de proteger y defender algo en un juicio humano...' Al igual que Santo Tomás, define el *dominium* por el *potestas*; pero la *potestas*, entendida aquí como *ius*, hace que el derecho pase a tener un sentido subjetivo, un poder, una capacidad, una prerrogativa o una libertad".<sup>53</sup>

Villey sostiene que Ockham, el llamado *Venerabilis Inceptor*, por ignorar el Derecho Romano, basó su sistema filosófico-jurídico en la noción de poder o potestad. Pero es necesario añadir que esto es posible por su propia epistemología nominalista, que radicaliza la noción del ser en lo individual, y esto, llevado a lo social, a la acentuación del individuo, ya que los universales, las totalidades, sólo son nombres (nómina) carentes de realidad.

Beuchot escribe:

El nombre que se daba al derecho subjetivo era, entonces, 'poder' (*potestas*), esto es, una cualidad del sujeto, a saber, el dominio que tiene sobre las cosas. O, si se quiere, y más propiamente, la potestad engendra el dominio sobre algo, y eso es poseído por el individuo. El paso del *ius* al poder fue permitido,

<sup>51</sup> Santo Tomás DE AQUINO, *Suma Teológica*, t. XI. *La Prudencia, la Justicia y el Derecho*, cuestión LVIII, art. I. Versión del texto latino de Ismael Quiles, Club de Lectores, Buenos Aires, 1987, p. 117.

<sup>52</sup> BEUCHOT, "Derechos subjetivos...", *ob. cit.*, p. 153.

<sup>53</sup> *Idem supra*, p. 154.

según hemos visto, por una filosofía nominalista, privilegiadora de lo singular, del individuo, como era la de Ockham. Éste fue el primero en defender el derecho subjetivo y en edificarle su teoría.<sup>54</sup>

En Ockham el derecho es el poder conforme a la recta razón, y si es poder o potestad, es derecho subjetivo.<sup>55</sup> Pero para Mauricio Beuchot es todavía una noción de "derecho subjetivo pasivo"; y es hasta el siglo XV que, otro nominalista, Juan Gerson (+1429), "extrae esa noción de derecho subjetivo activo", pues a diferencia de Ockham, Gerson "sostiene que al dominio pertenece la libertad, la cual es una facultad irrestricta, dada por Dios al hombre. Así, el derecho como dominio lleva a la noción del derecho como libertad o garantía individual".<sup>56</sup>

Gerson fue un gran nominalista, pero también un gran místico, y su vivencia de la libertad divina (para crear y para salvar) y de la libertad humana (aun para pecar) le lleva a ver la libertad como un derecho y el derecho como una libertad. Ya el derecho no está vinculado a un orden moral objetivo ni a un deber —como para Santo Tomás—, su fundamento es la soberanía del individuo... Define el derecho como 'la facultad o potestad que compete a alguien según el dictamen de la recta razón'. Aquí parecería que tan sólo repite el derecho como *potestas*, que ya hemos encontrado en Ockham (pues en Santo Tomás la *potestas* pertenecía no al *ius*, sino al *dominium*; pero ya está allí el importante añadido de que esta facultad *compete* o pertenece a alguien. Y sobre todo, le pertenece por la razón, esto es por la misma naturaleza humana individual, y no sólo por el permiso que concede para algo un superior, en lo cual consistía el derecho subjetivo pasivo.<sup>57</sup>

En el siglo XVI son seguidores de Gerson, Joannes Mair y Jacobus Almain, ambos nominalistas, y son quienes transmiten su pensamiento. Mair fue profesor de Vitoria en el Colegio de Monteagudo de la Universidad de París y tuvo influencia en el dominico; ciertamente no al grado de que Vitoria aceptara la epistemología nominalista, pero

<sup>54</sup> *Idem supra*, p. 156.

<sup>55</sup> *Idem supra*, p. 157.

<sup>56</sup> *Idem supra*.

<sup>57</sup> *Idem supra*, pp. 157 y 158.

influye el nominalismo en su concepción jurídica y de toda la Escuela de Salamanca. Dice Beuchot:

En el siglo XVI, Vitoria recupera el sentido subjetivo pasivo del derecho que había dado Santo Tomás, no el activo de Gerson. Para Vitoria, tanto los bárbaros o infieles, como los herejes y los cristianos, es decir, todos los hombres, tienen como imagen de Dios la facultad racional; por ella son capaces de *dominium* sobre sus acciones y sobre sus bienes, i.e. tienen libertad y posesión o gobierno. El derecho individual se da, pero de modo pasivo, porque depende de un orden objetivo de moral y de justicia.<sup>58</sup>

Aunque, ciertamente, Vitoria no llega a la concepción del derecho subjetivo como Gerson, en cuanto que facultad, poder, dominio o libertad, ya que acentúa la noción de lo justo objetivo siguiendo a Santo Tomás, sin embargo, al profesor del Colegio de San Esteban, la fuerte influencia nominalista, lo hace destacar ya, en algunos textos, la radicación del *ius* en la persona, como derecho subjetivo, al relacionar el derecho con la posibilidad de padecer injuria, como hemos visto, y a establecer expresamente, con relación a los seres racionales; el derecho que tiene sobre la cosa, cuando que escribe "pueden padecer injuria; luego *tienen derecho a las cosas*; luego dominio, que no es otra cosa que este derecho".<sup>59</sup>

Y pasando ya a los autores indianos, encontramos, como dice Beuchot, que "Las Casas utiliza, pues, la noción de *potestas* y *dominium*, como la posesión de algún derecho en sentido subjetivo. . . Las Casas, aun cuando da preferencia al derecho objetivo, está ya utilizando —con otros vocablos— la noción de derecho subjetivo, incluso en el ámbito del derecho natural. Estos derechos naturales subjetivos son los que corresponden a los derechos humanos".<sup>60</sup>

Por último, el jesuita granadino, profesor de la Universidad de Coimbra, Francisco Suárez, ya a principios del siglo XVII combina elementos de Santo Tomás con una concepción cercana a la de Juan Gerson. Beuchot siguiendo a Hervada, sostiene que con Suárez se produce un cambio respecto al sentido estricto y primario de la palabra *derecho, ius*. De ser primordialmente la *cosa justa* pasa a designar

<sup>58</sup> *Idem supra*, pp. 160 y 161.

<sup>59</sup> *Las elecciones jurídicas de Vitoria, ob. cit.*, p. 72.

<sup>60</sup> *Idem supra*, pp. 163 y 165.

el *derecho sobre la cosa*, el derecho subjetivo o facultad moral sobre la cosa. En esta misma línea, Vela Sánchez escribe:

Pero además en Suárez, y lo destacamos desde el principio en su elogio, la ley es un derecho objetivo, sí, norma de convivencia, pero es también e inseparablemente *facultas agendi*, poder personal de obrar, pero poder objetivo y objetivado en cuanto a esfera real objetiva reservada y protegida para cada sujeto, en cuanto a autonomía personal objetiva. Si por tanto, y entendido rectamente, en el concepto de la ley se encuentran sintetizados estos tres aspectos: real, normativo y personal, podemos afirmar que Suárez emplea indistintamente los términos de ley y derecho.<sup>61</sup>

Veamos qué es lo que Suárez dice en cuanto al concepto de derecho, *ius*:

En primer lugar, *ius* puede significar todo cuanto es equitativo y conforme a la razón, que es —como quien dice— el objeto común de la virtud en general. En segundo lugar, *ius* puede significar la equidad que a cada uno se le debe en justicia, y éste es el significado más corriente, pues *ius*, tomado en este sentido, puede referirse, ante todo, a la justicia propiamente dicha. Por eso dijo Santo Tomás que éste es el primer concepto y significado del *ius*, y de ahí deduce lógicamente que *ius* no es la ley sino más bien lo que *la ley prescribe* o mide.

Según el último y más estricto significado de *ius*, con toda propiedad suele llamarse *ius* al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe; así se dice que el dueño de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que un obrero tiene derecho al salario, por razón de lo cual se dice que es digno de su recompensa. Este significado es frecuente, no sólo en derecho sino también en la Escritura.<sup>62</sup>

Beuchot concluye así su recorrido histórico-genealógico, con relación a los derechos subjetivos, base de la concepción moderna de los derechos humanos:

<sup>61</sup> Luis VELA SÁNCHEZ, "Suárez, Teólogo y Filósofo del Derecho", estudio preliminar en la obra de Francisco Suárez, S. J., *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, edición bilingüe de *De Legibus*, versión española de José Ramón Equillor Muniozquren, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pp. XXXIII y XXXIV.

<sup>62</sup> SUÁREZ, *ob. cit.*, lib. I, cap. 2, núms. 4 y 5, p. 11.



...la noción de derecho subjetivo, aun cuando tiene antecedentes en la misma Antigüedad y sobre todo en la Edad Media, se da propiamente en Ockham; éste inicia lo que se ha llamado derecho subjetivo pasivo, y un seguidor de la escuela nominalista, el canciller Gerson, añade lo que se ha denominado derecho subjetivo activo, que es el que, a través de Mair y Almain, llega a Vitoria y a la Escuela de Salamanca, encontrando cierta reticencia en Soto, pero dándose de alguna manera en Las Casas y, sobre todo, en Suárez, que es quien trasmite este concepto a la modernidad, en la que encuentra su desarrollo cabal.<sup>63</sup>

El concepto de *Derecho* (*ius* o *jus*), es análogo y no unívoco; por lo que se abstrae su realidad por medio del conocimiento que proporciona la analogía. Así *Derecho* es un término que se predica, en forma análoga, de varias realidades: la ley, norma o derecho objetivo; la facultad, potestad moral o derecho subjetivo; lo justo objetivo, esto es la conducta o cosa que se debe a otro; y la llamada ciencia del Derecho, como conocimiento sistemático y controlado de la juridicidad.<sup>64</sup>

Si esto es así, tenemos que, en nuestro concepto, desde Santo Tomás el Derecho se concibe como facultad, sólo que con una carga muy fuerte sobre el analogado principal de la juridicidad que para el Aquinate es la objetividad de lo justo que es la que le da sentido a unos derechos subjetivos casi diluidos. La Escuela de Salamanca y los hispanoamericanos, por la influencia nominalista, tienen una mayor claridad con relación a los derechos subjetivos y acentúan su importancia, como derechos naturales humanos, aunque, fieles con esto a Santo Tomás, siguen teniendo como analogado principal del Derecho lo justo objetivo. Los derechos subjetivos no se pierden, no se diluyen,

<sup>63</sup> BEUCHOT, "Derechos subjetivos...", *ob. cit.*, p. 167.

<sup>64</sup> Quien ha profundizado lo relativo a la analogía del Derecho ha sido Efraín GONZÁLEZ MORFÍN, en "Analogía, ser del Derecho y ser de la Sociedad", en *Jurídica No. 6. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, julio de 1994, pp. 281-350; y en "Filosofía del Derecho. Ontología", en *Revista Jurídica Jalisciense No. 9* del Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guadalajara, Guadalajara, mayo-agosto de 1994, pp. 129-153. En el primer trabajo sostenía que "la realidad original o analogado principal es la facultad o potestad moral de la persona sobre lo suyo" (pp. 292 y 293); ya en el segundo trabajo sostiene que el analogado principal es lo justo objetivo, porque "la facultad y las normas existen para que las personas humanas, individuales o asociadas, puedan lograr, conservar o promover lo justo objetivo que se les debe en los distintos ámbitos de la existencia humana" (p. 152).

aunque estén supeditados a la objetividad de la justicia, como analogados secundarios; por eso puede aparecer ya una noción fuerte de derechos humanos. Y Suárez, sin perderse en subjetivismos, ni adoptando un principio social individualista, resaltando la debida importancia del Derecho como lo justo objetivo, prioriza la noción del Derecho como poder moral sobre lo suyo, haciendo del derecho subjetivo el analogado principal del Derecho. Los derechos humanos pasan así a convertirse en la noción más propia de la juridicidad.<sup>65</sup>

Mauricio Beuchot ha venido sosteniendo, además, que para la Escuela de Salamanca y los hispanoamericanos —especialmente Las Casas— fue esencial en su concepción de los derechos humanos "el realismo en el tema de los universales", ya que eso les impulsaba "a conceder universalidad real a la dignidad de todos los individuos de la especie humana".<sup>66</sup> Por esa razón los indios y luego después los negros<sup>67</sup> forman parte de esa universalidad necesaria en los llamados derechos humanos; concepto universal al cual no llegaron los individualistas liberales de la Escuela del Derecho Natural en la Ilustración, con su idea restringida de los derechos humanos.

Para completar este recorrido genealógico de la concepción de los derechos humanos de la tradición hispanoamericana, nos falta reiterar aquí, que esa visión de los derechos del ser humano parte desde los pobres, desde aquellos que les son violados sus derechos, desde los que padecen la injusticia, estando implícita la noción bíblica del Derecho como *mispat* (liberación del oprimido). Como dice Gustavo Gutiérrez:

<sup>65</sup> Sobre esta cuestión tan polémica referida al analogado principal y al objetivismo o subjetivismo prioritario en el Derecho, además de las obras ya citadas, puede verse: Louis LACHANCE, *El Derecho y los derechos del hombre*, Ed. Rialp, Madrid, 1979; Lachance reafirma la objetividad del Derecho en Santo Tomás incluso trasladando el analogado principal al derecho objetivo como ley natural o positiva y no a lo justo objetivo (p. 200). Walter REDMOND, "Una lógica del compromiso social", en *Analogía Filosófica*, México, enero-junio de 1994, pp. 3-39. Desde los presupuestos de la lógica presenta la filosofía jurídica de Santo Tomás siguiendo a Joseph Gredt, analizando los distintos sentidos del *jus*.

<sup>66</sup> BEUCHOT, "Bartolomé de Las Casas...", *ob. cit.*, p. 48.

<sup>67</sup> Con relación al reconocimiento de los derechos de los negros en Las Casas véase De la Torre Rangel, *ob. cit.*, pp. 104-106. Y en cuanto a la defensa de los derechos de los negros en otros autores de la tradición teórica hispanoamericana: Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO y Silvio ZAVALA, "La defensa de los derechos humanos en Hispanoamérica", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho VI-1994*, *ob. cit.*, pp. 116-119.

En una palabra, derechos humanos sin duda, pero no en una perspectiva liberal y formalmente igualitaria, sino en la línea del derecho de los pobres, condenados a la muerte y a la destrucción por el opresor en busca de oro. Del derecho de los pobres nos habla en nuestros días la conferencia episcopal de Medellín, haciéndose eco de la experiencia y la reflexión de la Iglesia que vive en América Latina. En este sentido puede afirmarse que estamos ante un derecho nuevo, de hondas raíces —como decíamos más arriba— no sólo teológicas sino bíblicas. No hay aquí, en la afirmación del derecho de los pobres, pérdida de universalidad de los principios como algunos parecen temer, lo que hay es verdadera universalidad a través de la ganancia en concreción histórica y en realismo evangélico; bases de toda auténtica profecía.<sup>68</sup>

Creemos que la importancia de la tradición teórica hispanoamericana de los derechos humanos es enorme y debe ser rescatada, no sólo como curiosidad histórica, sino como una concepción alternativa de los derechos humanos, según piensa Fernando Rovetta:

La sutileza y la eficacia con la que hoy se violan los derechos humanos de inmensas mayorías, *v. gr.* el hambre, a pesar de contar con medios tecnológicos que podrían evitar tales violaciones, puede llevarnos a plantear en qué medida los modelos históricos de derechos humanos están agotados, o tienen en su raíz —individualista y economicista— el germen de su destrucción.

Plantear la conveniencia de rastrear en la historia un modelo alternativo, quizá frustrado en el momento mismo de su gestación, surge como una respuesta ante los hechos contrastables en el sur, queda por ver si cinco siglos después las universidades españolas y americanas pueden volver a ser caja de resonancia de los 'alardos de tanta sangre humana' (Las Casas).<sup>69</sup>

## 2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO BASE DE LA TEORÍA Y LA PRAXIS JURÍDICA DE VERACRUZ

Vamos a ver ahora, en líneas generales, de qué modo se concretiza en la teoría y la praxis de Alonso de la Veracruz, la concepción de los derechos humanos hispanoamericana.

<sup>68</sup> GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, p. 70.

<sup>69</sup> ROVETTA, *ob. cit.*, p. 174.

En primer lugar debemos decir que el agustino es receptor del modo de entender el Derecho por la Escuela de Salamanca, vía su maestro Vitoria; y en segundo lugar, junto con Las Casas y varios otros misioneros indios, gesta e impulsa el modo de entender la juridicidad, y con ella los derechos humanos, en hispanoamérica.

A reserva de analizar posteriormente en detalle los tratados de Veracruz, *De Infidelium et Iusto Bello* y *De Decimis*, podemos decir, desde ahora, que el agustino es un fiel representante de la Escuela de Salamanca, en cuanto a que tiene claridad con relación a los derechos subjetivos acentuando su importancia como derechos humanos naturales, aunque fiel al tomismo considere como prioritario en el Derecho lo justo objetivo, como analogado principal. Y, por otro lado, el profesor de la Universidad de México, radicaliza sus posturas, tanto teórica como práxica, y da el salto en concebir el mundo jurídico desde aquellos que padecen la injusticia y les son violados sus derechos, desde el pobre.

Beuchot ha estudiado la antropología filosófica de Alonso de la Veracruz; y de este modo de entender al ser humano, por parte del agustino, se puede construir la base de los derechos y obligaciones que pueden atribuírsele. "En las especulaciones de Alonso —escribe el dominico— se ve su intención de resaltar la dignidad del hombre, preocupación que no le venía sólo de la tradición escolástico-tomista, sino también de la vertiente humanista del Renacimiento, que influyó mucho en él".<sup>70</sup> Las ideas antropológico-filosóficas de Veracruz las extrae Beuchot de la obra del agustino denominada *Physica Speculatio*.

En el hombre, según Alonso, se da perfecta unidad entre su parte vegetativa, su parte sensitiva y su parte racional.

Cuando Alonso se pregunta por los aspectos vegetativo y sensitivo, además del racional, en el hombre, esto tiene una capital importancia. En efecto, nos está diciendo que ese carácter racional —cargado de ética ya en germen— del hombre se muestra ya en el nivel más rudimentario de la vida. Ya desde el ámbito vegetativo del hombre, éste tiene inclinaciones o necesidades, las cuales determinan conductas éticas, así como derechos y deberes.

<sup>70</sup> MAURICIO BEUCHOT, "La antropología filosófica de Alonso de la Veracruz", en *Homenaje a fray Alonso de la Veracruz en el IV centenario de su muerte (1584-1984)*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 13.

Tales inclinaciones de la parte vegetativa se llaman "apetitos naturales" porque se dan de modo natural y espontáneo, sin necesidad de conocimiento previo, ni sensitivo ni reflexivo. Y, aunque sean tan rudimentarias, cargan al hombre de proyección moral (ético-jurídica), ya que están como informados —es decir, determinados por su misma forma o naturaleza— con respecto al objeto que les es propio. Por ejemplo, el hambre y la sed no se equivocan en cuanto al objeto que las satisface únicamente, y lo mismo todas las pulsiones que son indispensables para conservar y perpetuar la vida —los instintos de conservación y de reproducción—. Pues la nutrición, el desarrollo y la generación cumplen con lo que en el hombre sería la vida vegetativa, por lo cual, de estas necesidades y potencialidades surgen derechos y deberes en cuanto al respeto por la vida y al cuidado del entorno o ambiente vital del hombre.<sup>71</sup>

Para que los derechos humanos tengan una base sólida, se requiere contar con una antropología filosófica, esto es, con un concepto profundo e integral del ser humano. Consideramos que los derechos humanos constituyen una juridificación de la dignidad humana en relación a las necesidades del propio ser humano; y estas necesidades, de manera integral, sólo podemos conocerlas a través de una noción sólida de lo que el ser humano es. De ahí la importancia de la incursión por la antropología filosófica de Veracruz.

Tales constitutivos de la persona humana (inteligencia y voluntad) y el atributo resultante que surge de ellos (la libertad), imponen no sólo obligaciones en el individuo de actuar en concordancia con ellas, sino que además imponen exigencias a la sociedad —como la vio la escuela tomista—. La inteligencia, con su vida propia de conocimiento y creación, le impone una exigencia de verdad, de veracidad, de respeto y prudencia en la información y en la comunicación, así como en la provisión de bienes culturales. Por otra parte, la vida de la razón impone a la sociedad una exigencia de orden, según la cual debe haber cierta organización colectiva, tanto en lo teórico como en lo práctico. Además, la voluntad del hombre impone a la sociedad una exigencia de praxis conforme a la razón, una exigencia de trabajo conforme a la naturaleza humana, y una exigencia de justicia que, bien radicada en la voluntad, conlleva una exigencia de amistad o armonía social, la cual se realiza según la proporción con-

<sup>71</sup> *Idem supra*, p. 15.

veniente. Finalmente, la libertad impone a la sociedad una exigencia de atención a la responsabilidad comunitaria y a la promoción de dicha responsabilidad. Así, podemos inferir que, por su carácter personal, el hombre se convierte en sujeto de derechos y obligaciones. Por eso eran tan importantes en la tradición escolástico-tomista los atributos humanos que ha estudiado en esta parte fray Alonso.<sup>72</sup>

Tenemos entonces que Alonso de la Veracruz, además de contar con la tradición salmantina en cuanto a la concepción del Derecho, tiene un sólido concepto del ser humano que desarrolla en sus obras, principalmente en los comentarios que hace a los libros *De Anima* de Aristóteles, plasmados en su obra *Physica Speculatio* que comenta Beuchot. Combinando ambas concepciones tenemos lo siguiente: al aceptar como analogado principal del Derecho lo justo objetivo, según la tradición tomista, como la cosa o conducta que se debe a otro, y siendo eso que se debe a otro aquello que se desprende de su ser persona humana, con dignidad y necesidades vegetativas, sensitivas y racionales, puede decirse que en justicia se le debe a otro todo lo que es, y eso que el otro es, juridificado, constituye el respeto de su dignidad y la satisfacción de sus necesidades, en otras palabras, sus derechos humanos.<sup>73</sup>

El aporte del agustino, con su teoría y praxis jurídica, a la vigencia de la justicia y de respeto a los derechos humanos es incidiendo en las estructuras e instituciones novohispanas. La conquista la considera ya como un hecho consumado y la encomienda como una institución social implantada y profundamente arraigada; conquista y encomienda, independientemente de su injusticia originaria y radical, son irreversibles. Así que lo que toca es encontrar qué hacer para que ambas sean lo menos gravosas posible, lo menos lesivas de los derechos de los indios. Entonces la teoría y la praxis jurídica de Veracruz se enderezan a la formulación de una serie de criterios ético-jurídicos que acerquen a la justicia en la nueva y compleja sociedad novohispana.

Höffner, en su obra *La ética colonial española del Siglo de Oro*, había hecho notar que los teólogos españoles del siglo XVI habían tratado los problemas éticos de la conquista de América, pero que

<sup>72</sup> *Idem supra*, pp. 19 y 20.

<sup>73</sup> Constituye la idea de justicia en Veracruz que ha desarrollado Barp y que hicimos mención líneas arriba.

habían olvidado las cuestiones prácticas del gobierno y de la administración colonial. Sin embargo, el hallazgo del *De Dominio infidelium et iusto bello* de Veracruz, deja sin base el reproche de Höffner, como hace notar Cerezo de Diego.<sup>74</sup>

En este sentido, Cerezo de Diego escribe:

Una simple lectura de las dudas del *De dominio infidelium* nos permite distinguir dos partes en el tratado: una de carácter teórico, Dudas VII-XI (a excepción de la VIII que tiene una aplicación predominantemente práctica), en la que Veracruz reproduce los problemas tradicionales tratados por sus colegas salmantinos, y otra eminentemente práctica, Dudas I-VI, en la que se muestra plenamente original al tratar una serie de problemas reales que se planteaban en la sociedad del Nuevo Mundo, tales como: los derechos que retenían los indios después de la llegada de los españoles, los poderes y obligaciones del virrey y de los oidores, la tributación justa, la concesión de encomiendas y los derechos y deberes de los encomenderos con los pueblos encomendados, los servicios de carácter personal, las limitaciones impuestas a unos y otros por las exigencias del "bien común", el intercambio de bienes y servicios con la metrópoli, los métodos más adecuados en la evangelización cristiana de los indios, etcétera. Estas cuestiones, planteadas en conformidad con los principios de la teología moral cristiana, integran prácticamente el elenco de los principales problemas de un programa tanto de administración política y económica, como de evangelización y organización religiosa, es decir, de un tratado completo de ética colonial cristiana.<sup>75</sup>

Y agrega el investigador agustino:

Veracruz habla de América desde América, y es precisamente esta característica, que le distingue de sus colegas salmantinos, la que otorga un valor especial al contenido del tratado *De dominio infidelium*. Cuando escribe esta obra lleva viviendo en la Nueva España cerca de veinte años y posee un conocimiento directo de los hechos tanto por haber convivido con los pueblos aborígenes, principalmente aztecas y tarascos cuya lengua dominaba, como con los españoles que tan sólo unos años antes de su

<sup>74</sup> Prometeo CEREZO DE DIEGO, *Alonso de la Veracruz y el Derecho de Gentes*, Ed. Porrúa, México, 1985, p. 71.

<sup>75</sup> *Idem supra*, p. 72.

llegada habían realizado la Conquista. En el tratado, aunque no se propone narrar sucesos históricamente, en ocasiones, para confirmar las conclusiones propuestas, refiere hechos concretos y situaciones existentes que constituyen testimonios históricos de primera mano.<sup>76</sup>

Es cierto que existen algunas tesis chocantes de Alonso de la Veracruz, y algunas incluso de la Escuela de Salamanca en general, las cuales no podemos aceptar, aunque sí entender por la mentalidad de la época; tales como algunos "títulos legítimos" de la conquista, precisamente aquellos cargados de un excesivo teocratismo muy peculiar del agustino. Sin embargo estas mismas tesis —que tienen como objetivo central la evangelización y nunca el atropello de los derechos humanos de los indios—, digo, estas mismas tesis chocantes unidas a las perfectamente válidas y a la praxis del religioso siempre en defensa de los derechos de los indios y de la justicia, y ante los hechos consumados, logran, en su conjunto, una reivindicación de esos propios derechos y coadyuvan a aminorar la injusticia en nuestra sociedad novohispana.

"Ningún pensamiento humanista y libertario deja de tropezar con las realidades sociales y con los intereses económicos"<sup>77</sup> —escribe Eugenio Trueba—. Las ideas y acciones de Veracruz en favor de los derechos humanos no fueron la excepción, pero vienen a constituir parte de nuestro importante bagaje histórico, que "nos hablan de un espíritu rebelde a las injusticias y favorable a la libertad, que no creemos se haya perdido".<sup>78</sup>

### 3. CATÁLOGO MÍNIMO DE DERECHOS EN LA OBRA DE ALONSO DE LA VERACRUZ

A pesar de que el análisis a profundidad de varios de los derechos que a continuación extraemos de la teoría y praxis jurídica de Alonso de la Veracruz, lo haremos posteriormente al ocuparnos del tratado o relección de *De dominio* y del tratado sobre *Los Diezmos*, desde

<sup>76</sup> *Idem supra*, p. 73.

<sup>77</sup> Eugenio TRUEBA OLIVARES, *El Pensamiento de Vitoria (los principios y los hechos)*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, Guanajuato (sin fecha), p. 46.

<sup>78</sup> *Idem supra*, p. 74.

ahora queremos dejar asentado aquí una especie de catálogo mínimo de algunos derechos humanos que trata el agustino en sus obras o que se desprenden de su práctica como religioso, defensor de los indios y catedrático de la Universidad de México.

### 3.1 Derecho de libertad, en general

A lo largo del siglo XVI —época en que Alonso vivió, escribió y enseñó—, se da una disputa muy fuerte, tanto teórica como práctica, con relación a la libertad de los indios. Es cierto que la Corona desde muy pronto les reconoció a los habitantes de América su libertad, prohibiendo que pudieran ser objeto de esclavitud (Junta y Leyes de Burgos de 1512), y que el Papa Paulo III, en apoyo de aquella tendencia, en la encíclica *Sublimis Deus* de 1537 apoya esa libertad incondicional de los indios, sin embargo, muchos en teoría seguían sosteniendo “la servidumbre natural” de los indios y muchos otros en la práctica los sometían a condiciones de esclavitud de hecho aunque contravinieran el Derecho. Simbolizan esta disputa por la libertad de los indios en el siglo XVI, la polémica entablada en la famosa Junta de Valladolid en los años de 1550 y 1551, por Bartolomé de Las Casas, aguerrido defensor de los indios, y el jurista enemigo del dominico Juan Ginés de Sepúlveda, que sostenía la guerra justa contra los indios pues eran en su opinión siervos por naturaleza.<sup>79</sup>

Alonso niega la esclavitud o servidumbre. Y tomando el argumento de Aristóteles, que constituía el principal aval teórico de Ginés de Sepúlveda y sus seguidores, al sostener el filósofo que había hombres libres por naturaleza y otros hombres siervos por naturaleza, le da una interpretación distinta estableciendo que algunos hombres están mejor capacitados para gobernar que otros y estos últimos deben aceptar el gobierno de los primeros.

Veracruz escribe:

Puesto que, como dice Aristóteles, si algunos por naturaleza son llamados libres y otros siervos, porque algunos, con razón, por su gran virtud y prudencia pueden presidir, gobernar y conducir a otros; éstos, siervos por naturaleza, tienen la condición servil que los inclina a ser moderados y regidos por otros y no a que ellos

<sup>79</sup> Cfr. GINÉS DE SEPÚLVEDA Y CASAS, *Apología*, ob. cit.

dominen. No obstante, quienes son libres por naturaleza por el hecho de ser más prudentes, no tienen jurisdicción en acto sobre los otros, aunque sean de condición servil.<sup>80</sup>

### 3.2 Derechos de libertad de opinión y cátedra

Cuentan los biógrafos de Alonso que cuando éste se enteró del proceso que seguía la Inquisición en España, en contra del ilustre agustino fray Luis de León, por haber vertido y sostenido ciertas opiniones tachadas de luteranismo, nuestro fraile exclamó: “Pues a la buena verdad, que me pueden quemar a mí, si a él lo queman, porque de la manera que él lo dice lo siento yo”.<sup>81</sup>

Con relación a las reelecciones de cátedra *De dominio* y *De decimis*, la primera leída en la Universidad de México muy probablemente hacia 1533 y la segunda preparada para leerse probablemente en 1555, pero censurada y vetada por el arzobispo Alonso de Montúfar, y otras reelecciones, todas en defensa de los indios, Cerezo de Diego sostiene la libertad de cátedra que ejercía Veracruz en sus enseñanzas universitarias.

La postura doctrinal mantenida por Veracruz en la cátedra durante los dos primeros cursos representa la independencia intelectual universitaria frente al poder público y la jerarquía eclesiástica, introduciendo en el continente americano la línea de libertad de expresión académica que había aprendido de sus maestros de la Universidad de Salamanca.<sup>82</sup>

### 3.3 Derechos políticos: la democracia y la función del poder

Para Alonso de la Veracruz, el poder político reside originalmente en la comunidad como tal, en el pueblo. En esto es plenamente acorde con la tradición de los teólogos juristas españoles del siglo XVI y principios del siglo XVII, esto es, las enseñanzas de la Escuela de Salamanca con Francisco de Vitoria y Domingo de Soto a la cabeza,

<sup>80</sup> VERACRUZ, ob. cit., pp. 15 y 16, párrafo 5.

<sup>81</sup> Amancio BOLAÑO E ISLA, *Contribución al Estudio Biobibliográfico de fray Alonso de la Vera Cruz*, Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos, México, 1947, p. 39; cfr. ANÓNIMO, *Razgos Biográficos de fray Alonso de la Veracruz*, Imprenta de la Escuela de Artes, Morelia, 1894, pp. 44 y 45.

<sup>82</sup> CEREZO, ob. cit., p. 25.

y sostenidas estas tesis después por los tratadistas de la Compañía de Jesús, como Juan de Mariana y Francisco Suárez.<sup>83</sup>

Su maestro Vitoria había sostenido:

Porque cada república puede nombrarse su señor, sin que para ello sea necesario el consentimiento de todos, sino que parece basta el de la mayor parte.<sup>84</sup>

En esta línea, reconociendo el poder de decisión política, que fundamenta la democracia, Veracruz escribe:

Conviene pues, que si alguien tiene justo dominio, esto sea por la voluntad de la misma comunidad, la cual puede transferir el dominio a varios, como acontece en los regímenes aristocrático o democrático; o a una sola persona, como acontece en el régimen monárquico. Puede ser también por voluntad divina la cual como dueña del cielo y de la tierra puede otorgar esta potestad de dominio a uno o a muchos, como consta en la elección de los reyes Saúl, David, etcétera.

Por lo tanto, mientras no conste tal elección divina, es necesario recurrir a la misma república como a quien puede transferir su potestad de dominio. Y así puede elegir entre todos sus miembros, uno o algunos para que presidan. Entonces éstos tienen tal y tanta autoridad, cuanta les confiera la república, en orden al bien de la misma comunidad.<sup>85</sup>

El principio democrático lo lleva el agustino a la cuestión misma de aceptación del tributo:

Para que los tributos que se imponen sean justos no basta que se impongan sobre aquellas cosas que hay en tal pueblo, ni que sea con conocimiento del mismo gobernador de los indios, a quien llamamos *cazique*, ni es suficiente para que sea justo, que inter-

<sup>83</sup> Cfr. Juan de MARIANA, *La Tiranía y los Derechos del Pueblo*, introducción, selección y notas por José Ma. Gallegos Rocafull, Ed. Secretaría de Educación Pública, Enciclopedia Popular, México, 1948; *Antología de Juan de Mariana*, prólogo, selección y notas de Victor Rico González, Ed. Secretaría de Educación Pública, Enciclopedia Popular, México, 1947; Francisco SUÁREZ, *Defensa de la Fe*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971 (especialmente el libro VI en el t. IV); Ignacio GÓMEZ ROBLEDO, *El Origen del Poder Político según Francisco Suárez*, Ed. Jus, México, 1948.

<sup>84</sup> *Las Relecciones Jurídicas de Vitoria I*, ob. cit., pp. 177 y 178.

<sup>85</sup> VERACRUZ, ob. cit., p. 16, parágrafos 6 y 7.

venga la voluntad de los nobles, a quienes llamamos *principales*, sino que se requiere el consentimiento y la voluntad expresa o tácita del pueblo.

Se prueba: porque si para que se llamen justos y moderados los tributos es suficiente la voluntad de los nobles y del señor, que llamamos *cazique*, sería porque ellos mismos pueden obligar al pueblo a tal tributo, sin embargo, no pueden.

Es claro: porque si el *cazique* y los nobles pusieran o impusieran los tributos cuando razonablemente reclama el pueblo, sería una injusticia. Por tanto para la justicia de los tributos no basta el consentimiento del gobernador y de los nobles del pueblo, sino que se requiere el consentimiento del pueblo debidamente expreso o interpretativo.

Diría esto porque, si tratando rectamente el negocio del pueblo los mismos nobles consintieran, entonces es suficiente porque es la voluntad del pueblo debidamente interpretada, porque a ellos corresponde llevar favorablemente el negocio de los indios, esto cuando el mismo pueblo disiente sin razón.

Corolario. Se sigue que son inicuos los tributos que se taxan porque el *cazique* por miedo al Español, o al *calpisque* o a otro; o, por ejemplo, como antes sostuvimos por una *botija de vino*, o un *caballo*, o una *capa* o *gorra*, o cosa semejante, consiente que se imponga determinado tributo al pueblo.

Esto es obvio: porque este tal no tiene en su potestad el obligar al pueblo, máxime si no lo consulta. Por tanto se hace inicua-mente esa tasación de tributos, y no está seguro en su conciencia el Español, a quien le consta el hecho, a saber, que por soborno o temor consiente en esto el gobernador.<sup>86</sup>

### 3.4 Derecho de igualdad

De toda la obra filosófica y jurídica de Veracruz se deduce el derecho de igualdad de todos los hombres. Es claro esto según vimos al referirnos a algunos rasgos de su antropología filosófica y al sostener el universalismo tomista. Si todos los seres humanos somos iguales, todos debemos gozar de igualdad de derechos.

<sup>86</sup> *Idem supra*, pp. 65 y 66, parágrafos 216-221.

### 3.5 Derecho de propiedad, pero con función social

Alonso de la Veracruz reconoce el derecho de propiedad sobre los bienes, ya sea como propiedad individual o como propiedad comunal o de todo un pueblo. Pero el derecho de propiedad sobre los bienes, no es exclusivo y excluyente, como la propiedad privada del individualismo liberal, sino que es una propiedad con obligaciones sociales, con función social. Esto en cuanto al derecho de propiedad, en general.

Con relación a la propiedad de los indios debemos destacar dos cuestiones de capital importancia: Primero: se reconoce pleno dominio o propiedad a los indios sobre sus bienes, aunque sean infieles e incluso no acepten el cristianismo; y segundo, reconoce que esa propiedad de los indios es anterior a la llegada de los españoles, de lo que se deduce que, en opinión del agustino, el Papa Alejandro VI en la *Bula Inter cetera*, no puede conferir dominio sobre bienes que pertenecían ya a los pueblos aborígenes, aunque el controvertido texto papal dijera textualmente que donaba todas las tierras a los reyes castellanos.<sup>87</sup>

Vayamos a los textos del agustino defensor de los indios. Primero cuando sostiene que a pesar de infieles los indios tienen pleno dominio sobre sus tierras:

Sexta proposición. La sexta y última proposición es: Aunque para la justa posesión de lo ajeno sea suficiente la prescripción de buena fe, sin embargo no sirve para la ocupación sin título de estos pueblos así pasen cincuenta años o más. La razón es por que la prescripción otorga dominio por una ley justa, como pena a la negligencia del verdadero dueño, o para evitar pleitos, etc., supuesta la buena fe del beneficiario y la negligencia de aquel a quien afecta la prescripción.

Pero aquí esto no se puede invocar. Primero, porque no puede haber buena fe en quien así posee un pueblo, excepto si llamamos buena fe la del mismo español que por el hecho de haber nacido y haberse criado en España, descendiente de padres cristianos, tenga título justo para saquear y despojar de su justo dominio a éstos que eran infieles, idólatras, aborrecidos por Dios,

<sup>87</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, *ob. cit.*, en especial el cap. II, "El uso de la *Bula Inter coetera*", pp. 57-87; al final del capítulo se incluye el texto completo del documento papal.

y así injustamente poseerían la tierra, los expulsarían y mandarían al destierro, como los habitantes infieles en la tierra prometida, que de acuerdo con la voluntad de Dios, fueron expulsados por los hijos de Israel.

Si a esto llamamos buena fe, tendríamos que sostener la tendrían los españoles que a éstos indígenas los juzgan indignos, no solamente de los cielos, sino también de la posesión temporal, aún después de su conversión a Cristo, y lo que más admira es que digan que tienen la fe por derecho hereditario y no por don de Dios, ya que no la tenemos por méritos propios, sino que Dios por su gracia nos llamó a la esperanza viva y a la fe en Jesucristo, el único en quien está la salvación. Lejos pues de un católico cristiano, calificar de buena fe lo que debe llamarse infidelidad. *No se pierde el verdadero dominio por ser infiel, ni tierras, ni posesiones deben despojarse por ese motivo, como diremos más adelante, y con mayor razón no podrán ser desposeídos quienes recibieron la fe de Cristo.*<sup>88</sup>

Ahora con relación al derecho de propiedad de los pueblos indios, que ni el Papa pudo disponer de ellos ni el emperador tienen dominio alguno sobre los mismos. Y tan pleno es ese derecho de propiedad de los indios que si son privados del mismo, tienen derecho de restitución.

Primera conclusión. Ninguno que tiene un pueblo en encomienda, como dicen, puede por propia autoridad ocupar otras tierras cultivadas, ya sean de personas privadas o de la comunidad, aún cuando en cierta forma estén sin cultivar; ya sea que lo haga para cultivarlas o para pascer sus ganados. Se prueba: porque si tal puede ocupar a su arbitrio, sería porque es señor de los tributos y tiene el pueblo a él encomendado, pero no es que sea suyo, porque es claro que los campos o tierras del pueblo no son los tributos, sino que los bienes de donde se extraen los debidos tributos.

Y tampoco por el hecho de que tenga el pueblo en encomienda. Pues el Emperador, suponiendo que es el verdadero Señor, solo pudo donar lo que el mismo tenía. Como solo tiene los tributos, y no el dominio de las tierras. Luego no puede alguno ocuparlas lícitamente por su propia autoridad.

<sup>88</sup> VERACRUZ, *ob. cit.*, p. 23, párrafos 41-43. (El subrayado es nuestro).

Corolario. De esto se sigue que si algunos de nuestros españoles ocupa algunas tierras, sea para sembrar, o para plantar viñedos u otros árboles frutales, o para pascos sus ganados, está en pecado mortal; y es fraudelento y ladrón, y está obligado a la restitución de la tierra y también a pagar el daño causado por dicha ocupación. Todo esto es manifiesto. Pero si es condenable, según la opinión común de los teólogos, ocupar un lugar de pesca o caza que era público y patente a todos, con mayor razón, lo será el adueñarse por propia autoridad de otras tierras cultivadas y disponer de ellas por propio arbitrio.

Segunda conclusión. Es pecado el ocupar, por concesión del príncipe, o del Gobernador, sin consentimiento de la comunidad, algunas tierras cultivadas por personas privadas, o por, la comunidad; y quien lo haga está obligado a la restitución y también a resarcir el daño.

Se prueba: Si esto fuera lícito, sería a lo más porque interviene la autoridad del Príncipe o del Gobernador. Pero esto no es suficiente. Es obvio que si fuera suficiente, sería porque el Emperador fuera el verdadero Señor de sus tierras y las podría disponer a su arbitrio. Pero sin embargo no es así; pues el Rey o el Emperador no tienen otro dominio que el que la república les ha dado, como se dijo en la primera duda. Como la república no les dió dominio sobre sus campos o sus tierras, sino que lo retuvo para sí, por lo tanto el Emperador no los puede ceder a otros.

Porque es sentencia común de los doctores que el Rey no tiene potestad de ocupar para sí mismo los lugares comunes, a no ser que fuera para utilidad común, o por alguna donación hecha por el pueblo. Se sigue, por lo tanto, que quien por comisión del Virrey tiene tales tierras, solo por ese motivo, no está seguro en su conciencia y está obligado a restituir.

Corolario. Se sigue de esta conclusión que quienes tienen por parte del Emperador o del Virrey lo que el vulgo llama *cavallerías*, si reciben algunas de las tierras que fueron cultivadas ya sea privadamente o en común, aunque actualmente no se cultiven, esos tales no están seguros en su conciencia, porque tal donación no le corresponde de por sí al Príncipe, sino al pueblo en quien está el dominio inmediato, verdadero, y legítimo.

Ni vale decir, que ahora estén sin cultivar y abunda el pueblo en otras donde siembra; no vale, digo, pues no porque un pueblo abunde en tierras, ha de ser privado de su dominio, a no ser por

otra razón, por cuanto concierne al bien común, para que quien tiene mucho dé al indigente, de lo cual hablaremos despues.<sup>89</sup>

Por último, un texto de Veracruz sobre la función social de la propiedad, opinando sobre la facultad de expropiación de la autoridad; rescatando en este sentido la tradición de la filosofía de los Padres de la Iglesia.<sup>90</sup>

Aún puede alegarse otra razón para justificar este hecho: parece cierto por la luz de la razón que se nos ha dado, que quien posee debe dar parte de lo superfluo al indigente. Porque como la naturaleza que provee al individuo, destina lo superfluo para la conservación de la especie. Si, por tanto, acontece que en la republica individuos tienen esto superfluo, y lo retienen avaramente, de forma que cometen injusticia no dando a los indigentes. Este mal debe ser corregido por quien preside la república, porque a él corresponde hacer buenos ciudadanos y dirigirlos en la virtud. Por tanto podría, aunque estos no quisieran, tomarles lo superfluo y dárselo a quienes tienen menos para que así haya igualdad y sirva a la justicia, dando a cada quien lo que es suyo, porque lo superfluo pertenecía a quienes sufría carencia. Así pues, en este caso, el Rey y el Virrey guardan esta justicia.<sup>91</sup>

Termina el texto de Veracruz con una hermosa relación entre derechos y justicia. En justicia, lo superfluo es del que sufre carencia, es su derecho, es lo suyo; justicia es, precisamente, dar a cada quien lo que es suyo; suyo del que sufre carencia es lo que sobra a otro.

### 3.6 Derecho a un trabajo digno y a un salario justo (no explotación)

Los párrafos 212, 213 y 214 del tratado *De dominio*, con los que hemos abierto esta parte relativa a la concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz, nos muestran la oposición del agustino a la explotación del trabajo humano; a *contrario sensu*, se trata de una afirmación del derecho al trabajo digno y en condiciones de

<sup>89</sup> *Idem supra*, pp. 42 y 43, párrafos 112-119.

<sup>90</sup> *Cfr. Justicia y Explotación en la tradición cristiana antigua*. Textos seleccionados por Juan Leuridan, Ed. Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1978.

<sup>91</sup> VERACRUZ, *ob. cit.*, pp. 47 y 48, párrafo 136.



justicia. La afirmación del derecho es respecto de los indios, que eran los explotados, pero obviamente es de aplicación general.

A continuación presentamos otros textos de nuestro filósofo jurista, oponiéndose a la práctica del *tamemismo* y a otras degradantes del trabajo y en donde, además, reafirma el pleno derecho del que trabaja a recibir justo salario.

Y no vale decir que entonces fuese costumbre el pedir arbitrariamente *tamemess*, e igualmente que se asignaban sin salario a todos los viajeros y así mismo que general y arbitrariamente proporcionarán comida etc.; digo que no vale, porque tal costumbre fue pésima y no cristianamente introducida, aunque lo haya sido por cristianos, porque no era debido. Por eso tal costumbre no los excusa más de lo que excusaría al tirano que dominado por la fuerza exigiera tributos por la misma razón.

Segundo corolario. Se sigue que los viajeros Españoles cuyos fardos cargaban sin salario alguno, y el alimento que se les daba sin pago, están obligados a la restitución; y, concedida la ignorancia invencible, quizá sean excusados de pecado, sin embargo no están libres de la restitución. Pues la razón nada dicta sobre que estos indios estén obligados a cargar sus fardos y a proporcionarles comida, ni excusa decir que lo ofrecían libremente, pues no hay libertad donde los *Principales* del pueblo lo hacían por miedo, porque los Españoles al llegar al pueblo los golpeaban y los llenaban de injurias si no les llevaban a su presencia, de inmediato, todo lo que arbitrariamente les pedían.

Y concediendo que hubiera libertad en los principales, lo cual, sin embargo, niego, no la había en la gente del pueblo, que era obligada a cargar los fardos y eran despojados de sus gallinas y de todas aquellas cosas que tienen para alimento. Por lo cual ellos, están obligados a la restitución; y si ignoran donde, quedan obligados como con otros bienes inciertos.

Y esto no solo lo juzgo cierto respecto a los dueños legítimos cuando no había sido impuesto en la taxación de los tributos, sino también donde la taxa era solo estas palabras: *Y queremos que les sirvan en sus haciendas y grangerias*, como fueron muchas taxaciones de este modo o *tasaciones*, como les dicen. Por esta clausula no se justifica la avaricia de aquellos, para que lícitamente pudieran pedir las cosas que quisieran: *tamemes, tlapias, guardas de ganados, yerbas para cavallos*. La razón es porque tal tasación es inicua ya que deja el tributo en confusión, pendiente solo de la voluntad de aquel a quien se debe el tributo.

Por lo cual, por más que fuera tal taxación de tributos hecha por quien tiene autoridad y según la intención del emperador lo cual negamos, no valdría, porque sería una voluntad inicua y una imposibilidad impía.<sup>92</sup>

### 3.7 Derecho de resistencia

También en la tradición teórica de los teólogos juristas españoles encontramos la aceptación del derecho de resistencia al gobernante tirano. La resistencia era plenamente admitida, siempre y cuando su ejercicio no tuviera consecuencias peores que las perturbaciones que el régimen tiránico ocasionaba, según había enseñado Santo Tomás.

Vitoria aceptaba el derecho de resistencia. Así lo estableció en su relección *De potestate Papae et Concilii*, admitiendo que podría resistirse al rey que comete graves faltas no sólo de palabra y de derecho, sino también de hecho.<sup>93</sup> Los jesuitas Suárez y Mariana desarrollarán, posteriormente, con mayor amplitud y profundidad la cuestión.<sup>94</sup>

Alonso de la Veracruz, consecuente con su concepción democrática del origen del poder y considerando que el ejercicio del mismo es para el bien común del Estado, acepta también el derecho de resistencia.

El rey está para la república, de tal forma que todo el dominio legítimo en el rey emane de la república. Pues no tiene otro derecho o dominio legítimo a no ser que gobierne para el bien de la república. Entonces si quien gobierna tiránicamente, ilícita e injustamente tiene el dominio. Luego, justamente puede ser privado de él. Si no puede ser privado de otro modo que con la guerra, justa será la guerra.<sup>95</sup>

### 3.8 Derecho de comunicación

Veracruz, como su maestro Vitoria, reconoce el llamado *jus communicationis*, derivado "de la sociedad y comunidad natural"<sup>96</sup> existente entre todos los seres humanos.

<sup>92</sup> *Idem supra*, pp. 61 y 62, párrafos 196-199.

<sup>93</sup> Cfr. CEREZO, *ob. cit.*, p. 167.

<sup>94</sup> Ver las obras citadas de SUÁREZ y de MARIANA.

<sup>95</sup> VERACRUZ, *ob. cit.*, pp. 195 y 196, párrafo 816.

<sup>96</sup> *Las Relecciones Jurídicas de Vitoria I, ob. cit.*, p. 149.

De este derecho a la comunicación humana se derivan varios derechos: derecho al libre tránsito, derecho de residencia, derecho de comercio y derecho de extraer minerales.

Como señala Cerezo, para Veracruz el derecho de comunicación y los derechos inherentes al mismo contienen tres características: "a) es un derecho recíproco y, por tanto, puede ser exigido indistintamente por ambas partes; b) por derivarse del derecho natural, se trata de un derecho que está por encima de la potestad de los soberanos y no puede ser prohibido por nadie; c) su exigibilidad es relativa, puesto que puede ser impedido cuando de su ejercicio se derivan daños para la república o sus súbditos".<sup>97</sup>

A continuación dejamos la palabra al agustino, en algunos textos que nos sirven de muestra con relación al tratamiento que hace de este derecho de comunicación y sus derechos adherentes:

Es claro: porque el viaje por tierras extrañas es de derecho natural, o por lo menos de gentes que se aproxima al derecho natural. Es obvio: porque el hombre es naturalmente un animal político. Como la policía y la comunicación constan por este tipo de movimientos, como también la primitiva habitación en la ciudad. Luego, se sigue que por ningún derecho puede prohibirse esto a alguno.<sup>98</sup>

Dije en la conclusión: "cuando tal movimiento se hace sin injuria para los mismos infieles". Pues si por tales viajeros se debiera perturbar la paz de la república, o alguien padeciera algún daño, no estarían obligados a tal hospitalidad, o si en sus bienes temporales debieran padecer daño. Esto es clarísimo por la luz natural.<sup>99</sup>

Se prueba en primer lugar: porque por el derecho de gentes donde quiera es lícito comerciar. Luego, de ninguna manera se les puede prohibir a los Españoles.<sup>100</sup>

#### 4. BREVE CONCLUSIÓN

Todos estos derechos que Alonso de la Veracruz reconoce y defiende teóricamente, son confirmados por su práctica a favor de los mismos como religioso, misionero, catedrático y jurista.

<sup>97</sup> CEREZO, *ob. cit.*, p. 353.

<sup>98</sup> VERACRUZ, *ob. cit.*, pp. 215 y 216, parágrafo 903.

<sup>99</sup> *Idem supra*, p. 217, parágrafo 909.

<sup>100</sup> *Idem supra*, p. 218, parágrafo 914.

Veracruz fue un acérrimo defensor de los derechos de los indios, fue "amparo de los indios"<sup>101</sup> como bellamente escribe Basalenque. Con relación a ellos defendió todos los derechos que hemos enunciado y algunos otros estrictamente religiosos, que se coligen del derecho de igualdad, como el derecho a recibir el sacramento de la comunión.<sup>102</sup>

Como representante fiel de la tradición teórica hispanoamericana de los derechos humanos, Veracruz defiende ante todo los derechos de los más débiles, de los pobres, que en el caso concreto de las Indias son los indios. Su visión de los derechos humanos, fundamentalmente, parte de los empobrecidos de estas tierras.

...y si fuesen escuchados clamarian contra la tiranía y la opresión que padecen; no por parte del Emperador, sino por parte de algunos a quienes les ha encomendado el cuidado de los pueblos, quienes los devoran como pedazos de pan, despojan, hieren, destruyen y casi no los defienden, sino que juzgan que dan gloria a Dios exagerando los tributos y añadiendo toda clase de exacciones con que les afligen. De esto soy testigo ocular.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Diego BASALENQUE, *Historia de la Provincia de San Nicolás de Tolentino de Michoacán. Del Orden de N.P.S. Agustín*, Ed. Jus, México, 1963, p. 92.

<sup>102</sup> *Cfr.* BASALENQUE, *ob. cit.*, pp. 40 y 41; BOLAÑO, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>103</sup> VERACRUZ, *ob. cit.*, p. 24, parágrafo 44.

EL RENACIMIENTO DE LA SUPREMA CORTE DE MÉXICO:  
EVALUACIÓN DE LA REFORMA JUDICIAL  
DEL PRESIDENTE ZEDILLO  
DE 1995

Jorge A. VARGAS

Traducción del inglés por Josette SERRATO COMBE

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La nueva composición y funciones de la Suprema Corte.* 2.1 *La composición de la Suprema Corte y la designación de magistrados.* 2.2 *Jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia.* 3. *Acciones de inconstitucionalidad.* 4. *Un enunciado más preciso de las controversias constitucionales.* 5. *El Consejo de la Judicatura Federal.* 5.1 *Composición.* 5.2 *Funciones.* 5.3 *El Instituto de la Judicatura.* 5.4 *El Consejo de la Judicatura Federal: Una noción europea trasplantada a México.* 6. *El impacto de la Suprema Corte de Justicia en la sociedad de México.* 7. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

En uno de los cambios más sorprendentes en la historia legislativa de México, el Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, por reforma constitucional hecha a escaso un mes de tomar posesión<sup>1</sup> alteró profundamente la estructura y funciones del sistema judicial federal de ese país. En ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 71, párrafo I de la Constitución, el doctor Zedillo sometió al Senado una propuesta legislativa a efecto de modificar 27 artículos de la Constitución<sup>2</sup>

<sup>1</sup> El decreto presidencial que reformó 27 artículos de la Constitución de México de 1917 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, en adelante D.O. de diciembre 31, 1994 en 2-9. Este decreto entró en vigor al día siguiente. El autor ha verificado la exactitud de las citas en idioma español y todas las traducciones del inglés. Para un análisis legal e histórico de estas reformas constitucionales, ver Jorge A. VARGAS, *The Supreme Court of Mexico. Recent Changes in Its Composition and Functions* (que se publicará próximamente).

<sup>2</sup> Artículo 71, fracción I de la Constitución de México, confiere al Presidente de la República (junto con los miembros de la Cámara de Diputados y de Senadores del

Entre otros cambios sin precedente,<sup>3</sup> el Presidente Zedillo transformó la composición, estructura y funciones de la Suprema Corte de Justicia de aquella nación. En esta área, redujo el número de los miembros de la Suprema Corte de 26 a 11, estableció requisitos más estrictos para ser magistrado de la Suprema Corte, limitó el término de su cargo a 15 años, y cambió la manera en que éstos son designados.<sup>4</sup> Con la idea de crear un tribunal verdaderamente constitucional, modificó la jurisdicción original de este alto tribunal.<sup>5</sup> También creó un nuevo órgano judicial, el Consejo de la Judicatura Federal diseñado para relevar a la Suprema Corte de sus agobiantes y engorrosas funciones administrativas.<sup>6</sup> Este nuevo órgano parece inspirarse en modernas estructuras similares que operan en Europa y América Latina.<sup>7</sup> Es más, respondiendo a una demanda nacional para tener un sistema competente, profesional y honesto de impartición de justicia, el Presidente Zedillo incluyó en estas reformas constitucionales la creación de una carrera judicial formada actualmente por diez categorías administrativas, que van de los magistrados de Circuito y jueces de Distrito a los secretarios de acuerdos y "Actuarios". Esta carrera será administrada y regulada por un Instituto de la Judicatura,<sup>8</sup> de conformidad con los lineamientos y directrices formulados por el pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

Congreso (Federal) de la Unión y las legislaturas de los Estados) "el derecho de iniciar leyes o decretos". Ver *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ediciones Delma, 21 ed., México, 1995 en 55 (en lo sucesivo *Constitución*).

<sup>3</sup> Otras reformas constitucionales que afectaron a la Procuraduría General de la República: las funciones de los Agentes del Ministerio Público; algunos aspectos procesales del Juicio de Amparo; y la adopción de medidas conducentes al establecimiento de un Sistema Nacional de Seguridad Pública. Este artículo no trata ninguna de estas reformas.

<sup>4</sup> Ver nuevos artículos 94, 95 y 96, respectivamente, de la Constitución de México de 1917, en 76-79.

<sup>5</sup> Ver artículo 105, *id.* en 87-89.

<sup>6</sup> Ver artículo 100, *id.* en 81-83. Ver notas *infra* 119-131 y los textos correspondientes.

<sup>7</sup> Consejos judiciales similares existen, por ejemplo en Francia, España e Italia, y su trabajo parece haber influenciado la emergencia reciente de órganos similares en ciertos países en América Latina, tales como Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, El Salvador, México, Panamá, Paraguay y Perú. Ver Héctor FIX ZAMUDIO, "Jurisdicción Constitucional y Protección de los Derechos Fundamentales en América Latina", *Contribuciones*, año XI, núm. 2, Buenos Aires, 1994 en 84.

<sup>8</sup> Este nuevo Instituto de la Judicatura Federal es un órgano auxiliar del Consejo Judicial Federal. Ver notas *infra* 132-137 y los textos correspondientes.

Con objeto de lograr todo lo anterior, el Presidente Zedillo tuvo que tomar la decisión sin precedente de convencer a los 26 magistrados existentes, de jubilarse anticipadamente.<sup>9</sup> Como resultado de esto, durante los primeros veintiséis días de 1995, mientras el Senado examinaba los candidatos propuestos por el novel Ejecutivo, México no tuvo una Suprema Corte en funciones.<sup>10</sup>

La implementación legal de estas modificaciones constitucionales requería la modificación de diversas leyes federales y códigos, principalmente la *Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de la Federación*.<sup>11</sup>

Para la mayoría de los especialistas en el sistema judicial mexicano, esta reforma profunda fue claramente prevista. Primero, cambios drásticos en el sistema judicial de esa nación, a nivel federal y estatal, habían sido largamente esperados como un complemento indispensable a las políticas recientes de México en favor de un comercio internacional sin trabas, una fuerte tendencia hacia la privatización, una burocracia más eficiente y reducida, y el auspicio de la inversión extranjera.<sup>12</sup> No puede esperarse que se lleve a cabo una modernización económica y política, ni fluirán ni permanecerá la inversión extranjera en ese país, si México no tiene lo que se requiere más: un sistema de impartición de justicia profesional, legal, eficiente, moderno y honesto.

Segundo, hacer cambios en la Suprema Corte de Justicia no es más que un ejercicio recurrente en México. Cambios importantes se han

<sup>9</sup> El decreto presidencial estableció que los ministros en ejercicio "concluirán sus funciones al entrar en vigor" dicho decreto, o sea, el primero de enero de 1995. Los 26 ministros recibieron una pensión igual a un "retiro forzoso" de conformidad con un decreto especial que estableció las bases para un "Retiro Forzoso o Voluntario" de los ministros de la Suprema Corte". Ver artículos segundo transitorio del Decreto de diciembre 31, 1994, en 9.

<sup>10</sup> No fue sino hasta enero 26 de 1995 cuando el Senado aprobó los 11 ministros de la numéricamente más compacta Suprema Corte de Justicia. Los nuevos ministros prestaron el juramento de su cargo el día siguiente. Son: 1) José Vicente Aguinaco Alemán; 2) Mariano Azuela (quien repitió); 3) Juan Díaz Romero (quien repitió); 4) Genaro David Góngora Pimentel; 5) Juventino Castro; 6) Olga María del Carmen Sánchez Cordero; 7) Juan Nepomuceno Silva Meza; 8) Humberto Román Palacios; 9) Sergio Salvador Aguirre Anguiano; 10) José de Jesús Gudifino Pelayo, y 11) Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia.

<sup>11</sup> Esta disposición mexicana no sólo es paralela sino parece haber sido originalmente inspirada por el 1789 *Judiciary Act*. Para el texto de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* ver D.O. del 26 de mayo de 1995 en 2-32.

<sup>12</sup> Ver Jorge A. VARGAS, "Mexico's Foreign Investment Act of 1993". 16 *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal*. 101 (mayo 1994).

hecho a este alto tribunal en el pasado, especialmente durante la administración del Presidente Calles en 1928; Cárdenas en 1934 y 1940; Alemán en 1951; Díaz Ordaz en 1968, y De la Madrid, recientemente en 1987.<sup>13</sup> En términos generales, la mayoría de estos cambios estructurales y procedimentales han sido hechos en un intento para aliviar a la Suprema Corte de su pesada agenda, y el resultado de casos para su atención (*Rezago*), originado principalmente como una consecuencia de una virtual inundación de juicios de Amparo, así como un intento de dotar a este alto tribunal con las facultades de un verdadero tribunal constitucional.<sup>14</sup> En cierta forma, estos cambios siguen el espíritu que indujo al Congreso de los Estados Unidos a alterar la estructura y funciones de nuestra Suprema Corte en las primeras etapas de su evolución.<sup>15</sup>

Finalmente, esta reforma judicial fue propuesta por el Presidente Zedillo cuando era candidato del partido oficial: *el Partido Revolucionario Institucional* (PRI), durante su visita a la ciudad de Guadalajara en 1994. Al presentar diez propuestas para la creación de un nuevo sistema de seguridad y justicia, el entonces candidato presidencial se pronunció fuertemente por una reforma integral del poder judicial. Esta reforma comprendía la necesidad de tener más jueces independientes, calidad en la administración de justicia, y un acceso garantizado al sistema judicial para todos los mexicanos.<sup>16</sup>

En la iniciativa que sometió al Senado para reformar la Constitución, el Presidente Zedillo resumió los cambios propuestos en la siguiente forma:

El propósito de esta iniciativa es reforzar la Constitución y la legalidad como los fundamentos básicos para una vida social segu-

<sup>13</sup> Estas reformas constitucionales están documentadas por Felipe TENA RAMÍREZ, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1991*, Editorial Porrúa, México, 1991 en 881-1058 (en lo sucesivo *Leyes*). Ver también *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, vol. VII, México, 1967.

<sup>14</sup> Ver Héctor FIX ZAMUDIO, *Setenta y cinco años de Evolución del Poder Judicial en México, Obra Jurídica Mexicana*, Procuraduría General de la República, 2a. ed., México, 1987 en 651.

<sup>15</sup> Ver *Judiciary Act* de 1789, y sus reformas subsecuentes, especialmente en 1869, 1875 y 1887. *First Congress*, Sess. I, Ch. 18.19, 1798 en 73. Ver también el *Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court*, conocido también como el *Freund Report* (diciembre 1972), reimpresso en 57 F.R.D. 573.

<sup>16</sup> Ver Ernesto ZEDILLO, *Las políticas de bienestar*, Documentos, México, PRI, 1994. "Seguridad y Justicia", Guadalajara, Jal., 14 de julio de 1994, en 101-121.

ra, ordenada y tranquila. En el presente se propone reforzar el Poder Judicial y las [correspondientes] alteraciones en su organización interna y funciones, la jurisdicción de aquellas instituciones encargadas de la seguridad [pública] y la administración de justicia. . . Estos cambios conllevan un paso importante en el desarrollo de nuestro régimen democrático, reforzando al Poder Judicial para lograr un mejor equilibrio entre los Poderes Federales, creando así las bases para un sistema de administración de justicia y seguridad pública que responda mejor a la determinación de los mexicanos para vivir en una nación con ley y orden.<sup>17</sup>

Para el Presidente Zedillo estas reformas constitucionales —tan profundas y sin precedentes como pudieran ser— señalan sólo el principio de más reformas por venir.<sup>18</sup> Es posible que estos cambios continúen para afectar no sólo el sistema judicial federal, sino, más importante, lograr un propósito más elevado: obtener un equilibrio más democrático entre las tres ramas del gobierno en México. Dicho en otras palabras, abrir la puerta para que ese país entre en una nueva era de verdadera democracia política y un nueva clase de federalismo.

El presente artículo se divide en cuatro partes: La primera se refiere a la nueva composición y funciones de la Suprema Corte de Justicia. La segunda parte analiza lo que se conoce en México como las *acciones de inconstitucionalidad*. En lo que puede ser una de las reformas más dramáticas a su jurisdicción original, la Suprema Corte ha sido facultada para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes federales y estatales, así como de los tratados internacionales, cuando así lo solicite una minoría legislativa. Esta facultad se encuentra en el nuevo segundo párrafo del artículo 105 de la Constitución de México. La tercera parte explora el papel, composición y funciones del Consejo de la Judicatura Federal. Éste es el órgano más reciente que

<sup>17</sup> Iniciativa Presidencial de Reformas al Poder Judicial y la Administración de Justicia Constitucional. Presidencia de la República, Palacio Nacional, México, D. F., 5 de diciembre de 1994 en 2-3 (en lo sucesivo *Iniciativa*).

<sup>18</sup> Una vez que la iniciativa del doctor Zedillo fue aprobada por el Senado y la Cámara de Diputados por una mayoría de votos de las dos terceras partes, las reformas constitucionales en cuestión fueron aprobadas por una simple mayoría de las legislaturas de los Estados. El proceso completo se llevó a cabo en menos de un mes. El artículo 135 de la Constitución de México, diseñado siguiendo el artículo V de la Constitución de EUA, establece el procedimiento para hacer las reformas constitucionales.

se agregó al Poder Judicial Federal. Se hará aquí una breve referencia a la forma en que el *Instituto de la Judicatura* está estructurando y administrando el desarrollo, preparación y capacitación de los integrantes de este poder. La última parte presenta algunas ideas sobre el impacto que estas reformas pueden tener, en particular el trabajo de la Suprema Corte, en la vida de los mexicanos y en el futuro legal de su país.

## 2. LA NUEVA COMPOSICIÓN Y FUNCIONES DE LA SUPREMA CORTE

El sistema judicial federal de México está estructurado claramente siguiendo el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>19</sup> Desde la formulación de su primera Constitución Federal en 1924, ese país adoptó un sistema dual de tribunales federales y estatales, presididos por una Suprema Corte de Justicia.<sup>20</sup> Este sistema ha sido repetido en las constituciones subsecuentes, en particular la Constitución Federal de 1957<sup>21</sup> y más recientemente la Constitución de 1977,<sup>22</sup> que es objeto de las presentes reformas.

De conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, reformado en 1995, este poder se ejerce por: 1) La Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>23</sup> 2) Tribunales Colegiados de Circuito; 3) Tribunales Unitarios de Circuito; 4) Tribunales de Distrito; 5) El Consejo de la Judicatura Federal; 6) El *Jurado federal de ciudadanos*, y 7) los tribunales de los estados y del Distrito Federal (ciudad de México) en los casos previstos en el artículo 107, párrafo II, de la Constitución.<sup>24</sup> Exceptuando el nuevo Consejo de la Judicatura Fe-

<sup>19</sup> Ver FIX, *supra* nota 14 en 651.

<sup>20</sup> El artículo 123 de la Constitución Federal del 4 de octubre de 1824, establece: "El poder judicial federal reside en la Suprema Corte de Justicia, los tribunales de circuito y los juzgados de circuito". El artículo 138 agregaba: "La ley determinará la manera y forma en la cual la Suprema Corte de Justicia conocerá los casos incluidos en este título". Ver TENA RAMÍREZ, *Leyes, supra* nota 13 en 186 y 189, respectivamente.

<sup>21</sup> Artículo 90 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857. *Id.* en 622.

<sup>22</sup> Artículo 94 al 107 de la Constitución del 5 de febrero de 1917 se refieren al Poder Judicial Federal. Los artículos originales se reproducen en *id.* en 856-865.

<sup>23</sup> Éste es el nombre oficial de la Suprema Corte de México: *Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

<sup>24</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal (en lo sucesivo LOPJ), D.O. del 26 de mayo de 1995 en 2.

deral, el sistema permanece intacto al que existía en la Ley Orgánica de 1988.<sup>25</sup>

Esta numeración no toma en cuenta la existencia de un gran número (y creciente) de tribunales especializados que se colocan no como una parte del Sistema Judicial Federal, sino más bien, bajo el Poder Ejecutivo, tales como los tribunales administrativos, agrarios, electorales, fiscales y del trabajo. En México, la opinión generalizada es que estos tribunales alineados con el Ejecutivo claramente contravienen el principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de México.

### 2.1 *La composición de la Suprema Corte y la designación de Magistrados*

En su iniciativa, el Presidente Zedillo señaló previamente que éste es "el órgano judicial que ha funcionado con la mayor eficiencia y credibilidad" en México. Así, cualquier cambio que se hiciera al sistema judicial de aquel país debe empezar por cambiar su más alto tribunal.<sup>26</sup> Con anterioridad a su reforma, la Suprema Corte de Justicia estaba conformada por veintiséis magistrados<sup>27</sup> y funcionaba como un tribunal (*Pleno*) o dividido en secciones, conocido como *Salas*,<sup>28</sup> cada una conformada por cinco magistrados.<sup>29</sup>

El artículo 94 de la Constitución, ya reformada, redujo en número de magistrados de 26 a 11,<sup>30</sup> que es el número original establecido por las Constituciones de 1824 y 1917.<sup>31</sup> Esta reducción originó un

<sup>25</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, artículo 1, reformada durante la administración del Presidente Miguel de la Madrid; D.O. del 5 de enero de 1988. Ver Alberto TRUEBA URBINA y Jorge TRUEBA BARRERA, *Nueva Legislación de Amparo Reformada*, Ed. Porrúa, 58 ed., México, 1993, en 179 (en lo sucesivo *Legislación*).

<sup>26</sup> Iniciativa, *supra* nota 17 en 5.

<sup>27</sup> De estos 26 ministros, cinco eran conocidos como "Supernumerarios"; no formaban parte del Pleno de la Suprema Corte, sino formaban parte de la "Sala Auxiliar".

<sup>28</sup> Artículo 94, Constitución de 1917.

<sup>29</sup> Las cuestiones que involucran la composición y funciones de la Corte, su jurisdicción (en *Pleno* o en *Salas*), las facultades y obligaciones de su "Presidente", calendario de actividades, licencias y retiros, etcétera, están reguladas por la LOPJF en gran detalle.

<sup>30</sup> Artículo 2, LOPJF.

<sup>31</sup> El artículo 124 de la Constitución Federal de 1824 establecía que la *Suprema Corte de Justicia* consistiría de 11 *Ministros*, distribuidos en tres *Salas*, más un *Fiscal*. El Congreso general estaba facultado para aumentar o disminuir el número de ministros, si lo consideraba conveniente. Ver TENA RAMÍREZ, *Leyes, supra* nota 13 en 186.

intenso debate.<sup>32</sup> Se cuestionó si este relativamente pequeño número de integrantes de la Suprema Corte podría manejar su pesada carga de juicios de una manera eficiente y pronta. El relativamente pequeño número de magistrados que ocupan estos puestos judiciales en tribunales constitucionales similares en otros países parecen haber convencido al Congreso Mexicano y a las Legislaturas de los Estados a proceder a hacer el cambio.<sup>33</sup>

A diferencia de la Constitución de los Estados Unidos, que simplemente establece "una Suprema Corte" pero no establece su tamaño, la Constitución de México, desde su primer documento federal de 1924 hasta nuestros días,<sup>34</sup> explícitamente enumera no sólo el número específico de magistrados —conocidos como *Ministros* en ese país, así como la jurisdicción original y de apelación de la Corte, sino también otros detalles concretos que con una técnica legislativa más apropiada estarían mejor colocados en una ley secundaria; por ejemplo, los requisitos que deben satisfacerse en la designación, método para seleccionarlos, protesta de ley, ausencias temporales, renunciaciones, licencias, etcétera.<sup>35</sup>

De manera similar a lo que ocurrió en la evolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos, donde el número de jueces ha sido modificado siete veces (de los originales seis en 1789 al número actual de nueve en 1869),<sup>36</sup> la composición de la Suprema Corte de México

<sup>32</sup> En general, los cambios propuestos generaron una discusión generalizada, y aún controversias, a través de la nación especialmente dentro de los círculos políticos, legales y académicos. Para un análisis académico detallado de la mayor parte de esta reforma constitucional, ver Mario MELGAR ADALID (Ed., *Reformas al Poder Judicial*, UNAM, México, 1995 (en lo sucesivo *Reformas*)).

<sup>33</sup> Ver Héctor FIX FIERRO, *Reformas y Adiciones a la Constitución Federal en Materia de Administración de Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995 (no publicado). Este autor señala que el Conseil d'Etat en Francia está compuesto por nueve miembros; 16 en Alemania; 12 en España; 15 en Italia; 14 en Austria; 13 en Portugal, y nueve en la Suprema Corte de EUA. *Id.* en 3.

<sup>34</sup> Ver Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824; este documento temprano sirvió como una guía al Congreso Constitucional que formuló la primera Constitución Federal de México en 1824, *Leyes, supra* nota 13 en 153-161.

<sup>35</sup> La Constitución de México dedica un artículo a cada uno de estos detalles; ver artículos 94-101 de la Constitución de 1917.

<sup>36</sup> El Congreso establecía el número 1) en seis en 1789; 2) cambió a cinco en 1801; 3) siete en 1807; 4) nueve en 1837; 5) diez en 1863; 6) de nuevo a siete en 1866; y, 7) nueve en 1869.

ha también crecido de una manera gradual del número inicial de once establecida en la Constitución Federal de 1824 a 26 en la Reforma Constitucional al artículo 94 hecho por el Presidente Miguel Alemán en 1951, conocida como la "Reforma de Alemán".<sup>37</sup>

La Corte continuará funcionando en *Pleno* y en dos *Salas*, integrada por cinco jueces cada una. Cada año la Corte tendrá dos sesiones: la primera, de enero hasta el último día de la primera quincena de julio, y la segunda, del primero de agosto al último día de la primera quincena de diciembre.<sup>38</sup> Tal como se establece por la LOPJF, estas sesiones estarán abiertas al público, excepto cuando "así lo exijan la moral o el interés público".<sup>39</sup>

Las decisiones de la Suprema Corte actuando en pleno se tomarán por unanimidad o por mayoría (excepto en dos casos establecidos en las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución). Los jueces pueden abstenerse de votar "cuando tengan impedimento legal o no hayan estado presentes en la discusión del asunto". En caso de empate, el asunto se decidirá en la siguiente sesión: si no se llegara a una decisión en esa sesión, entonces el *Proyecto* será desechado, y el Presidente de la Suprema Corte designará a un nuevo juez que, tomando en cuenta las opiniones ya presentadas, formulará un nuevo proyecto. Si el empate continúa, el Presidente está facultado para romper el empate con su *voto de calidad*.<sup>40</sup>

Los nombramientos y designaciones de los puestos de la Suprema Corte se establecen en el artículo 96 de la Constitución. A diferencia de la Constitución de los Estados Unidos que deja muchos aspectos abiertos a la interpretación en lo que se refiere al poder judicial federal, la ley fundamental de México, como se menciona anteriormente, está llena de detalles, pareciéndose más al *U.S. Judiciary Act*.

<sup>37</sup> Las reformas posteriores al artículo 94 aparecen en *Leyes, supra* nota 13 en 881-1058. Ver también Ingrid BRENA SESMA, "Un 'Radical' Proyecto de Reformas al Poder Judicial", *Reformas, supra* nota 32 en 37-44.

<sup>38</sup> Artículo 3 LOPJF.

<sup>39</sup> Artículo 94, *Constitución*, en 77. El artículo 6 de la LOPJF establece que las sesiones de la Corte en *Pleno* "serán públicas por regla general y privadas cuando así lo disponga el propio *Pleno*". Sin embargo, las sesiones plenarias de la Corte que tengan por objeto "la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por la independencia de sus miembros" serán privadas LOPJF, artículo 6, *in fine*.

<sup>40</sup> Artículo 7, LOPJF.

El artículo 96 de la Constitución, antes de la reforma, establecía que "estos nombramientos serán hechos por el Presidente de la República y sometidos a la aprobación de la Cámara de Senadores, la que otorgará o negará esa aprobación dentro del término improrrogable de diez días".<sup>41</sup> La nueva versión establece que el Presidente someterá los nombres de tres candidatos (*Terna*) para aprobación del Senado. Una vez que el Senado examine a los candidatos, debe designar al juez para llenar la vacante. Más que seleccionar el candidato por simple mayoría como lo establecía el antiguo texto, el Senado ahora debe aprobar al candidato por un voto de las dos terceras partes.<sup>42</sup>

El sistema por el cual el Ejecutivo Federal propone los nombres de tres candidatos para aprobación del Senado para ocupar una vacante de la Suprema Corte, opuesto a nuestro sistema de proponer sólo una designación, es percibido en México como un método diseñado para mejorar la independencia del candidato seleccionado, que se supone debe estar alejado no sólo de una forma política sino también judicial del Ejecutivo. Sin embargo, cuando el Senado no aprueba un candidato dentro del requisito nuevo del término de treinta días, el artículo 96 establece que "ocupará el cargo de Ministro la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República".

El artículo 95 de la Constitución enumera los requisitos que un juez debe satisfacer para ocupar un lugar en la Suprema Corte. Estos requisitos incluyen, *inter alia*, ser ciudadano mexicano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; tener título profesional de licenciado en derecho; gozar de *buena reputación* y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión, excepto si el delito en cuestión "lastima seriamente la buena fama en el concepto público", etcétera.<sup>43</sup>

En su iniciativa, el Presidente Zedillo advirtió que iba a modificar completamente el régimen de ingreso a la Suprema Corte, "estableciendo requisitos más estrictos e impedimentos, con objeto de garantizar que la persona designada tenga la calidad profesional suficiente y la vocación judicial para cumplir cabalmente sus obligaciones".<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Para el antiguo texto del artículo 96, ver *Constitución Política*, Ed. Porrúa, 102 ed., México, 1994 en 73.

<sup>42</sup> Artículo 96 de la Constitución, *Constitución*, supra nota 2 en 79.

<sup>43</sup> Para el texto completo ver artículo 95 *Constitución*, supra nota 3 en 78-79.

<sup>44</sup> *Iniciativa*, supra nota 17 en 7. No hay definiciones para estos términos.

Los nuevos requisitos permanecieron los mismos, fundamentalmente. Los principales cambios consistieron en a) impedir que aquellos que habían desempeñado ciertos cargos políticos durante el año precedente, fueran propuestos al alto tribunal;<sup>45</sup> b) una recomendación para designar "preferentemente" a personas que hubieran servido con eficiencia como jueces o abogados practicantes;<sup>46</sup> y, c) que los candidatos hubieran residido en aquel país "durante los últimos dos años anteriores al día de la designación". El requisito de residencia anterior era más largo: cinco años,<sup>47</sup> y en su iniciativa el Presidente Zedillo propuso reducirlo a sólo un año.<sup>48</sup>

Otros cambios significativos ameritan una mención especial: el periodo de ejercicio del cargo está ahora limitado a un máximo de 15 años. El artículo 94 de la Constitución, anterior al cambio, establecía que los "ministros sólo podrán ser privados de sus puestos" cuando fueran enjuiciados, de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución,<sup>49</sup> o cuando llegaran a la edad de retiro obligatorio (70 años).

Este cambio debería lograr, según el Presidente Zedillo, una Suprema Corte actualizada, en sincronía con las tendencias de la sociedad de México, capaz de legitimar su función judicial sobre bases periódicas:

Para que nuestra Suprema Corte se convierta en un tribunal verdaderamente constitucional, escribió, debe mantenerse actualizada para garantizar que su interpretación constitucional esté en armonía con las condiciones culturales, sociales y económicas en el momento en que esa interpretación se aplique.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Estos cargos políticos son: 1) miembros del Gabinete Presidencial (Secretario de Estado); 2) Titular de un departamento administrativo, como PEMEX, etcétera; 3) *Procurador General de la República*; 4) *Procurador General del D. F.*; 5) Senador; 6) *Diputado Federal*; 7) Gobernador de cualquier Estado; y, 8) *Jefe del Departamento del D. F.*, ver artículo 95, fracción VI, *Constitución*, supra nota 3 en 78.

<sup>46</sup> Para el texto exacto de este nuevo párrafo, agregado por la reforma Zedillo, ver artículo 95, *in fine*, *id.* en 78-79.

<sup>47</sup> Artículo 95, fracción V, *Constitución Política*, supra nota 41 en 73.

<sup>48</sup> *Iniciativa*, supra nota 17 en 10.

<sup>49</sup> Artículo 94, *in fine*. La responsabilidad de los servidores públicos, y el juicio político, se establecen en los artículos 108-114. *Constitución Política*, supra nota 41 en 73 y 85-90, respectivamente.

<sup>50</sup> *Iniciativa*, supra nota 17 en 7.



Se agregó un nuevo párrafo al artículo 101 de la Constitución que establece que los Ministros de la Suprema Corte y otros Magistrados y Jueces, "no podrán actuar como patronos, abogados o representantes en cualquier proceso ante los órganos del Poder Judicial de la Federación, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro".<sup>51</sup>

Este mismo artículo contiene una incompatibilidad constitucional, sancionada por la pérdida del puesto judicial, que se impone a los ministros, magistrados y jueces (incluyendo a sus secretarios), y en los miembros del nuevo Consejo de la Judicatura Federal, "no tener empleo o encargo" a nivel federal o estatal, en el Distrito Federal (ciudad de México) o de naturaleza privada, durante su ejercicio judicial.<sup>52</sup> La única excepción son los cargos desempeñados "no remunerados, en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia".<sup>53</sup>

Esta incompatibilidad constitucional sobre los miembros del poder judicial federal de tener otras fuentes de ingresos diferentes a las de su remuneración durante su encargo, impuesta en México desde hace tiempo a los ministros de la Suprema Corte, por ejemplo, contrasta con la situación que gozan los jueces federales, magistrados y ministros en nuestro país. Legalmente no existe impedimento para que los jueces federales, incluyendo aquellos en el Tribunal Supremo, "para complementar" sus salarios<sup>54</sup> con fuentes adicionales de ingresos. Es conocido, por ejemplo, que los ministros de la Suprema Corte de Estados Unidos complementan su salario con honorarios percibidos por clases y discursos.<sup>55</sup>

Una disposición especial del artículo 94 establece que la remuneración recibida por los servicios de los Ministros de la Suprema Corte, así como los de los Magistrados de Circuito, Jueces de Distritos y

<sup>51</sup> Artículo 101, *Constitución*, supra nota 3 en 83.

<sup>52</sup> Esta disposición apareció originalmente en el Proyecto Constitucional formulado por Venustiano Carranza en 1916, que fue aprobado posteriormente e incluido en el texto original, como artículo 101 de la Constitución de 1917. El tenor de esta prohibición se remonta a la *Siete Leyes Constitucionales* de 1836. Ver *Derechos*, vol. VII, supra nota 11 en 860-863.

<sup>53</sup> Artículo 101, *Constitución*, supra nota 3 en 83.

<sup>54</sup> Se ha reportado que en 1991 los jueces asociados recibían salarios de \$153,600 y el Presidente de la Corte \$160,600. Ver Lawrence BAUM, *The Supreme Court*. CQ. Press, Washington, D. C., 1992 en 13.

<sup>55</sup> Por ejemplo el juez asociado Antonin Scalia recibió \$47,000 por dos discursos en 1990. *Id.*

Consejeros del Consejo de la Judicatura Federal, no pueden ser disminuidos durante su encargo.<sup>56</sup> Esta disposición se añadió la primera vez en la Constitución Mexicana de 1917 a través de una reforma en 1928.<sup>57</sup> Sin embargo, no hay duda de que este concepto se tomó directamente de la sección 1 del artículo III de la Constitución de Estados Unidos.

Una palabra final sobre el Senado Mexicano.<sup>58</sup> Se ha considerado que esta reforma constitucional estaba también diseñada, por lo menos en parte, para darle más poder al Senado, especialmente *vis a vis* el Presidente de la República. Esto se logró como parte de la nueva filosofía política del Presidente Zedillo, con la intención de colocar los tres poderes federales de aquel país en el mismo nivel de coordinación, en lugar de continuar con la vieja estructura política gubernamental formada por un ejecutivo poderoso, por una parte, que ha oscurecido crónicamente y sistemáticamente al Legislativo y al Judicial, por la otra.<sup>59</sup>

Más que simplemente aprobar la designación singular que se hacía por el Presidente de la República para llenar una vacante en la Suprema Corte de Justicia de México, anterior a esta reforma, el Senado tiene ahora una mayor influencia e independencia para escoger entre tres candidatos que el Presidente tendrá que proponer.

A diferencia de los Estados Unidos, donde el Senado no ha confirmado 26 de las propuestas del Presidente a la Suprema Corte, ya sea a través de un voto negativo o a través de rehusarse a actuar,<sup>60</sup> en la historia del Senado mexicano, sólo se registra un caso en el cual este órgano rechazó dos propuestas que le fueron presentadas por el Presidente en turno, general Manuel Ávila Camacho, en 1944. Pero

<sup>56</sup> Artículo 94, *Constitución*, supra nota 3 en 77.

<sup>57</sup> Ésta fue la primera reforma al artículo 94; D.O. del 20 de agosto de 1928. Para el texto de esta reforma ver *Derechos*, supra nota 13 en 706.

<sup>58</sup> En México, la *Cámara de Senadores* se compone de un total de 128 senadores: cuatro para cada uno de los 31 Estados, y cuatro para el Distrito Federal (ciudad de México). De cada cuatro, tres son electos por una mayoría directa del voto y el otro se asigna al partido político que obtuvo la mayoría más grande. Ver artículo 66 de la Constitución de 1917, reformada; el artículo 176 enumera las facultades exclusivas del Senado. *Constitución*, supra nota 3 en 49 y 66, respectivamente.

<sup>59</sup> Ver José Trinidad LANZ CÁRDENAS, "Las Nuevas Facultades del Senado de la República y el Poder Judicial", *Reforma*, supra nota 32 en 47-55.

<sup>60</sup> Ver BAUM, supra nota 54 en 47. Estos 26 casos constituyen aproximadamente el 20% de los nombramientos considerados por el Senado de EUA. *Id.*

aún en este caso, el Senado decidió aprobar las dos designaciones en cuestión cuando el Presidente Ávila Camacho, en lugar de proponer otros candidatos, decidió volver a presentar los mismos.<sup>61</sup>

La consistencia sin excepción mostrada por el Senado en la aprobación de todos los nombramientos de ministros de la Suprema Corte hechos por el Presidente de México hasta 1994, ha llevado a un académico a insinuar que la intervención del Senado en esta área es simplemente un formulismo.<sup>62</sup> Se espera que con esta reforma constitucional, el Senado tendrá un papel fundamental en la designación de los futuros ministros de la Suprema Corte de Justicia de México.

Hasta ahora, la aprobación de los candidatos a ministros de la Suprema Corte ha sido un ejercicio relativamente simple y sin obstáculos. A medida que el panorama político cambie en ese país, se espera que este cambio afectará la intervención del Senado en este proceso, transformándolo de una mera formalidad constitucional o política en un examen público detallado diseñado para analizar la habilidad y calificaciones profesionales de los candidatos. Probablemente, las discusiones futuras sobre estos asuntos comprenderán cuestiones no solamente de afiliación política y experiencia profesional del candidato en cuestión, sino también sobre 1) origen geográfico; 2) edad; 3) sexo; 4) servicios judiciales anteriores; 5) clase social; y aún 6) religión o 7) origen étnico, en un ejercicio de alguna manera similar a aquél que transpira cuando el Senado de Estados Unidos examina un candidato para juez de la Suprema Corte.<sup>63</sup>

Si éste es el caso, los futuros ministros de la Suprema Corte de México no tendrán que ser sólo de la ciudad de México (como ha sido la costumbre), sino también de los diferentes y variados Estados de aquella República, tratando gradualmente de lograr una representación proporcional y balanceada geográficamente; más que tener una larga carrera política, los futuros candidatos serán seleccionados en-

<sup>61</sup> Este caso es narrado por LANZ CÁRDENAS, *supra* nota 59 en 55. Los nombres de estos ministros de la Corte son Teófilo Olea y Leyva y Fernando de la Fuente. *Id.*

<sup>62</sup> Las palabras textuales en español de LANZ CÁRDENAS son: "[S]e fortalece al Senado, en cuanto a que ya no será un simple ratificador...". *Id.* en 54 (las cursivas son del autor).

<sup>63</sup> Ver Stephen L. WASBY, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Nelson-Hall Publishers, 4a. ed., Chicago 183 en 86-136. Ver también Paul E. FREUND, "Essays on the Supreme Court Appointment Process", *101 Harv. L. Rev.* 1146 (1988).

tre magistrados que no sólo tengan una larga pero brillante carrera judicial; y, más que tener ministros mexicanos que sean sólo "mestizos" o "criollos", "los futuros ministros orgullosamente vendrán de algunos de los grupos indígenas de México".

## 2.2 Jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia

Como una variante del sistema establecido por la Constitución de EUA, la ley fundamental de México enumera con gran detalle no sólo la jurisdicción original y de apelación de la Suprema Corte, sino que va más lejos en detallar la jurisdicción de los tribunales de Circuito y de Distrito. No es extraño, por lo tanto, que el capítulo relativo al Poder Judicial de la Constitución de México está formado por 14 artículos.<sup>64</sup>

Históricamente, esta parte de la Constitución se ha desarrollado de una manera gradual, más larga, más teórica y cada vez más compleja a través de los años. Esto es evidente cuando el sistema judicial federal actual se compara con el esquemático establecido por las constituciones federales de 1824 y 1857 que establecieron su esquema legal y crearon sus fundamentos políticos.<sup>65</sup> En parte puede argumentarse que la presencia cada vez mayor con la cual el *Juicio de Amparo*<sup>66</sup> ha sido y continúa siendo utilizado en aquel país para restaurar la violación de los derechos constitucionales por las autoridades públicas; la búsqueda incesante de un sistema de justicia mejor y más eficiente; <sup>67</sup> el legítimo deseo de transformar la Suprema Corte en un verdadero tribunal constitucional,<sup>68</sup> y, de hecho, el indisputable rápido crecimiento de la sociedad que aquella nación ha experimentado en

<sup>64</sup> Artículo 94-107, capítulo IV del título III de la Constitución de México para el texto de estos artículos, ver *Constitución, supra* nota 3 en 76-97.

<sup>65</sup> Ver artículo 123-144 de la Constitución de 1824 y 90-102 de la Constitución de 1857; *Leyes, supra* nota 186-190 y 622-624, respectivamente.

<sup>66</sup> Para un excelente análisis del origen, contenido y evolución de esta institución legal única, ver Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, Ed. Porrúa, 15a. ed., México, 1957. Ver también Héctor FIX ZAMUDIO, "A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo", *9 California Western International Law Journal* 306 (1979) (parte uno); y "The Writ of Amparo in Latin America?", *Lawyer of the Americas* 361 (19..?) (parte dos).

<sup>67</sup> Ver ZEDILLO, *supra* nota 16 en 113-118.

<sup>68</sup> Héctor FIX ZAMUDIO, "La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional, *Las Nuevas Bases Constitucionales y Legales del Sistema Judicial Mexicano. La Reforma Judicial 1986-1987*, Ed. Porrúa, México, 1987 en 345-390.

las últimas cinco décadas, con todas sus variadas consecuencias y retos,<sup>69</sup> pueden ser algunas de las causas identificables de este crecimiento.

Específicamente un párrafo del artículo 94 de la Constitución establece que:

La competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en *Ple-no* y *Salas*, la competencia de los tribunales de circuito y de los juzgados de distrito y las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que esta Constitución establece.

Siguiendo su tradición legal, ciertos artículos de la Constitución de México cuyo contenido tiene un significado especial por razones históricas, económicas y culturales, o por otras consideraciones igualmente importantes, se amplían y desarrollan como ordenamientos legales; cada uno de estos ordenamientos se conoce oficialmente como "*Ley Reglamentaria*".<sup>70</sup> En el área judicial federal, las siguientes disposiciones ameritan una atención especial:

- 1) La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.<sup>71</sup>
- 2) La Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Ver *El Plan Nacional de Desarrollo, 1994-2000* del Presidente ZEDILLO, D.O. del 31 de mayo de 1995.

<sup>70</sup> Por ejemplo, los siguientes artículos constitucionales han generado una ley federal correspondiente: a) artículo 123 que regula las cuestiones laborales, la *Ley Federal del Trabajo*, b) el artículo 27 que comprende el petróleo, las tierras agrarias y otros recursos naturales, la *Ley Reglamentaria del Petróleo* y la *Ley Federal Agraria*; c) el artículo 3, que establece el sistema de educación pública, la *Ley Federal de Educación*, etcétera.

<sup>71</sup> *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, D.O. del 26 de mayo de 1995. Esta ley está compuesta por 183 artículos. Ver *supra* nota 11 y el texto correspondiente.

<sup>72</sup> *Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, D.O. del 10 de enero de 1936, recientemente reformada. Esta ley, de elevado contenido técnico está compuesta por 234 artículos. Para una breve historia del origen y evolución de esta ley, que entró en vigor por primera vez en 1852, ver TRUEBA *et al.*, *Leyes Reglamentarias del Amparo*, *supra* nota 25 en 475-489.

3) La Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>73</sup> que entró recientemente en vigor como resultado de las reformas constitucionales.

En relación con las responsabilidades en que incurren los servidores públicos y las "bases constitucionales" a que se refiere el artículo 94, estas cuestiones se regulan por el proceso del juicio político delineado en los artículos 108-114,<sup>74</sup> y el artículo 110, de la Constitución de 1917, respectivamente.

Siguiendo el modelo de la Constitución de EUA,<sup>75</sup> el artículo 103 de la Ley Fundamental de México, antes de la reforma, establecía que los tribunales federales tenían jurisdicción para resolver las "controversias"<sup>76</sup> que se susciten por "leyes o actos de la autoridad que violen los derechos individuales" (conocidos en aquel país como las "*garantías individuales*");<sup>77</sup> leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.<sup>78</sup> El artículo 104 agregó las "controversias sobre derecho marítimo; aquéllas en que la Federación fuese parte; de las que se susciten entre dos o más Estados, o un Estado y la Federación, así como de las que surgieren entre los Tribunales del Distrito Federal y los de la Federación, o de un Estado; y de los casos concernientes a miembros del cuerpo diplomático y consular."<sup>79</sup>

<sup>73</sup> *Ley de Amparo Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, D.O. del 11 de mayo de 1955. Esta nueva ley consiste de 73 artículos.

<sup>74</sup> El artículo 110 enumera los servidores públicos sujetos a juicio político. En el área judicial federal, se enumeran los siguientes: 1) ministros de la Suprema Corte; 2) Consejeros de la Judicatura Federal; 3) Procurador General de la República; 4) Procurador General de Justicia del Distrito Federal; 5) Magistrados de Circuito; y, 6) Jueces de Distrito. La comisión de delitos está regulada por la *Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos de la Federación*.

<sup>75</sup> Artículo III, sección 2, Constitución de EUA.

<sup>76</sup> A diferencia de la Ley Constitucional de EUA, no existe distinción legal entre "controversias" y "casos" en el sistema legal mexicano. Estos términos pueden usarse indistintamente; sin embargo, la Constitución de México (artículo 103-105 y 107) utiliza el término "controversia" más frecuentemente.

<sup>77</sup> Estos derechos constitucionales están básicamente contenidos en los artículos 1-29 de la Constitución de 1917. Ver Ignacio BURGOA, *Las garantías individuales*, Ed. Porrúa, México, 1992.

<sup>78</sup> Artículo 103, *Constitución*, *supra* nota 3 en 78.

<sup>79</sup> Artículo 104, fracciones II-V, *id.* en 78-69.

El viejo texto del artículo 105 enumeraba seis "controversias" sujetas a la competencia original de la Suprema Corte de Justicia. Éstas incluían aquéllas que se suscitan entre dos o más Estados; entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación o más Estados, así como de aquéllas en que la Federación sea parte en los casos que establece la ley.<sup>80</sup>

Fue en relación con la competencia original de la Suprema Corte de Justicia donde se efectuó la mayoría más notable de cambios en la reforma reciente. En particular aquellos contenidos en el segundo párrafo del artículo 105 relativo a las denominadas "*Acciones de Inconstitucionalidad*".

Un cuestionamiento exitoso de una ley federal, estatal o municipal iniciado por una minoría legislativa calificada de conformidad con esta reforma puede resultar no sólo en la abrogación de la ley en cuestión (o la parte afectada de ésta) sino también en una resolución de la Suprema Corte que, por primera vez en la historia de aquel país, va a producir efectos generales, de la misma manera como ocurre cuando la Suprema Corte de EUA declara hoy la inconstitucionalidad de una ley determinada.

### 3. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Actualmente, las acciones legales que cuestionan la constitucionalidad de una ley federal o estatal, o un tratado internacional, son una parte importante del sistema legal de México. Se conocen como "*Amparo contra leyes*".<sup>81</sup> Este mecanismo legal fue creado por la *Ley de Amparo* desde su promulgación en 1936.<sup>82</sup> De conformidad con esta reforma, el *Pleno* y las *Salas* de la Suprema Corte están facultadas para revisar las sentencias de Amparo que cuestionen la constitucionalidad de una "ley de carácter general" (i.e. una ley o reglamento)

<sup>80</sup> Artículo 105, *id.* en 79.

<sup>81</sup> *Id.* ver Domingo GARCÍA BELAUNDE, "La Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. XLII, núms. 181-182, enero-abril en 61-75; y Jesús A. ARROYO MORENO, "La Fórmula de Otero y el Amparo contra Leyes", *Jurídica*, núm. 20, México, 1990-1991, en 499-529.

<sup>82</sup> Oficialmente, esta Ley de Amparo se conoce como *Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal*, promulgada por el Presidente Lázaro Cárdenas y publicada en el D.O. el 10 de enero de 1936. Ver TRUEBA *et al.*, *supra* nota 25 en 480-481.

o que establezca "una interpretación directa" de una disposición constitucional.<sup>83</sup>

Sin embargo, estos casos estaban sujetos a estas limitaciones: primero; sólo la parte agraviada podía cuestionar la constitucionalidad de la ley en cuestión y, segundo, los efectos legales de la sentencia de la Suprema Corte se aplicaban exclusivamente a la parte agraviada, y a nadie más (*Fórmula Otero*).<sup>84</sup>

Los cambios introducidos en el nuevo segundo párrafo del artículo 105 de la Constitución fueron caracterizados por el Presidente Zedillo "como una de las innovaciones más importantes que se han llevado a cabo en el orden legal de México a través de su larga historia".<sup>85</sup> Así, sin eliminar las características legales de la "Fórmula Otero" (que se continuarán aplicando en los casos ordinarios de Amparo), este cambio constitucional abre la puerta a las minorías calificadas de los órganos legislativos en los niveles federales, estatales y municipales, incluyendo el *Procurador General de la República* y la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, para cuestionar la constitucionalidad de las leyes federales y estatales, y los tratados internacionales, a través de una "Acción de Inconstitucionalidad" que se presenta directamente a la Suprema Corte de Justicia.

El nuevo cambio establece:

Artículo 105: La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la *Ley Reglamentaria*, de los asuntos siguientes:

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear una posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, *con excepción de las que se refieran a la materia electoral*.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de dicha norma, por:

<sup>83</sup> *Id.* en 298.

<sup>84</sup> A Mariano Otero, que junto con Manuel Crescencio Rejón son reconocidos como los creadores del juicio de Amparo, se acredita de este enfoque legal. La "Fórmula Otero" es una característica legal típica de los procedimientos de Amparo que limitan los efectos de la resolución federal sólo para la parte agraviada. Para el origen de esta institución, creada en 1847, ver BURGOA, *supra* nota 77 en 121.

<sup>85</sup> *Iniciativa*, *supra* nota 17 en 12.

a) El equivalente al 33% de los integrantes de la *Cámara de Diputados* del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal (ciudad de México) expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al 33% de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión, o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

d) El equivalente al 33% de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra leyes expedidas por el propio órgano, y

e) El equivalente al 33% de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra leyes expedidas por la propia Asamblea.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, *siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos*.<sup>86</sup>

Aun cuando el razonamiento detrás de este cambio ha sido recibido como un desarrollo positivo y progresivo, el tenor de esta reforma no ha podido parar un número de severas críticas.

Primero, se considera que es simplemente "incongruente" que las leyes electorales estén expresamente excluidas de esta clase de cuestionamientos.<sup>87</sup> Esta opinión adquiere una mayor dimensión cuando se recuerda que el Presidente Zedillo dijo que él "estaba planeando llevar el principio de la Supremacía Constitucional hasta sus últimas consecuencias".<sup>88</sup> Un severo crítico de este cambio, el profesor Elisur Arteaga Nava, ha afirmado que los años recientes la Ley Constitucional Mexicana se ha caracterizado "por excluir a la Suprema Corte, cuantas veces ha sido posible, de tener conocimiento de las cuestiones

<sup>86</sup> Artículo 105, fracción II, *Constitución*, supra nota 3 en 88-89 (las cursivas son del autor).

<sup>87</sup> Ver Héctor FIX FIERRO, "Reformas y Adiciones a la Constitución Federal en Materia de Administración de Justicia", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995 (artículo no publicado).

<sup>88</sup> "Esto es incongruente... porque no sólo permite la existencia de un cuerpo de leyes exentas de control constitucional, sino también porque deja inacabada la reciente evolución hacia la 'judicialización' de las materias electorales". *Id.* en 8.

electorales". Este autor agrega que en México de hoy "no existe un órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes electorales federales".<sup>89</sup>

En verdad, aparece que no existe justificación legal para excluir las leyes electorales de esta clase de acciones legales. Es cierto que, recientemente, México ha creado un *Tribunal Federal Electoral* con competencia especializada en cuestiones electorales. Sin embargo, este Tribunal examina y emite una opinión únicamente sobre la legalidad de las elecciones, y no sobre la constitucionalidad de las leyes electorales: un asunto legal que debe estar claramente dentro de la competencia de la Suprema Corte de Justicia en su nuevo papel como un tribunal constitucional.

Se ha sugerido que este cambio constitucional ha sido influenciado por lo que está sucediendo actualmente en ciertos países europeos tales como Austria, Francia, España y Alemania.<sup>90</sup> En estos países, un número calificado de miembros de los órganos legislativos —que forman en general una parte de la oposición política—, tienen el derecho de cuestionar la constitucionalidad de las leyes ante los tribunales federales u otros órganos de control constitucional. Este nuevo fenómeno se ha descrito recientemente como la "Judicialización de la política", como una manera de resolver los conflictos políticos a través de medios legales.<sup>91</sup>

Se ha argumentado que este cambio plantea un problema doble: por una parte las minorías legislativas pueden intentar convertir indiscriminadamente sus derrotas parlamentarias en victorias en tribunales. Y, por la otra, que los tribunales constitucionales pueden exceder sus fronteras legales y convertirse en un "legislador sustituto".<sup>92</sup>

La obtención del requisito equivalente al treinta y tres por ciento, plantea otro problema. Se ha sugerido que considerando la composición actual de la mayoría de estos órganos legislativos, aun controlados por el partido político oficial: PRI (*Partido Revolucionario Institucional*), obtener el requisito del 33% por la minoría no es probable. Puede ser más fácil y menos riesgoso —sugiere el profesor Arteaga—

<sup>89</sup> Ver Elisur ARTEAGA NAVA, "Las Nuevas Facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *Reformas*, supra nota 32 en 74, 95-95.

<sup>90</sup> FIX FIERRO, supra nota 87 en 7.

<sup>91</sup> Ver Tobjorn VALLINER, "The Judicialization of Politics. A World-wide Phenomenon", *15 International Political Science Review*. 91 (Oxford, abril 1994).

<sup>92</sup> FIX FIERRO, supra nota 87 en 7.

que la minoría proponga y apruebe "una iniciativa que proponga abrogar o derogar" la ley en cuestión.<sup>93</sup>

En lo que se refiere al derecho del Procurador General para presentar esas acciones de inconstitucionalidad parece convertir a este alto funcionario, por lo menos en principio, como el "guardián de la constitucionalidad de las leyes de la nación". Sin embargo, mientras la mayoría en el Congreso Federal coincide con el partido político del Ejecutivo Federal (i.e. el PRI), "no es probable que el Procurador General ejerza este derecho".<sup>94</sup>

Finalmente está el problema de la "mayoría de cuando menos ocho votos" de los ministros de la Suprema Corte requeridos para una "declaración de invalidez" para producir efectos generales. Esto ha sido descrito como que es muy difícil de alcanzar una "mayoría supercalificada (33%)"<sup>95</sup> de ocho votos de un total de once. La pregunta delicada es: ¿qué pasa si una ley determinada, o un tratado internacional, se declara inválido por el voto de, digamos, 6 o 7 ministros de la Suprema Corte?

Interpretando el artículo 105, párrafo II, a *contrario sensu*, debe ser evidente que la "declaración de invalidez" en cuestión *no va a producir efectos generales*. Esto significa que la ley o tratado cuestionado, va a continuar teniendo efectos válidos y será legalmente aplicable en todo México, a pesar de la opinión de la minoría legislativa que cuestionó la constitucionalidad de dicha ley o tratado, y a pesar del voto de los seis o siete ministros de la Suprema Corte que concurren con esa minoría.<sup>96</sup>

Dada la delicada naturaleza de estas cuestiones, el Ejecutivo Federal decidió abordar, y espera aclarar y resolver los aspectos legales asociados con estas nuevas acciones de constitucionalidad, a través de la promulgación de una *Ley Reglamentaria* específica.<sup>97</sup> El artículo 72 de esta ley establece que si la declaración de invalidez no es

<sup>93</sup> ARTEAGA NAVA, *Reforma*, supra nota 32 en 99.

<sup>94</sup> FIX FIERRO, supra nota 87 en 8.

<sup>95</sup> *Id.* en 9.

<sup>96</sup> ARTEAGA NAVA, supra nota 93 en 99-100.

<sup>97</sup> Ver *Ley Reglamentaria*, supra nota 73. Esta disposición Federal regula el periodo dentro del cual estas demandas deben presentarse (i.e. dentro de los 30 días hábiles, artículo 60); información que debe acompañarse con la promoción inicial; aspectos de procedimiento, sentencias, etcétera.

aprobada por cuando menos ocho votos... el *Pleno* desechará la acción y ordenará que se archive el expediente".<sup>98</sup>

#### 4. UN ENUNCIADO MÁS PRECISO DE LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Con anterioridad a la reforma, el párrafo I del artículo 105 enunciaría, en términos generales, seis clases de controversias donde la Suprema Corte de Justicia estaba facultada con competencia original. Estas controversias eran: 1) aquellas entre dos o más Estados; 2) entre uno o más Estados y el Distrito Federal; 3) entre dos poderes del mismo Estado; 4) entre los órganos del Gobierno del Distrito Federal en lo relativo a la constitucionalidad de sus actos; 5) "controversias" entre la Federación y uno o más Estados; y, 6) aquellas en las que la Federación sea parte en los casos establecidos por la Ley.<sup>99</sup>

Es evidente que por lo menos alguna de estas controversias continúan manteniendo algún paralelismo con aquellas enumeradas en la sección 2, artículo III de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>100</sup>

Dado el intenso centralismo gubernamental que ha prevalecido en México durante la mayor parte de este siglo, y principalmente como un resultado directo del monopolio virtual ejercido a través de la arena política de aquel país por su partido oficial: PRI, que ha sido capaz de mantener un control absoluto hasta hace unos años, eliminando cualquier oposición real de otros partidos y transformando así a aquel país en un sistema político no democrático dominado por el partido oficial del gobierno, la mayoría de estas controversias, no llegaban a la Suprema Corte.<sup>101</sup> Según las palabras de un académico mexicano,

<sup>98</sup> Artículo 72, *in fine*, *id.* en 12.

<sup>99</sup> Artículo 105, *Constitución*, supra nota 37 en 79.

<sup>100</sup> Artículo 137, fracciones I y IV de la Constitución Federal de México de 1824; y los artículos correspondientes en su Constitución Federal de 1857, i.e. artículos 98 y 99 siguieron el texto de la Constitución de EUA aún más cerca. Ver TENA RAMÍREZ, *Leyes*, supra nota 13 en 188 y 623, respectivamente.

<sup>101</sup> En los últimos años, otros partidos políticos están empezando a ganar algunas victorias electorales. Por ejemplo, hoy día, de 31 Estados, hay cuatro gobernadores del *Partido Acción Nacional* (PAN) en los Estados de: 1) Baja California, 2) Chihuahua, 3) Guanajuato y 4) Jalisco. Se reconoce que la oposición tiene el 25% y el 40 representado en la *Cámara de Diputados* y el Senado, respectivamente, en el Congreso Federal.

los casos contemplados en el artículo 105 de la Constitución eran "prácticamente inoperantes".<sup>102</sup>

Esta afirmación es fácil de comprender cuando se coloca dentro del contexto de un país en el cual los directivos más importantes del gobierno en los niveles federal, estatal y municipal son todos miembros del PRI. Éstos incluyen al Presidente de la República; los miembros de su gabinete; todos los jueces federales, incluyendo la totalidad de los ministros de la Suprema Corte (26, con anterioridad a la reforma); los gobernadores de los Estados; virtualmente todos los miembros del Senado y de la Cámara de Diputados; los miembros del cuerpo diplomático y consular, incluyendo el personal administrativo; y los Presidentes Municipales de la gran mayoría de los Municipios en todo ese país. Estos servidores públicos no sólo son miembros del PRI sino, de acuerdo con la tradición política de México, todos ellos están invariablemente acostumbrados a desplegar la mayor deferencia por las opiniones del Ejecutivo Federal, que es el líder político más alto del partido oficial.

Así, en lugar de llevar a la Suprema Corte cualquiera de las controversias enumeradas en el artículo 105 de la Constitución, en México no sólo ha sido costumbre sino también, de hecho, políticamente correcto, resolver el problema directamente con el Presidente de la República en turno, o con quien él pueda designar para resolver el problema, generalmente el Secretario de Gobernación o el Presidente del PRI.

Otro agudo observador de la reforma judicial, Elisur Arteaga Nava, mientras reconoce que "estas controversias sí se llevan a cabo en la realidad, pero no ha habido una autoridad judicial competente para resolverlas, "porque no era probable que los tribunales superiores de los Estados fueran imparciales", considera que sus sentencias "deben corresponder a los tribunales federales". Sin embargo, la intervención de la Suprema Corte en esta clase de asuntos parece ser, en su opinión, fuera de proporción.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> FIX FIERRO, *supra* nota 87 en 9.

<sup>103</sup> ARTEAGA NAVA, *supra* nota 93 en 94. Este autor anticipa que el paso del tiempo probará que este tipo de controversia se resolverán por "otro tipo de tribunales [federales]".

El texto vigente del primer párrafo del artículo 105 establece:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la *ley reglamentaria*, de los asuntos siguientes:

- ...
- I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:
- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
  - b) La Federación y un municipio;
  - c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la *Comisión Permanente*, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
  - d) Un Estado y otro;
  - e) Un Estado y el Distrito Federal;
  - f) El Distrito Federal y un municipio;
  - g) Dos municipios de diversos Estados;
  - h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o *disposiciones generales*;
  - i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
  - j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
  - k) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
  - k) Los órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnados por el Estado, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.<sup>104</sup>

<sup>104</sup> Artículo 105, fracción I de la Constitución, reformada: *Constitución, supra* nota 3 en 88-89. Para un análisis legal y político detallado de los cambios hechos a este artículo, ver ARTEAGA NAVA, *Reformas, supra* nota 93 en 71-100.

La enumeración detallada de estas controversias no tiene precedente en la historia constitucional de México. La explicación puede ser el cambio incipiente que se está empezando a dar en el panorama político de aquel país.

Durante la última década, los mexicanos han impulsado a su país hacia una reforma política necesaria y profunda. En términos generales, esta reforma parece dirigirse hacia dos objetivos fundamentales: primero, a favor de un juego auténticamente democrático en la arena política de aquel país. Más que tener un monopolio político controlado por el PRI, la sociedad mexicana está verdaderamente interesada en el pluriactivismo, en la introducción de un ejercicio político limpio y justo. Los mexicanos están dando señales de que están interesados en la construcción de una nación donde una auténtica democracia sea una realidad.

Y, segundo, los mexicanos están determinados a retomar el poder exagerado que ha estado en manos del gobierno federal durante largo tiempo. Este poder ha creado una nación políticamente desequilibrada, un país que ha estado sujeto a un centralismo autoritario. Por lo tanto, los mexicanos demandan un nuevo tipo de Ejecutivo Federal; uno que mantenga una relación balanceada con las otras dos ramas del gobierno. Al mismo tiempo, esos mismos mexicanos demandan una nueva clase de federalismo. Un federalismo que requiera una interacción más justa y balanceada entre el Gobierno Federal, por una parte, y los Estados, por la otra.

Con un fuerte empuje en favor de este deseo para una reforma electoral, en los últimos años algunos partidos políticos —notablemente el Partido de Acción Nacional (PAN) y el Partido Revolucionario Democrático (PRD)—, han empezado a tener ciertos triunfos electorales a nivel municipal y gubernamental. Adicionalmente, debido a ciertos cambios constitucionales que han transformado la representación política en el Congreso Federal, los partidos de la minoría han logrado una presencia numérica más grande tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado.

En las palabras de un académico mexicano, estas innovaciones sugieren la emergencia de

Un nuevo pacto social que, ante la decadencia del sistema, está buscando el inicio... de un proceso de renovación institucional, a través de una reforma constitucional, dirigida hacia una trans-

formación que promueva nuevas formas de convivencia y gobierno.<sup>105</sup>

Así, éstos son los cambios políticos que sin duda fueron tomados en consideración por el Presidente Zedillo cuando hizo estas modificaciones al artículo 105 de la Constitución, en particular, y al Poder Judicial Federal, en general.

Esta detallada enumeración de controversias constitucionales, son legalmente tan novedosas, y tan inexploradas procesalmente, que requirieron la formulación de un nuevo conjunto de regulaciones procesales, publicadas en mayo de 1995 (*Ley Reglamentaria*).<sup>106</sup> El *Código de Procedimientos Civiles* regula asuntos no normados específicamente por esta Ley Reglamentaria.<sup>107</sup>

Dada la novedad de esta Ley Reglamentaria, la Suprema Corte no ha tenido conocimiento de ningún caso que involucre una controversia constitucional. Sin embargo, puede ser de interés el describir algunos de los aspectos procesales de esta Ley Reglamentaria con fines informativos:

1. Las partes en una controversia constitucional son: a) el *Actor*, que es la entidad, poder u órgano que inicia la controversia; b) el *Demandado* que es la entidad, poder u órgano que emitió o promulgó la norma general, o llevó a cabo el acto objeto de la controversia; c) como el *Tercero* o *Terceros interesados*, aquellas entidades, poderes u órganos a los que se refiere el párrafo I del artículo 105 de la Constitución quienes "sin ser los actores o demandados, pueden ser afectados por la decisión que se emita" y d) el Procurador General de la República.<sup>108</sup>

2. El Presidente de México puede estar legalmente representado por el *Secretario de Estado*; el Titular del Departamento Administrativo, o el *Consejero Jurídico del Gobierno*, como lo determine el Pre-

<sup>105</sup> Ver María Teresa GÓMEZ MONT, "La Reforma de Justicia y sus Implicaciones Políticas", *Reforma*, supra nota 32 en 170.

<sup>106</sup> *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución*, supra nota 73 (en lo sucesivo *Ley*).

<sup>107</sup> *Ley*, artículo 1, in fine, título II. El Código Federal de Procedimientos Civiles, fue publicado en el D.O. del 24 de febrero de 1942, y reformado recientemente en 1978.

<sup>108</sup> *Ley*, artículo 10.



sidente mismo, de conformidad con la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*.<sup>109</sup>

Hasta ahora, las controversias constitucionales que involucran al gobierno federal han sido prácticamente inexistentes. Sin embargo, es probable que esta situación cambie en razón de los cambios hechos al primer párrafo del artículo 105 de la Constitución. Entre otras repercusiones, México tendrá que considerar si se crea un cargo similar al Procurador General de EUA o reestructurar el cargo del *Procurador General de la República*, quien en el pasado ha estado directamente involucrado en estos asuntos, en su calidad de "Abogado de la Nación". También puede ser interesante para México, familiarizarse con el origen y evolución de ciertas estrategias legales utilizadas en los casos ante la Suprema Corte de EUA, en particular *Confession of error* y *expedientes Amicus curiae*, por ejemplo.<sup>110</sup>

3. La *Demanda* inicial debe contener: i) la entidad, poder u órgano actor, y el nombre y cargo del funcionario público que tiene la representación legal; ii) la entidad, poder u órgano demandado, y su domicilio; iii) los terceros perjudicados: las entidades poderes u órganos, si los hubiese, y sus domicilios; iv) la norma general, o acto cuya invalidez se demanda, así como el periódico oficial en el cual se publicó, si lo hubiese; v) los artículos constitucionales que se considera han sido violados; vi) una descripción de los hechos o abstenciones atestiguados por el actor y que constituyen los antecedentes de la norma general o actos cuya invalidez se demanda; y, vii) los *Conceptos* o razonamientos legales que fundamentan la invalidez.<sup>111</sup>

4. Una vez que la demanda inicial se recibe formalmente, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia debe designar un *Ministro Instructor* para iniciar el proceso judicial (*poner el proceso en estado de resolución*). Este ministro debe determinar si la demanda debe ser admitida, o no, con fundamento en los aspectos presentados. Si la demanda es admitida, el ministro instructor debe notificar al demandado, quien tiene treinta días para contestar.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> *Ley*, artículo 11. Para el texto de la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, ver D.O. del 19 de diciembre de 1976; y reformas, D.O. el 28 de diciembre de 1994.

<sup>110</sup> Respecto a los "Abogados del Gobierno", ver WASBY, *supra* nota 63 en 139, 145-148.

<sup>111</sup> *Ley*, artículo 22.

<sup>112</sup> *Ley*, artículos 24-26.

5. El actor tiene hasta 15 días después de que la demanda inicial ha sido contestada para ampliar su demanda. El ministro instructor puede ordenar a las partes las explicaciones de porciones irregulares u oscuras de sus respectivas promociones. Dada la importancia del asunto, el ministro puede notificar al Procurador General de la República.<sup>113</sup>

6. Una vez que ha transcurrido el periodo para contestar la demanda inicial el ministro a cargo del asunto debe señalar una fecha para la *Audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas*, que debe tener lugar dentro de los siguientes 30 días.<sup>114</sup>

7. En caso de rebeldía, la Corte deberá "presumir que los hechos presentados en la demanda son ciertos", siempre y cuando estos hechos "se atribuyan directamente" a las partes en el asunto, salvo prueba en contrario.<sup>115</sup>

8. Las partes pueden presentar toda clase de pruebas legales, salvo aquellas contrarias a la ley. En cualquier caso, el ministro en cuestión está facultado para excluir cualquier prueba que, en su opinión, "no guarden relación con la controversia o no influyan en la sentencia definitiva".<sup>116</sup>

9. Una vez que la audiencia de pruebas ha concluido, el ministro designado debe someter al *Tribunal Pleno* el *Proyecto de Resolución* de conformidad con la *Ley Orgánica del Poder Judicial*.<sup>117</sup>

10. En cualquiera de estas controversias, de conformidad con el sistema legal de México, en materia de amparo, la Suprema Corte debe "corregir los errores en las citas de preceptos [legales]" y, en particular suplir cualquier deficiencia que se encuentre en la demanda inicial, la contestación, los *alegatos* o la declaración de las consecuencias que acarrearán perjuicios (*agravios*).<sup>118</sup> En los procedimientos de

<sup>113</sup> *Ley*, artículos 27-28.

<sup>114</sup> *Ley*, artículo 29. El ministro asignado puede extender este término, a su discreción, dada la importancia y trascendencia del caso.

<sup>115</sup> *Ley*, artículo 30.

<sup>116</sup> *Ley*, artículo 31.

<sup>117</sup> *Ley*, artículo 36. En relación con la *Ley Orgánica*, el artículo 7 establece, en parte: "Las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia se tomarán por unanimidad o mayoría de votos, salvo los casos establecidos en la fracción I, penúltimo párrafo, y la fracción II del artículo 105 de la Constitución, cuando se requiera una mayoría de ocho votos de los ministros presentes".

<sup>118</sup> *Ley*, artículos 39-40.

amparo, esta iniciativa, llevada a cabo *ex officio* por los Tribunales Federales, se conoce como la "suplencia de queja".

11. Cuando las controversias se refieren a leyes generales de los Estados o de los Municipios, cuestionadas por la federación, o de los Municipios cuestionadas por los Estados; o en los casos a que se refiere los párrafos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 de la Constitución, y la sentencia de la Suprema Corte de Justicia las declara *inválidas*, "dicha sentencia tendrá efectos generales cuando sean aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos".<sup>119</sup> Sin embargo, cuando esta votación no se obtiene,

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia declarará dicha controversia desestimada... en todos los demás casos, las sentencias tendrán efecto solamente respecto a las partes en la controversia".<sup>120</sup>

12. Cuando la sentencia de la Suprema Corte declara la invalidez de leyes de aplicación general, el Presidente de la Corte ordenará su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, y en el periódico oficial donde dichas leyes fueron publicadas.<sup>121</sup>

13. Las sentencias de la Suprema Corte producirán sus efectos a partir de la fecha que la Corte determine. La *Declaración de invalidez* no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, donde regirán los principios generales y las disposiciones legales aplicables.<sup>122</sup>

Para un observador atento a la evolución del sistema legal de México, y en especial para los jueces y litigantes de aquel país, la facultad de la Suprema Corte para establecer esas declaraciones de invalidez con "efectos generales" que son válidas *erga omnes* constituye, de hecho un avance sin precedente en la historia constitucional de ese país. Esto puede ser otro paso para colocar al más alto tribunal de ese país en una proximidad cercana a su modelo original.

Es difícil predecir cómo estas controversias constitucionales van a ser legalmente sopesadas, y especialmente, se decidirán por la nueva Suprema Corte de México. El requisito constitucional de obtener "una

<sup>119</sup> Ley, artículo 42.

<sup>120</sup> Ley, artículo 42, *in fine*.

<sup>121</sup> Ley, artículo 44 *in fine*.

<sup>122</sup> Ley, artículo 45.

mayoría de por lo menos ocho votos", de un total de once, caracterizada correctamente, como una "supermayoría calificada (73%)", puede convertirse en un obstáculo insalvable. Sólo el tiempo podrá decir.

## 5. EL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

El problema más persistente que la Suprema Corte de México ha encarado desde su creación en 1824 ha sido el "Rezago" o atraso de asuntos.

En términos sencillos: la carga de asuntos que llega al más alto tribunal es tan numerosa (aparte de su complejidad) que es físicamente imposible para este tribunal resolverlos de una manera eficiente y expedita. La lentitud relativa con la cual la Suprema Corte decide sus asuntos parece entrar en conflicto con uno de los "derechos individuales" de México, consagrado en el artículo 17 de la Constitución:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, *emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa, e imparcial*. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.<sup>123</sup>

En general, y casi como ha sucedido en los Estados Unidos, en México la razón de este Rezago parece poderse atribuir a las siguientes dos causas: primero la relativa facilidad con la cual los asuntos ordinarios se las arreglan para llegar a la Suprema Corte. Y, segundo, el hecho de que desde que existe esta Corte, los ministros tienen la carga de la imposición de ciertas tareas administrativas que exigen su atención muy personal para descargarse y, al mismo tiempo tienden a distraerlos de sus obligaciones verdaderamente judiciales.

Siguiendo también el camino tomado por los Estados Unidos hace algunos años,<sup>124</sup> México decidió crear tribunales Colegiados de Circuito en 1951, por ejemplo, como órganos federales de apelación. Éste fue el camino escogido para aliviar a la Suprema Corte de Justicia de

<sup>123</sup> Artículo 17, *Constitución*, *supra* nota 3 en 17 (énfasis del autor).

<sup>124</sup> Creación de los Tribunales de Circuito, *Judiciary Act*.

su pesada agenda, en parte sustancial fue transferida a los tribunales inferiores de Circuito.<sup>125</sup>

Como dice el doctor Fix Zamudio, tan pronto como los primeros tribunales colegiados fueron creados, la Suprema Corte de Justicia les transfirió 27,000 juicios de *amparo*.<sup>126</sup> Sin embargo, estos cambios fueron claramente insuficientes. Hacia 1960, el nuevo rezago de la Suprema Corte había alcanzado 8,000 casos, la mayor parte involucrando cuestiones de *Amparos*.<sup>127</sup>

En su reciente *Iniciativa*, el Presidente Zedillo reconoció que: "gracias al esfuerzo sostenido de la Suprema Corte... al final de este año [1994] el rezago era casi inexistente".<sup>128</sup>

Evidentemente, la creación del Consejo de la Judicatura Federal fue un medio diseñado para atender la segunda causa. Para algunos autores, "la creación de este órgano especializado de gobierno y administración, dadas las dimensiones y complejidad que el Poder Judicial Federal ha tomado, era urgente".<sup>129</sup> Otros han echado de menos la ausencia de este tipo de órganos desde que México decidió eliminar su *Secretaría de Justicia* en 1917.<sup>130</sup> En general, la mayoría de los especialistas asociados con el Poder Judicial Federal en México recibieron la creación de este nuevo órgano favorablemente.<sup>131</sup>

Al respecto, el Presidente Zedillo afirmó:

...La iniciativa propone que las atribuciones administrativas [de la Suprema Corte de Justicia] sean encomendadas a este nuevo

<sup>125</sup> En relación con la creación de estos Tribunales de Circuito en México (*Tribunales Colegiados de Circuito en Materia de Amparo*), como parte de la "Reforma Alemán" (D.O. del 19 de febrero de 1951, ver FIX ZAMUDIO, *supra* nota 14 en 649, 660-663. El doctor Fix afirma que "la creación de éstos... Tribunales, aún cuando no se dijo expresamente, se inspiró en la organización judicial de los tribunales federales de los Estados Unidos en 1891, cuando los Tribunales de Apelación se establecieron precisamente para apoyar a la Suprema Corte Federal con el gran número de asuntos que impedía su funcionamiento adecuado". *Id.* en 663. (Énfasis del autor).

<sup>126</sup> *Id.* en 664.

<sup>127</sup> *Id.* en 665.

<sup>128</sup> *Iniciativa supra*, nota 15 en 8.

<sup>129</sup> FIX FIERRO, *supra* nota 87 en 5.

<sup>130</sup> Esta Secretaría fue derogada por el artículo 14 transitorio del Decreto Presidencial que promulgó la entonces recientemente formulada Constitución Federal de 1917; ver D.O. del 5 de febrero de 1917. Ver también Omar GUERRERO OROZCO, *La Secretaría de Justicia, ¿eslabón perdido de la Administración Pública Mexicana? Reformas*, *supra* nota 32 en 149-165.

<sup>131</sup> Mario MELGAR ADALID, Proemio, *Id.*, en 11, 21, 27.

órgano que se crea. Este órgano se compondrá por personas designadas por los tres Poderes de la Unión. Ejercerán sus funciones por un periodo limitado de tiempo y serán sustituidos a través de un sistema de términos escalonados. Con la liberación de sus cargas administrativas, el Pleno de la Suprema Corte tendrá más tiempo para descargar sus funciones jurisdiccionales de ahora en adelante. Este órgano administrativo será el responsable de guardar la independencia de los jueces y magistrados, y cuidará que los principios de la carrera judicial se apliquen en todo tiempo, con objeto de garantizar una evaluación adecuada de aquellas personas que asumirán la función jurisdiccional.<sup>132</sup>

La composición, funciones y estructura administrativa del Consejo de la Judicatura Federal, creada como resultado del artículo 100 de la Constitución, se presenta en mayor detalle en el título VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.<sup>133</sup>

### 5.1 Composición

El artículo 100 de la Constitución establece que el Consejo consistirá de siete miembros, conocidos como *Consejeros*. Uno será el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien también lo presidirá; un magistrado de los Tribunales Colegiados de Circuito; un magistrado de los Tribunales Unitarios de Circuito; y un Juez de Distrito, quienes serán electos por un sistema de lotería (*Insaculación*); dos consejeros designados por el Senado y uno por el Presidente de la República. Los últimos tres serán personas que "se hayan distinguido por su capacidad, honestidad y honorabilidad en el ejercicio de sus actividades jurídicas".<sup>134</sup> Los consejeros deben satisfacer los mismos requerimientos que los ministros de la Suprema Corte.<sup>135</sup>

Con excepción del Presidente del Consejo, el resto de los consejeros durarán cinco años en sus encargos; serán sustituidos de una manera escalonada, y no podrán ser designados para un nuevo periodo. Los consejeros deben ejercer su función "con independencia e impar-

<sup>132</sup> *Iniciativa, supra* nota 17 en 6.

<sup>133</sup> LOPJF, *supra* nota 21, artículos 68-128.

<sup>134</sup> Artículo 100, *Constitución, supra* nota 3 en 82; y, artículo 69, LOPJF, *Id.* en 14.

<sup>135</sup> Estos requisitos se enumeran en el artículo 95 de la Constitución. Ver *supra* nota 43 y el texto correspondiente.

cialidad" y, durante su encargo, podrán "ser removidos sólo en los términos de Título Cuarto de esta Constitución".<sup>136</sup>

El presidente del Consejo está facultado para ser su representante legal; iniciar los asuntos que corresponden al pleno, y distribuir los asuntos entre los otros miembros; presidir las sesiones, conducir los debates y mantener el orden; informar al Senado de cualquier vacante en el Consejo; otorgar licencias; firmar las *Resoluciones y Acuerdos*, etcétera.<sup>137</sup>

De acuerdo a la Constitución, "la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes".<sup>138</sup>

El Consejo funcionará en *Pleno* o a través del trabajo de Comisiones. Cada año, tendrá dos periodos de sesiones: el primero del primer día hábil del mes de enero al último día hábil de la primera quincena del mes de julio; y, el segundo del primer día hábil del mes de agosto al último día hábil de la primera quincena del mes de diciembre. El Pleno del Consejo se forma con siete consejeros, pero la presencia de cinco es suficiente para sesionar. En general, las "sesiones ordinarias" del pleno son privadas.<sup>139</sup>

Las Comisiones del Consejo pueden ser permanentes o temporales, y, de composición variable según lo determine el Pleno del Consejo. Cada Comisión se formará por tres miembros: uno proveniente del Poder Judicial, y los otros dos designados por el Ejecutivo y el Senado. Si una Comisión no llega a una resolución, el asunto será transferido al Pleno del Consejo.<sup>140</sup> De conformidad con la LOPJF, el Consejo tendrá las siguientes cinco comisiones: 1) Administración; 2) Carrera judicial; 3) Disciplina; 4) Creación de nuevos órganos; y, 5) Adscripción.<sup>141</sup>

<sup>136</sup> *Id.* el título IV de la Constitución se refiere a las *Responsabilidades de los Servidores Públicos* (artículos 108-114). Esta responsabilidad legal es la misma que se aplica a los ministros de la Suprema Corte; ver *supra* nota 74 y el texto correspondiente.

<sup>137</sup> Artículo 85, fracciones I-X, LOPJF.

<sup>138</sup> Artículo 100 de la Constitución y artículo 68, LOPJF.

<sup>139</sup> Artículos 74-76, LOPJF.

<sup>140</sup> Artículos 77-80, LOPJF.

<sup>141</sup> Artículo 77, LOPJF.

## 5.2 Funciones

Las principales funciones del Consejo —designadas como *Atribuciones* en la LOPJF—, incluyen:

- 1) Determinar el número y los límites territoriales de los circuitos en que se divida el territorio de México;
- 2) Determinar el número y la "especialización" por materia de los juzgados Colegiados y Unitarios en cada circuito;
- 3) Determinar el número, límites territoriales, especialización, etcétera, de los juzgados de Distrito.
- 4) Hacer el nombramiento de los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, y resolver sobre su ratificación, adscripción y remoción;
- 5) Acordar las renunciaciones que presenten los magistrados de Circuito y los jueces de Distrito;
- 6) Acordar el *retiro forzoso* de los magistrados y jueces;
- 7) Suspender en sus cargos a los magistrados y jueces;
- 8) Resolver sobre las *quejas administrativas* y sobre la responsabilidad de servidores públicos en la judicatura;
- 9) Aprobar el proyecto del presupuesto anual de egresos del Poder Judicial de la Federación que se remitirá al Presidente de la Suprema Corte;
- 10) Dictar las *bases* para que las "adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obras... se ajuste a los criterios contemplados en el artículo 134 de la Constitución".
- 11) Establecer la normatividad para la modernización de la infraestructura de la Corte;
- 12) Resolver ciertos conflictos laborales;
- 13) Convocar periódicamente a congresos nacionales o regionales en beneficio de la Judicatura;
- 14) Administrar los bienes muebles e inmuebles del Poder Judicial Federal.
- 15) Formar una lista con los nombres de las personas que puedan fungir como Peritos ante los órganos de este Poder, etcétera.<sup>142</sup>

<sup>142</sup> Artículo 81, *passim*, LOPJF. Este artículo enumera 41 funciones específicas.

Las decisiones del Consejo en general, "serán tomadas por el voto de la mayoría de los Consejeros presentes", respecto a ciertos asuntos enunciados explícitamente.<sup>143</sup>

### 5.3 El Instituto de la Judicatura

Durante la última década, los órganos del Poder Judicial Federal han estado sujetos a un crecimiento tremendo. Por ejemplo desde 1980, un promedio de veintiún tribunales federales han sido creados cada año.<sup>144</sup> Esto ha planteado un problema muy serio para la administración de justicia, así como para el entrenamiento y especialización profesional de magistrados y jueces; en no pocos casos, las consecuencias de este problema se han traducido en una justicia retardada e injusta, y una improvisación creciente de jueces. Sobre este delicado asunto, el Presidente Zedillo dijo:

Con objeto de elevar en el futuro la calidad profesional de aquellos que tienen que impartir justicia, esta reforma aspira a elevar a rango constitucional la carrera judicial, para que en el futuro la designación, adscripción y remoción de los jueces y magistrados se sujete a criterios generales, objetivos e imparciales que se determinarán por las leyes en esta materia.<sup>145</sup>

Así, para lograr este objetivo, el Instituto de la Judicatura, un órgano auxiliar del Consejo, está a cargo de la "investigación, formación, capacitación y actualización de los miembros del Poder Judicial de la Federación, y de quienes aspiren a pertenecer a éste".<sup>146</sup> El Instituto puede tener *Extensiones Regionales*, programas de apoyo y cursos para beneficiar a los poderes judiciales locales y celebrar convenios con las universidades de México para apoyar la implementación de estas actividades.

<sup>143</sup> Estos asuntos específicos son los párrafos I, II, VII, VIII, XI, XII, XV, XVI, XVIII, XXV, XXVI y XXXVI del artículo 81 de la LOPJF, enunciado por el artículo 76 de la LOPJF.

<sup>144</sup> *Iniciativa*, supra nota 17 en 18.

<sup>145</sup> *Id.*

<sup>146</sup> Artículo 92, LOPJF. Las funciones y facultades de este Instituto, se regirán por "las normas que determine el Instituto de la Judicatura Federal en el reglamento respectivo".

El Instituto tendrá el apoyo de un *Comité Académico*.<sup>147</sup> Los "programas y cursos" que se espera que implemente este Instituto tenderán a:

- 1) Desarrollar un conocimiento práctico de los procedimientos y asuntos de la competencia del Instituto de la Judicatura; 2) Perfeccionar ciertas habilidades técnicas; 3) Reforzar, actualizar y profundizar los conocimientos respecto del ordenamiento jurídico positivo, doctrina y "*Jurisprudencia*"; 4) Proporcionar y desarrollar técnicas de análisis, interpretación y argumentación; 5) Difundir técnicas de administración en la función jurisdiccional; 6) Contribuir al desarrollo de la vocación de servicio así como al ejercicio de los valores éticos inherentes a la función jurisdiccional; y, 7) Promover intercambios académicos con instituciones de educación superior.<sup>148</sup>

Debe ser evidente que el objetivo de elevar la preparación legal y entrenamiento de los jueces y magistrados, incluyendo un fuerte e indispensable componente ético, está estrechamente asociado con la manera en que se imparte la educación legal en México. La educación legal debe modernizarse y revisarse sustancialmente desde un punto de vista académico, para ponerlo en simetría con los últimos desarrollos en áreas legales selectas que afectan a aquel país en el nivel interno e internacional; los recientes logros científicos y tecnológicos; y, en particular, orientarse y desarrollarse sobre una base financiera más sólida y eficiente.

Una profunda reforma de los programas en esta área, debe acompañarse con el establecimiento de cuadros académicos y clínicos dedicados a la enseñanza sobre una base de tiempo completo; la introducción de programas clínicos que enfatizan la preparación de documentos legales, investigación jurídica y oratoria; seminarios especiales dirigidos a áreas internas e internacionales cercanas a las prioridades nacionales de México; bibliotecas legales modernas, y emergencia gradual y diversificación de libros de texto más modernos y variados, incluyendo materiales didácticos complementarios y bancos de datos electrónicos.

Puede ser de interés para las escuelas de Derecho y otras instituciones académicas en ese país, incluyendo el Instituto de la Judicatura, recopilar información y evaluar algunos de los programas

<sup>147</sup> Artículo 94, LOPJF.

<sup>148</sup> Artículo 95, LOPJF.

académicos, clínicos y de entrenamiento para los estudiantes de derecho, jueces, profesores, administradores judiciales, directivos legales gubernamentales, etcétera, que se ofrece actualmente en las escuelas de Derecho de EUA y otras instituciones educativas.

Puede no ser sorprendente que una revisión de esta naturaleza también puede conducir a una profunda revisión de la profesión legal, incluyendo la noción sin precedente de introducir un examen de la barra (bar exam), un nuevo concepto de asociación a la barra y la función de notarios públicos.

Considerando que el número de casos sobre litigios civiles internacionales se ha incrementado significativamente en los años recientes entre México y los Estados Unidos, principalmente como un resultado del NAFTA y la modernización de las normas de México sobre inversión extranjera, conflicto de leyes y otras áreas legales,<sup>149</sup> los miembros del Poder Judicial Federal de México, incluyendo la Suprema Corte de Justicia, están sin duda interesados en conocer aspectos específicos de nuestro sistema legal. Por ende, ciertas escuelas de Derecho americanas aparecen estar singularmente calificadas para expandir y complementar el entrenamiento legal profesional y académico de los magistrados y jueces mexicanos en áreas específicas de las leyes de EUA, especialmente aquellas directamente relacionadas con su trabajo judicial.

Es incuestionable que una sólida formación legal y profesional es indispensable para garantizar un sistema judicial de justicia competente, eficiente y honesto.

La necesidad de México para poseer esta clase de sistema ha sido sentido profundamente no sólo durante años sino durante décadas, tanto dentro como fuera de México. Recientemente, este problema ha sido claramente identificado por el Presidente Zedillo en su *Programa Nacional de Desarrollo, 1995-2000*.<sup>150</sup> El especial énfasis que el Pre-

<sup>149</sup> Ver Jorge A. VARGAS, "Conflict of Laws in Mexico: The New Rules Introduced by the 1988 Amendments". 28 *The International Lawyer* 659 (otoño de 1994); y "Enforcement of Foreign Judgments in Mexico. The 1988 Rules of the Federal Code of Civil Procedure". 14 *Northwestern Journal of International Law & Business* 376 (otoño de 1994).

<sup>150</sup> "Los 'Planes Nacionales de Desarrollo' son hechos del conocimiento público por cada Presidente mexicano al inicio de su término de seis años. Politicamente, pueden ser considerados como una "plataforma presidencial" o, mejor aún, como el programa político personal que el Ejecutivo Federal en turno se compromete públicamente a implementar en beneficio del pueblo mexicano durante su gestión. Ver

sidente de ese país está colocando en los jueces federales, el establecimiento de un sistema de seguridad nacional, y la profesionalización tanto de jueces como de las fuerzas de policía, por ejemplo, han conducido a los especialistas legales a sugerir que éste es sólo el principio.<sup>151</sup> Están convencidos que el saneamiento, modernización y profesionalización del sistema de justicia de ese país, en su interpretación más amplia se intentará a continuación, antes del fin del siglo. La eliminación completa de las penetrantes prácticas corruptas que han prevalecido durante largo tiempo en los círculos gubernamentales en todos los niveles, incluyendo jueces y magistrados en el sistema de tribunales, especialmente aquellos en el campo penal, es el clamor unánime del pueblo mexicano. Un clamor que es el imperativo nacional en México actualmente.

Puede ser cierto, como lo afirman los expertos mexicanos,<sup>152</sup> que las trágicas muertes del candidato presidencial del PRI Luis Donaldo Colosio,<sup>153</sup> el cardenal Juan Jesús Posadas<sup>154</sup> y el político del PRI José Francisco Ruiz Massieu,<sup>155</sup> que sucedieron durante dos años, han servido, para enfocar la atención de México sobre los profundos y penetrantes problemas que han crónicamente existido en aquel sistema.

Aun cuando, estos asesinatos conmocionantes tomaron a México por sorpresa, se considera que un sistema judicial justo y profesional debe estar colocado y opera efectivamente no sólo cuando se aplica a los poderosos, los ricos y los famosos, sino cuando aplica la ley y rinde a los millones de mexicanos comunes, y en particular a los po-

fracción II, *Por un Estado de Derecho y un País de Leyes*, Plan del Presidente Zedillo, D.O. del 31 de mayo de 1995, en 17-28.

<sup>151</sup> Ver, por ejemplo las opiniones de Mario Melgar Adalid, Juan de Dios Castro Lozano, Máximo Carvajal Contreras, Arnaldo Córdova, María Teresa Gómez Mont, Alonso Lujambio Irazabal, etcétera, *Reformas*, supra nota 32, *passim*.

<sup>152</sup> Ver Armando CORDOVA, "Perspectivas de la Nueva Justicia", *Reformas*, Id. en 129, 134-137.

<sup>153</sup> "Judge Frees 2 Suspects In Colosio Assassination; Mexican Efforts to Clear Up Cases Tymied", *Los Angeles Times*, junio 27 de 1995.

<sup>154</sup> "Ex-Prosecutor Assassinated in Guadalajara; Victim Had Headed Probe in 93 Slaying of Cardinal", *The Washington Post*, mayo 11 de 1995.

<sup>155</sup> "Killer of No. 2 PRI Official gets 50-year term in Mexico", *Los Angeles Times*, marzo 22 de 1995.

bres, los ignorantes y los débiles, incluyendo los pueblos indígenas de aquel país.<sup>156</sup>

Los intentos actuales del gobierno de México para extraditar a Mario Ruiz Massieu,<sup>157</sup> antiguo Procurador General, juntamente con las denuncias penales contra el hermano del antiguo Presidente de aquel país, por estar involucrado en el asesinato de José Francisco Ruiz Massieu,<sup>158</sup> y la investigación sobre el *Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* que se conducen actualmente por su posible implicación en la muerte de un magistrado del Tribunal Superior de la ciudad de México,<sup>159</sup> ilustran el reto monumental que el Presidente Zedillo enfrenta para transformar radicalmente el sistema judicial en ese país.

#### 5.4 *El Consejo de la Judicatura Federal: Una noción europea transplantada a México*

Actualmente, como parte de la tradición legal occidental pueden reconocerse dos sistemas separados creados para garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces y los tribunales. Uno es el sistema judicial desarrollado por la tradición del derecho consuetudinario, con las características especiales creadas por los Estados Unidos, que coloca esta responsabilidad en los hombros de los tribunales mismos, ordinariamente aquéllos ubicados en el más alto nivel. El otro sistema ha aparecido y florecido en Europa Continental, un bastión de la tradición legal civil, especialmente durante el último siglo. Este sistema ha tendido a dejar la vigilancia de la independencia e imparcialidad del juez en manos de un órgano especial, usualmente colocado dentro del Poder Ejecutivo, y tradicionalmente conocido como el Ministerio de Justicia.<sup>160</sup>

<sup>156</sup> Ver Jorge A. VARGAS, *NAFTA, the Chiapas Rebellion And The Emergence of Mexican Ethnic Law*, 25 *California Western International Law Journal* 1 (otoño de 1994) en 43-54.

<sup>157</sup> "U.S. Judge Won't Extradite former Mexico Official", *Los Angeles Times*, junio 23 de 1995.

<sup>158</sup> "Ruling on Mexico Case: Score One for Salinas Inc.", *The New York Times*, junio 24 de 1995.

<sup>159</sup> "Judge in Mexican union case found dead", *The Dallas Morning News*, junio 21 de 1995.

<sup>160</sup> Para un excelente análisis de estos órganos especiales en Europa y América Latina, ver Héctor FIX ZAMUDIO, "Órganos de Dirección y Administración de los Tribunales en los Ordenamientos Latinoamericanos", *Memoria del Colegio Nacional, Separatas*, México, 1992 en 43-75.

Después de la segunda guerra mundial, varios países europeos iniciaron una tendencia creando los llamados "Consejos Superiores de la Magistratura" o "Consejos Superiores de la Judicatura". Estos nuevos órganos redujeron los poderes tradicionalmente dados a los Ministerios de Justicia, transfiriendo al sistema de tribunales las funciones consideradas como ser eminentemente administrativas, y no judiciales *per se*. El doctor Fix señala que esta tendencia ha sido conocida como "el autogobierno de la magistratura".<sup>161</sup>

Esfuerzos administrativos específicos en esta dirección se han llevado a cabo por Francia,<sup>162</sup> Italia,<sup>163</sup> Portugal,<sup>164</sup> Turquía,<sup>165</sup> Grecia,<sup>166</sup> y España,<sup>167</sup> en los años recientes.

La emergencia de estos nuevos programas produjo una reacción pronta y similar en América Latina, donde diversos países emitieron legislación para crear entidades similares. Dependiendo de la composición y funciones de estos nuevos órganos, el doctor Fix considera que esta legislación puede dividirse en tres fases:

A. La introducción de esta tendencia en América del Sur, iniciada por Colombia (1955); Venezuela (1961); Perú (1969); Brasil (1979); y, Uruguay (1981).<sup>168</sup>

B. Una reestructura que tuvo lugar en Perú (1969, y modificada en 1993); El Salvador (1983); y, Panamá (1987); y,

C. La última tendencia representada actualmente por Costa Rica

<sup>161</sup> *Id.* en 44 (*autogobierno de la Magistratura*).

<sup>162</sup> La Constitución de Francia del 27 de octubre de 1946, artículo 83-84, creó el Consejo Superior de la Magistratura. El contenido de estos artículos se amplió por leyes especiales del 10. y 22 de febrero de 1947. Ver también el artículo 65 de la Constitución de Francia de 1958, y la reglamentación correspondiente del 22 de diciembre de 1958, recientemente modificada el 5 de febrero de 1994.

<sup>163</sup> Artículo 104-105 de la *Carta Republicana* de Italia, creó la Suprema Corte de la Magistratura; Reglamentación del 24 de marzo de 1958, 1975 y 1981.

<sup>164</sup> La Constitución de Portugal de 1976, artículo 223, creó un órgano similar con la misma nomenclatura. Dos leyes especiales han entrado en vigor: a) El Estatuto de los Magistrados Jurisdiccionales, del 31 de diciembre de 1976; y, b) la Ley 85-77, artículos 139-186, del 13 de diciembre de 1977.

<sup>165</sup> La Constitución de Turquía de 1961, artículo 143-144, creó un órgano con la misma nomenclatura.

<sup>166</sup> La Constitución de Grecia de 1975 creó el "Consejo Supremo de la Judicatura".

<sup>167</sup> El Consejo General del Poder Judicial de España fue creado por la Constitución de 1978 y está regulado actualmente por la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de julio de 1985.

<sup>168</sup> Ver FIX ZAMUDIO, *supra* nota 160.

(1989); Colombia (1991); Paraguay (1992);<sup>169</sup> Bolivia (1994); Argentina (1994); y ahora México (1995).

Los académicos mexicanos son de la opinión general que, aun cuando estas tendencias ejercieron en cierto grado una influencia en México, la reciente creación en este país del Consejo de la Judicatura Federal, como un órgano, fue diseñado principalmente siguiendo el *Consejo General del Poder Judicial* de España.<sup>170</sup>

Dado el alcance limitado de este artículo, no se intentará en ese momento llevar a cabo un análisis comparativo entre estos órganos correspondientes en España y México. Sea suficiente afirmar que la literatura legal en México en este punto empieza a dirigirse al análisis de estas intrigantes preguntas:

1) *¿Cuál es la naturaleza legal del Consejo de México? ¿Pertenece al Poder Judicial o al Ejecutivo?* La impresión general es que el Consejo de la Judicatura Federal forma parte del Poder Judicial, aun cuando es el resultado de un ejercicio concurrente entre estos dos poderes;<sup>171</sup> y

2) *¿Cómo va a funcionar este Consejo de la Judicatura Federal en México, con dichas raíces legales directas en órganos recientemente creados en Europa?* Nuevamente, sólo el tiempo podrá decirlo.

Se ha sugerido, por ejemplo, que dado el creciente volumen administrativo que se genera en el sistema judicial federal en México cada año, el número de Consejeros —limitado ahora a siete—, es claramente insuficiente.<sup>172</sup> También se ha señalado que el nombramiento de Consejeros proveniente de las filas judiciales debe mejorar. El sistema actual (*Insaculación*) garantiza imparcialidad pero no capacidad profesional en el ejercicio de estas tareas nuevas y delicadas.<sup>173</sup>

En México, las innovaciones legales tienden a ser introducidas, como regla general, por los juristas o políticos en la ciudad de México, y usualmente a nivel federal. Sin embargo, el Consejo de la Judicatura constituye la excepción a la regla. Este Consejo fue introducido en

<sup>169</sup> *Id.* en 66-69.

<sup>170</sup> Ver MARIO MELGAR ADALID, "El Consejo de la Judicatura Federal y la División de Poderes"; y JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, "El Consejo de la Judicatura Federal a la Luz del Derecho Comparado", *Reforma*, *supra* nota 32 en 117 y 213, respectivamente.

<sup>171</sup> Ver MELGAR ADALID, *Id.* en 120.

<sup>172</sup> FIX FIERRO, *supra* nota 87 en 6.

<sup>173</sup> *Id.*

México a nivel estatal por los Estados del Norte, Sinaloa,<sup>174</sup> y Coahuila,<sup>175</sup> en 1990, a través de una reforma a sus leyes judiciales locales respectivas, años antes de que la iniciativa del doctor Zedillo se sometiera al Congreso Federal.

## 6. EL IMPACTO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN LA SOCIEDAD DE MÉXICO

Desde los puntos de vista estructural y funcional, existen sin duda similitudes entre la Suprema Corte de Justicia de México y su contraparte en este país. Sin embargo, estas similitudes pueden ser más cosméticas que reales. A través de su historia, pero especialmente desde los primeros años de la Corte Marshall, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sido dotada con un poder único: el poder para tocar, transformar y dirigir los aspectos más fundamentales de la vida americana. Virtualmente, no hay persona o entidad en este país que no haya sido afectado significativamente por una resolución de la Suprema Corte de EUA.

En los Estados Unidos, las relaciones intergubernamentales, la economía, la libertad de expresión, los derechos penales, cuestiones raciales, libertades civiles, religión, derechos constitucionales y de procedimiento, cuestiones de reproducción, minorías étnicas, asuntos de ciencia y tecnología, derechos civiles, facultades respecto a la guerra y asuntos internacionales, no son más que un conglomerado ilustrativo de las áreas sobre las cuales el más alto Tribunal ha tenido jurisdicción para decidir no sólo cuestiones judiciales, sino, de una manera más importante, la facultad para formular resoluciones que rápidamente se convierten en políticas públicas para toda la nación. Las resoluciones que pueden dictar el curso de actividades y movimientos del país, así como el color y matiz de sus valores sociales.

Cuando esta área de toma de decisiones de políticas públicas se alcanza se acaba cualquier similitud entre estos dos tribunales.

Virtualmente, existe un número infinito de áreas en México que nunca han sido afectadas por una resolución de su propia Suprema

<sup>174</sup> Ver artículo 94 y 97 de la Constitución de Sinaloa, reformada en 1988 y 1990. Ver también artículos 79 y 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Sinaloa, *Diario Oficial* del 10 de abril de 1995.

<sup>175</sup> Ver la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila, *Diario Oficial* del 11 de diciembre de 1990.



Corte. Dicho en otras palabras, la Suprema Corte de aquél país es hoy día, y ha sido durante largo tiempo, el órgano judicial más alto cuyas resoluciones puede decirse que afectan a los empresarios y abogados, por ejemplo, pero no al pueblo mexicano como una unidad, o a los mexicanos como nación.

La razón de esto es simple: no se ha percibido a la Suprema Corte de México como una institución judicial que tenga el poder para influenciar de una manera decisiva las fuerzas sociales, políticas y económicas, claramente a diferencia de la Suprema Corte de EUA. Obviamente nunca ha existido una resolución *Marbury v. Madison* en aquel país. Siendo el más débil de las tres ramas oficiales, el *status* político de la Suprema Corte de Justicia como un "poder" real ha sido abiertamente cuestionado, ayer y aún hoy día. Sin embargo, algo parecido tuvo lugar en nuestro país hace años.

El renacimiento de la Suprema Corte de Justicia de México es un desarrollo constructivo. Éste parece ser el principio de una reforma profunda y modernización del sistema de justicia en aquel país. En consecuencia, en su nuevo papel como un tribunal verdaderamente constitucional, algunas expectativas están empezando a tomar forma para inquirir si la Suprema Corte de aquel país puede empezar a producir decisiones con implicaciones de amplio alcance, desde las perspectivas sociales, políticas y económicas, diseñadas para auspiciar esa tendencia que favorece la modernización y el progreso. En otras palabras, una Suprema Corte que sea verdaderamente independiente del Ejecutivo Federal.

Nadie cuestiona el papel vital y claramente fundamental que se espera que la Suprema Corte tenga en convertir a México en un "Estado de Derecho". La nueva Suprema Corte de México ha abierto la puerta hacia una nueva era judicial completa. No debe ser inesperado, considerando la seria crisis financiera que se disparó en el inicio de la administración del Presidente Zedillo, que la nueva Corte dedique probablemente algún tiempo a resolver cuestiones económicas, algunas de ellas, asociadas con el NAFTA. En cierta forma estas cuestiones pueden ser una reminiscencia de los asuntos que la Suprema Corte de EUA tuvo que resolver en el periodo de 1865 a 1937.

¿Tendrá esta nueva Corte el interés legal en alejarse de asuntos económicos, y atender otras cuestiones importantes? Entre ellas, libertad de expresión, religión y tratamiento igual de minorías étnicas. Otro grupo de asuntos legales puede componerse de materias más

prácticas, incluyendo el derecho de tener abogado, prácticas de embargo, e interrogatorios de sospechosos. Otro grupo de prioridades legales puede constituirse por los derechos de las mujeres y los niños, cuestiones del medio ambiente y derechos de leyes de inmigración. Nuevamente, sólo el transcurso del tiempo podrá decirlo.

Históricamente la Suprema Corte de México recientemente creada puede encontrarse en una encrucijada. Puede colocarse política y legalmente en la misma situación en que se encontraba la Suprema Corte de EUA al mero principio de la Corte Marshall. En gran medida, fue la sabiduría y determinación del Ministro Presidente Marshall que condujo a la creación de la Suprema Corte que tenemos actualmente. Si esta similitud histórica es válida, la Suprema Corte de Justicia de México habrá tomado su paso más luminoso en lo que ha sido, hasta ahora, una carrera apagada.

## 7. CONCLUSIONES

La revisión y análisis de la reforma de 1995 a la Suprema Corte de México hecha por el Presidente Zedillo a través de su primera iniciativa legislativa para reformar la Constitución de aquella nación, pueden conducir a las siguientes conclusiones, vistas desde sus dos perspectivas más sobresalientes pero contrastantes: A. Desde su naturaleza puramente judicial; y B. Desde su dimensión política.

### A. Desde su naturaleza puramente judicial

Esta reforma legal representa el intento más reciente de convertir a la Suprema Corte de aquella nación en un tribunal verdaderamente constitucional. De conformidad con sus nuevas funciones, este alto tribunal tiene la facultad para interpretar y hacer respetar la Constitución como ley. En otras palabras, se ha convertido en el último intérprete y encargado de hacer cumplir la Constitución de México. La reforma de Zedillo va más allá de la reforma anterior pero limitada presentada por el Presidente Miguel de la Madrid en los últimos años de la década de los 80, cuando la decisión sobre cuestiones de control constitucional estaban reservadas a este alto tribunal.<sup>176</sup>

<sup>176</sup> Para el razonamiento y contenido de esta reforma, ver Ignacio CARRILLO PRIETO (Ed.), *Renovación Constitucional y Sistema Político. Reforma 1982-1988*. M. A. Porrúa, México, 1a. ed., 1987 en 300-301.

Dentro de este contexto judicial, por lo menos tres innovaciones han atraído la atención de los expertos de Derecho Constitucional mexicanos, que no han cesado ni de comentar ni de criticar estas reformas. Estas innovaciones son:

### 1) Acciones de inconstitucionalidad

Estas acciones son caracterizadas unánimemente como una de las más importantes "innovaciones constitucionales" introducidas por la reforma de Zedillo. De conformidad con esta reforma, una minoría calificada en los cuerpos legislativos en los niveles federal y estatal, ha sido facultada para cuestionar directamente, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, la constitucionalidad de una ley federal o estatal, o un tratado internacional. Cuando la inconstitucionalidad es declarada por "una mayoría de cuando menos ocho votos", la ley o tratado en cuestión se declara "inválido" y, como resultado, esta declaración produce efectos legales generales a través de México, como sucede en los Estados Unidos hoy día.

Para subrayar la importancia de esta reforma puede ser útil destacar que desde su concepción, cuando el recurso de amparo fue creado de conformidad con el Acta Constitutiva de la Federación en 1824, los efectos legales de la resolución final de esta clase de demandas federales ha sido siempre limitada para proteger sólo la persona agraviada que presentaba la demanda de amparo. Ésta ha sido la característica más notable en los procesos de amparo, conocida como la "Fórmula Otero" en la doctrina de Derecho Constitucional de México.

La exclusión de los asuntos electorales del alcance de estas acciones ha sido considerada, justamente como la crítica más severa a esta reforma. No existe ninguna razón legal válida para excluir esta importante y esencial área de la jurisdicción original de la Suprema Corte, especialmente ahora que la administración del Presidente Zedillo está decidida a fortalecer la reforma política en aquel país. En consecuencia, esta reforma constitucional parece ser legalmente limitada y políticamente incongruente.

### 2) El Consejo de la Judicatura Federal

Desde un punto de vista administrativo, la creación de este nuevo órgano judicial ha sido reconocido de una manera uniforme como un

desarrollo adecuado y necesario. Aligerar a los ministros de la Suprema Corte de sus pesadas y más bien anticuadas labores administrativas en relación con los tribunales inferiores puede ser el mejor cambio desde un punto de vista gerencial. Abolir este trabajo representa un gran avance comparado con el desempeño de la exigente tarea intelectual que los ministros deben llevar a cabo durante su encargo. Comparativamente, la supresión de estas tareas puede asimilarse en cierta medida, a la eliminación de la visita de los Circuitos por los ministros de la Suprema Corte de EUA en el inicio del siglo pasado.

La creación de este órgano también puede ser considerada como una respuesta a aquéllos que favorecen la eficiencia y especialización, como componentes esenciales del sector judicial. Los especialistas mexicanos parecen estar complacidos de que fuera el Consejo General del Poder Judicial de España —un país cuya influencia legal en México y a través de América Latina es evidente—, fuera utilizada como el modelo para este nuevo órgano judicial de su país.

Desde un ángulo interno, es fascinante descubrir que el Consejo de la Judicatura ya había sido trasplantado a México, de Europa, desde 1990. Los estados del norte, Sinaloa y Coahuila comparten el mérito de haber sido los pioneros en la introducción de esta adición al sistema judicial mexicano. Es de esperarse que Consejos similares surgirán en otros Estados mexicanos en el futuro.

Al estudiar la estructura, composición y funciones de los Consejos de la Judicatura que existen actualmente en Europa, puede llevar a considerar si éstos pueden ofrecer algunos aspectos interesantes o útiles para la Suprema Corte de Estados Unidos, desde los puntos de vista administrativo y académico.

### 3) Una revisión del sistema de justicia de México

La percepción que prevalece actualmente en los Estados Unidos, y en otras partes, de que México tiene un sistema de justicia anticuado, ineficiente y corrupto ha sido una característica vieja y permanente ligada a la construcción legal de ese país. Los cambios introducidos al sistema judicial federal por las reformas constitucionales del Presidente Zedillo señalan la determinación de iniciar una transformación radical de los órganos que imponen la obediencia a la ley, y el sistema de impartición de justicia en esa nación.

Esta reforma ha sido identificada por los especialistas mexicanos como sólo el principio. Es el primer paso en una larga y ardua jornada que se espera se mueva hacia delante con objeto de dar transparencia a las antecámaras secretas de los tribunales judiciales y para abrir y limpiar las cámaras oscuras en los departamentos de policía y militares a través de la vasta y variada geografía de ese país.

En su reciente "Plan Nacional de Desarrollo, 1995-2000" el Presidente Zedillo afirmó que "una nueva fase de renovación integral en favor de un estado de derecho y orden, exigido por la sociedad mexicana, se inició con las reformas constitucionales de diciembre de 1994".<sup>177</sup> En este plan, el Presidente de México define en detalle los objetivos, estrategias y acciones que ya han sido puestas en vigor para transformar su país en una nación que en verdad se apege a su constitución y respete sus leyes (*Por un Estado de Derecho y un País de Leyes*).<sup>178</sup> La capacitación y profesionalización de los jueces federales y magistrados, y el establecimiento de la carrera judicial, son pasos dirigidos hacia este objetivo.

#### B. Desde su dimensión política

Estas reformas constitucionales van más allá de su naturaleza puramente judicial. Tienen que colocarse dentro de un contexto más amplio: el equilibrio político que debe existir en el gobierno federal ante los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Desde este ángulo, estos cambios pueden interpretarse como la primera iniciativa constitucional en la historia política de esa nación escrita expresamente para proveer a su Suprema Corte de Justicia con un perfil oficial nuevo y más vigoroso. Esta transformación constitucional fue diseñada para producir un "renacimiento político" del más alto tribunal de México.

En paralelo con las ideas políticas establecidas en este país en la primera era de la Suprema Corte de USA, se sugería que el Poder Judicial no era un poder real,<sup>179</sup> argumentos similares se hicieron en

<sup>177</sup> Ver Plan Nacional de Desarrollo, 1995-2000 *supra* nota 155 en 20, *in fine*.

<sup>178</sup> *Id.* en 17-28.

<sup>179</sup> HAMILTON, *The Federalist*. Ver también Alexander M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar Politics*. Indianápolis: L Bobs-Merrill, 1962.

México, notablemente por Emilio Rabasa a principio de este siglo.<sup>180</sup> Considerando la acumulación asimétrica del poder político concentrado en las manos del Ejecutivo Federal *vis a vis* los otros dos poderes —una anomalía política que ha resultado en una Super-Presidencia *de facto* en México— no es descabellado que los observadores legales y políticos se pregunten si existe, de hecho, una forma federal de gobierno republicano en ese país, como establece formalmente en su Constitución.<sup>181</sup>

Como una consecuencia de la reciente reforma electoral, el Congreso Federal está empezando a mostrar algunas señales de autonomía política e independencia, como una rama separada y diferente del ejecutivo. En esencia, esto se ha logrado por la representación política recientemente adquirida por los miembros de los partidos políticos diferentes a los del PRI oficial como representantes federales en la *Cámara de Diputados*. Los legisladores del PAN y el PRI están empezando a formar coalición en esta Cámara para balancear el control político que el PRI ejerció durante décadas. Acorde con lo anterior, la percepción de un poder legislativo fuerte está empezando a emerger durante los últimos años. Sin embargo, no había ocurrido algo similar en relación con el Poder Judicial Federal. Así, mientras la rama legislativa está ya en el proceso de ganar fuerza política, el Poder Judicial continúa siendo el mismo.

En consecuencia, en consonancia con su política establecida de introducir un nuevo tipo de federalismo, el Presidente Zedillo está comprometido en un esfuerzo concreto para balancear los tres poderes federales, tratando de colocarlos en el mismo nivel político: en un nivel de coordinación, como lo manda la Constitución.

Este delicado ejercicio político ha resultado en la implementación de dos estrategias coordinadas: primera, reduciendo el poder político asimétrico del Ejecutivo Federal. Al respecto, el doctor Zedillo ha acuñado el término "*Presidencia acotada*" (i.e., una presidencia cla-

<sup>180</sup> Ver Emilio RABASA, *La Constitución y la Dictadura*, Tipografía de Revista. México, 1912. Este autor dice: "El departamento judicial nunca será el poder porque la administración de justicia nunca es dependiente de la voluntad de la nación; porque en sus resoluciones ni el deseo ni el bien público se toman en consideración, y el derecho individual es superior al interés común, ya que las Cortes no resuelven lo que quieren en nombre del pueblo sino que deben y deben hacerlo en nombre de la Ley; y, porque una voluntad libre que es la esencia del órgano del poder, sería la degeneración y corrupción del órgano de justicia". *Id.* en 256.

<sup>181</sup> Ver artículo 49 de la Constitución de México.

ramente delimitada). Esto significaría que en México hoy día, la Presidencia no tiene ni confiere un poder político absoluto. Más bien la Presidencia ahora tiene límites políticos claramente definidos y bien marcados, constitucionalmente hablando.

Y segunda, elevar el nivel político de la Suprema Corte de Justicia, como el epítome del Poder Judicial Federal. Es precisamente en dirección directa con esta última estrategia que el Presidente Zedillo decidió reformar la composición y funciones de este alto tribunal. El razonamiento detrás de la reforma fue mejorar el *status* político, juntamente con el papel político y legal de esa corte. Esta intención es evidente del texto de la iniciativa del doctor Zedillo:

(A) Una Suprema Corte de Justicia (que sea) libre, autónoma, fortificada y de excelencia, es esencial para la plena validez de la Constitución, y para un Estado de Derecho u orden que dicha Constitución consagra. *La voluntad popular ha depositado en la Suprema Corte la función fundamental de mantener el equilibrio entre los Poderes de la Unión, resolviendo las controversias que puedan surgir entre el Ejecutivo y el Legislativo.* Es más, en la Suprema Corte reside el mandato de proteger la unión de la República, resolver las controversias entre los Estados, los Municipios, el Distrito Federal y la Federación. En la Suprema Corte reside el mandato para garantizar a los individuos, que cualquier acto de autoridad se ajuste estrictamente al orden establecido por la Constitución. Consecuentemente *un régimen de pleno respeto a un Estado de derecho y orden, y a un sistema justo y eficiente de impartición de justicia y de seguridad pública, requiere un Poder Judicial más independiente y poderoso.*<sup>182</sup>

Los cambios a la Constitución ya han empezado a lograr este objetivo. Sólo el futuro podrá decir el curso de lo que será la Suprema Corte de México.

<sup>182</sup> *Iniciativa, supra nota 17 en 3 (énfasis por el autor).*

LA "CONSOLIDACIÓN DE LOS VALES REALES" EN LA  
NUEVA ESPAÑA, ANALIZADA EN EL MARCO  
DE LA POLÍTICA DESAMORTIZADORA  
DE LOS BORBONES  
1804-1809

Gisela VON WOBESER

SUMARIO: I. La desamortización de bienes comunales en la época de los borbones. II. La situación financiera de la Corona española a fines del siglo XVIII. III. El decreto de Consolidación de vales reales. IV. ¿Fue la Consolidación una medida desamortizadora? V. La relación entre el Estado y la Iglesia. VI. Sectores afectados mediante la Consolidación.

La Consolidación de vales reales ha sido un tema ampliamente tratado por la historiografía sobre la Nueva España.<sup>1</sup> La mayoría de los investigadores ha centrado su atención en el estudio de las consecuencias económicas y sociales que tuvo para los novohispanos y muchos han resaltado que fue un factor desestabilizador, que contribuyó al movimiento de independencia. Algunos estudiosos han analizado las

<sup>1</sup> Entre los principales autores que han estudiado la Consolidación de vales destacan: Romeo FLORES CABALLERO, *La contrarrevolución en la Independencia*, México, El Colegio de México, 1969 y Brian HAMNETT, "The Appropriation of Mexican Church Wealth by the Spanish Bourbon Government. The Consolidation de Vales Reales. 1805-1809", *Journal of Latin American Studies*, vol. 1, Cambridge, 1969, p. 85-113; Robert J. KNOWLTON, "Chaplaincies and the Mexican Reform", *Hispanic American Historical Review*, vol. 48, agosto 1968, pp. 421-437; Asunción LAVRIN, "The Execution of the Law of Consolidation in New Spain: Economic Aims and Results", *Hispanic American Historical Review*, vol. 53, núm. 1, 1973; Peer SCHMIDT, *Desamortisationspolitik und staatliche Schuldentilgung in Hispanoamerika am Ende der Kolonialzeit*, Saarbrücken, Verlag Breitenbach Publishers, 1988; Reinhard LIEHR, "Endeudamiento estatal y crédito privado: La consolidación de vales reales en Hispanoamérica", *Anuario de Estudios Americanistas*, vol. XLI, 1984, pp. 553-578; Margaret CHOWNING, "The Consolidación de vales reales in the Bishopric of Michoacán", *Hispanic American Historical Review*, núm. 69-3, agosto de 1989; Masae SUGAWARA, editor, *La deuda pública de España y la economía novohispana, 1804-1809*, México, Colección Científica del INAH, núm. 28, 1976.

causas, destacando dentro de este enfoque los trabajos de Carlos Marichal.<sup>2</sup>

La mayor parte de los investigadores ha entendido a la *Consolidación* como parte de la política de desamortización de los bienes eclesiásticos, que los borbones emprendieron durante el último tercio del siglo XVIII.<sup>3</sup> Bajo este enfoque la han concebido como un intento del Estado de quitar privilegios a la Iglesia y, por lo tanto, se habla de un enfrentamiento entre ambas instancias.<sup>4</sup> Asimismo, se ha estudiado a este fenómeno como un antecedente de los procesos de desamortización de los bienes eclesiásticos, que llevaron a cabo los gobiernos liberales del siglo XIX.

El propósito del presente escrito es demostrar que la *Consolidación* no fue una medida desamortizadora, que no significó un enfrentamiento entre el Estado e Iglesia y que fueron los legos, y algunos eclesiásticos a título personal, los que resultaron más afectados con su implantación. El análisis se centrará en la Nueva España, por ser éste el reino que, a la fecha, cuenta con más estudios sobre el tema, pero las conclusiones también son válidas para los demás reinos.

Con el fin de analizar si la *Consolidación de vales reales* fue una medida desamortizadora, en el primer inciso del trabajo me referiré brevemente a las tendencias desamortizadoras que imperaban en España durante el último tercio del siglo XVIII. En el segundo inciso abordaré los antecedentes españoles de la *Consolidación* y describiré el contexto económico en el que se dio la medida.

#### I. LA DESAMORTIZACIÓN DE BIENES COMUNALES EN LA ÉPOCA DE LOS BORBONES

La desamortización de los bienes pertenecientes a corporaciones se inició en Francia, a finales del siglo XVIII, y se extendió a diversos

<sup>2</sup> Carlos MARICHAL ha escrito los siguientes artículos: "La Iglesia y la crisis financiera del virreinato, 1780-1808: apuntes sobre un tema viejo y nuevo", *Relaciones*, núm. 40, pp. 103-129, 1989; "Las guerras imperiales y los préstamos novohispanos, 1781-1804"; *Historia Mexicana*, vol. 39, núm. 4, 1990 y "La Iglesia y la Corona: La bancarrota del gobierno de Carlos IV y la Consolidación de Vales Reales en la Nueva España", *Iglesia, Estado y economía. Siglos XVI al XIX*, María del Pilar Martínez López-Cano compiladora, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1995, pp. 241-262.

<sup>3</sup> FLORES-CABALLERO, "La Consolidación de vales reales en la economía, la sociedad y la política novohispana", *Historia Mexicana*, vol. 18, núm. 3, 1969, p. 336 y SCHMIDT, *Desamortisationspolitik*...

<sup>4</sup> LAVRIN, "The Execution of the Law of Consolidation...", p. 27.

países europeos, como una respuesta al sostenido y creciente enriquecimiento que instituciones eclesiásticas habían experimentado desde la Edad Media y que había tenido como consecuencia que, en dicho siglo, una parte sustancial de la riqueza existente se encontrara en sus manos. Dicha riqueza contrastaba con la falta de recursos de la mayoría de los gobiernos.<sup>5</sup>

El proceso de desamortización consistió en la expedición y aplicación, por parte de las autoridades civiles, de una serie de leyes mediante las cuales se liberaban los bienes que pertenecían a "manos muertas". Bajo este término quedaban comprendidas todas aquellas tierras o bienes raíces, que eran inalienables e indivisibles. Es decir, se trataba principalmente de los bienes de los municipios y de las instituciones eclesiásticas, y de las comunidades indígenas.<sup>6</sup>

En España surgieron las tendencias desamortizadoras durante el reinado de Carlos III, en el marco de las reformas borbónicas y como una manifestación del pensamiento ilustrado. Los pensadores de la Ilustración, entre ellos el conde de Campomanes, Gaspar de Jovellanos y Pablo de Olavide, consideraron que el atraso de la agricultura española se debía, en gran medida, a que la mayor parte de las tierras estaba amortizada, a favor de corporaciones, que calificaron como de "manos muertas", que impedían su circulación y debido aprovechamiento y que eran la causa de que hubiera muchas personas que carecían de tierras y, por eso, vivían miserablemente.

Con el fin de mejorar la situación del campo, proponían la desamortización de los bienes municipales y solicitaban que, en el futuro, se evitara que se amortizaran nuevas propiedades por parte de las

<sup>5</sup> La riqueza eclesiástica consistía, por una parte, en los bienes raíces y objetos que se utilizaban para el culto y los que se requerían para el funcionamiento de las instituciones, por ejemplo: los edificios de las iglesias, conventos, capillas, hospitales y colegios, con su mobiliario, objetos devocionales, enseres y demás bienes.

Por el otro lado, estaban los bienes raíces que poseía cada una de las instituciones eclesiásticas y que se destinaban a su sostenimiento. Los bienes raíces consistían en propiedades urbanas y rurales, que se alquilaban o cedían mediante censo para hacerlas productivas y en dinero, que se invertía mediante préstamos, que se concedían a personas o a otras instituciones. Estos préstamos se garantizaban mediante la imposición de censos o hipotecas sobre las propiedades de los prestatarios o por medio de fiadores.

<sup>6</sup> Alberto de la Hera y Rosa María Martínez de Codes definen a la desamortización como "una manifestación de la política estatal de liberación de manos muertas, que afectó históricamente a la Iglesia, a los mayorazgos y a los municipios", "Las políticas desamortizadoras en el tránsito del siglo XVIII al XIX. Un proyecto en marcha", ponencia presentada en Buenos Aires, en septiembre de 1995, p. 2.

instituciones eclesiásticas. Asimismo, sugerían medidas encaminadas a modificar el régimen de la propiedad, el aprovechamiento de los baldíos y el fomento de la mediana y la pequeña propiedad.<sup>7</sup>

Con el fin de poner en práctica algunas de estas ideas, Carlos III expidió una ley por medio de la cual ordenó que las tierras de los municipios se fraccionaran en lotes pequeños y se entregaran en arrendamiento a las personas que carecían de tierra. Dicha ley se aplicó entre 1766 y 1768 en diversas partes de España.<sup>8</sup>

Cabe señalar que no se incluyó en la ley a los bienes eclesiásticos, probablemente porque no se contaba con la autorización de la santa sede o, tal vez, porque se temía provocar una ruptura con los sectores eclesiásticos, que constituían los pilares sobre los que se asentaba la monarquía.

Lo que sí implicó la expropiación de bienes eclesiásticos, aunque con fines distintos a los propagados por los ilustrados, fue la expulsión de los jesuitas del imperio español, en 1767. Los bienes incautados se integraron al patrimonio de la Corona bajo el término de *Temporalidades*.

Estos hechos prepararon el camino para la *Consolidación*. Por una parte, la sociedad cobró conciencia de los problemas que implicaba la concentración de la riqueza en manos de corporaciones estáticas e improductivas. Por otro lado, la desamortización de los bienes comunales y el incautamiento de los bienes de los jesuitas, mostraron la vía que podía seguir el Estado para apropiarse de la riqueza de la Iglesia. Pero lo anterior no justifica que se considere a la *Consolidación* como un movimiento desamortizador, ya que ésta tuvo características diferentes, como se verá más adelante.

## II. LA SITUACIÓN FINANCIERA DE LA CORONA ESPAÑOLA A FINES DEL SIGLO XVIII

Durante el siglo XVIII el Estado español se había caracterizado por su estabilidad económica, pero cuando Carlos IV asumió el trono

<sup>7</sup> Conde de CAMPOMANES, *Tratado de la regalía de amortización*, edición facsimilar, Francisco Tomás y Valiente, editor, Madrid, 1975; Ramón CARANDE, editor, *Informe de Olavide sobre la ley agraria*, Madrid, 1956; Gaspar Melchor DE JOVELLANOS, *Espectáculos y diversiones públicas. Informe sobre la ley agraria*, 3a. ed., Madrid, 1982. Véase asimismo Francisco Tomás y Valiente, *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1971, pp. 15-30.

<sup>8</sup> TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización...*, pp. 31-33.

en 1788, España entró en una etapa crítica, desde el punto de vista político y económico.<sup>9</sup> La deficiente administración del valido del rey Manuel Godoy, aunada a las diferentes guerras en las que España se vio involucrada entre 1798 y 1808<sup>10</sup> agotaron el erario real y causaron grandes dificultades económicas al imperio. Progresivamente los gastos empezaron a superar a los ingresos, produciéndose un creciente déficit.<sup>11</sup>

Este hecho obligó a la Corona a recurrir sucesivamente a una serie de medidas extraordinarias para captar más ingresos, que afectaron tanto a la metrópoli, como a las colonias americanas.

Entre dichas medidas destaca la solicitud de múltiples donativos y préstamos forzados a los vasallos de todo el Imperio; la captación de sobrantes de tesorerías excedentarias, como la de la Nueva España; la obtención de préstamos de bancos europeos, y la emisión de vales reales, con el fin de pagar la deuda pública interna.<sup>12</sup>

Muchas de las disposiciones afectaron a las instituciones eclesiásticas, como la real cédula del 23 de marzo, que disponía "cobrar las rentas y frutos de dignidades, canongías y otros beneficios eclesiásticos para fondos de vales reales" y la del 24 de agosto de 1795, que imponía un impuesto del 15 por ciento sobre el valor de todos los bienes raíces que en adelante adquirieran las "manos muertas".<sup>13</sup>

A través de estas medidas se logró paliar la crisis, pero la problemática de fondo no se resolvió, porque los compromisos económicos fueron en aumento. Periódicamente se presentaban estados de emergencia, que implicaban nuevas presiones económicas para los vasallos.

Así, en marzo de 1798 la situación se tornó en extremo delicada porque se suspendió el flujo de los dineros de América, debido a la guerra con Inglaterra y la consecuente interrupción de la comunica-

<sup>9</sup> El rey resultó débil e incapaz para gobernar y dejó el gobierno en manos de validos como Manuel Godoy. Véase, por ejemplo, Richard HERR, *Rural Change and Royal Finances in Spain at the End of the Old Regime*, Berkeley, University of California Press, 1989.

<sup>10</sup> España sostuvo las siguientes guerras en contra de Francia, de 1793 a 1795, y en contra de Inglaterra, de 1796 a 1802, así como de 1804 a 1808.

<sup>11</sup> Jacques BARBIER y Herbert KLEIN, "Revolutionary Wars and Public Finance: The Madrid Treasury, 1784-1807", *Journal of Economic History*, vol. 41, núm. 2, 1981, pp. 315-339, citado por Marichal, "La Iglesia y la Corona...", p. 245.

<sup>12</sup> Desde el gobierno de Carlos III se había acudido a la emisión de vales reales como una medida para resolver los problemas económicos. Al inicio del gobierno de Carlos IV circulaban por un valor nominal de 451,744,500 reales de vellón. Schmidt, *Desamortisationspolitik...*, p. 83.

<sup>13</sup> TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización...*, p. 40.

ción marítima. Se calculaba que a finales de dicho año el déficit del erario real superaría los 800 millones de reales.<sup>14</sup>

Un problema serio era el de los vales reales, que circulaban como papel moneda, y estaban sujetos a una progresiva pérdida de valor. Su expedición había sido excesiva y, por lo tanto, su valor nominal no correspondía al valor real. La depreciación de los vales reales tenía efectos muy negativos sobre el resto de la economía.<sup>15</sup>

Con el afán de encontrar una solución, el nuevo ministro Francisco Saavedra, quien sustituía a Godoy, presionó al rey para crear el 9 de marzo de 1798 la *Caja de amortización de vales reales*, conocida después como *Caja de consolidación*, que en la práctica constituyó una segunda tesorería, paralela a la tesorería real.<sup>16</sup> Para sostener a los vales reales y evitar su depreciación, así como para pagar el servicio de la deuda, se decretaron nuevos impuestos y se exigieron más préstamos forzosos, entre ellos uno a las catedrales españolas.

Pero la tesorería era como un barril sin fondo; el dinero se escurría debido a los incesantes gastos militares y a los problemas estructurales que enfrentaba la economía. En septiembre del mismo año tuvo que dimitir Saavedra, a favor de Miguel Cayetano Soler. La principal acción que emprendió el nuevo ministro de hacienda para frenar el derrumbe económico, fue la enajenación de los bienes de hospitales, hospicios, casas de misericordia, obras pías, cofradías, memorias y patronatos de legos, con el fin de obtener fondos para consolidar los vales reales.

La medida se impuso mediante el decreto real del 19 de septiembre de 1798 y sólo comprendía a la península española y no a las colonias de ultramar. Desde el punto de vista jurídico la enajenación de los bienes no era una expropiación, ya que no se pretendía privar a las instituciones de sus medios de subsistencia, sino tenía las características de un préstamo. Las instituciones de beneficencia y los beneficiarios de las fundaciones seguían siendo los dueños de los capitales y la Corona se comprometía a pagarles un rédito del tres por ciento anual.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Carlos MARICHAL, "La Iglesia y la Corona", pp. 246, 247.

<sup>15</sup> Aunque con fluctuaciones, la tendencia de la pérdida de valor se mantuvo a lo largo del periodo que estamos analizando. A los dos años de su emisión ya se habían devaluado en un dos por ciento de su valor nominal y en 1804 sólo valían el 50%. Richard HERR, *The Eighteenth Century Revolution in Spain*, New Jersey, Princeton University Press, 1958, p. 116.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>17</sup> *Novísima recopilación de las Leyes de España*, Madrid, 1805, pp. 51-52.

La aplicación de este real decreto resultó muy exitosa desde el punto de vista financiero, ya que, entre 1798 y 1808, aportó alrededor de 1,230 millones de reales al erario, pero tampoco brindó una solución definitiva porque el dinero no se aplicó a los vales reales, sino se destinó a cubrir otras necesidades.<sup>18</sup>

En diciembre de 1804, a raíz de la declaración de guerra entre España e Inglaterra, la tesorería estuvo sujeta a nuevas y crecientes presiones económicas.<sup>19</sup> Para afrontar la situación se aplicaron nuevas medidas tendientes a captar ingresos, y entre ellas se decidió extender a América la enajenación de los bienes de obras pías y de instituciones de beneficencia. Los instrumentos jurídicos mediante los cuales se llevó a cabo la medida fueron el real decreto del 28 de noviembre y la real cédula del 26 de diciembre de 1804. Dichas disposiciones se conocieron desde aquella época como *Consolidación de vales reales*, en virtud de que su finalidad principal fue consolidar dichos vales, cuya depreciación había alcanzado el 50 por ciento de su valor nominal.<sup>20</sup>

### III. EL DECRETO DE CONSOLIDACIÓN DE VALES REALES

Los dos instrumentos jurídicos que contienen la base normativa de la *Consolidación*, el real decreto del 28 de noviembre y la real cédula del 26 de diciembre de 1804, se publicaron como un solo documento, con título de "Real decreto, instrucción y real cédula con que se establece en los reinos de América e Islas Filipinas la Junta de Conciliación para la venta de bienes pertenecientes a obras pías".<sup>21</sup>

Dichos instrumentos ordenaban la enajenación y venta, por parte del estado español, de los bienes raíces y los capitales pertenecientes

<sup>18</sup> Richard HERR, "Hacia el derrumbe del Antiguo Régimen: crisis fiscal y desamortización bajo Carlos IV", citado en Marichal, "La Iglesia y la Corona...", p. 251.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo la real cédula del 26 de diciembre de 1804, mediante la cual se ordenaba la transferencia, a la Real caja de consolidación, de un noveno de la masa diezmal de cada diócesis, aparte de los dos novenos que ya le correspondían a la Real hacienda previamente. Esta disposición afectaba principalmente al alto clero. LIEHR, "Endeudamiento estatal y crédito privado...", p. 564.

<sup>20</sup> Richard HERR, *The Eighteenth Century Revolution in Spain*, Princeton, 1958, p. 116.

<sup>21</sup> SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana...*, pp. 13-26.



a obras pías "de cualquier clase y condición que éstas fueran", en los reinos de América y de Filipinas.<sup>22</sup>

El dinero recaudado debía ingresarse en una Caja, llamada de *amortización*, y después enviarse a España, en el momento en que las circunstancias lo permitieran. El procedimiento estaría a cargo de las *Juntas Superiores y Subalternas de Conciliación*, que se crearían en cada lugar.

El término de "obras pías", que se utilizaba en el decreto, debía entenderse en un sentido amplio, es decir se refería a las instituciones de beneficencia, a las fundaciones piadosas u obras pías propiamente dichas y a las capellanías.

En cuanto a las instituciones de beneficencia se incluían los bienes de las terceras órdenes, cofradías, ermitas, santuarios, hospitales, casas de misericordia, colegios, casas de asistencia, hospicios, manicmios y recogimientos.

Las obras pías, propiamente dichas, comprendían las fundaciones destinadas a beneficiar tanto a personas, como a instituciones. Estaban dotadas de un fondo, que se invertía, y la obra se sostenía mediante los réditos que producía la inversión.<sup>23</sup> Las obras pías a favor de personas podían consistir, por ejemplo, en dotes para monjas o para doncellas en edad de contraer matrimonio o en pensiones para huérfanos, enfermos, o pobres. Las obras pías a favor de instituciones podían estar orientadas a fomentar la devoción a algún santo, ayudar a sufragar los gastos de una fiesta religiosa, comprar cera o flores para una iglesia, mantener un altar, contribuir al sostenimiento de los presos en la cárcel o ayudar al sostenimiento de los niños de un hospicio.<sup>24</sup>

Las capellanías, que también quedaban incluidas en el decreto, eran fundaciones destinadas al sostenimiento de un capellán.<sup>25</sup> El fundador

<sup>22</sup> Véase la parte introductoria del documento. SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana...*, p. 13.

<sup>23</sup> Gisela VON WOBESER, *El crédito eclesiástico en la Nueva España. Siglo XVIII*, Coordinación de Humanidades-Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, 1994, cap. 3.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>25</sup> De acuerdo con José María Ots Capdequí, la capellanía de misas era "una fundación en la que se imponía la celebración de cierto número de misas anuales en determinada capilla, iglesia o altar, afectando para su sostenimiento las rentas de los bienes que se especificaban". *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires, Editorial Lasada, 1945, p. 125.

de la capellanía donaba un fondo, que se invertía, y con los réditos se generaba una renta para el capellán. En recompensa, este último debía decir un número determinado de misas, en memoria del alma del fundador y de las demás personas especificadas en el contrato de fundación.<sup>26</sup>

Cada una de las instituciones y fundaciones anteriores podía poseer bienes de diferentes tipos: inmuebles, muebles, dinero, inversiones, títulos de crédito, etcétera, lo que implicaba un tratamiento diferenciado para la puesta en práctica de la *Consolidación*.

Por esta razón, el decreto especificaba cómo se debía proceder en cada caso: El dinero líquido se debía ingresar directamente en la *Caja de amortización*. Los bienes inmuebles se debían vender y el producto de la venta, asimismo, tenía que ingresarse a la *Caja de amortización*. Los bienes consistentes en inversiones mediante censo consignativo o depósito irregular, se debían redimir ante la *Caja* arriba mencionada, salvo en aquellos casos en que la inversión hubiera sido por tiempo limitado y los plazos todavía no estuvieran vencidos. En estos últimos casos, se tenía que redimir el principal al momento del vencimiento del contrato. Por medio del artículo 42, la Corona se comprometía a pagar a los beneficiarios de las capellanías y las obras pías un interés anual sobre el valor de los bienes enajenados, hasta por un cinco por ciento anual. Para tal efecto los beneficiarios recibirían una escritura, que les serviría como título de propiedad y que acreditaba su derecho de percibir la renta, por parte de la llamada *Caja de amortización*. En el artículo 16, el Rey señalaba explícitamente que no quería que se dejara de cumplir el objetivo de las fundaciones y que no pretendía perjudicar los derechos de los patronos.<sup>27</sup>

Mediante el artículo 12 quedaban excluidos del ordenamiento los bienes raíces que pertenecían a las iglesias y comunidades religiosas, particularmente los que formaban parte de sus bienes dotales y servían para su mantenimiento.<sup>28</sup> Más adelante volveremos sobre este punto.

La promulgación del real decreto despertó una enérgica protesta por parte de la sociedad secular en los diferentes reinos americanos. Grupos de personas se unieron para elaborar escritos de protesta, las

<sup>26</sup> Gisela VON WOBESER, "La fundación de capellanías de misas, una costumbre arraigada entre las familias novohispanas", *Mexican Studies/Estudios Mexicanos* (en prensa).

<sup>27</sup> SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana...*, p. 17.

<sup>28</sup> SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana...*, p. 16.

llamadas *Representaciones*, en los cuales se pedía la suspensión total o parcial de la puesta en práctica de la medida.<sup>29</sup> En la Nueva España el descontento fue tan severo y la oposición tan generalizada que, de acuerdo con el virrey Iturrigaray, tuvo "visos de complot".<sup>30</sup>

Existe consenso entre los estudiosos que en la Nueva España la aplicación de la *Consolidación* aportó a la Tesorería Real entre 10 y 12 millones de pesos de plata.<sup>31</sup> Esto representó alrededor de la cuarta parte de los capitales de obras pías existentes, que según la estimación de Manuel Abad y Queipo ascendía a 44 y medio millones de pesos.<sup>32</sup>

El sacrificio que implicó la aportación de dicha suma dejó una herida que no sanó nunca más. Muchísimos novohispanos resultaron afectados en lo personal y la economía en conjunto sufrió un duro golpe, del cual no se repondrá durante todo el siglo XIX. La *Consolidación* fue, asimismo, un factor desestabilizador desde el punto de vista político, ya que incitó los ánimos en contra de la corona española y contribuyó a los sucesos que desencadenaron la guerra de independencia.<sup>33</sup>

#### IV. ¿FUÉ LA CONSOLIDACIÓN UNA MEDIDA DESAMORTIZADORA?

En la historiografía ha dominado la idea de que la *Consolidación* fue una medida desamortizadora y de que constituyó un antecedente de las desamortizaciones llevadas a cabo en el siglo XIX, por los gobiernos liberales. Esta tesis que sostienen entre otros, Peer Schmidt, Richard Herr y Romeo Flores Caballero, se resume en la afirmación de éste último: "...esta Cédula... constituye la primera desamorti-

<sup>29</sup> Para la Nueva España se conocen 11 "Representaciones" y tres adhesiones mismas que están transcritas en SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana...*

<sup>30</sup> Carta reservada de Iturrigaray al ministro de Hacienda Cayetano Soler. Véase SUGAWARA, *La deuda pública de España...*, p. 15.

<sup>31</sup> Hamnett afirma que las estimaciones sobre el monto recaudado fluctúan entre 10 y medio y 12 tras cuartos de millones de pesos. "The Appropriation...", p. 100.

<sup>32</sup> Manuel ABAD Y QUEIPO, "Escrito presentado a don Manuel Sixto Espinoza, del Consejo de Estado y Director único del Príncipe de la Paz en asuntos de Real Hacienda, dirigido a fin de que se suspendiese en las Américas la real cédula del 26 de diciembre de 1804, sobre enajenación de bienes raíces y cobro de capitales píos para la consolidación de vales", en José María MORA, *Obras sueltas*, 2a. ed., México, Biblioteca Porrúa, 1963, pp. 231-241.

<sup>33</sup> Véase FLORES CABALLERO, Romeo, *op. cit.*, pp. 334-338.

zación de los bienes de la Iglesia, realizada más de medio siglo antes de las leyes de Reforma expedidas por el gobierno de Benito Juárez".<sup>34</sup>

Me parece que no hay fundamento para estas tesis y a continuación daré una serie de argumentos para contradecirlas.

#### Primer argumento

La *Consolidación* no se concibió como una medida desamortizadora. Los instrumentos jurídicos que la normaron (real decreto del 28 de noviembre de 1804 y real cédula de diciembre del mismo año) no mencionan los términos *desamortización*, ni *manos muertas*, ni implícita, ni explícitamente. Tampoco se recurre a los argumentos esgrimidos por los ideólogos de la desamortización.<sup>35</sup>

Estos términos asimismo están ausentes del discurso que se generó alrededor de la medida. Por ejemplo, en ninguna de las *Representaciones* se alude, ni directa, ni indirectamente, a la desamortización.

En conclusión, en el momento en que se gestó la *Consolidación* nadie asumió que se tratara de una medida desamortizadora. Ha sido la historiografía del presente siglo la que ha tratado a la *Consolidación* desde esta óptica.<sup>36</sup>

#### Segundo argumento

Mediante la *Consolidación* se persiguieron fines distintos a los de la desamortización. Mientras la primera era una vía para solucionar los problemas sociales, en particular los del campo, la segunda tuvo la finalidad de captar ingresos para sostener a los vales reales y pagar el servicio de la deuda interna, como su propio nombre lo indica.

Esta circunstancia ya fue señalada por Francisco Tomás y Valiente quien observó que la orientación política que tuvo la desamortización durante el reinado de Carlos IV fue radicalmente diferente a la

<sup>34</sup> Richard HERR, *Rural Change and Royal Finances...*, SCHMIDT, *Desamortisationspolitik...* y FLORES CABALLERO, "La Consolidación de vales reales", p. 336.

<sup>35</sup> Lo mismo ocurre con el real decreto del 19 de septiembre de 1798, aplicado en España, que constituyó su antecedente.

<sup>36</sup> Asunción Lavrin, por ejemplo, afirma que las ideas de los reformadores españoles que planteaban la desamortización como una vía de solución a los problemas del campo, están implícitas en el texto de la ley de Consolidación, pero no prueba esta afirmación. LAVRIN, "The Execution of the law of Consolidation...", véase la nota 3 de la p. 28.

de su antecesor, ya que pasó por alto el espíritu reformador que justificaba las medidas y únicamente se aprovechó de ellas para obtener fondos, destinados a apuntalar la quebrada economía del reino.<sup>37</sup>

Los motivos iniciales que impulsaron al Rey a tomar la medida están claramente expuestos en el real decreto del 19 de septiembre de 1798. El Rey, quien habla en primera persona, dice: "Continuando en procurar por todos los medios el bien de mis amados vasallos en medio de las urgencias presentes de la Corona, he creído necesario disponer de un fondo cuantioso, que sirva al doble propósito de subrogar en lugar de los vales reales otra deuda con menor intereses e inconvenientes y de poder aliviar la industria y el comercio con la extinción de ellos, aumentando los medios que para el mismo intento están ya tomados...".<sup>38</sup> Es decir, se trataba de liquidar los vales reales y quitarlos de la circulación porque su depreciación tenía un efecto inflacionario, que afectaba al conjunto de la economía.

Los mismos motivos lo impulsaron a extender la medida a partir de 1804 a los reinos americanos, como consta en la introducción del real decreto mediante el cual se aplicó la disposición.<sup>39</sup>

En ninguno de los instrumentos jurídicos que normaron la *Consolidación* se incluyen argumentos de orden social o económico, similares a los que plantearon los ideólogos de la desamortización, por ejemplo la circulación de propiedades en manos muertas, el fomento de la agricultura o el repartimiento de las tierras ociosas.

Por otra parte, los contemporáneos reconocieron claramente que la *Consolidación* obedecía a la necesidad que tenía la Corona de obtener mayores ingresos y no a alguna intención reformadora. Así se manifiesta en los escritos de la época sobre el asunto, en particular en las *Representaciones*.

En conclusión, no se trata de un instrumento reformador, mediante el cual se hubiera pretendido cambiar la estructura de la propiedad, sino de una medida para obtener fondos para el erario real.

<sup>37</sup> TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, p. 38.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>39</sup> Para reforzar este último punto observa que en España la medida había tenido efectos ventajosos y útiles para las mismas obras pías, que estaban invertidas en forma segura y que no tenían que correr los riesgos de una mala administración. Además aduce un principio de equidad, al decir que los americanos gozarán de "iguales beneficios" que los peninsulares. SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana*, p. 13.

### *Tercer argumento*

La *Consolidación* no implicó la expropiación de los bienes pertenecientes a las obras pías y de beneficencia, como con frecuencia se ha sostenido, sino únicamente la enajenación de los capitales. Si bien es cierto que el producto de la venta de las propiedades y de la redención de los censos y depósitos irregulares se tenía que depositar en la Real caja de amortización, esto no significaba que dichos capitales pasaban a formar parte de los bienes estatales.<sup>40</sup>

Por el contrario, los capitales seguían perteneciendo a los beneficiarios de las obras pías, lo que constaba por la escritura que los ministros de la Real Hacienda debían proporcionarles, así como por los réditos anuales que el Estado se comprometía a pagarles, sobre las cantidades enajenadas.<sup>41</sup> Es decir, los dueños de las obras pías seguirían obteniendo las mismas rentas que antes de la enajenación de sus bienes.

De hecho, se trataba de un magno préstamo que el Estado contraía con sus súbditos americanos.<sup>42</sup> El préstamo se garantizaba mediante los arbitrios señalados en la Pragmática-Sanción del 30 de agosto de 1800 y, además, por medio de la hipoteca de las rentas de tabacos y alcabalas y por todas las demás rentas procedentes de América, que ingresaban a la tesorería real.<sup>43</sup> Fue uno más de los préstamos forzosos a los que se recurrió con tanta frecuencia durante el régimen de Carlos IV.

En conclusión, las instituciones de beneficencia y los beneficiarios de obras pías siguieron siendo los propietarios de los capitales que les pertenecían desde antes de la *Consolidación* y recibían intereses anuales sobre los mismos.

<sup>40</sup> Real decreto del 28 de noviembre y real cédula, artículo 42. SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana*, pp. 13 y 21.

<sup>41</sup> Los réditos corresponderían "al interés justo y equitativo que en el día sea corriente en cada provincia" siempre y cuando no superara un cinco por ciento anual. Real decreto del 28 de noviembre y real cédula, artículo 42. SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana*, pp. 13 y 21.

<sup>42</sup> En el caso del real decreto del 19 de septiembre de 1798, vigente para España asimismo se trataba de un préstamo, garantizado con las rentas que percibía el estado. *Novísima recopilación*. . . , p. ley, 24, p. 53.

<sup>43</sup> Real decreto del 28 de noviembre de 1804. SUGAWARA, *La deuda pública de España y la economía novohispana*, p. 13.

#### Cuarto argumento

Si partimos del hecho de que desamortizar significa liberar bienes pertenecientes a "manos muertas", en la Nueva España la *Consolidación* no puede considerarse como una medida desamortizadora porque sólo un número escaso de los bienes afectados eran inmuebles y la mayor parte eran fondos líquidos, en forma de censos y depósitos irregulares.<sup>44</sup> Estos últimos no se pueden considerar bienes de "manos muertas", ya que se encontraban, en su mayoría, en manos de seculares, y mediante su circulación contribuían a dinamizar la economía.<sup>45</sup>

Manuel Abad y Queipo, quien fue uno de los principales impugnadores de la *Consolidación*,<sup>46</sup> opinaba que del total de los 47 millones de pesos en los que se estimaba el valor de los bienes comprendidos en el decreto de *Consolidación* únicamente entre dos y medio o tres millones de pesos correspondían a bienes raíces y los restantes 44 y medio millones de pesos a capitales que tenían "a su cargo" los vasallos de Su Majestad. Es decir, sólo el 5.6 por ciento de los bienes se podrían considerar de "manos muertas" el resto, en palabras del propio Abad y Queipo "...se halla en manos vivas en los agentes de la agricultura (y de ésta en la mayor parte), de la industria y comercio; y componen más de los dos tercios del capital productivo o de habilitación que se emplea en el reino".<sup>47</sup>

Pero no sólo los opositores a la medida compartían esta opinión, el propio virrey Iturrigaray, quien fue el principal promotor de su aplicación, reconoció, en una carta dirigida al ministro español Cayetano Soler, que la resistencia que provocaba la aplicación de la real cédula de *Consolidación* se debía principalmente al hecho de que los capitales de las obras pías estaban repartidos entre comerciantes, mine-

<sup>44</sup> Véase la definición de desamortización que dan Alberto de la Hera y Rosa María Martínez de Codes, contenida en la nota número 6.

<sup>45</sup> MARICHAL, "Iglesia y crisis financiera...", p. 121.

<sup>46</sup> Manuel Abad y Queipo, quien fue miembro del cabildo eclesiástico de Michoacán y juez de testamentos capellanías y obras pías en el momento de la expedición de la real cédula.

<sup>47</sup> Abad y Queipo, Escrito a Manuel Sixto Espinoza de 1807, en MORA, p. 231-232. Véase también del mismo autor, "Representación sobre la inmunidad personal del clero", en José María Luis MORA, *Obras sueltas*, México, Editorial Porrúa, 1963, pp. 175-204; y "Representación en nombre de los labradores y comerciantes de Valladolid", 59-74.

ros, labradores y "de cuyo poder han de salir para realizar su envío a la Península".<sup>48</sup>

Cabe señalar que en este sentido hubo una diferencia con la situación en España. Allí la enajenación de bienes de obras pías tampoco tuvo una intención desamortizadora, como se desprende claramente del real decreto del 19 de septiembre de 1798, pero el hecho de que un 90 por ciento de los bienes afectados hayan consistido en inmuebles,<sup>49</sup> implicó un proceso desamortizador, ya que éstos se vendieron y pasaron a otras manos.

En conclusión, la mayor parte de las obras afectadas por la *Consolidación* no correspondieron a bienes de "manos muertas" y, por lo tanto, no eran susceptibles a desamortizarse.

#### Quinto argumento

Con frecuencia se ha sostenido que la *Consolidación* comprendió a todos los bienes que pertenecían a la Iglesia, asumiendo que se trataba de una medida general de desamortización de los bienes del clero.<sup>50</sup>

Esto es erróneo porque en la medida no fueron incluidos los bienes raíces patrimoniales de las iglesias y comunidades religiosas, que servían para su sostenimiento.<sup>51</sup>

Esta salvedad dejaba fuera a la mayor parte de los bienes pertenecientes al clero. Por esta razón, cuando se suspendió en 1809 la aplicación del decreto en la Nueva España,<sup>52</sup> un elevado porcentaje de la propiedad raíz continuaba en manos de instituciones eclesiásticas. Este hecho se manifestó claramente en la ciudad de México, donde cuatro años después de la suspensión del decreto de *Consolidación*, las instituciones eclesiásticas eran propietarias del 47.08 por

<sup>48</sup> Carta número 859 del virrey José de Iturrigaray a Cayetano Soler, del 23 de septiembre de 1805, en SUGAWARA, *La deuda pública*, p. 46.

<sup>49</sup> LIEHR, "Endeudamiento estatal y crédito privado", p. 13.

<sup>50</sup> Por ejemplo Alexander von Humboldt manejó, en la obra *Ensayo político sobre el reino de la Nueva España*, la cifra de cuarenta y cuatro millones y medio de pesos, tanto para referirse a la riqueza de la Iglesia en su conjunto, como para cuantificar los bienes que el estado español quiso apropiarse mediante la *Consolidación* de vales reales. Alejandro de HUMBOLDT, *Ensayo político sobre el reino de la Nueva España*, México, Editorial Porrúa, 1973, editor Juan A. Ortega y Medina, p. 317.

<sup>51</sup> SUGAWARA, *La deuda pública...*, p. 16.

<sup>52</sup> El decreto de *Consolidación* se derogó mediante la real cédula del 26 de enero de 1809 y en la Nueva España se suspendió del 12 de abril del mismo año.

ciento del total de los inmuebles urbanos. Además, dichos inmuebles eran mejores en cuanto a ubicación, tamaño, calidad constructiva y comodidades que los de los propietarios particulares, que representaban el restante 52.02 por ciento.<sup>53</sup>

Una situación similar se dio en el resto de la Nueva España, lo que nos indica que la *Consolidación* no produjo cambios significativos en la estructura de la propiedad.

#### Sexto argumento

En las disposiciones sobre la *Consolidación* no sólo quedaron comprendidos bienes eclesiásticos y corporativos, sino también bienes privados, en muchos casos pertenecientes a legos.

Por ejemplo, los patronatos laicos eran fundaciones llevadas a cabo por legos y donde inclusive los beneficiarios eran legos. Las fundaciones se hacían sin intervención de instancia eclesiástica alguna y los bienes pertenecientes a la fundación no eran "espiritualizados", es decir, no se consideraban pertenecientes a la Iglesia, ni dependían de la jurisdicción eclesiástica, sino de la civil.<sup>54</sup>

En la misma situación que los anteriores se encontraban las capellanías laicas, con la única diferencia que el beneficiario era un eclesiástico. La mayoría de estas capellanías eran gentilicias, es decir, que los fundadores las habían instituido para sus descendientes. Cabe notar que, medio siglo después, durante la desamortización que llevaron a cabo los gobiernos liberales de Melchor Ocampo y de Benito Juárez, el capital de las capellanías se consideró propiedad individual.<sup>55</sup>

#### Octavo argumento

La *Consolidación* no se puede ver como una medida aislada, sino se debe analizar en el contexto en que apareció. Como quedó demostrado en el segundo inciso del presente trabajo, la disposición real sólo fue una de las múltiples medidas que se aplicaron durante la cap-

<sup>53</sup> María Dolores MORALES, "Estructura urbana y distribución de la propiedad en la ciudad de México en 1813", en *Historia Mexicana*, 25:3 (enero-marzo 1976), pp. 363-402.

<sup>54</sup> Para los diferentes tipos de capellanías véase KNOWLTON, "Chaplaincies", p. 421.

<sup>55</sup> KNOWLTON, "Chaplaincies", p. 431.

tación de dinero, destinado a remediar la apremiante situación económica en la que se encontraba la real hacienda.

#### V. LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LA IGLESIA

En la historiografía sobre el tema se ha sostenido que la *Consolidación* tuvo la finalidad de restar poder económico a la Iglesia y que significó un enfrentamiento entre esta última y el Estado.<sup>56</sup> Sin embargo, no existe evidencia de esta situación y, por el contrario, hay una serie de argumentos que apuntan en dirección opuesta.

En primer término, la aplicación del decreto de *Consolidación* hubiera sido muy difícil, y tal vez imposible, sin el apoyo del alto clero. El arzobispo de México integraba —junto con el virrey, el regente de la Audiencia, el fiscal de la misma, un diputado y un secretario— la *Junta Superior*, a cuyo cargo estaba la puesta en práctica y supervisión del procedimiento.<sup>57</sup> A su vez, los obispos formaban parte de las *Juntas subalternas*, que se crearon en las ciudades de cada obispado, para aplicar las medidas a nivel regional.<sup>58</sup>

De acuerdo con la información disponible, ningún obispo se resistió a colaborar con el régimen. Seguramente se sentían comprometidos con la Corona y probablemente les atrajo el estímulo económico que les ofreció el Rey, como miembros de las Juntas Superior y Subalternas, y que consistía en la parte proporcional de un medio por ciento del total de las cantidades recaudadas.<sup>59</sup> Los sectores eclesiásticos también cooperaron al proporcionar información sobre las obras pías y capellanías existentes.

Otra circunstancia que indica que no hubo conflicto entre la Iglesia y el Estado es que la primera no participó en las manifestaciones de protesta que se generaron a raíz de la expedición de la real cédula. De las once *Representaciones* y tres *Adhesiones* que han llegado hasta nosotros, solamente una, la del Cabildo Eclesiástico de Valla-

<sup>56</sup> LAVRIN, "The execution of the law of Consolidation", p. 28.

<sup>57</sup> Véase el artículo segundo del Real decreto de Consolidación. Véase SUGAWARA, *La deuda pública de España...*, p. 14.

<sup>58</sup> Los siguientes personajes formaban parte de las Juntas subalternas, que se crearon en cada obispado: el presidente de la Audiencia, el obispo, el regente, el intendente y si lo hubiere separado de la presidencia, el fiscal de la Comisión Gubernativa. Artículo sexto del Real decreto de Consolidación. Véase SUGAWARA, *La deuda pública de España...*, p. 15.

<sup>59</sup> Véase artículos 51 y 52 del Real decreto de Consolidación. Véase SUGAWARA, *La deuda pública en España...*, p. 23.

dolid, provino de una institución eclesiástica, las restantes estuvieron a cargo de la sociedad secular.

Pero, aun la *Representación* del Cabildo Eclesiástico de Valladolid, no cuestiona la real cédula en su conjunto, sino únicamente los artículos 15 y 35 de la misma, o sea los mismos puntos objetados en las demás *Representaciones*.<sup>60</sup> El Cabildo aceptaba la necesidad de que se aplicaran diversas medidas para cubrir "las urgencias de la Corona", aunque esto afectara a las instituciones eclesiásticas. Apoyaba la deducción de un noveno de la masa diezmal, dispuesto por el real decreto del 28 de noviembre de 1804, que constituía una merma al ingreso de los obispos. También estaba de acuerdo con la enajenación de los bienes raíces pertenecientes a capellanías, pero se oponía a la sustracción de los capitales, pertenecientes a dichas fundaciones, que estuvieran invertidos mediante censo o depósito irregular.<sup>61</sup>

Todo lo anterior demuestra que hubo entendimiento y cooperación entre la Iglesia y Estado. La Iglesia se sentía obligada a apoyar al Estado, dada la alianza que, por siglos, había existido entre ambos y el Estado, a su vez, tenía consideraciones con la Iglesia. Como se señaló anteriormente, los grupos poderosos del clero regular y secular no resultaron muy afectados con la *Consolidación* y las instituciones de beneficencia tenían la esperanza de seguir cobrando sus rentas en la tesorería real.

#### V. SECTORES AFECTADOS MEDIANTE LA CONSOLIDACIÓN

Fue la sociedad popular la que resultó afectada en mayor medida mediante la *Consolidación*. El lector recordará que según los artículos 15 y 35 del real decreto, las fincas urbanas o rurales que tuvieran impuestos depósitos irregulares, censos perpetuos o redimibles u otros gravámenes, pertenecientes a capellanías u obras pías, que fueran perpetuas o tuvieran cumplidos los plazos, debían redimir dichos gravá-

<sup>60</sup> Representación en contra la Consolidación del Cabildo Eclesiástico de Valladolid de Michoacán documento redactado por Manuel Abad y Queipo, en SUGAWARA, *La deuda pública de España...*, p. 47.

<sup>61</sup> Hoy día sabemos que el texto de la *Representación* del cabildo michoacano fue de Abad y Queipo y que tuvo la finalidad de apoyar a los comerciantes, agricultores e industriales que poseían los fondos de las capellanías y obras pías, así como evitar que la Nueva España perdiera los capitales que eran necesarios para su economía.

menes y entregar, de inmediato, una parte de dicha cantidad, en la tesorería principal de la capital de la diócesis correspondiente y cubrir el resto en plazos.

Ahora bien, en la Nueva España los principales depositarios de los capitales de capellanías y de obras pías eran agricultores, mineros, comerciantes e industriales, o sea las personas pertenecientes a los sectores productivos de la sociedad. Sus bienes estaban cargados mediante gravámenes (censos consignativos y depósitos irregulares) que garantizaban los capitales o disponían de fiadores que desempeñaban esta función. Pagaban anualmente fuertes sumas por concepto de réditos a las instituciones eclesiásticas.<sup>62</sup>

Las deudas correspondientes a capellanías u obras pías podían tener tres orígenes diferentes. En primer lugar se podían derivar de préstamos que los deudores habían adquirido de los Juzgados de capellanías y obras pías o de otras instituciones eclesiásticas que administraban fondos de obras pías o de capellanías.<sup>63</sup> Estas deudas obligaban al pago de los intereses, que generalmente eran del cinco por ciento anual, mientras no se redimiera el capital.<sup>64</sup>

En segundo lugar, podían proceder de fundaciones realizadas mediante crédito, que los propios deudores o sus antepasados habían hecho. Es decir, los fundadores, en vez de aportar dinero, sólo habían reconocido una deuda por el monto de la fundación y se habían comprometido a pagar un interés correspondiente, que casi siempre fue del cinco por ciento anual. Este tipo de operaciones también se lle-

<sup>62</sup> Los agricultores, mineros, comerciantes e industriales representaban para los Juzgados de capellanías y obras pías las mejores opciones de inversión de los capitales de las obras pías. Véase WOBESER, *El crédito eclesiástico en la Nueva España...*, cap. 3.

<sup>63</sup> Desde el siglo XVI se instituyó la práctica de que los Juzgados de capellanías y obras pías y de otras instituciones eclesiásticas, que administraban fondos de obras pías, invirtieran los capitales de las obras pías y las capellanías a través de préstamos, que se otorgaban a personas o a instituciones. Era conveniente para ambas partes, porque las instituciones eclesiásticas tenían la necesidad de invertir para hacerlo productivo, a la vez que los comerciantes, agricultores y demás empresarios requerían crédito para costear sus empresas y cubrir sus necesidades personales. Recuérdese que en la época colonial no había bancos y que las instituciones eclesiásticas eran las principales fuentes de crédito que existían.

<sup>64</sup> Los préstamos se llevaban a cabo mediante censos consignativos (perpetuos y redimibles), que se imponían sobre las propiedades de los prestatarios o, a partir del siglo XVIII, por medio de depósitos irregulares. Los primeros se garantizaban mediante el propio censo y los segundos por una hipoteca impuesta en una propiedad raíz del prestatario o mediante fiadores. Véase WOBESER, *El crédito eclesiástico...*, cap. 3.

vaban a cabo mediante un censo consignativo o un depósito irregular y el compromiso que implicaban era igual al que provenía de un préstamo.

En tercer lugar, un deudor pudo haber adquirido la deuda al comprar o heredar una propiedad que previamente haya estado cargada con gravámenes.

Debido a las características que tenía el crédito en aquella época, que favorecía la inversión a largo plazo, las deudas solían mantenerse por periodos muy largos y los prestatarios pagaban los réditos correspondientes, sin redimir los capitales.

La consecuencia fue que la mayoría de los créditos estuvieran vendidos y que se diera una acumulación de gravámenes sobre las propiedades. En la Nueva España del último tercio del siglo XVIII la mayor parte de las casas urbanas, los ranchos y las haciendas estaba cargada con gravámenes, que generalmente representaban entre el 60 y el 90 por ciento del valor de las propiedades.

El resultado fue que casi todas las personas estaban endeudadas con una o con varias instituciones eclesiásticas y, como una parte sustancial de dicho crédito provenía de capellanías y de obras pías, muchas resultaban perjudicadas por la *Consolidación*.

Cabe resaltar que muchas personas habían contraído préstamos por encima de su capacidad de pago y habían hecho donaciones piadosas, a pesar de no disponer de los fondos que se requerían para ello, porque sólo se comprometían al pago de los intereses y no estaban obligados a devolver el capital.

La *Consolidación* despojaba a los novohispanos de capitales que les habían pertenecido y sobre los que estaba basada la economía del reino. La medida afectaba a la agricultura, al comercio, a la minería y a la industria porque estas ramas operaban en gran medida con el capital de las obras pías.<sup>65</sup> La redención forzosa de los capitales adeudados significó la quiebra de muchas unidades productivas. Otros empresarios se veían privados de los medios de producción y, además, en adelante no contarían con el crédito necesario para operar sus empresas.

<sup>65</sup> Abad y Queipo sostiene, en la *Representación* a nombre de los labradores y comerciantes de Valladolid, que la gran masa de los agricultores, comerciantes e industriales operaba con capital ajeno y que de 10.000 vecinos de la Nueva España no hay 100 que manejen los negocios con capital propio. SUGAWARA, *La deuda pública de España*, p. 218.

Los afectados se unieron para protestar en contra de la medida a través de las *Representaciones*, mediante las que solicitaban la desaparición parcial o total de las medidas e incluían un análisis de la situación y un pronóstico de los efectos que tendrían sobre la economía y la sociedad.

Por último, cabe reflexionar acerca de la razón por la cual la *Consolidación* no se manejó como una desamortización. Es probable que en momentos tan difíciles, como los que estaba atravesando España, no resultaba conveniente un enfrentamiento con la Iglesia. El haber optado por la desamortización de los bienes eclesiásticos hubiera significado resistencia por parte de las instituciones eclesiásticas y seguramente hubiera provocado una fractura entre ambas instancias.

Otra razón puede haber sido que no se contaba con la autorización de Roma para incautar los bienes eclesiásticos.

## SECCIÓN MONOGRÁFICA

### DERECHO DE FAMILIA

#### PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

María Fernanda BARRERA CRISTIANI

SUMARIO: I. Introducción. II. Exposición doctrinal. A. Derecho de familia. B. La filiación. C. Presunciones jurídicas. D. Consideraciones sobre las pruebas de paternidad. E. La tutela judicial efectiva y el juicio de paternidad. III. La investigación de la paternidad en las resoluciones del Tribunal Constitucional. A. Estudio de los precedentes del Tribunal Constitucional sobre la prueba biológica en la investigación de la paternidad. IV. Fuentes consultadas.

#### I. INTRODUCCIÓN

¿Se puede obligar a una persona (entiéndase el presunto padre) a practicarse la prueba biológica, consistente en la extracción de unas gotas de sangre para decretar la paternidad con respecto a quien alega ser su hijo?

¿Sería esto violatorio de derechos fundamentales?

Éstas son las dos principales interrogantes que me motivaron para la elaboración del presente trabajo de investigación, el cual está estructurado de la siguiente manera:

Primero se hace referencia al Derecho de familia. Este Derecho comprende la filiación, que da lugar al estado civil de *status filii*. Se hace un análisis del régimen general de la filiación matrimonial y extramatrimonial, de las presunciones legales y de las presunciones de paternidad, así como de las acciones de filiación.

Posteriormente se profundiza en las pruebas de paternidad, que tienen especial importancia en las acciones de reclamación de la paternidad extramatrimonial, haciendo hincapié en la importante trascendencia de las pruebas biológicas cuya fiabilidad es del 99.73%; siendo además compatibles con la Constitución, como se verá en el desarrollo del presente trabajo.



Se determinan los efectos derivados de la negativa a someterse a dichas pruebas, es decir, la interpretación de dicha negativa por el Juez.

El derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, como un derecho fundamental de todas las personas, implica la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto, la cual debe estar motivada y razonada, y cuyo contenido alcanza no sólo la obtención de una resolución en primera instancia y en la fase declarativa, sino que también comprende el derecho al recurso y el derecho a la ejecución de la sentencia.

Se hace un análisis de los AATC103/90 y 221/90 (caso "Manuel Benítez" y caso "Rubio", respectivamente), en los cuales el Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre la prueba biológica en la investigación de la paternidad declarada por el Tribunal Supremo, apoyando lo establecido por dicho Tribunal, atribuyéndose la paternidad al demandado, quien se negó a realizarse la prueba biológica respectiva; e inadmitiendo el recurso de amparo interpuesto por el recurrente por carecer dicho recurso de contenido constitucional.

Por último, se hace un análisis profundo de la trascendente STC 7/94, de 17 de enero de 1994, la cual anula la sentencia dictada por el Tribunal Supremo y declara la firmeza de la sentencia de la Audiencia; de donde se derivan ciertos conflictos: primero, el Tribunal Supremo dictó Sentencia del 30 de abril de 1992 en la que contradice la doctrina antes sentada por él mismo reflejada en los AATC 103/90 y 221/90; en segundo lugar, el Tribunal Supremo considera que al fallar el Tribunal Constitucional en el sentido en el que lo hizo ha invadido funciones que corresponden exclusivamente a la Jurisdicción Ordinaria; y por último, se estudia el voto particular del Magistrado don Pedro Cruz Villalón, quien considera que la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, al declarar firme la Sentencia de la Audiencia, no fue la correcta, pues a su juicio, debió haber anulado las tres resoluciones judiciales.

## II. EXPOSICIÓN DOCTRINAL

### A. Derecho de familia

#### a. Concepto

Prescindiendo de acepciones demasiado amplias (conjunto de personas ligadas por vínculo conyugal, de parentesco o afinidad que incluye a personas difuntas —antepasados— y concebidas —*nasciturus*—) o demasiado restringidas (grupo formulado por los padres y los hijos bajo su potestad) se puede definir la familia como "el conjunto de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco".

Es, pues, un conjunto de personas físicas: seres humanos nacidos (artículo 29 C.C.) que cumplan las *condiciones iuris* para serles reconocida su personalidad (artículo 30 C.C.) incluyéndose al *nasciturus*, a los efectos favorables (artículo 29 C.C.), pero no a los difuntos —antepasados— pues dejaron de ser personas, sujetos de derecho (artículo 32 C.C.).

Las personas jurídicas quedan fuera del concepto de familia.

Las relaciones entre sí que se dan en las personas físicas que forman la familia se deben a vínculos conyugales o de parentesco.

Los conyugales son por razón de matrimonio; no se incluye dentro del concepto de la familia desde el punto de vista jurídico la relación hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-mujer, aunque sea total y aunque —la primera— procrea; el Derecho acepta, reconoce y regula relación conyugal en el sentido de matrimonial, con estabilidad reconocida por el Derecho, pero no la extramatrimonial (aunque sí admite y regula, como en seguida se verá, la filiación que pueda surgir de tal relación).

Los vínculos de parentesco son "consanguíneos", por razón de filiación biológica, sea matrimonial o extramatrimonial, o "afines" producidos por causa del matrimonio, o "adoptivos", de adopción y "tutelares", por razón de la institución de la tutela que da lugar a lo que se ha llamado con frecuencia relaciones cuasi-familiares, pero pueden incluirse dentro del concepto jurídico de familia, productor —sin duda— de relaciones jurídicas de Derecho de familia.

Hay que advertir que la familia es una institución natural y social; el Derecho no la crea y la regula, sino que la contempla, acepta y reconoce, y dispone, en un conjunto de normas jurídicas, su protección jurídica y su regulación jurídica positiva.

Se puede definir como "el conjunto de normas jurídicas —integrante del Derecho Civil— que regula la familia en todos sus aspectos de Derecho Privado".

Por tanto, el Derecho de familia comprende esencialmente tres aspectos: el matrimonio, la filiación y la tutela.

A su vez, el matrimonio incluye la normativa sobre: 1º) La matrimonial; 2º) La extramatrimonial; y 3º) La adoptiva, así como 4º) La patria potestad.

Por último, la tutela se refiere a la guarda y protección de menores o incapacitados no sujetos a la patria potestad.

#### b. Naturaleza y caracteres

El Derecho de Familia se había tratado y considerado siempre como parte integrante del Derecho Civil, es decir, dentro del Derecho Privado.

Cicu<sup>1</sup> mantuvo la separación entre el Derecho de Familia y el Derecho Privado, y la afinidad entre aquél y el Derecho Público. Dicha doctrina la fundamentaba por su particular configuración del Derecho Público y del Derecho Privado: entendía que el Derecho Público es el que persigue la satisfacción de intereses supraindividuales; por el contrario, el Derecho Privado regula la satisfacción de intereses individuales. En el Derecho de Familia, las relaciones jurídicas y los derechos individuales tienen la característica de unidad y no de antítesis de intereses, persiguen un interés superior y unitario, supraindividual, que es el de la familia en su unidad orgánica; la naturaleza de la relación la distingue con el nombre de "relación orgánica", semejante a la relación de Derecho Público.

La doctrina de Cicu se mantiene tan sólo si se acepta su distinción entre el Derecho Público y Privado. Pero si se entiende —sin entrar en más detalles sobre su esencial diferenciación— que en el Derecho Público tiene intervención el Estado dotado de *ius imperii*, y no en

<sup>1</sup> Cicu, Antonio, *Il diritto di famiglia*, Macerata, 1914.

el Derecho Privado, entonces el Derecho de Familia se encuentra dentro del Derecho Privado, aunque como parte autónoma y muy característica.

En la doctrina española —ni apenas en la extranjera— no tuvo aceptación la postura inicial de Cicu. Siempre se ha tratado el Derecho de familia como Derecho Privado y dentro —como parte integrante— del Derecho Civil. Sin embargo, sus especiales caracteres lo configuran con una especial autonomía que lo distinguen de las demás partes del Derecho Civil.<sup>2</sup>

La Doctrina, tanto extranjera (Cicu, Ruggiero) como española (Castán, Bonet, Puig Brutau, Lacruz, Santos Briz) coinciden esencialmente en señalar los caracteres del Derecho de Familia que le dan su especial configuración.

Son los siguientes:

#### Primero. Contenido ético

Las normas básicas del Derecho de Familia proceden más que del campo del Derecho positivo, de la ética, ya que la familia es una institución natural y social que el Derecho acepta, reconoce y regula. Normas básicas, pues son de origen y tienen un contenido ético, que han pasado a ser jurídicas, porque el Derecho las ha aceptado y se las ha apropiado.

Consecuencia de ello es la abundancia de normas jurídicas que carecen de sanción o tienen sanción atenuada, o la tienen de tipo indirecto, porque el Derecho o no puede imponer coactivamente su cumplimiento o prefiere dejarlo a la conciencia de los interesados.

<sup>2</sup> Así, la jurisprudencia lo ha destacado en tres sentencias, las tres relativas a procesos de filiación. La de 30 de junio de 1988 (artículo civil, 933/88), dice (fundamento 2º, segundo párrafo): "...Derecho de familia, con las conocidas peculiaridades que le sitúan como un *tertium genus* entre el Derecho privado y el público, no cabe minimizar tales características que constituyen precisamente el soporte definitorio de esta singular parcela del Derecho".

Las sentencias de 15 de marzo de 1989 (artículo civil 648/89 y 5 de mayo de 1989 (artículo civil 785/89, ambas del mismo ponente, emplean idéntica frase: "el sentido iusprivatista del Derecho de Familia ha evolucionado en los últimos años... para pasar a integrarse en el *ius cogens* y en el ámbito del Derecho público".

### Segundo. Prevalencia de las relaciones personales y del interés supra-individual

El Derecho de Familia regula, fundamentalmente, estados, situaciones, derechos y deberes personales; también regula relaciones económicas, como los alimentos, el régimen económico matrimonial, el aspecto patrimonial de la patria potestad y de la tutela, etcétera, pero éstas tienen un papel secundario, no son reguladas por sí mismas, sino como conveniencia de aquellas relaciones personales.

Pero, además tanto las relaciones personales como las económicas no están previstas para la satisfacción de intereses individuales, sino en aras a un interés supraindividual, el de la familia.

### Tercero. Carácter de función

Cuando se concede un derecho, no para la satisfacción de un interés digno de protección (que sería el derecho subjetivo), sino para cumplir un deber, se denomina con el nombre de función. En Derecho de Familia es frecuente —más que en ninguna otra parte del Derecho Civil— el carácter de función de los derechos: los de los padres sobre los hijos, los de los cónyuges entre sí, los de administración y disposición de bienes, etcétera.

### Cuarto. Limitada autonomía de la voluntad

Así como el principio de la autonomía de la voluntad es uno de los pilares en los que se asienta el Derecho Civil, sufre una especial limitación en el Derecho de Familia en que sus normas, por lo general, son impositivas e inderogables.

Así, los particulares podrán crear o no, libremente, el *status* básico del Derecho de Familia, que es el matrimonio, pero éste lo deberán aceptar como viene previsto en la ley, sin que su autonomía de la voluntad pueda modificarlo; del mismo modo, carecen de autonomía para variar los efectos personales del matrimonio, la filiación, la patria potestad, la tutela. Únicamente tienen cierta autonomía en las relaciones económicas que, precisamente, como antes se ha dicho, están subordinadas a las relaciones personales.

Por regla general, pues, los derechos de familia son indisponibles, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

## B. La filiación

### a. Concepto

La filiación, como una de las partes del Derecho de Familia, participa de la característica de que no es una institución creada y regulada por el ordenamiento jurídico, sino un hecho natural que el Derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en un criterio de protección que se basa en la naturaleza, en el interés social y en el precepto constitucional contenido en el artículo 39.2 de la Constitución, que expresamente proclama la protección de los hijos.

El concepto de filiación es: "relación biológica entre los padres y los hijos que han generado, y también al ser reconocida y aceptada por el Derecho".

La filiación es, en principio, una relación biológica y jurídica: al vínculo de sangre se une la relación jurídica, a esta idea se refiere el artículo 112 del CC al decir que: "La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar", ya que los efectos a que se refiere son los jurídicos, evidentemente, el tener lugar no es otra cosa que la generación física, biológica.

Aunque también puede darse una filiación biológica, pero no jurídica, en el caso de que no aparezca o no conste legalmente, ante el Derecho, quiénes sean los padres o uno de ellos; sin embargo, las acciones encaminadas a investigar o a reclamar la paternidad o maternidad podrán conseguir que se declare una determinada filiación jurídica, uniéndose así a la relación biológica la jurídica.

Se dará el caso contrario cuando conste una filiación jurídica que no sea biológica: será el supuesto del marido que no sea realmente el padre de quien cree ser su hijo matrimonial o el hombre o la mujer que reconocen un hijo extramatrimonial sabiendo (o no, a veces) que no lo han generado. También, es este caso, las acciones de reclamación o de impugnación podrán hacer aparecer la realidad de las cosas y unir la relación jurídica a quien la tenga biológica.

Caso aparte es la filiación adoptiva en que hay relación jurídica, sin base biológica.

La filiación da lugar a uno de los estados civiles: *status filii*, condición de hijo, en sus diferentes clases, aunque en la legislación actual tenga el mismo tratamiento jurídico; por ello ya no cabe hablar de

estado civil de hijo matrimonial o extramatrimonial o adoptivo, sino simplemente de un único estado civil: el *status filii*.

#### b. Política de discriminación entre filiación legítima e ilegítima

Históricamente se había siempre considerado "Filiación legítima" la procedente de personas que al tiempo de la concepción estaban casadas entre sí. De cuyo matrimonio se deriva una presunción: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que fue reconocida en el antiguo artículo 108 (derogado por Ley de 13 de mayo de 1981) que la arbitraba con unos pasos de presunción de concepción en el matrimonio (ciento ochenta días tras el matrimonio y trescientos tras su disolución o separación) no cabiendo prueba en contrario (más que la imposibilidad física de cohabitación).

La "filiación ilegítima" era la procedente de personas entre las que al tiempo de la concepción no existía matrimonio legítimo.

En el Derecho Romano se conocían con el nombre de *spurii* o *vulgo concepti* los nacidos fuera del matrimonio. En el Derecho justiniano se llamaban "naturales" los habidos en concubinatos y *spurii* los nacidos de uniones no estables. Las Partidas (Partida 4a., tit. 15) consideraban ilegítimos los hijos que *non nassen de casamiento segund ley*, y enumeraba distintas clases de hijos ilegítimos: naturales, los que *fazen en las barraganas*, notos, "fruto de adulterio", fornesinos, *nascen de adulterio o son fechos en parienta o en mugeres de Orden*, manzeres, de prostituta, espúresos, de otras mujeres.

Las Leyes de Toro (Ley II, que pasó a la Novísima Recopilación) consideró los hijos naturales como de padres que al tiempo de la concepción o nacimiento podían casarse sin dispensa.

El Código Civil únicamente distinguió en los hijos ilegítimos, los naturales, de padres que al tiempo de la concepción podían casarse sin dispensa o con ella, y los demás ilegítimos en quienes no concurría la condición legal de naturales.

Mientras el hijo legítimo tenía todos los derechos derivados de la filiación, el natural tenía menguados derechos respecto al padre o madre que le reconocieron y los demás ilegítimos tenían únicamente, y en ciertos casos, derechos de alimentos.

En este estado de cosas, con un esencial cambio de mentalidad legal y de ambiente social, se llega a la Constitución de 1978, cuyo artículo 14 establece la igualdad ante la ley, "sin discriminación alguna

por razón de nacimiento..."; y el artículo 39, tras referirse a la protección integral de los hijos, añade: "iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación".

Respondiendo a la nueva mentalidad social y jurídica y cumpliendo la norma constitucional, se promulga la Ley de 13 de mayo de 1981 que modifica el Código Civil en materia de filiación (además de la patria potestad y del régimen económico del matrimonio). En dicha reforma, el Código Civil cambia de terminología y la esencia de la normativa sobre filiación. Desaparecen los términos de hijos legítimos, ilegítimos y naturales; hay hijos matrimoniales y extramatrimoniales, aparte de los adoptivos, todos ellos con los mismos derechos y efectos jurídicos: principio de igualdad, de acuerdo con la Constitución y con ruptura del sistema anterior.

#### c. Régimen general de la filiación matrimonial

##### c.1 Concepto y requisitos

El artículo 108 C.C., primer párrafo, último inciso, define la filiación matrimonial: "es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí"; es decir, son hijos matrimoniales los hijos de personas unidas en matrimonio.

Son requisitos de la filiación matrimonial:<sup>3</sup>

Primero: La maternidad de la mujer casada, que no plantea más posible problema que el de la prueba —si se discute— del parto y de la identidad del hijo: *mater semper certa est*.

Segundo: Matrimonio de los padres entre sí, sin importar que el matrimonio sea anterior o posterior a la concepción o al mismo nacimiento. De aquí que se puedan distinguir:<sup>4</sup> 1º) los hijos matrimoniales de origen, es decir, desde antes de nacer, que pueden ser concebidos durante el matrimonio, o bien concebidos antes, pero los padres contraen el matrimonio antes del nacimiento y el hijo nace ya matrimonial; junto a éstos; 2º) los hijos matrimoniales después de nacidos, que son los nacidos de padres no casados entre sí (no importa

<sup>3</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *El nuevo régimen de la familia*, II, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 23.

<sup>4</sup> ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de Familia, 4a. ed., Barcelona, 1989, p. 221.

que sean solteros o casados con tercera persona) que después de dicho nacimiento contraen matrimonio y el hijo deviene matrimonial.

Tercero. Que la generación sea por obra del padre, lo que únicamente se determina por juego de presunciones, como la de *pater is est quem nuptiae demonstrant* que se refleja en el Código Civil, que establece una presunción general en el artículo 116, una presunción atenuada en el artículo 117, una matrimonialización (antigua legitimación) en el artículo 119 y un caso de paternidad aun sin presunción en el artículo 118; aparte de ello, las acciones de filiación matrimonial pueden conducir a la determinación de la paternidad.

### c.2 Determinación

El artículo 115 establece que la "filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

1º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres". En la inscripción de nacimiento consta la maternidad por la certificación del facultativo que asistió al parto; la paternidad se desprende del juego de presunciones, que se analiza seguidamente.

2º "Por sentencia firme", recaída en el proceso seguido en el ejercicio de la acción de filiación, de reclamación de la filiación matrimonial.

### c.3 Presunciones de paternidad

#### c.3.1 Presunción general de paternidad del marido

El artículo 116 establece la presunción general de paternidad del marido de todo hijo nacido vigente el matrimonio: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

Parte el Código del plazo mínimo y máximo de gestación de 180 y 300 días, respectivamente.

Si nace dentro de los 180 días primeros del matrimonio, esta presunción general queda atenuada por el artículo 117. Si nace después de los 300 días de separado o disuelto el matrimonio, no se aplica la presunción (artículo 118).

En todo caso, es una presunción *iuris tantum*, basada en los deberes de convivencia y de fidelidad (artículos 68 y 69) que son efecto personal del matrimonio, que admite prueba en contrario: puede probarse que el hijo no es del marido por medio de las acciones de investigación y de impugnación de la paternidad, y además, puede probarse también que el nacido después de los 300 días de disuelto o separado el matrimonio es del marido a pesar del transcurso de este plazo (sin perjuicio de que, en este caso, quepa aplicar el artículo 118).

#### c.3.2 Presunción atenuada de paternidad del hijo nacido en los primeros 180 días

La presunción de paternidad del marido alcanza a los hijos nacidos en los primeros 180 días de celebrado el matrimonio, en que la concepción se ha producido antes de contraerse. Pero no es una presunción tan general como la del artículo 116, sino atenuada, aunque tampoco se trata de una legitimación o matrimonialización, sino que el hijo es plenamente matrimonial, pero con posibilidad por parte del marido de desconocer e invalidar la presunción de su paternidad por simple declaración en contrario.

Dispone, en efecto, el artículo 117 que "nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio podrá el marido destruir la presunción (del artículo 116) mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto".

Por "declaración auténtica... formalizada..." debe entenderse la que reúne requisitos de fehaciencia suficientes para poder afectar al estado civil del hijo. Así, esencialmente, la declaración o comparecencia ante el encargado del Registro Civil o notarial o judicial que, en todo caso, se inscribirá en el Registro Civil marginalmente a la inscripción de nacimiento del hijo al que se refiera.

Dicha declaración en contrario no tiene naturaleza de impugnación de filiación matrimonial, sino simplemente de desconocimiento de su paternidad y, por tanto, al destruir la presunción, como dice el artículo 117, elimina la filiación matrimonial del hijo que desconoce ser suyo.

A este desconocimiento de la paternidad se formula una excepción: si el padre, antes del parto, ha reconocido expresa o tácitamente la paternidad del hijo, no puede luego desconocerla. Añade, en este sentido, el artículo 117 que "se exceptúan los casos en que hubiere

reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio".

Hay todavía una excepción a la excepción: si el marido no puede desconocer la paternidad del hijo nacido en los primeros 180 días del matrimonio, por razón de haber conocido el embarazo de la mujer, si (excepción a la excepción) puede desconocerla —último inciso del artículo 117— por medio de una "declaración auténtica de desconocimiento de la paternidad que se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo".

### c.3.3 No presunción de paternidad del hijo nacido después de los 300 días

Una vez separados judicialmente o de hecho los cónyuges, no cabe aplicar la presunción de paternidad del hijo nacido después de 300 días. Se presume que ha sido concebido tras el matrimonio, y por lo tanto, no por el marido. Para acreditar que, a pesar de ello, el hijo es del marido y, en consecuencia, matrimonial, será preciso ejercitar las acciones pertinentes de reclamación de la filiación matrimonial.

Sin embargo, en caso de separación judicial o de hecho, el matrimonio sigue vigente, aunque falte el deber de convivencia y si ambos cónyuges lo declaran conjuntamente, el hijo nacido después de los 300 días de su separación será matrimonial. Así lo prevé el artículo 118: "Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos".

### c.3.4 No presunción respecto al hijo nacido antes del matrimonio

El artículo 108 dice que el hijo es "matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí", sin especificar el momento de la concepción, que puede haberse hecho antes del matrimonio. Pero también puede producirse antes del matrimonio el propio nacimiento. En tal caso, el hijo nacerá extramatrimonial, pero si posteriormente los padres contraen matrimonio, aquel hijo devendrá automáticamente matrimonial. Necesariamente, sin embargo, deberá constar que tal hijo es

extramatrimonial de ambos cónyuges. Se trata —podría decirse— de una matrimonialización del hijo extramatrimonial.<sup>5</sup>

Prevé este supuesto el artículo 119: "La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo (la aludida matrimonialización) siempre que (constancia de la filiación matrimonial) el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme. . ." a los medios de determinación de la filiación extramatrimonial.

### d. Régimen de la filiación extramatrimonial

#### d.1 Concepto y determinación

Es extramatrimonial el hijo de padres que no han contraído matrimonio entre sí.

La filiación extramatrimonial no se determina nunca por la ley, sino por la voluntad de los padres o de uno solo de ellos mediante acto jurídico o por resolución judicial. El artículo 120 enumera los medios de determinación:

1º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 2º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 3º Por sentencia firme; 4º Respecto de la madre, cuando haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

#### e. Régimen general de las acciones de filiación. La investigación de la paternidad

##### e.1 Concepto y principios

La filiación matrimonial o extramatrimonial puede determinarse por sentencia firme (artículos 115, 2º y 120, 3º) mediante el ejercicio de

<sup>5</sup> MOREU BALLANGA, "Matrimonialidad de la filiación por subsiguiente matrimonio de los padres", en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988, p. 665.

la "acción de reclamación" (la más típica, la de reclamación de la filiación extramatrimonial, es conocida con el nombre de acción de investigación de la paternidad) o destruirse la ya determinada por el ejercicio de la "acción de impugnación".

La regulación de las acciones de filiación aparece sometida a dos fuerzas o tensiones contrapuestas. Por un lado, el derecho a la obtención y a la difusión de la verdad: que los hijos encuentren a sus verdaderos padres y los padres a sus hijos. Frente a esta línea, existe otra que es de preservación de la paz familiar y, por consiguiente, de limitación de los conflictos que puedan alterar el *statu quo* familiar.

Los principios, base de todas las acciones de filiación son:

#### Primero. Principio de libre investigación de la paternidad y la maternidad

Que proclama el primer párrafo del artículo 127 como declaración de principio que es desarrollado por los artículos siguientes al regular las distintas acciones. Con ello se cumple el mandato constitucional del artículo 39.2 de la Constitución ("la ley posibilitará la investigación de la paternidad").

#### Segundo. Acciones declarativas

No son constitutivas, en el sentido de que constituyen el *status filii*, con eficacia *ex nunc*, sino que declaran la filiación, que producirá efectos (artículo 112) desde el nacimiento.

La acción se ejercitará en proceso declarativo ordinario de menor cuantía (artículo 484, 2º, LEC) con intervención del Ministerio Fiscal (artículo 3º, 6, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (artículo 3º, 6, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981).

Son acciones irrenunciables y no cabe transacción.

#### Tercero. Legitimación activa

Las acciones son personalísimas e intransmisibles: sólo puede ejercitarlas el propio interesado, y si es menor o incapacitado, su repre-

<sup>6</sup> PRIETO FERNÁNDEZ, Carmen, "El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente", en *Act. Civ.*, 1991, p.

sentante legal o el Ministerio Fiscal (artículo 129) y sólo cabe su transmisibilidad *mortis causa* si muere el demandante iniciado el ejercicio de la acción (artículo 30). Aunque hay algunas alteraciones parciales a este principio: puede ejercer la acción de reclamación de filiación cualquier persona con interés legítimo, si el hijo tiene constante posesión de estado (artículo 131) y si no hay posesión de estado, cualquier perjudicado puede impugnar la filiación extramatrimonial (artículo 140).

#### Cuarto. Presupuesto de admisibilidad de la demanda

La demanda no se admitirá (artículo 127, segundo párrafo) "si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". No se trata de una prueba plena, sino de una *semiplena probatio*, una razonable y mínima justificación con la finalidad de evitar procesos temerarios, o limitar el posible abuso exigiendo *ab initio* un principio de prueba que acredite la seriedad de la pretensión, impidiendo a personas desaprensivas excesiva facilidad y medios hábiles para crear a veces artificial e infundadamente procesos que pueden llevar a intranquilidad a personas y familias.

#### Quinto. Medidas protectoras y alimentos

En los procesos de impugnación de la filiación, cuyo hijo al que se refiere está sometido a la potestad del demandado que aparece como progenitor, dispone el artículo 128 que mientras se tramite, "el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes de aquél": medidas de protección que quedan al arbitrio judicial, adaptadas a las circunstancias de cada caso. Con estas medidas se intenta evitar que sufra peligro la persona y bienes del menor o incapacitado que está bajo patria potestad de alguien cuya paternidad o maternidad se está impugnando.

Igualmente, en los procesos de reclamación de filiación, añade el segundo párrafo del mismo artículo 128, "el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado", e incluso las anteriores "medidas de protección"

### Sexto. Admisibilidad de toda clase de pruebas

Se admite toda clase de pruebas, incluso las biológicas, lo que prevé el último inciso del primer párrafo del artículo 127; y que será motivo de análisis posterior en este trabajo.

#### e.2 Acciones de reclamación

##### e.2.1 Acciones de reclamación de la filiación matrimonial

La acción de reclamación de la filiación matrimonial tiene por objeto determinar la filiación matrimonial, por no existir ninguna o por ser inexacta la existente.

Si existe posesión de estado, puede ejercer esta acción (legitimación activa) —que pretenda hacer coincidir esta filiación con la posesión de estado— cualquier persona con interés legítimo, según dispone el párrafo del artículo 131, lo que debe incluir a los propios interesados —padres e hijos— o sus herederos o todo el que pueda acreditar un interés aceptable.

A falta de la correspondiente posesión de estado, pueden ejercitarla tan sólo el padre, madre o hijo, tal como añade el artículo 132, primer párrafo.

La acción se dirigirá contra (legitimación pasiva) aquellas personas que tengan en este momento una relación de filiación, sea con posesión de estado o sin ella. En todo caso, será parte el Ministerio Fiscal, por tratarse de una acción de estado.

La acción es imprescriptible (artículo 132, primer párrafo); caduca (artículo 132, segundo párrafo) sólo en el caso de fallecer el hijo antes de cuatro años de alcanzar la capacidad o en el siguiente de descubrir las pruebas, en cuyo caso los herederos tienen legitimación sólo por el tiempo que falta para cumplir el plazo.

##### e.2.2 Acción de reclamación de la filiación extramatrimonial

Como la matrimonial, la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial tiene por objeto "determinar (artículo 120, 3º) la relación de filiación padre o madre e hijo, fuera del matrimonio". Es la máxima

expresión de la acción de investigación de la paternidad, proclamada como principio en el artículo 127.

La prueba de la maternidad puede ser más fácil si se demuestra el parto y la identidad del hijo, sin perjuicio —tal como dispone el artículo 127— de que pueda practicarse toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

La prueba de la paternidad es más difícil por depender de un hecho —la generación— no demostrable exteriormente. También cabe toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (artículo 127), que tendrá, en este caso, importancia decisiva.

Pero puede ocurrir que no se pruebe ni en favor ni en contra, respecto a la madre, el hecho del parto, o respecto al padre, la generación. En tales casos, el artículo 135 presenta unos hechos, que si se prueban, "podrá declararse la filiación", son: 1º) "el reconocimiento expreso o tácito"; 2º) "la posesión de estado" (en cuyo caso tiene legitimación activa para ejercitar esta acción, cualquier persona con interés legítimo (artículo 131); 3º) referido sólo a la paternidad: "La convivencia con la madre en la época de la concepción", de la que se desprenda la generación de tal hijo; 4º) "otros hechos de los que se infiera, de modo análogo".

Cuando faltare la posesión de estado, dispone el artículo 133 que la acción "corresponde al hijo durante toda su vida"; el hijo está, pues, legitimado activamente. Mientras sea menor de edad (o si es incapacitado) podrá ejercitar la acción, en su nombre, su representante legal o el Ministerio Fiscal (artículo 129). Si es mayor de edad, sólo él mismo podrá ejercitar la acción. Sus herederos podrán ejercitarla sólo si la había ya iniciado el hijo antes de morir (artículo 130), o en el caso del segundo párrafo del artículo 133 (análogo al del artículo 132): si el hijo muere dentro del plazo de cuatro años desde que alcance la capacidad o desde que descubre las pruebas, sus herederos podrán ejercitar la acción en el tiempo que se reste para completar dicho plazo.

La acción es imprescriptible; sólo existe el plazo de caducidad en el caso visto del segundo párrafo del artículo 133, en que se ha transmitido la legitimación activa.



### e.3 Acciones de impugnación

#### e.3.1 Acción de impugnación de la maternidad matrimonial

La madre, para impugnar su maternidad del hijo matrimonial, puede probar que no hubo tal maternidad de tal hijo, es decir, como dispone el artículo 139, "justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo, pudiendo emplear toda clase de pruebas, incluidas las biológicas" (artículo 127) para acreditar que aquél no es su hijo.

La legitimación activa la tienen: la madre, el padre y el propio hijo. La acción es imprescriptible.

#### e.3.2 Acción de impugnación de la paternidad marital

La paternidad del marido se determina a base de presunciones. Pero tales presunciones pueden no responder a la realidad biológica, en cuyo caso puede el padre impugnar aquella paternidad que le fue determinada por las presunciones.

Para probar la no paternidad del marido se podrá utilizar (como prevé el artículo 127) "toda clase de pruebas incluidas las biológicas".

La legitimación activa va íntimamente ligada a los plazos de caducidad establecidos en el Código. En primer lugar, tienen legitimación el marido (artículo 136), supuesto padre; con plazo de caducidad de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, o si el marido ignora el nacimiento, desde que lo supo. También tienen legitimación activa los herederos del marido (artículo 136 párrafo segundo), si éste muere antes de que transcurra el anterior plazo de caducidad; los herederos también tienen legitimación activa si el marido fallece sin conocer el nacimiento, corriendo entonces el plazo de caducidad desde que lo conozcan aquéllos (artículo 136, tercer párrafo).

La legitimación activa corresponde también, como dispone el artículo 137, al propio hijo, cuyo plazo de caducidad es también de un año, desde la inscripción de la filiación, pero si es menor o está incapacitado, o bien ejerce la acción la madre que ostente la patria potestad o el Ministerio Fiscal, o bien la ejerce el propio hijo cuando sea capaz, contándose el año desde que adquiere la mayoría de edad o la capa-

cidad. El hijo o sus herederos pueden ejercitar dicha acción, sin plazo de caducidad, si falta la posesión de estado de filiación matrimonial.

#### e.3.3 Acción de impugnación de la filiación extramatrimonial

Cabe impugnar una filiación extramatrimonial, a no ser que esté determinada por sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada.

Su función es acreditar la no paternidad o no maternidad de una filiación extramatrimonial, —utilizando una vez más, artículo 127— "toda clase de pruebas, incluidas las biológicas".

Si existe posesión de estado —artículo 140, segundo párrafo— tiene legitimación activa el padre o madre, el hijo y quienes por la filiación pueden resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caduca a los cuatro años a partir de que concurra un doble requisito: inscripción de la filiación y posesión de estado. Si el actor es el hijo, no le caduca la acción hasta un año después de haber llegado a su plena capacidad (artículo 140, tercer párrafo).

Si falta la posesión de estado, tienen legitimación activa, según el primer párrafo del artículo 140, "aquellos a quienes perjudique". No se establece el plazo de caducidad, esa acción es imprescriptible.

## C. Presunciones jurídicas

### a. Presunciones. Concepto. Valor probatorio

La presunción es una actividad del Juez que va encaminada a acreditar un hecho distinto del hecho afirmado y probado por las partes procesales, en virtud del nexo que existe entre ambos, bien que lo imponga la ley, o porque lo impongan las reglas del criterio humano o las máximas de la experiencia.

Toda presunción tiene su punto de apoyo en un hecho base con fundamento bastante para sugerir la certeza de otro que es su consecuencia. Esta afirmación está tomada del supuesto más simplista consistente en una deducción basada en el antecedente del que se desprende una conclusión segura, conforme a las reglas del criterio humano. Sin embargo, la sencillez del caso necesita ser completada con todos los demás de índole más compleja, en los cuales una combinación de las

pruebas para hacer valoraciones en armónica relación todas ellas, y la posibilidad de resultados que gozan de diferente grado de credibilidad, complican sobremanera el problema del valor de las presunciones.

No son éstas fuentes primarias en el conocimiento de la verdad. Todo lo contrario, su posibilidad de operar supone una obtención anterior de los datos adquiridos por otros medios. La seguridad de certeza permite establecer unas conexiones que el pensamiento aporta como fruto de la deliberación posibilitando la ampliación del reducido ámbito inicial, que dan las primeras impresiones. La extensión posterior es debida al poder creador del discernimiento, capaz siempre de llegar a conocer lo que las apariencias no muestran, pero que es averiguado siguiendo la pista que los indicios sugieren al observador atento.

El valor complementario y subordinado que las presunciones cumplen es evidente. Resulta preciso tener conciencia de sus límites y naturaleza para no confundirlo con los demás medios de prueba.

Los medios que la ley procesal regula son fuentes directas llamadas a formar en el Juez la convicción de la verdad con base en su propio contenido. Su valor es primario porque la prueba incorpora los medios de conocimiento que inmediatamente van a permitir formar juicio sobre aquello que es o no es cierto. Por el contrario, en el caso de las presunciones, su operatividad más que secundaria es subordinada y su eficacia indirecta, ya que partiendo de los hechos probados por otros medios, trata de conocer aquello que racionalmente se infiere de los primarios.

El Juez debe tener libertad para valerse de medios de prueba necesarios, hacer deducciones y obtener consecuencias, establecer relaciones y luego sentar una afirmación concluyente acerca de los hechos probados. Con lo cual esta libertad se manifiesta en el momento de elegir las pruebas, continúa luego en el proceso lógico que integra una estimación y culmina al sentar la conclusión. Reglas lógicas y empíricas gobiernan la búsqueda de medios eficaces y aptos para la prueba y también su interpretación y estimativa. Se precisa un enlace directo y preciso en la argumentación que trata de inducir las causas partiendo de unas circunstancias, al igual que en la deducción de consecuencias, sirviéndonos de la base o principio que las fundamenta. Pero hay que advertir que los hechos descubiertos a través de un proceso racional pueden ser también objeto de prueba directa, y en tal caso

lejos de existir una incompatibilidad o tener que establecer reglas de prioridad, nos encontramos que, si los resultados son afines, hay una concurrencia que fortalece la postura que reconoce el hecho como probado, en virtud de la coincidencia. Sin embargo, en el caso en que se observe una contradicción entre aquello que sugiere la presunción y lo que se desprende de la prueba directa habrá que estar con preferencia a esta última.

En el catálogo de pruebas establecido en el artículo 1215 del Código Civil se señalan las de presunciones como uno de los medios que pueden utilizarse en el proceso para acreditar los hechos litigiosos aducidos por las partes.

Coherentemente, en los artículos 1249 a 1253 del Código Civil se regula la utilización de las presunciones. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el mismo Código Civil distingue dos tipos de presunciones: las establecidas por la ley (artículo 1250) y las que ésta no establece (artículo 1253). Esta distinción nos introduce en un doble tratamiento y consideración de las presunciones puesto que la función, alcance y utilidad en el proceso es diferente según se trate de las presunciones legales o de las no legales.

Las presunciones legales cumplen la misión de fijar los hechos en la sentencia exonerando de la prueba de los mismos a la parte que está favorecida por ellas. La presunción legal, que es la que propiamente merece el nombre de presunción, actúa como un medio de relevar de la carga de la prueba al litigante; de esa forma cuando se da —y prueba— el hecho base, el legislador determina anticipadamente la existencia del hecho presumido ("pre-sumere"). Por tanto el litigante tiene que probar el hecho base al cual el legislador ha ligado el hecho presumido.

Sin embargo las presunciones no legales que reciben con propiedad la denominación de Prueba por Indicios, o Presunción de Hecho, no constituyen una dispensa de la prueba, sino que son un medio de prueba mediata o indiciaria; a través de la prueba de ciertos hechos, se consideran acreditados (presumidos) otros que, por la experiencia de la vida (reglas de criterio humano), se hallan estrechamente unidos a ellos.

De esta actividad probatoria trata el artículo 1253 del Código Civil, del cual resultan una serie de requisitos que es preciso tener en cuenta para que puedan operar dentro del proceso con finalidad probatoria.

Se exige en primer lugar que el hecho-indicio esté completamente demostrado y en segundo lugar que el alcance existente entre el hecho indicio (accesorio) y el hecho presunto (principal) sea preciso y directo según las reglas del criterio humano. Las máximas de experiencia no están detalladas en ningún precepto y por tanto son apreciadas por el juez libremente con arreglo a las reglas del criterio humano.

La prueba por indicios deja de ser útil cuando se presenta una prueba en contrario respecto del hecho-indicio y cuando el enlace no es preciso y directo. Es una prueba supletoria que debe ir acompañada de otros medios de prueba, o que debe emplearse subsidiariamente en el caso de que no sea posible obtener una prueba directa sobre los hechos que tratan de probarse por este medio.

#### b. Las presunciones legales, su función y efectos

Los hechos o situaciones jurídicas que se tienen como existentes por la ley o por virtud de una presunción legal no precisan prueba.

El legislador en ciertos casos ha establecido un hecho como existente siempre que se den ciertos hechos que es necesario probar. Así ocurre cuando el artículo 116 C.C. dispone que se presumen hijos de marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hechos de los cónyuges.

El legislador para ello asume una regla lógica; es habitual que los hijos nacidos de dos personas casadas pertenezcan al marido, por tanto fija el estado jurídico del marido, por la sola concurrencia de los plazos prevenidos en la ley. Sin embargo también puede ocurrir que un hijo nacido de una mujer no sea del marido de ésta, sino de otro individuo. Por tanto, estas consecuencias generales y presuntas extraídas por el legislador admiten cuando la ley lo prohíbe expresamente (presunciones *iuris et de iure*).

Las presunciones legales tienen por objeto dar seguridad a los hechos o estados jurídicos que se suponen existentes por razones lógicas y de justicia.

La existencia de una presunción impuesta por la ley genera diversas conductas en los intervinientes en el proceso. La parte que está favorecida por ella debe probar el hecho antecedente o base (artículos 1249, 1250 C.C.). El juez, ante la existencia de la presunción

legal, debe asumir como probado el hecho presumido. Sin embargo, cuando, por medio de la prueba en contrario (artículo 1251 i CC), se acredita que el hecho antecedente no existe, la presunción deja de producir efectos. El Juzgador no podrá tener como existente el hecho presumido.

#### c. Presunciones *iuris et de iure*

Cuando es la misma ley la que *a priori* consagra una regla fijando un hecho deducido de otro, sin que se admita prueba en contrario, estamos ante las presunciones *iuris et de iure*. Éstas llegan a dispensar de la prueba al favorecido por las mismas y deniegan su admisión a la parte contraria, pero en realidad lo que hace la ley es reconocer un efecto jurídico que se sigue del enlace o combinación de dos hechos. El primero estima procedente admitir la existencia de otro derivado de aquél, y cuya realidad no puede ser discutida. Por eso la doctrina piensa que es como si el efecto jurídico se siguiese directamente del supuesto principal, que necesita ser probado.

En toda presunción legal la deducción la establece la norma, porque racionalmente se puede inferir una consecuencia y proclamarla con caracteres de generalidad, de manera que hay que estar y pasar por la declaración, que es como si constituyese un efecto jurídico más que se sigue del supuesto de hecho.

#### d. Presunciones *iuris tantum*

Con estas presunciones acontece lo mismo, con la particularidad de que el efecto reconocido por corresponder a una estimación de lo que normalmente suele ocurrir, y tratarse de circunstancias que naturalmente acompañan a un hecho anterior, hace que el titular se vea favorecido por un precepto legal, regulador en el sentido de que aquél que el efecto reconocido por corresponder a una estimación de lo que jurídica unas circunstancias que derivan de aquél y al que van unidas, por lo común, siendo excepcional lo contrario, exonerando de la necesidad de probar el hecho supuesto, quedando descargado de ello el interesado por recaer la carga de la prueba en el adversario.

### e. Presunciones de paternidad

Pocos temas han preocupado de antiguo y siempre tanto al hombre como el de la paternidad, obra interna y secreto de la naturaleza, expuesta por desgracia al error y a la concurrencia, materia de difícilísima comprobación.

Este carácter de la paternidad ha exigido, para su determinación, el recurrir a presunciones. Viene a relacionarse la paternidad con el hombre que ha tenido cohabitación, presunta o probada, con la madre en determinada época, que se denomina periodo legal de concepción ("legal", en realidad, sólo cuando existe una presunción legal de paternidad, matrimonial o extramatrimonial). Habida cuenta de la dificultad para la determinación del momento de la concepción, y del amplio margen de variación de la duración de la gestación de unos casos a otros, aquel plazo legal de concepción, dentro del cual se considera concebido forzosamente el hijo, es relativamente amplio: queda definido por la diferencia de tiempo entre los plazos legales máximo y mínimo de gestación.

Si hubiera seguridad, o en el caso de que la haya, de que durante ese tiempo la mujer ha cohabitado exclusivamente con un solo hombre, no habrá duda alguna sobre la paternidad. Pero esa seguridad es difícilmente alcanzable, y de ahí los graves problemas de la paternidad, su impugnación, su investigación, etcétera.

Si hubiera de buscar la causa profunda de los conflictos de paternidad, habría que pensar en primer lugar en que son inherentes a la

<sup>7</sup> Manifestación de esa preocupación, y de la duda profunda y casi visceral que angustia al hombre en cuanto a su progenitor, son en dicho popular: "Los hijos de mis hijos, mis nietos son; los hijos de mis hijos, son... o no son"; y la literatura universal, máximo exponente del alma humana y sus problemas.

Las referencias que se hacen en este sentido van desde *La Odisea* (Atenas pregunta a Telémaco: "¿Si soy yo ciertamente su hijo?... Mi madre así me lo dice, pero ya nada sé en verdad de ello; ¿en qué puede reconocer un hijo a su padre?"; libro I, versos 215-216), y la Biblia ("como la nave sobre la ola, así el hombre en la mujer no deja señal ni rastro de su paso", citado por VICENTI, "La ricerca della paternità e i gruppi sanguigni", Florencia, 1955, que apostilla: "La imagen es bíblica y ha quedado como la expresión más elegante y más exacta de una verdad inconcusa"); hasta SHAKESPEARE en "Vida y muerte del Rey Juan", acto I (Felipe el Bastardo al Rey: "Descendemos, ciertamente, de una misma madre, poderoso rey, según es notorio, y creo que del mismo padre; pero para conocimiento evidente de la verdad, os remito al cielo y a mi madre; sobre este punto tengo las mismas dudas que pueden asaltar a todos los hijos de los hombres". Versos 59-63).

naturaleza misma de la paternidad, y consecuencia del sistema legal de las presunciones para su determinación.

Efectivamente, casi toda la construcción jurídico-legal de los códigos modernos, en materia de filiación y paternidad, se basan en un sistema de presunciones de paternidad, expediente legal necesario ante lo inescrutable de la paternidad o inaccesible a los medios ordinarios de prueba, combinado a veces con un sistema arbitrario en materia de filiación extramatrimonial, donde la voluntad individual a través del reconocimiento voluntario, interfiere el régimen, legal objetivo de presunciones, complicando gravemente la cuestión y multiplicando los no pocos problemas.

Para hablar de un conflicto jurídico de paternidad es preciso que en alguna forma, por el procedimiento que sea, haya o pueda haber atribución formal de paternidad, o por declaración judicial, o por reconocimiento formal y solemne; o que, de la misma manera haya pretensiones formales de paternidad orientadas para producir efectos jurídicos concurrentes. La simple afirmación de paternidad respecto de un niño ya dotado de una filiación no causa, pues, un conflicto propiamente dicho en tanto que no es expresada bajo la forma de un reconocimiento o de una acción judicial.

Toda atribución que en principio se haga de una paternidad, sea legal o individual (reconocimiento en sus varias formas), no pasa de ser una presunción de paternidad, presunción que se justifica a través del esquema de una cohabitación presunta y probada a la que por ley o por el juicio valorativo de un Tribunal, le es atribuido carácter fecundo, de modo que se considerará padre al autor de aquella cohabitación (o cohabitaciones).

El doctor Francisco Rivero Hernández<sup>8</sup> distingue cuatro tipos de presunciones de paternidad, a saber:

1. *Presunción de paternidad legítima y legal*, es la clásica regla *pater is est* y de toda norma que con una u otra expresión atribuya al marido la paternidad del hijo nacido de mujer casada.
2. *Presunción de paternidad natural y legal*, cuando se declara legalmente la paternidad del hombre que ha nacido con la madre en el periodo legal de concepción.
3. *Presunción legal de paternidad*, a la manifestación de propia paternidad que hace un hombre en determinadas condiciones (el reco-

<sup>8</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Los conflictos de paternidad en el Derecho comparado y en el Derecho español*, Barcelona, 1a. ed., 1980, p. 56.

nocimiento de la filiación natural): la atribución de la paternidad la hace la Ley y no el hombre, el cual lo único que sabe y puede decir es que él ha tenido relación carnal con la mujer (él proporciona el elemento cohabitación; la ley, y sólo la ley, otorga carácter causal a tal cohabitación).

4. *Presunción judicial de paternidad*, en cambio, hay cuando un Tribunal declara o impone la paternidad de cierto hombre del que se ha probado que tuvo acceso carnal con la madre en época idónea para la concepción, en el que todo concurre en el mismo sentido y cuya deducción la hace el Tribunal a través de un juicio de valoración.

De todo ello se desprende que la atribución de la paternidad en todos los casos no se hace gratuitamente ni por frío imperativo de la ley o por arbitraria voluntad individual, ni por una abstracta virtud del matrimonio *per se* (en la presunción de paternidad matrimonial), sino en virtud del mecanismo de la cohabitación causal.

En el Código Civil español no hay prevista presunción de concepción fuera de Filiación Matrimonial como quedó señalado y desarrollado en el apartado B.c.3.

La problemática de la prueba de la paternidad (en la que se halla inserta la presunción de paternidad) es común a la filiación matrimonial y extramatrimonial: se plantea de manera negativa para la primera (si el marido, presunto padre, no es tal: problema de la impugnación de la presunción) y de forma positiva en la segunda (demostrar, probar quién es el padre). Pero, positivo o negativo, el problema, en el fondo, es el mismo.

En la base de toda atribución de paternidad hay siempre una presunción de paternidad: presunción legal si aparece dictada, prevista o impuesta, implícita o explícitamente por la Ley; presunción de hecho (o judicial), cuando no ocurre así (especialmente en aquellos casos en que la declaración de paternidad se hace en sentencia judicial).

Y todas estas presunciones de paternidad se justifican como otras tantas cohabitaciones causales, como cohabitaciones presuntas o probadas a las que superpone una presunción de generación. En la filiación extramatrimonial, la paternidad también resulta del juego de una presunción de paternidad, que es el mecanismo de la cohabitación causal.

La relación paterno-filial es ante todo de naturaleza eminentemente objetiva, con una base biológica, que es sustrato fundamental. La voluntad individual tiene un papel muy limitado para crear esa relación,

ya que objetivamente es independiente en absoluto de ella; por otra parte, el interés público predominante en esta relación debe prevalecer sobre el interés individual del generante para crearla o no a su albedrío.

Los problemas que en este campo crea el juego de la voluntad individual derivan de las dificultades de prueba de las relaciones sexuales origen del hijo extramatrimonial, en defecto de una situación y de una presunción de hecho semejantes a lo que proporcionan el matrimonio y de que goza la filiación matrimonial. No pudiendo presumirse aquellas relaciones, deben probarse; pero su propia naturaleza ética y fáctica dificulta esa prueba.

La mejor y menos sospechosa prueba de tales relaciones será su declaración o confesión por el propio hombre; las demás habrá que mirarlas con mayor cuidado.

La paternidad es algo que por su propia índole le es desconocido al padre que no está casado con la madre (que sólo puede ser "presunto padre").

Nadie puede asegurar su propia paternidad. El padre que no está casado con la madre jamás podrá declarar (jurídicamente) su paternidad, ni siquiera confesarla: no lo sabe, no puede saberlo, y menos asegurarlo. Lo único que puede saber y asegurar son sus relaciones habidas con la madre.

En consecuencia, la deducción de la paternidad, su afirmación a efectos jurídicos viene pronunciada de la presunción de la cohabitación causal, la cual resulta a veces de la vida en común continuada, aún al margen del matrimonio (concubinato), otras, de la propia manifestación del presunto padre (escrito indubitado, confesión, reconocimiento expreso y formal...); y alguna vez, como consecuencia de una conducta penal.

El que reconoce un hijo fuera de matrimonio no puede decir nada más que tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, por lo que cree que es padre.

Pero, en cambio, cuando el conflicto llegue ante los Tribunales, cuando éstos deban resolverlo y pronunciarse sobre la paternidad (que es el punto cardinal en este estudio, como se verá más adelante), deben investigar y profundizar hasta encontrar la paternidad real, pues es precisamente eso lo que se les pide.

Y como se analizará más adelante, no veo inconveniente alguno en que la solución al conflicto de la paternidad atribuible a un hombre, sea eminentemente (no exclusivamente) biológico.

#### D. Consideraciones sobre las pruebas de paternidad

##### a. Sistemática e ideas generales

El tema de las pruebas se plantea y tiene importancia en todas las acciones de filiación, pero en la práctica casi toda la problemática, y por ende la jurisprudencia, ha recaído en casos de acciones de investigación de la paternidad (es decir, acciones de reclamación de la paternidad extramatrimonial).

El gran cambio legislativo que supuso, por consecuencia de la Constitución de 1978, la reforma del C.C. de 1981, se centra esencialmente en dos aspectos: que se permite la investigación de la paternidad y que se permiten toda clase de pruebas; ambas se recogen en el primer párrafo del artículo 127 C.C. y se reiteran en la jurisprudencia. Lo que se pretenda probar es la verdad biológica, la realidad de la generación o realidad genética. En la acción de filiación, como proceso civil, rige el principio dispositivo y, por tanto, son las partes las que tienen que probar los hechos, esencialmente el hecho de la generación.

Ante todo hay que considerar la limitación de la acción de filiación por medio de la exigencia de un principio de prueba que es preciso acompañar a la demanda y que el Tribunal Supremo ha llegado a desnaturalizar al conformarse como un mero ofrecimiento de prueba a practicar en el curso del proceso, en el periodo probatorio.

A continuación, frente a la anterior limitación, se ha de ver la amplitud de prueba —“toda clase de pruebas”—, dice el artículo 127 C.C. en el ejercicio de la acción de filiación.

En estas pruebas destaca, por su gran importancia respecto al hecho de la generación, como prueba directa, la prueba biológica, con todos sus problemas y con la incidencia que respecto a la misma ha producido la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, que se analizará más adelante.

Y, tras ella, tiene importancia y ha recaído también numerosa jurisprudencia, la prueba indirecta o medios subsidiarios de prueba, que enumera el artículo 135.

##### b. El principio de prueba en las acciones de filiación

Un principio de prueba como presupuesto procesal para la admisión de la demanda es escogido por el artículo 127, segundo párrafo del C.C.: “El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”.

No se trata de una prueba sino de una *simple probatio*, razonable y mínima justificación con la finalidad de evitar procesos temerarios, o limitar posibles abusos exigiendo *ab initio* un principio de prueba que acredite la seriedad de la pretensión, impidiendo a personas desahonestas excesiva facilidad y medios hábiles para crear artificial e infundadamente procesos que puedan llevar la intranquilidad a personas y familias.

Este principio supone una mínima acreditación de los hechos, que parezcan por sí idóneos para convencer de que la demanda se interpone con una base de credibilidad, sin que sea preciso que se acredite su total certeza, basta la mera probabilidad, la veracidad o falsedad será resuelta en el proceso; se trata de hechos de los que razonablemente puede deducirse que la demanda no carece de fundamento, lo cual queda a la libre apreciación del Juez.

Todo esto en principio y en pura doctrina.<sup>9</sup> Pero, como se verá enseguida, la jurisprudencia ha acabado dándole otro sentido.

El Tribunal Supremo desnaturaliza este presupuesto que impone el C.C., mantiene un criterio amplio, en el sentido que basta la alegación de la prueba a practicar y ya desde la sentencia de 12 de noviembre 1987 (A.C. 132/88) dice que “debe considerarse suficiente la alegación en el escrito inicial de pruebas que pueden ser corroboradas en la fase probatoria”. Es decir, no se acompaña principio de prueba alguna, sino que se alega en la demanda que en fase probatoria del proceso se practicarán tales pruebas que acreditarán los hechos de la demanda.

La sentencia de 20 de octubre 1993 (A.C. 187/94), fundamento 1º, último párrafo, vuelve a sus cauces más aceptables, del criterio amplio: “La jurisprudencia de esta Sala es abundante y pacífica, aclarando que, respecto a este principio de prueba, cabe sostener una in-

<sup>9</sup> CUADRADO IGLESIAS, “La investigación de la paternidad y la maternidad”, en *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, t. I, p. 609.

interpretación espiritualizada, entendiendo que ni siquiera es necesario que la prueba deba plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de razonabilidad de la demanda. El requisito procesal del número 2º, del artículo 127 del Código Civil constituye un completo tendente a procurar la seriedad de la demanda".

### c. La prueba en el proceso de filiación en general

El artículo 127 C.C. dispone, como principio, que en los procesos en los que se ventilan acciones de filiación será admisible toda clase de pruebas. Amplitud, pues, de los medios de prueba, que comprende todos los que enumera la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, la declaración de amplitud probatoria de aquel artículo es una mera redundancia y quizá no tenga más valor y explicación que el ser un contraste con la limitación probatoria anterior a la reforma de 1981.

La prueba versará sobre el hecho de la generación, hecho de imposible manifestación externa en la paternidad, y en la maternidad puede ser posible cuando el hecho del parto y la identidad del hijo son físicamente demostrables, pero si se han dado avatares de tiempo (han pasado años) o de lugar (nació lejos) puede ser tan imposible como la paternidad.

Ante ello, la jurisprudencia ha distinguido las pruebas directas y las indirectas. Así, la sentencia de 30 de octubre de 1933 (A.C. 228/94) dice que "el vigente artículo 127 C.C. ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico investigación de la paternidad siendo admisibles en los juicios sobre filiación toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, no siendo obstáculo para la declaración de la filiación la falta de una prueba directa de la generación o del parto, como establece el artículo 135 del propio Código...".

La prueba directa versa sobre datos reales y se desprende una evidencia y en la prueba indirecta, se acude a presunciones que habrá de ponderar el juez en la búsqueda de la verdad material.

La prueba directa está constituida por la prueba biológica, sobre la generación, o prueba de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el parto e identidad del hijo. Las pruebas indirectas se hallan recogidas en el artículo 135, como *numerus apertus*, ya que el último inciso prevé la

prueba "por otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo".

### d. La prueba indirecta

El artículo 135 C.C. dispone que "aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito de la posesión de estado, de la convivencia de la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo".

A partir de ahí, se pueden distinguir las pruebas directas y las indirectas. Como prueba directa, se debe incluir la biológica que acredita directamente la generación y cualquiera de las pruebas que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil que pueda acreditar directamente la realidad del parto y la identidad del hijo.

A falta de prueba directa, puede acudir a la prueba indirecta a que se refiere este artículo, para declarar la filiación objeto de la acción.

El magistrado Xavier O'Callahan Muñoz<sup>10</sup> señala que los hechos sobre los que recaerá prueba y que sirven de presunción para la estimación de la acción de filiación, es decir, la prueba indirecta que enumera el artículo 135, son los siguientes:

1. *El reconocimiento expreso o tácito.* No es el reconocimiento, como medio de determinar la filiación extramatrimonial del artículo 120. 1º del C.C., ya que si hubiera éste, no haría falta el ejercicio de la acción de filiación. Tiene el sentido de una admisión expresa o tácita, oral o escrita, de que aquella persona es hija de aquella otra.

Se puede distinguir, en el reconocimiento expreso, que contiene una declaración explícita de paternidad, el directo, cuando la declaración va dirigida a la finalidad de constatar la paternidad, o indirecta, cuando la declaración no tiene finalidad de reconocer, pero se infiere de la misma la afirmación de paternidad.

El reconocimiento expreso puede ser también aquel determinante de la filiación extramatrimonial, del artículo 120. 1º C.C., pero que por algún defecto o vicio no es válido o no es eficaz como tal medio

<sup>10</sup> O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la Paternidad*, Col. Doctrina y Jurisprudencia, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pp. 83 a 88.

de determinación de la filiación y puede, entonces, darse contra este reconocimiento, prueba indirecta de una acción de filiación.

El reconocimiento, en el sentido expresado, también puede ser tácito, derivado de actos concluyentes, que no se confundan con aquellos que generan la posesión de estado, que es cuestión distinta.

2. *Posesión de estado.* La posesión de estado es uno de los casos de prueba indirecta del artículo 135 C.C., pero también es trascendental a los efectos de la legitimación activa y de caducidad.

3. *Convivencia con la madre en la época de la concepción.* De esta prueba indirecta se podrá inferir tan sólo, evidentemente, la paternidad. Exige, también evidentemente, que la madre extramatrimonial esté ya determinada por cualquiera de los medios admitidos (artículo 120 C.C.).

La época en que se produjo la convivencia es la correspondiente a la que, razonablemente y bajo criterios biológicos, se produjo la concepción del hijo por la madre y, por tanto, la generación por el padre, objeto de la acción de filiación.

4. *Hechos análogos.* El último inciso del artículo 135 C.C. incluye como prueba indirecta, es decir, que se puede declarar la filiación que resulte de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo. Esta norma ha querido evitar el *numerus clausus* y concluye con esta referencia a hechos análogos. De tal forma, este artículo, sin sancionar plenamente el principio de prueba libre, ni admitir exactamente el de las presunciones legales, introduce en materia probatoria e interpretativa un criterio de gran amplitud que autoriza al Juez, acudiendo a las presunciones *iudicis*, a declarar o no la filiación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988 (A.C. 625/88), que, ante la negativa del demandado de practicar la prueba biológica, advierte que "las demás circunstancias fácticas antes expuestas es altamente revelador de un implícito reconocimiento" (fundamento 2º), tales circunstancias eran una serie de fotografías del demandado con la demandante con el hijo de ésta, de corta edad, que revelaban gran intimidad, acta del bautismo en que se hicieron constar al niño el primer apellido del demandado y el primero de la demandada, reportajes fotográficos aparecidos en revistas sin oposición, del demandado, todo lo cual lleva a "la acreditación de la generación pretendida al amparo del ya citado artículo 135 *in fine* del C.C." (fundamento 2º, *in fine*).

### e. *La prueba biológica como prueba de paternidad*

El artículo 127 C.C. después de prever expresamente la investigación de la paternidad y de la maternidad y consagrar el principio de libre admisibilidad de la prueba, añade: "incluidas las biológicas".

El avance de las técnicas biológicas y de la bioquímica ha puesto a disposición del jurista un tipo de pruebas de una fiabilidad extraordinaria. Al permitir la explícitamente el código, supone la ruptura con la situación anterior a 1981, en que no se admitía, y la proclamación del principio de la verdad biológica.

Ante todo y, en primer lugar, se trata de una prueba pericial y como tal rige el principio *iudex est peritum peritorum* que recoge el artículo 632 de la LEC: "Los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse a dictamen de los peritos". Sin embargo, en la práctica, el examen tan especializado y seguro fruto de la prueba biológica, muy difícilmente será obviado por el Juez.

Las pruebas biológicas se venían clasificando desde un punto de la medicina legal en: hereditarias, de grupos sanguíneos y del grado de madurez del recién nacido, aunque hoy en día lo más practicado es la hematológica y en este avance científico existen recientes investigaciones sobre el DNA del núcleo de la célula, con tales medios y técnicas, sometidos los datos a cálculo de computadora y manejados por expertos solventes, es posible llegar a afirmaciones y negaciones de paternidad superiores en muchos casos al 99.73%. Si no se aceptan este tipo de pruebas que pueden permitir este margen de certeza, el pleito se decidirá por obra y gracia de pruebas tan falibles como la testifical, o la documental o las presunciones.

Rivero Hernández<sup>11</sup> señaló que "visto el rigor científico y técnico de estas pruebas y autoexigencia de los expertos que las practican —donde el mínimo aceptable en la probabilidad de exclusión *a priori* de paternidad es del 99.9%— y los criterios que manejan en la afirmación de paternidad —donde sólo tienen por prácticamente probada a partir del 99.73% que con frecuencia superior, y al 99% sólo lo llaman "altamente probable"— ¿quién se atrevería hoy a seguir poniendo reparos a estas pruebas biológicas?, ¿qué Juez podría tener en con-

<sup>11</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", abril/agosto, 1987, Ed. Civitas, Madrid, pp. 4837, 4838.



ciencia la seguridad de acertar, en su pronunciamiento de paternidad, en más de un 90% (a veces, ni siquiera un 50 o 60%), si ha de fallar sin otros medios probatorios que testigos, documentos como los que se presentan en esos pleitos, presunciones o confesiones judiciales?; ¿qué sabe de su propia paternidad el hombre que la confiesa?; ¿qué otra cosa puede saber sino ciertas relaciones sexuales habidas, sin garantías de que sean fecundas, y menos de que sean únicas?"

#### f. Constitucionalidad de las pruebas biológicas en los procesos de filiación

Habida cuenta de la fuerte componente humana y personal tanto de la relación de filiación como de los procesos en que se discute, y al practicarse, por otro lado, la prueba biológica igualmente en personas y sobre datos a obtener directamente de las mismas, es evidente la posibilidad de entrar en conflicto con los derechos fundamentales de las personas, los más ceñidos a ella misma, tanto con ocasión de su efectiva práctica como respecto de ciertas conclusiones a sacar de aquellas pruebas.

En un doble plano se han planteado sobre tales conflictos:

1. De una parte, en relación con la práctica de la prueba biológica y los límites de su exigencia o impunidad *manu militari*: ello podía entrar en colisión con los derechos a la integridad física y a la libertad personal, o a la intimidad personal y familiar.

La extracción de sangre no puede practicarse por la fuerza. El Tribunal Constitucional en sentencia 7/1994, de 17 de enero, dice que "cuando las fuentes de pruebas se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad". Esto, traducido a derecho procesal, no significa que el aportar una prueba en el proceso civil sea un deber exigible coactivamente, sino una carga.

2. Por otra parte, supuesta la posibilidad de negarse el sujeto a la práctica de la prueba biológica (presentarse a ella), la propia interpretación jurídica de esta negativa, en un sentido u otro —particularmente en el de poder deducirse de la misma una declaración/imposición de paternidad—, puede afectar a importantes aspectos jurídico-formales (principio de igualdad en la aplicación de la Ley)

y a ciertas cargas fundamentales (derecho a la tutela judicial efectiva: artículo 24 CE).

Puede afirmarse enseguida que las pruebas biológicas en la determinación de la filiación no son contrarias a la Constitución, bien al contrario, son en principio, perfectamente compatibles con ella, y se adecúan a sus privilegios fundamentales y a sus normas concretas; y luego, a aquellas otras con rango de ley ordinaria que la han desarrollado (artículo 127 C.C.).

Dos vías argumentales, y sendos preceptos constitucionales, permiten hacer, *prima facie*, tales aseveraciones.

a) De un lado, el artículo 39.2 CE prevé que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", y parece evidente que sólo puede entenderse posibilitada, facilitada tal investigación y búsqueda de la verdadera paternidad biológica (que es el sentido de la norma transcrita: múltiple y constante jurisprudencia al respecto) si se permite el juego procesal propio de la prueba hoy más segura, contundente, fiable y eficaz que hay en este terreno, como es la prueba biológica, altamente tecnificada.

Mal puede aplicarse y llevarse a la realidad procesal aquel mandato constitucional si se obstaculiza el acceso a la prueba que permite conocer la realidad discutida y la verdad buscada con muchas mayores garantías de encontrarla y de acierto que ninguna otra de las manejadas hasta ahora, al tiempo de que es una de las que conoce la ley procesal (prueba pericial). Todo ello, evidentemente, siempre que no se lleva a la práctica en forma irregular o se obtenga lesionando otros derechos igualmente protegidos.

b) Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas en el ejercicio de sus derechos y protección de sus intereses legítimos, del artículo 24.1 CE; no es un mero pronunciamiento formal y vacío de contenido, sino que ha de ser hecho efectivo, actual. Para ello, el propio artículo 24 CE, en su apartado segundo, garantiza a las personas el poder "utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa", norma ésta cuyo alcance no se limita al ámbito penal, como pudiera indicar su ubicación en este precepto, en apresurada lectura, sino que se refiere también a la protección de todos aquellos derechos e intereses legítimos a los que se concreta la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

De ello se infiere que ha de caber perfectamente en ese marco de las pruebas pertinentes para la defensa de los derechos legítimos que la

Constitución protege, la más eficaz, solvente y segura de las pruebas técnicas y periciales que las ciencias biológicas y bioestadísticas ponen a disposición de los juristas (tribunales y abogados) en el marco procesal de la defensa de aquellos derechos e intereses.

g. *Efectos de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad*

La admisión de las pruebas biológicas viene planteando, desde su inserción en el ordenamiento jurídico, el problema de su práctica, evidentemente si el sujeto al que quiere practicársele este tipo de pruebas se niega a someterse a ellas.

Se plantean aquí dos cuestiones: en primer lugar la negativa misma, y en segundo lugar la interpretación de dicha negativa por el Juez. Respecto de la propia negativa es importante señalar que en derecho español es imposible, hoy por hoy, imponer de forma coercitiva, al sujeto el sometimiento a este tipo de pruebas. Para ello sería necesaria su regulación legal.

Frente a alguna (y equivocada) afirmación en otro sentido de tribunales inferiores, el Tribunal Supremo ha dicho innúmeras veces y en diferentes formas (de expresión, no de contenido) que la negativa a someterse a las pruebas biológicas "no implica ni supone, decide luego, una *ficta confessio* (Sentencia de 6 de febrero de 1991; 7 de febrero y 8 de julio de 1986, 27 de junio, 6 y 14 de noviembre de 1987, 11 y 18 de marzo, 21 de mayo, 14 de julio y 5 de diciembre de 1988; 20 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991...). Idéntica unanimidad se observa en esa jurisprudencia cuando en aseveraciones como la transcrita se añade que si aquella negativa a la prueba biológica no constituye *ficta confessio*, o, sin embargo, y constituye un grave indicio revelador de una actividad obstruccionista y antisocial, auténtico fraude de ley o abuso de derecho, que, unida a otros datos y pruebas, permite deducir un pronunciamiento de paternidad de acuerdo con el artículo 135 *in fine* C.C.

La negativa del demandado a que se le extraiga la sangre para la práctica de la prueba pericial correspondiente puede conducir a que se dicte sentencia declarando la relación paterno filial; siendo supuesto previo, lógicamente, la existencia de una relación sexual de la que se derive la posibilidad de fecundación de la mujer. Por tanto, el demandante tendrá que probar la existencia de tales relaciones

sexuales con una cierta duración, sin que conste la intervención de ningún otro varón durante ese tiempo, para que aplicando la prueba de presunciones (artículo 1253 C.C.) se declare la existencia de la paternidad reclamada.

Para decirlo con palabras del TS, la sentencia de 14 de noviembre de 1987 dispone: "ello no supone deducir una *ficta confessio* de la negativa a la extracción de unas gotas de sangre, sino meramente representa un indicio valioso, que conjugado con otros elementos probatorios figurados en autos permitieron a la sentencia recurrida llegar a declarar la paternidad pretendida".

Esta doctrina guarda relación con la línea jurisprudencial bien sentada ya en materia de pruebas biológicas en los procesos de filiación que alude a cómo la parte procesal que debe someterse a ellas al propio tiempo que es sujeto del proceso es objeto de investigación en ese mismo proceso, lo que le constituye no sólo titular de derechos, sino sujeto a obligaciones y cargas. Así como la STS de 15 de marzo de 1989 recuerda la de 14 de julio de 1988 (por poner un ejemplo), de la que reproduce que "no hay que olvidar que si la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso, a su vez, es objeto del proceso, y en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre la que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas, cuya negativa por parte del sujeto de someterse a ellas conculcaría la declaración programática del artículo 39.2 *in fine* de la Constitución...".

Prácticamente en todos los casos en que los tribunales deducen la paternidad del demandado de su negativa a someterse a la prueba aluden a aquello de que se trata de "negativa obstruccionista", de una negativa irrazonable, e indican que denota un fraude de ley y constituye un ejercicio antisocial del derecho; o que "pone de relieve la falta de lealtad procesal del demandado, constitutiva de un abuso de derecho y de una falta de realidad y colaboración con la administración de justicia" (*cf.* SSTS de 14 de julio de 1988, 6 de febrero de 1991 y 14 de noviembre de 1987) y vinculan esa negativa irrazonable y obstruccionista con la deducción de paternidad, a modo de supuesto o requisito necesario de tal proceso deductivo.

Sin embargo, no aparece en el ordenamiento jurídico español ninguna referencia directa ni indirecta a lo que pueda ser negativa razonable a la prueba biológica o causa para justificarla.

Habrán de ser los tribunales los que en cada caso concreto deban valorar si la causa o razón invocada por el interesado para no someterse a la prueba biológica es suficiente y justificada.

Rivero Hernández<sup>12</sup> piensa que podría ser excusa razonable para negarse a la extracción el padecer una enfermedad grave —p. ej. la hemofilia— de manera que el pinchazo pueda comportar un serio riesgo para la salud. O cuando se demuestre que el sujeto tiene miedo a la extracción de sangre y que pueda ella, si se efectúa, entrañar un grave perjuicio psíquico. En ambos casos y ejemplos siempre que por los datos que proporcione el interesado y pruebas aportadas estime el tribunal que el hecho alegado es razón y justificación suficiente de la negativa, por haber entre aquél y ésta una razonable y proporcionada relación de causalidad según el modo normal de actuar de las personas.

Pudiera ser también justificación bastante de la negativa una motivación religiosa, si algún credo o religión prohíbe la práctica de estas pruebas o la mera extracción de sangre.

#### E. La tutela judicial efectiva y el juicio de paternidad

##### a. Derecho a la tutela judicial efectiva. Introducción

El derecho a la tutela de los Jueces y Tribunales, sin perjuicio de su reconocimiento constitucional, es un derecho de alguna manera sobreentendido desde el momento en que, como consecuencia del nacimiento de lo que hoy denominamos Estado de Derecho, se prohíbe la autotutela o autodefensa y por tanto se impone la necesidad de dirimir las controversias ante unos órganos públicos del Estado que tienen el monopolio de la jurisdicción y que desarrollan de forma exclusiva la función jurisdiccional rodeados de determinadas garantías, tal y como ha venido a concretarse también en la CE de 1978 (artículo 117). En dicho cuerpo legal se reconoce en su artículo 24.1 el derecho de todas las personas "a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

Desde un principio interesa destacar la idea de que, en el sistema de derechos fundamentales establecidos en la CE, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra recogido en el artículo 24 entre las que pueden denominarse "garantías procesales constitucio-

<sup>12</sup> "Poder Judicial", 2a. época, núm. 25, Madrid.

nalizadas", es decir, que se trata de un derecho clave para la salvaguardia y protección de los demás derechos y, en especial, de los derechos fundamentales —idea que se refuerza en el artículo 7.1 LOPJ de 1985— de tal manera que del respeto y aplicación de tales derechos va a depender que no se infrinjan las garantías que sirven para su protección, ya que tal infracción supondría a modo de un desamparo de aquellos derechos.

Desde una perspectiva constitucional, donde este derecho puede alcanzar su más alto grado de abstracción, ha de constatarse la existencia de un derecho fundamental de acudir, pedir o incluso exigir la tutela jurisdiccional de los órganos públicos del Estado que tienen encomendada esa función, a modo como se reconoce en otras constituciones (*v.gr.* artículo 24 de la Constitución italiana) y Cortes internacionales (*v.gr.* artículo 10 de la Declaración de los Derechos Humanos y artículo 6 de la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950), sin olvidar, respecto del último punto, que el artículo 10 CE impone una interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por España.

De entre los distintos tipos de derechos que consagra la CE, el derecho a la tutela jurisdiccional se encuentra situado en la sección primera del capítulo II que se encabeza con el título "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas". Es sintomático que sólo a los derechos allí reconocidos se les tache de fundamentales —parece que quiere decirse que otros no lo son o lo son menos— lo que viene abonado por la protección reforzada con que cuentan y que se materializa en el artículo 53.2 CE, esto es, que son derechos que no sólo admiten la protección de la jurisdicción ordinaria y, además, a través de un procedimiento preferente y sumario, sino también del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. A ello ha de unirse el ser derechos que vinculan a todos los poderes públicos (artículo 53.1 CE) y, muy especialmente a los tribunales, órganos públicos del Estado, tal como se desprende también de la LOPJ (artículo 7.1), según se ha destacado antes.

En el contexto del artículo 24 CE el derecho a la tutela judicial efectiva parece ocupar un lugar preponderante a la prohibición de la indefensión.

El Tribunal Constitucional ha dado un contenido genérico al derecho a la tutela judicial efectiva que pueda adoptarse a todo tipo de procesos y órdenes jurisdiccionales e incluso adoptarlo a las distintas situaciones procesales, esto es, inadmisiones a *limine* resoluciones de absolución en la instancia o resoluciones de fondo. En cualquier caso, la jurisprudencia del TC ha abierto una nueva vía de interpretación de gran número de normas procesales con motivo de la aplicación del artículo 24 ya que ha sido esta norma la que en mayor medida ha basado los recursos de amparo que se han interpuesto ante dicho Tribunal.

#### b. Alcance y contenido

En primer lugar, y por lo que concierne a la legitimación para ejercitar ese derecho, de la lectura del precepto constitucional se deduce que la tienen "todas las personas", es decir, físicas y jurídicas y, por tanto, también los extranjeros que gocen de los mismos derechos civiles (artículos 13.1 CE y 27 CC). El hecho de que en alguna norma constitucional (artículo 53.2) se aluda tan sólo a los "ciudadanos" (personas físicas y de nacionalidad española) a propósito de la legitimación para recabar la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante la jurisdicción ordinaria y ante la jurisdicción constitucional, no desvirtúa lo dicho, al tratarse de un "desajuste" constitucional que en parte se repara a propósito del recurso de amparo ante el TC en la propia CE (artículo 162.1 b)).

En segundo lugar, el contenido de este derecho consiste en "obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales", de lo que se deriva que ese derecho no se reduce al simple "acceso" a los Tribunales, puesto que se trata de obtener una tutela, que, además, no consiste en una tutela cualquiera sino en una "tutela efectiva".

El justiciable tiene un derecho a la tutela judicial que supone mucho más que el mencionado acceso a la jurisdicción, aunque éste deba suponerse comprendido en el derecho a obtener una tutela de los Tribunales y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones (ej. S. 11/1985, de 30 de enero, FJ 2).

Sin embargo, no es fácil hoy, después de un decenio de jurisprudencia constitucional, concretar cuál es el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que está por ver que se trata de un solo

derecho y, precisamente, la doctrina del TC, a veces contradictoria, no cabe deducir un concepto claro e inequívoco del mismo.

Por tutela efectiva no cabe entender el derecho del justiciable a obtener una resolución favorable, esto es, que ese derecho no puede identificarse con la tesis concreta de la acción procesal. Esto no sólo se deduce de la propia jurisprudencia del TC desde el principio (S. 14 julio 1981, 30 de enero 1985, etcétera), sino además por la propia competencia del TC, ya que el artículo 44.1 b) LOTC establece que cuando una violación de derechos fundamentales sea imputable a un órgano jurisdiccional, el TC se abstendrá de conocer de los hechos que motivaron el proceso judicial, es decir, que tiene vedado el enjuiciamiento del fondo del asunto, y no podría ser de otro modo so pena de convertir al TC en un tribunal de segunda o tercera instancia en gran número de procesos, desvirtuándose la razón de ser del recurso de amparo.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de los justiciables extensivo a todos los órdenes jurisdiccionales. Un derecho que se relaciona frecuentemente con la prohibición de indefensión, así como con el resto de derechos contenidos en el párrafo 2º del artículo 24, donde se encuentran las garantías del debido proceso.

Del conjunto de sentencias del TC quizá pueda extraerse como conclusión más generalizada que el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en el derecho a obtener una resolución de fondo (sea favorable o adversa) siempre que concurren los presupuestos procesales necesarios para ello. Esta forma de concebir el derecho a la tutela judicial se observa en la doctrina del TC desde el principio (*v.gr.* SS 9/1981, de 3 de marzo y 13/1981, de 22 de abril) y se ha mantenido con reiteración hasta el presente. Sin embargo, ese derecho al proceso, esto es, a la actividad procesal y a la sentencia de fondo siempre que se observen los requisitos procesales, sólo se vería satisfecho desde el punto y hora que recayera una resolución de fondo sobre las pretensiones deducidas, lo que implicaría que, si un óbice procesal impidiera un pronunciamiento sobre el fondo, no podría satisfacer tal derecho pues se carecería de él, sin que ello supusiera una violación del precepto constitucional.

Sin embargo, frente a esa conclusión, una línea jurisprudencial del TC paralela a la expuesta y, al menos, en aparente contradicción, viene a proclamar que la tutela jurisdiccional resulta otorgada y por tanto el derecho a la misma satisfecho cuando la decisión judicial con-

siste en negar, de forma no arbitraria o irrazonable la concurrencia de un presupuesto procesal para conocer el fondo del proceso (S. 37/1982, de 16 de junio). Tampoco han faltado sentencias en las que parecen conciliarse ambas posturas, aunque dando prioridad a la primera (s: 43/1985, de 22 de marzo).

Del examen de la jurisprudencia constitucional parece deducirse una inclinación hacia la primera tesis, si se tienen en cuenta además la reiteración e insistencia del TC en que los requisitos y presupuestos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la efectividad del derecho contenido en el artículo 24.1 CE (SS. 6/1986, de 21 de enero; 148/1988, de 14 de julio; 15/1990, de 1 de febrero), es decir, que en conexión con lo que impone el artículo 11.3 LOPJ, los órganos judiciales tienen el mandato de facilitar la subsanación de los defectos procesales subsanables, so pena de incurrir en la violación del fundamental derecho en cuestión (STC 127/1991, de 6 de junio).

Claro que si el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo, siempre que concurren los requisitos y presupuestos procesales, esa resolución ha de ser motivada, ya que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no sólo es una exigencia del artículo 120.3 CE, sino que forma parte del derecho reconocido en el artículo 24.1 y ese derecho a la motivación se satisface cuando la resolución judicial de manera implícita o explícita hace posible el conocimiento de los criterios jurídicos que lo fundamentan, sin que sea exigible una determinada extensión de la motivación o una pormenorización de todos los aspectos y perspectivas a que se refieren las partes (SS. 8/1983, de 18 de febrero, y 122/1991, de 3 de junio). Igualmente el derecho a la tutela judicial no sólo implica una resolución motivada, sino también una resolución congruente, de tal manera que la incongruencia de la resolución pueda entrañar una violación de ese derecho con trascendencia constitucional (ST 561/1983, de 11 de julio, y 123/1991, de 3 de junio).

Por otra parte, el contenido de ese derecho no sólo alcanza a la obtención de una resolución en primera instancia y en la fase declarativa, sino que también comprende el derecho al recurso y el derecho a la ejecución de la sentencia. Respecto de lo primero, ese derecho al recurso no cabe entenderlo como el derecho a que la ley prevea, salvo en el ámbito penal (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con el artículo 10 CE), sino el

derecho a usar los recursos que las leyes determinen, sin que el contenido garantizado en el artículo 24.1 se agote en el mero acceso al recurso, sino que comprende el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada; por eso las normas que establecen causas de inadmisión de un recurso han de responder a las necesidades que justifican su existencia y han de interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del derecho (S. 17/1985, de 9 de febrero entre otras muchas). El derecho a una tutela judicial efectiva es extensible a la fase de ejecución y comporta que el fallo se cumpla en sus propios términos y la parte sea repuesta en su derecho, lo contrario, como lo declara el TC (SS. 32/1982, de 7 de junio, y 26/1983 de 13 de abril), convertiría las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones y haría ilusoria la efectividad del propio derecho.

Con lo expuesto hasta ahora no puede decirse que se agote el alcance y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, quizá porque como ha declarado el propio TC (S. 17/1985, de 9 de febrero) ese derecho "no exige, siempre que se respete el contenido esencial del mismo, que dicha tutela se configure de una forma determinada sino que admite múltiples posibilidades en la ordenación de jurisdicciones y procesos, y también, por tanto, de instancias y recursos". De ahí que, la tutela judicial efectiva no comprenda un solo derecho sino varios y, en todo caso, una cláusula general de tutela judicial, correspondiente a la prohibición de autodefensa propia de un Estado de Derecho, y que comporta que ninguna controversia o pretensión que tenga su base en el ordenamiento jurídico quede sin dicha tutela jurisdiccional y, además se excluyan aquellas iniciativas legislativas que puedan conducir a la sustracción de esa tutela de las pretensiones de cualquier persona, para lo cual es necesario que se den todas las circunstancias favorables para el ejercicio de ese derecho, esto es, que desaparezcan las limitaciones que todavía hoy pueden condicionarlo.

### c. Limitaciones del derecho a la tutela judicial efectiva

La necesidad de que la tutela jurisdiccional sea realmente efectiva, comporta la concurrencia de una serie de factores heterogéneos que lo hagan posible, es decir, la remoción de ciertos obstáculos que puedan oponerse a la efectividad de ese derecho y la concurrencia de una serie de garantías que hagan posible su satisfacción.

Ya se ha hecho referencia a la relación entre derecho a la tutela jurisdiccional y prohibición de indefensión (24.1 CE), y también respecto de las demás garantías procesales constitucionales que se encuentran en el artículo 24.2 CE. Pero interesa destacar ahora que es fundamental para la efectividad del derecho a la tutela la concurrencia de dos principios básicos exigibles en cualquier tipo de procesos como lo son los de audiencia e igualdad de las partes puesto que, en definitiva, tales principios son una manifestación del genérico derecho de defensa, que debe ejercitarse en el marco de un proceso contradictorio, y que encuentra diversas manifestaciones y concreciones en el párrafo 2º del artículo 24 CE (derecho a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada en su contra, a un proceso con todas las garantías, utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia).

En cuanto a los obstáculos y limitaciones que pueden oponerse a la efectividad del Derecho a la tutela judicial, han de destacarse los relativos a la lentitud de los procesos y a su costo, esto es, las cargas económicas que supone.

El factor tiempo, la duración del proceso, puede incidir muy desfavorablemente la consecución del derecho a la tutela efectiva. La CE hace eco especial de este tema en cuanto incluye el derecho fundamental a un proceso público "sin dilaciones indebidas" (artículo 24.2) y en cuanto establece un sistema reparador de los daños que sean consecuencias del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia —y el tiempo juega aquí un papel importante— dando derecho a una indemnización a cargo del Estado (artículo 121).

Sin embargo, al ser la dilación indebida un concepto jurídico indeterminado, que no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, o cuyo contenido ha de ponerse en relación con las circunstancias específicas de cada caso, puede ocurrir que, sea difícil constatar una dilación indebida o anormal, ante la anormalidad media que, en cuanto al tiempo, puede comprobarse en la mayoría de los procesos y que comporta un retraso difícil de atajar.

Finalmente, el costo excesivo del proceso puede ser un elemento disuasorio del litigante en el ejercicio del derecho a la tutela judicial, dependiendo también cuál sea la situación económica del litigante. Ciertamente que en la CE (artículo 119) se hace referencia a un sistema de justicia gratuita para aquellos que no tienen medios de litigar,

sistema que se desarrolla en la LOPJ y en las leyes procesales, especialmente en la LEC.

#### d. *El juicio de paternidad. Características generales*

Hablar de relaciones paterno-filiales supone hacerlo de las que surgen entre padres e hijos como consecuencia del vínculo generacional, e independientemente de haber o no mediado matrimonio entre los generantes, dando lugar a un hecho natural pues siempre todo individuo es hijo de un padre y una madre, y pudiendo tener las repercusiones jurídicas a que se refiere el CC, cuando exista constancia efectiva de aquella paternidad. Siendo así, cabe que se produzcan controversias cuyo objeto lo constituya la filiación o la paternidad, tanto positiva como negativamente, al poder ejercitarse pretensiones con las que intente constituirse una situación que anteriormente no se tenía (al menos jurídicamente), o negársela a aquel en quien se estima concurrir indebidamente. Tales sólo pueden solucionarse jurisdiccionalmente, al no tenerse sobre ellas libertad de disposición (artículo 1,814 CC) pero la única norma procesal que encontramos es el artículo 484.2 LEC remitiendo a los trámites del proceso de menor cuantía para sustanciarlas, con algunas especialidades contenidas en la L. de 13-5-81 modificativa del título IV del libro I del CC (artículos 108 a 141).

Sobre la base de una estructura común puede distinguirse entre un proceso de reclamación de la filiación y otro para su impugnación con peculiaridades de mero matiz que los distinguen y especialidades derivadas de su objeto, siendo destacables:

1. La exigencia, como requisito de admisibilidad de la demanda, de una justificación apriorística de los hechos en que se fundamenta.
2. La posibilidad de proponer y practicar todo tipo de pruebas de carácter biológico, dirigidas a la determinación de la paternidad o maternidad; así como otro tipo de pruebas.
3. La posibilidad de adopción por el Juez de medidas proteccionistas para con los hijos durante la tramitación del proceso, en determinadas circunstancias (artículo 128 CC).
4. El amplio margen concedido a la discrecionalidad judicial a los efectos de estimar la acción reclamatoria de la filiación (artículo 135 CC), consecuencia de la dificultad para determinar la relación generacional lo que abre generosamente la vía presuntiva.

5. La intervención, en cualquier caso del MF (artículo 3.6 EOMF) en defensa de la legalidad y el interés público, como simple dictaminador o informante, lo que excluye su condición de parte y una presunta situación de litisconsorcio pasivo necesario.

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primer Instancia (artículo 85.1 LOPJ), del lugar del domicilio del demandado (artículo 63.1 LEC).

La legitimación activa se determina según que la pretensión filiatoria derive o no de relaciones matrimoniales y, en cualquier caso, de que concurra o no constante posesión de estado.

Concurriendo, la acción podrá promoverla cualquiera que alegue interés legítimo, a no ser que la filiación reclamada contradiga otra legalmente determinada (artículo 131 CC). No dándose aquella, y derivando la pretensión de relaciones matrimoniales, la legitimación se establece por el artículo 132 CC (padre, madre e hijo); de no existir tales relaciones, la determina el artículo 133 CC (sólo el hijo).

Pasivamente legitimados hay que entender a los presuntos padres, si la acción la ejercita el presunto hijo para su reconocimiento; y a éste cuando sean aquéllos quienes intentan conseguir su reconocimiento como tal. En cualquier caso, los menores de edad o incapacitados podrán actuar indistintamente por su representante legal o por el MF (artículo 129 CC). Fallecido el actor, sus herederos podrán continuar las acciones entabladas (artículo 120 CC).

La demanda habrá de presentarse conforme al artículo 524 LEC. Por lo demás, su estructura se acomoda a la de un "juicio de menor cuantía", siendo la sentencia recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial y casación, que puede ser directa.

#### f. Procedimiento para impugnar la filiación

En cuanto a la competencia hay que estar a lo anteriormente expuesto.

La legitimación activa la determinan los artículos 136 a 141 CC sobre la base de estas circunstancias: vínculo familiar, filiación matrimonial o no matrimonial, concurrencia o no de la posesión de estado y vicios en el reconocimiento que se pretende impugnar. Están así legitimados: A) El marido y sus herederos, en los términos y condiciones del artículo 135 CC; B) La mujer con los condicionamientos del artículo 139 CC; C) El hijo, dentro del plazo del artículo 137 CC,

pudiendo actuar en su nombre, siendo menor o incapacitado, la madre que ostente la patria potestad o el MF. A falta de posesión de estado de filiación matrimonial, corresponderá al hijo o sus herederos, sin plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria; D) Cualquiera a quien pueda perjudicar la filiación paterna o materna no matrimonial, faltando la posesión de estado, dentro de los plazos del artículo 140 II y III CC; E) A quien hubiera otorgado el reconocimiento —si de él derivase la filiación— y a sus herederos, cuando hubiera sido prestado mediante los vicios del artículo 141 CC y en los plazos que establece (artículos 120 y ss. y 138 CC).

La legitimación pasiva se otorga a los progenitores, cuando el hijo pretenda impugnar su filiación; y a éste en todos en que sea la suya la que se discute. Si fuera un tercero el impugnante, en los supuestos del artículo 140 CC, hay que entender un litisconsorcio pasivo necesario entre el hijo y aquellos.

La estructura procedimental es la misma que en el supuesto anterior, en cuanto a la demanda, tramitación, sentencia y recursos.

Sin embargo, hay que considerar los plazos para la presentación de aquella, de los artículos 137, 140 y 141 CC; también que la justificación *prima facie* exigida por el artículo 127 deberá consistir, si la impugnación la realiza la madre, en la suposición de parto o en no ser cierta la identidad del hijo (artículo 139 CC).

### III. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A. Estudio de los precedentes del Tribunal Constitucional sobre la prueba biológica en la investigación de la paternidad

Con anterioridad a la STS 7/94, de 17 de enero de 1994, sólo en dos ocasiones se había pronunciado el TC sobre la prueba biológica en la investigación de la paternidad. Estos son los conocidos como caso "Manuel Benítez" (ATC 103/90 y caso "Rubio" (ATC 221/90). En ambos, los recurrentes en amparo atacaban ante el TC la paternidad declarada por el TS en base a la lesión de los derechos fundamentales de los artículos 14, 24.1 y 18.1 de la CE: igualdad, tutela judicial efectiva e intimidad.

Ninguna de tales lesiones fue apreciada por el TC, que inadmitió las demandas de amparo por carencia de contenido constitucional de los respectivos recursos.

a. *ATC 103/90, Caso "Manuel Benítez"*

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba dictó sentencia desestimatoria de la demanda por la representante de don Manuel Benítez Velasco solicitando la declaración de la paternidad con todas las consecuencias inherentes a la misma, de don Manuel Benítez Pérez sobre don Manuel Benítez Velasco. Dicha sentencia fue confirmada en apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, mediante sentencia de 3 de septiembre de 1986.

Interpuesto recurso de casación, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988 estimó el recurso interpuesto declarando la paternidad de don Manuel Benítez Pérez sobre el citado menor, su hijo Manuel Benítez Velasco, con todas las consecuencias inherentes a la misma.

Don Manuel Benítez Pérez formuló recurso de amparo contra Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988, por estimar que dicha resolución vulnera los derechos consagrados en los artículos 24 (derecho a la tutela judicial efectiva), 18.1 (derecho a la intimidad) y 14 (derecho de igualdad) de la Constitución Española.

En cuanto al *derecho a la igualdad* (artículo 14 CE) afirma la representación del recurrente que la sentencia recurrida falló arbitrariamente y sin motivación alguna, apartándose del formalismo constitucional del recurso de casación, fallando como si hubiese sido una tercera instancia; que además se aparta de los hechos declarados probados en las resoluciones de instancia y se entra a juzgar las pruebas sin haberse citado el artículo 1.692 LEC, siendo todo ello contrario a la jurisprudencia consolidada sobre el recurso de casación. Afirma, en breve, que el Tribunal Supremo ha violado en perjuicio del recurrente en amparo, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley; esa violación se debe a la valoración de las pruebas que realiza el Tribunal Supremo, pese a que la recurrente, si bien pretendió en su recurso esa nueva valoración, lo hizo absolutamente al margen del constitucional rigorismo formal exigido por la Ley.

Es importante señalar que el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la

Ley, implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que, cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello un fundamento suficiente y razonable (STS 63/1984). Es asimismo doctrina común que el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley no consagra la vinculación de los órganos judiciales a sus propios precedentes, pues ello sería incompatible con la independencia de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que constitucionalmente les corresponde, así como con la naturaleza dinámica y progresiva de la función judicial en la aplicación de las leyes. Lo que veda, por tanto, dicho principio constitucional son los cambios interpretativos arbitrarios o discriminatorios fundados en circunstancias sociales o personales ajenas a la norma o que sean producidos de un voluntarismo selectivo.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe la vulneración al artículo 14 CE invocada por el recurrente en amparo por las siguientes razones: el recurrente no cita las resoluciones del Tribunal Supremo en las que, ante casos sustancialmente iguales a éste se haya resuelto de manera distinta, omisión que es bastante para desestimar la pretensión amparada en la vulneración del principio de igualdad.

La cuestión en torno a la admisión del recurso de casación no cabe plantearla a nivel constitucional, porque el Auto en virtud del cual la Sala Primera del Tribunal Supremo tuvo por admitido el recurso interpuesto por la representación de doña Alina Elizabeth Velasco después de dar traslado al Ministerio Fiscal conforme previene el artículo 1.709 de la LEC fue consentido por el recurrido en el sentido de no formular contra él recurso de amparo si entendía que vulneraba el principio de igualdad, por lo que ahora no procede alegar que la admisión indebida del recurso de casación puede tener trascendencia constitucional, por clara extemporaneidad. Estas censuras a la sentencia impugnada obedecen a la discrepancia del recurrente con la interpretación que el juzgador hace de las normas procesales y sustantivas aplicables a la cuestión controvertida. Tal discrepancia carece de relevancia constitucional y es problema de legalidad ordinaria cuya resolución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, en este caso la Sala Primera del Tribunal Supremo, sin que el Tribunal Constitucional pueda entrar en revisar la interpretación de las normas legales aplicables efectuada por aquéllos.



La admisión o inadmisión de los recursos legalmente establecidos contra las resoluciones judiciales forma parte de la potestad jurisdiccional que la Constitución atribuye en exclusiva a los órganos judiciales y sólo puede ser revisada por el Tribunal Constitucional, si la causa de inadmisión es inexistente o ha sido aplicada de forma arbitraria o excesivamente rigorista, circunstancias éstas que no se dan en el presente caso.

La vulneración del *derecho a la intimidad personal y familiar* (artículo 18.1 CE) se funda, según el recurrente en amparo, en que se ha llegado al fallo cuestionado fundamentalmente debido al valor que como indicio se dio la negativa del hoy recurrente a la práctica de determinadas pruebas biológicas conducentes a la investigación de su paternidad. El derecho fundamental a la intimidad ha sido desconocido por una simple presunción cuyos hechos base no eran pruebas acreditadas, sino meros indicios, sospechas y conjeturas, que están en flagrante contradicción con la realidad de los hechos probado en instancia.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe tal vulneración del derecho a la intimidad y familiar por las siguientes razones: la Sentencia impugnada no ha tenido en cuenta sólo la presunción que se deriva del hecho en que consiste la negativa a someterse a las pruebas biológicas, cuyo hecho base está incontrovertiblemente probado y reconocido. El juzgador tuvo en cuenta otros hechos y otras pruebas para llegar al fallo. La Sentencia reitera la doctrina mantenida en otras resoluciones en relación al alcance que deba darse a la negativa de las pruebas biológicas (Sentencias del TS de 14 y 12 de noviembre de 1987, 27 de junio de 1987, 18 de marzo y 14 de junio de 1988).

En cualquier caso, la determinación judicial de la paternidad no vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar, porque es la propia Constitución la que impone al legislador el mandato de posibilitar la investigación de paternidad, que fue cumplido mediante la promulgación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y es también la Constitución la que asegura la protección integral de los hijos (artículo 39.2). La práctica de las pruebas biológicas, como permitidas por la Ley, no puede decirse que ataque a la intimidad de las personas.

Lo que pretende el recurrente es que la titularidad de un derecho fundamental (en este caso, el de la intimidad personal y familiar) se convierta en un límite infranqueable a la actividad probatoria y a la investigación judicial de la realidad subyacente en el litigio plantea-

do. Ciertamente, el derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos, pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con quiebra del cumplimiento estricto de las obligaciones frente a terceros, y muy particularmente de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. La STS 170/1987 expresa en este sentido que no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones a los mismos "como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula".

En cuanto a la vulneración del *derecho a la tutela judicial efectiva* (artículo 24 CE) el recurrente en amparo afirma que dicha vulneración se basa, en primer lugar, en que el fallo de la sentencia recurrida alteró los términos del debate, resolviendo en contradicción con lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 1.715 LEC, ya que se ha entrado en la revaloración fáctica no pedida, lo que ha impedido la necesaria contradicción interpartes, y conlleva una completa modificación de los términos en que se produjo el debate.

Se ha incurrido, además en exceso de competencia generadora de indefensión objetiva, con olvido del principio dispositivo de los litigios civiles y del rigorismo formal del recurso de casación. Así, el Tribunal Supremo ha modificado unilateralmente el motivo *petendi* del recurso ya que ha tenido formulado un motivo de casación al amparo del artículo 1.692 LEC, que no fue formulado y ha tenido por citado el artículo 1.253 del Código Civil, propiciando así el juicio presuntivo base de la sentencia recurrida.

El Tribunal Constitucional dice que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva debida a las siguientes razones. No existe indefensión por darse un fallo basado en presunciones y en una nueva valoración de las pruebas, con alteración de los términos del debate, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1.715.3 LEC. La sentencia impugnada tiene en cuenta los mismos hechos que los declarados por la Audiencia. Es sólo un problema de subsunción de la norma. El debate se ha mantenido, a lo largo del proceso. Ha girado en torno a la acción de reclamación de paternidad ejercitada por la actora como representante legal de su hijo menor de edad, y se ha centrado de manera especial en las consecuencias jurídicas que deben atribuirse a la negativa del demandado a someterse a las pruebas bio-

lógicas. Como hace notar la propia sentencia, esa negativa no puede posibilitar apoyo por vía de error de hecho en la apreciación de la prueba, cuando precisamente es la prueba lo que se ha negado; se trata de determinar el alcance que tiene en el orden sustantivo el no sometimiento a la práctica de las pruebas biológicas, lo que indudablemente requiere un juicio o valoración jurídica, que es lo efectuado por la Sala Primera, sin crear para el demandado ninguna situación de indefensión con trascendencia constitucional.

La alegación de exceso de competencia generadora de indefensión objetiva por haberse tenido por formulado un motivo de casación al amparo del artículo 1.692 LEC sin haberse efectivamente planteado, modificando con ello el motivo *petendi* del recurso, no resulta fundada, ya que la Sala Primera, al dictar la sentencia que ahora se impugna, ha actuado dentro de su competencia, ajustándose al cauce del motivo articulado por infracción de las normas del ordenamiento jurídico. No ha cambiado el motivo o causa *petendi*. Se ha limitado a subsumir los hechos en la norma jurídica aplicable y a dictar un fallo congruente con la petición deducida en la demanda inicial, conforme establece el artículo 1.715.5 de la LEC. Ha realizado, en suma, un proceso de juicio y de razonamiento lógico-formal sobre presupuestos fácticos previamente determinados en la instancia; o lo que es lo mismo, el enjuiciamiento jurídico del hecho.

La valoración de la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas acordadas judicialmente para mejor proveer, valoración que cobra toda su virtualidad en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, constituye base suficiente para que el Tribunal establezca nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la filiación reclamada. Tal actividad judicial no supone un comportamiento arbitrario, sino el necesario y legítimo juicio de valor que no puede renunciar el Juez, y quien sólo pretende, al amparo de la invocación formal de un derecho fundamental, la defensa de intereses que nunca pueden prevalecer sobre la recta Administración de Justicia ni sobre otros derechos fundamentales de contenido prevalente.

#### b. ATC 221/90, caso "Rubio"

En febrero de 1986 se presentó demanda sobre reconocimiento de paternidad contra el señor Pedro Rubio San Román, hoy recurrente

en amparo; el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando que la menor es hija matrimonial del demandado; quien interpuso recurso de apelación siendo que la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la resolución anterior, absolviendo al demandado. La actora interpuso recurso de casación y la Sala Primera del Tribunal Supremo, por sentencia de 15 de marzo de 1989, estimó el recurso interpuesto confirmando así el fallo del Juzgado de Primera Instancia. Don Pedro Rubio interpuso recurso de amparo contra dicha sentencia por estimar que el fallo dictado viola los derechos recogidos en los artículos 14 (derecho de igualdad), 15 (derecho a la integridad física y moral), 18.1 (derecho a la intimidad) y 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) de la Constitución Española.

En cuanto al *derecho a la igualdad (artículo 14 CE)* señala el recurrente que ha sido vulnerado ya que la sentencia recurrida modifica de forma arbitraria y sin razonamiento alguno la doctrina reiterada y constante sobre la consecuencia de la negativa a efectuar la prueba biológica de paternidad, equiparando la negativa del demandado a una prueba de la realidad de tal paternidad, constituyendo una confesión de paternidad, una presunción *iuris et de iure* de tal paternidad. Que la sentencia impugnada responde a un caso concreto en contradicción con los criterios generales mantenidos sobre la cuestión debatida, ya que con posterioridad al pronunciamiento recurrido se ha dictado por el Tribunal Supremo la sentencia de 24 de mayo de 1988 en la que se vuelve al criterio anterior, incluso con restricciones, lo que supone a juicio del recurrente "verdadero arrepentimiento de la Sala". Y que dada la constante jurisprudencia del propio Tribunal Supremo dando el carácter de *facta confessio* a la negativa a la prueba biológica, resulta incuestionable que la sentencia recurrida al cambiar el criterio de valoración de dicha prueba, sin ofrecer justificación del cambio, vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe la vulneración al artículo 14 CE invocada por el recurrente en amparo debido a las siguientes razones: La sentencia impugnada es coherente y guarda plena sintonía con la doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, a partir de la reforma del Código Civil contenida en la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Baste señalar las sentencias de 11 de mayo de 1988 y del 14 de julio de 1988. La pri-

mera de ellas pone especial énfasis en la significación que ha de darse a la negativa y obstrucción a una prueba como la biológica, que califica de esencial, al proporcionar muy alto y fiable coeficiente en la determinación de la paternidad, y la cual señala que tal comportamiento ha de entenderse como una conducta en fraude de ley, encaminada a impedir la debida aplicación de las normas de la filiación y constituye un ejercicio antisocial del Derecho, con daño a tercero. Tal negativa, unida al resto de lo probado, revela "un indicio valioso conducente al reconocimiento de una presunción *seu iudicis*, que puesto en conexión con los demás aspectos probatorios, lleva a la apreciación de certeza de paternidad pretendida".

La Sentencia que se cuestiona no se aparta de los dos pilares que la doctrina jurisprudencial ha considerado básicos para fundamentar un fallo favorable a la declaración de filiación extramatrimonial, a saber, la posibilidad de fecundación de la madre y la negativa obstruccionista al sometimiento a las pruebas biológicas. Las consecuencias de ambos factores permiten al Juez, a través de una valoración conjunta de la prueba (incluida la ponderación que se efectúe de la negativa a la práctica de las biológicas), declarar la filiación con arreglo a lo que establece el artículo 135, puesto en relación con el 127, del Código Civil.

La sentencia aportada por el recurrente como término de comparación es de fecha posterior a la que se impugna, circunstancia que excluye, en principio, su utilización como elemento comparativo ya que, según reiterada doctrina de este Tribunal, "no cabe apreciar la infracción del artículo 14 CE en la aplicación desigual de la Ley cuando la resolución a la que se le atribuye tal lesión se compara con posteriores, ya que en tal caso no existía término comparativo sobre el cual fundar el juicio de igualdad (STC 24/1990)". Por último, no puede afirmarse con razón que de la conducta obstruccionista del demandado haya deducido la sentencia un resultado de *ficta confessio*. Baste apuntar que, admitido el carácter de prueba pericial, aunque con alguna matización, de la biológica, no puede tener encaje como prueba de confesión la conducta negativa de la parte a someterse a aquella prueba, que no consiste ni implica declaración a falta de declaración sobre hechos o circunstancias, sino el análisis y comprobación de unos datos biológicos que escapan al conocimiento del propio interesado y sólo puede ser sacado a la luz e interpretados por personal científico.

En cuanto el *derecho a la tutela judicial efectiva* (artículo 24 CE) señala el recurrente, que ha sido vulnerado debido a la atribución de un carácter absoluto de prueba de paternidad a la negativa a la práctica de la prueba biológica, ya que ni el Tribunal Supremo ni ningún otro Tribunal pueden, por vía de interpretación, crear una carga *contra cives*. Atribuir a una conducta procesal de una de las partes una consecuencia (en este caso, el reconocimiento de la paternidad), no se deriva de las normas sustantivas y de procedimientos aplicables.

Por otra parte, la sentencia recurrida admite una cuestión nueva, con olvido de que la ocasión no es una tercera instancia sino un recurso extraordinario y, además, la sentencia hace una nueva valoración de la prueba; ha extendido su competencia más allá de lo que le permite la norma, puesto que no es función del recurso de casación buscar la verdad material por cualquier medio (ello corresponde a las instancias jurisdiccionales) y el Tribunal Supremo no puede convertir dicho recurso en una tercera instancia.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe la vulneración al artículo 24 invocada por el recurrente en amparo debido a las siguientes razones: la Sentencia impugnada no introduce ninguna cuestión nueva en el proceso de casación, ni hace una nueva valoración de la prueba, ni aplica una prueba indiciaria. No es cierto que se haya atribuido a la negativa a la práctica de la prueba biológica un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose así una carga *contra cives*. La valoración de la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos asentados a lo largo del procedimiento, constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la filiación requerida que, por medio analógico autoriza el artículo 135 del Código Civil.

Tampoco puede admitirse, como pretende el demandante, que se ha introducido en la fase de casación nueva, ni menos aún una nueva valoración de la prueba. La introducción como un motivo del recurso de casación al amparo del artículo 1.692.5 LEC, el de la infracción del artículo 135 (el cual fue interpretado errónea y restrictivamente por la Audiencia Territorial), en relación con el artículo 127 del Código Civil y el 39.2 de la CE no puede considerarse una extensión abusiva de los límites de este recurso extraordinario, el cual autoriza al Alto Tribunal a efectuar un enjuiciamiento corrector llevado a cabo por los órganos judiciales inferiores de los preceptos aplicados al caso,

sin apartarse de los hechos probados, para deducir, de los hechos-base (entre los que ha de incluirse la negativa injustificada a someterse a una prueba biológica) la consecuencia prevista en el ordenamiento, esto es, la declaración de paternidad.

En cuanto al *derecho a la intimidad y a la integridad física y moral* (artículos 18.1 y 15) el recurrente señala que han sido vulnerados ya que la prueba biológica representa una limitación a tales derechos, que habría que aplicar las reglas de la proporcionalidad y que en este caso no ha existido razón alguna para acordar la práctica de dicha prueba. Al considerar la sentencia recurrida que la prueba biológica es una prueba pericial, hasta el punto de equiparar la negativa a practicarla a un reconocimiento de la paternidad, hace aparecer la violación a dichos derechos.

El Tribunal Constitucional consideró que no existe la vulneración a los artículos 15 y 18.1 invocados por el recurrente en amparo ya que la argumentación deducida por el actor respecto a su quiebra no tiene fundamento.

La prueba biológica se admite por el Juzgado por estimarla pertinente y necesaria, pero no es prueba única, sino que existían otras que fueron tomadas en cuenta al dictar la sentencia en instancia. La prueba, por otra parte, no se ha practicado y, por lo tanto, falta la realidad de la intromisión, presupuesto necesario para estimar violados los derechos fundamentales alegados. El Tribunal únicamente entiende, como lo hace la sentencia de Primera Instancia, que la negativa del actor a su realización puede constituir un elemento probatorio objeto de valoración por el Juez en unión de las demás pruebas. Al no convertir la negativa a practicar la prueba biológica en confesión *facta* y no reconocerla como prueba especial, no existe posibilidad de afirmar que la sentencia viola los derechos fundamentales alegados.

No puede desconocerse, sin embargo, que en razón precisamente a la posible colisión entre distintos derechos ha de valorarse el interés prevalente y, como ha reiterado la doctrina, en los supuestos de filiación no hay duda sobre el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 de la Constitución, lo que trasciende a un derecho de naturaleza estrictamente individual, como es el de la intimidad personal, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial.

El derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos, pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. No hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones "como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula" (STC 170/1987). Del mismo modo no puede entenderse intromisión a la intimidad personal aquellas actuaciones que no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 37/1989), como tampoco se infringe el derecho a la integridad física cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada por la Autoridad judicial.

### c. Análisis de los derechos fundamentales contenidos en los siguientes artículos constitucionales:

#### c.1 Artículo 14, derecho de igualdad

El principio de igualdad tiene un ámbito de aplicación general en un doble sentido. En primer lugar, y en contra de su tenor literal —que se refiere a la "igualdad ante la ley"— el artículo 14 CE prohíbe el tratamiento discriminatorio de los ciudadanos por parte de cualquier poder público y no sólo del legislador. Así se deduce de la conexión del artículo 14 CE con el artículo 53.1 CE, que establece que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Esto implica que la igualdad "ante la ley" es, también, igualdad ante cualquier norma jurídica (administrativa —incluyendo las corporaciones de Derecho Público—, judicial —desarrollo jurisprudencial del derecho— o con origen en la autonomía colectiva).

Cualquier regla de comportamiento aplicable (incluyendo las normas de derecho positivo) a los particulares que tengan su origen en la actuación de un poder público (directamente o por delegación) podrá ser tachada de inconstitucionalidad por discriminatoria.

En segundo lugar, el artículo 14 CE tiene un ámbito de aplicación general también en el sentido de que su contenido vincula al poder público cualquiera que sea la rama del derecho en la que actúe.

Consecuentemente, también el legislador de Derecho Privado está vinculado por el principio de igualdad y las normas jurídicas pertain-

necientes a este ámbito del ordenamiento podrían ser tachadas de inconstitucionales por discriminatorias.

El artículo 14 CE afirma que "todos los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". De este artículo es de donde nace un derecho concreto de los españoles, accionable ante los tribunales y protegido en último término por el recurso de amparo.

El enunciado general no prohíbe, en efecto, todo género de diferenciaciones, sino sólo aquellas que resulten arbitrarias; la prohibición de discriminación, por el contrario, impone un trato prioritario o, lo que es lo mismo, califica, *a priori* de arbitraria cualquier diferenciación basada en alguno de los criterios que específicamente menciona.

Por igualdad ante la ley se entiende, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la mayor parte de la doctrina, igualdad en la aplicación de la ley. La diferente situación en la que, en relación con ésta, se encuentran los órganos que deben aplicarla, según cual sea la naturaleza de éstos, obliga a establecer una distinción entre la aplicación administrativa y la aplicación judicial de la ley (STC 144/1988).

El respeto del derecho a la igualdad en la aplicación administrativa de la ley, que no resulta desconocido o violado por el hecho de que los órganos administrativos escalonen en el tiempo la aplicación de una misma norma dentro del territorio al que se extiende su competencia cuando tal escalonamiento responde a consideraciones objetivas y razonables (STC 8/1986), se proyecta en la doctrina de la vinculación al precedente y es garantizado en último por la jurisdicción contencioso-administrativa. Tras la decisión de ésta, la infracción de derecho a la igualdad en la aplicación administrativa de la ley puede ser combatida, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional.

La igualdad en la aplicación judicial de la ley ha dado lugar a una abundante y no siempre consistente doctrina del Tribunal Constitucional, que desde sus primeras decisiones (STC 49/1982, que se refiere a otras anteriores) subrayó la necesidad de hacerla compatible con el principio de independencia judicial. De ahí dedujo la imposibilidad de entenderlo violado cuando las decisiones judiciales divergentes emanaban de órganos distintos (SSTC 168/1989 o 183/1991) o por el simple hecho de que evidenciasen que el mismo órgano había

cambiado de criterio en la interpretación y aplicación de una misma norma. Desde el comienzo limitó su control a la exigencia de que el cambio de criterio en la interpretación de las normas sea razonado y explícito (STC 63/1984).

### c.2 Artículo 15, derecho a la integridad física y moral

El artículo 15 CE en su primer párrafo señala que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

Si la prueba biológica sobre filiación es llevada a cabo con plena aquiescencia y colaboración de las personas que deben someterse a ella, no se plantea ningún problema, menos en el plano constitucional. Las dificultades más graves se presentan cuando alguna de las personas que tienen que colaborar a su realización; permitiendo la toma de datos, se niega a ello.

En el derecho español no se autoriza el imponer *manu militari* el sometimiento a la prueba biológica. Al respecto hay práctica unánimidad doctrinal, y lo que es lo más importante, numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo en ese sentido: así, la Sentencia de 27 de junio de 1987 dispone: "no se desconoce con ella que la investigación de la paternidad con medios biológicos, aún propiciada por el artículo 39.2 de la Constitución y expresamente por el artículo 127 CC, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien, especialmente cuando se trata de la prueba de análisis de sangre, puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos que a la protección de la intimidad y a la integridad física le conceden los artículos 15 y 18 de la Carta Magna" y la Sentencia de 14 de noviembre de 1987: "ciertamente, la inviolabilidad del cuerpo humano no permite que *manu militari* se extraiga sangre de una persona, como resulta del artículo 15 de la Constitución, pero parece exagerado hablar de esa inviolabilidad para cosa tan pequeña como un análisis de sangre, cuando de su actitud dependen derechos y situaciones tan importantes como conceder o denegar la cualidad de hijo extramatrimonial al hijo de la demandante".

La Comisión Europea de Derechos Humanos, en su decisión de 13 de octubre de 1989 dice que "una intervención tan banal como un análisis de sangre no constituye injerencia prohibida por el artículo 2.1

del Convenio Europeo", en términos casi idénticos a las STS de 14 de noviembre de 1987. Considera que dicho derecho a la integridad física no sería lesionado por la levedad de la agresión corporal (tan desproporcionada, además, en relación con los fines y función de la prueba) y la banalidad de la intervención sobre la persona (aquí objeto de la prueba).

### c.3 Artículo 18.1, derecho a la intimidad

La regulación específica del derecho a la intimidad se encuentra en el artículo 18 de la Constitución. El artículo 18.1 proclama: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

La intimidad se ha descrito como el espacio reservado a los asuntos del sujeto frente a interferencias ajenas; y en cuanto que es una reserva supone que hay un espacio de actividad que es exclusivo y que no puede ser conocido por otros sujetos. De ahí que se defina negativamente como el no conocimiento por tercero. Gráficamente fue descrito en el siglo XIX como el derecho a "ser dejado en paz". Ese espacio reservado no se define legalmente sino que queda al arbitrio judicial su determinación.<sup>13</sup>

La intimidad no sólo se predica de la persona física como sujeto de imputación, sino que el artículo 18.1 CE también lo hace predicable de la familia.

El régimen concreto de regulación de este bien de la personalidad se encuentra en la LO de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho de honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se trata de un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

La protección de este derecho queda delimitada por las leyes y los usos sociales atendido al ámbito que por sus propios actos, mantenga reserva para sí o para su familia. Así STS 28 de octubre de 1986 declara que "la esfera de la intimidad personal está determinada por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, por sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento".

<sup>13</sup> DE LA VALGOMA, "Comentario a la Ley Orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, p. 657.

El artículo 7 de la LO 5 de mayo de 1982 enumera cuatro posibles intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad en sus números 1, 2, 3 y 4.

1. "Emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas".

2. "La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medidas, así como su grabación, registro o reproducción".

3. "La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo".

4. "La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

No es fácil definir el secreto de la vida privada. Este valor tiene componentes sociales, culturales, psicológicos que lo hacen variar en el tiempo y en el espacio. Es un valor muy relativo. Mas, por encima de las variaciones de tiempo y lugar, permanece en cada ser humano, en todas las sociedades, una zona que él querría privilegiada, donde nadie tenga el derecho de entrar.<sup>14</sup>

El derecho a la intimidad se sitúa en el marco de los derechos "individuales", en contraposición a los "sociales", y ha ido perfilándose como un derecho autónomo en una fase tardía del proceso de reconocimiento de tales derechos. En torno al concepto de este derecho hay un gran paralelismo entre todos los autores mientras se mantienen en un terreno de declaraciones bastante vagas, pero en cuanto se abordan cuestiones concretas desaparece la uniformidad dando paso a criterios muy diversos según el espacio y el tiempo.

La intimidad tiene un sentido de interioridad y también de contenido; es justamente lo opuesto a lo externo. Uno de los derechos de-

<sup>14</sup> JO DOVIN, André, "Le secret et le droit", *Travaux de l'Association Henri Capitant Journées Libanaises*, Dalloz, Paris, 1974, pp. 439-440.

terminantes del nacimiento de la intimidad es el pensamiento reflexivo, la vuelta del yo sobre sí mismo.

Es interesante la distinción que propone De Miguel<sup>15</sup> entre los conceptos de intimidad y confidencialidad. No es cierto que cuanto menos se sepa sobre nosotros gozamos de una mayor intimidad, ya que ésta no es simplemente la ausencia de información sobre cada uno en la mente de los demás, sino más bien el control que podemos ejercer sobre nuestra propia información personal. El carácter confidencial de los datos no es, a diferencia de la vida privada, un bien en sí mismo, sino un instrumento cuya bondad o maldad dependerá de con qué fines y cómo se utilice.

Cabanellas<sup>16</sup> considera vida privada el conjunto de actividades y relaciones de familia, el comportamiento del individuo en su hogar o con respecto a personas de su trato íntimo, entendiéndose que los secretos y pequeñeces de la vida privada constituyen un patrimonio de la personalidad humana que debe estar a cubierto de revelaciones malintencionadas.

Luis María Fariñas Matoni define la intimidad como "aquella parte de la vida del hombre que pretende vivir en soledad o compartida con unos pocos escogidos, frente a todos los demás, consistente en hacer algo privado, o controlar el uso de difusión de los datos personales".<sup>17</sup>

Ha sido este derecho fundamental, amparado por el artículo 18.1 CE, quizá el más frecuentemente invocado, como del resultado de las pruebas biológicas sobre paternidad, y, sobre todo, de la negativa de una parte procesal a su práctica.

Más, es sobradamente conocido que ningún derecho es ilimitado e intangible, y la propia ley que regula y protege el derecho a la intimidad establece en su artículo 8.1 que "no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley".

Ordenada, pues, la práctica de la prueba biológica por la autoridad judicial de acuerdo con la ley (artículo 39.2 CE y 127.1 CC), es evi-

<sup>15</sup> DE MIGUEL, A., "Derecho a la intimidad frente al derecho a la información en el ámbito de la Estadística oficial", en *Revista Estadística Española del INE*, núm. 86, enero-marzo de 1980, pp. 346 y ss.

<sup>16</sup> CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, t. IV, 5a. ed., Edic. Santillana, Madrid, 1963, voz "Vida Privada".

<sup>17</sup> FARIÑAS MATONI, Luis Ma., *El Derecho a la Intimidad*, Ed. Trivium, Madrid, 1990, p. 350.

dente que dejará de ser atentatorio o lesivo del derecho a la intimidad personal la revelación y conocimiento (en el proceso y únicamente a efectos procesales) de los datos biogenéticos resultantes de la prueba biológica sobre filiación.

Al practicarse la prueba biológica en los procesos de filiación y la autoridad judicial quien la ordena, apoyadas en un marco legal que la contempla explícitamente, no sólo en cuanto prueba pericial (artículos 610 y ss. LEC), sino en su propia acepción técnica y alcance efectivo (artículo 127.1 CC, coherente con el artículo 39.2 CE). El legislador sabía perfectamente en qué consistía esa prueba, qué descubre y pone de manifiesto; y conociendo esas consecuencias, la autoriza y menciona expresamente en el citado artículo 127.1 CC. Luego su realización e incidencia desveladora de datos personales queda perfectamente justificada en Derecho por tratarse de una actuación autorizada por órgano competente y de acuerdo con la ley.

No hay ilicitud, sino legitimidad de la actuación y de sus consecuencias; y cumple tal práctica judicial también la exigencia del Tribunal Constitucional de que sólo se puede autorizar intromisiones "por imperativo de interés público" (Sentencia de 26 de noviembre de 1984), pues qué duda cabe de que hay un interés público en dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 39.2, y en la utilización de los medios de prueba apropiados para la defensa de los derechos e intereses legítimos del artículo 24.1 CE.

#### d. La trascendente STS 7/94, de 17 de enero de 1994

##### d.1 Antecedentes del hecho

Una mujer soltera interpone contra un hombre casado demanda de reclamación de la paternidad extramatrimonial de su hija menor; pide asimismo alimentos, el cambio de los apellidos que constan en el Registro Civil y que se le niegue la patria potestad y el derecho de visitas.

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid dictó sentencia en 15 de septiembre de 1988 desestimando la demanda por no estimar probada la paternidad: en el trámite en primera instancia, se acordó la práctica de la prueba biológica y la representación procesal del demandado presentó escrito en su nombre negándose a su práctica. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial (sección 10ª) de Madrid acuerda de nuevo la práctica de aquella prueba, cita al

demandado, que comparece y se le requiere personalmente: igualmente se niega; dicta sentencia en 26 de febrero de 1990 revocando la anterior y declarando la paternidad del demandado, el cambio de apellidos y el pago de pensión alimenticia.

Éste recurre en casación y el Tribunal Supremo en sentencia 30 de abril de 1992 (AC 940/92) casa la de la Audiencia Provincial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia. Es decir, queda desestimada la demanda.

Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 3 de junio de 1992 se interpuso el recurso de amparo de referencia contra la Sentencia emitida por el Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1992. Se pide la anulación de la Sentencia de casación, por vulnerar los artículos 14, 15, 18 y 24.1 CE, y se reconozca el derecho a la filiación declarado por la Sentencia de apelación. El recurso de amparo es otorgado. Hay un voto particular del Magistrado Pedro Cruz Villalón.

El Juzgado de Primera Instancia declaró no probada la paternidad del demandado, porque no se había logrado la prueba plena e indubitable que precisaba la parte demandante: el nombre del padre que consta en la certificación en extracto de nacimiento es manifestación de parte, las fotografías en donde se ve al demandado con ella y con otros amigos en actitudes de familiaridad no son suficientemente esclarecedoras, las actas notariales de manifestaciones no tienen valor, los testigos que han depuesto en los autos "casi absolutamente todo lo que saben es por manifestaciones de la demandante" y las certificaciones de los hoteles "no revelan nada de nada". "Falta la prueba de la relación sexual y no se ha probado ninguno de los hechos cuya concatenación lógica habría de llevar a la atribución de la paternidad al demandado", de donde dedujo que la falta de prueba biológica, a causa de la negativa del demandado a someterse a ella, no significaba nada en su perjuicio, con apoyo en la STS de 10 de noviembre de 1986.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. La Sentencia razonó la importancia de las pruebas biológicas de paternidad, tanto para proteger derechos fundamentales (artículos 14 y 39 CE) como para alcanzar una convicción fiable, dado que sus resultados son absolutos, si excluyen la paternidad, y abrumadores, si la proyectan. Aceptando que, en sí misma considerada, la negativa del demandado no puede ser valorada como *ficta confessio*, subrayó la necesidad de

valorar muy singularmente tal negativa, debidamente integrada en el conjunto de la prueba.

La Sentencia narra que, tras haberse resuelto por la Audiencia que se practicara dicha prueba en apelación, para lo que fue requerido el demandado "poniendo de manifiesto tanto la seria trascendencia de tal prueba como las posibles consecuencias legales en el caso de que reiterase su negativa", el demandado manifestó personalmente ante la Sala "que no hay ninguna razón por la que tenga que someterse a este tipo de prueba y que en uso de sus derechos constitucionales se niega a ella". La Sala afirmó que "todo el material aprobatorio expuesto sería valorado como insuficiente para acreditar las pretensiones actoras si no fuese acompañado de la reiterada y contumaz negativa del demandado a la realización de la llamada prueba biológica"; pues, "la reiterada y bizarra negativa del demandado a la prueba biológica venía... a dificultar muy sustancialmente la normal sobrellevanza de esa carga (de probar, en virtud del artículo 1.214 CC), convirtiendo la necesidad de probar en empresa cuasi diabólica". Por lo que alcanzó la conclusión que "integrando esa negativa, dada su naturaleza y circunstancia, en el conjunto de las pruebas practicadas, y valorando todo ello conjuntamente y conforme a las exigencias de una sana crítica, ha sido acreditado que la menor es hija extramatrimonial del demandado (artículo 135 CC)".

Este último recurrió en casación y el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juez de Primera Instancia, es decir, queda desestimada la demanda. El largo fundamento 3º expone su posición. Comienza, tras cierto preámbulo, por la fuerza "porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 CE, por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación", y lamentar que una ley prevea claramente la necesidad de someterse a esta prueba. Ante la negativa del demandado de someterse a la misma, afirma que "tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como *ficta confessio* y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable de orden a la estimación de la demanda". En la misma línea, añade: "ese indicio probatorio que comporta la negativa del demandado a presentarse a las pruebas biológicas ha de estar acompañado de forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad, como pueden ser cierta po-



sesión de estado, relación epistolar que acredite ciertos sentimientos de relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos, directos, personales y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes".

La conclusión es que el Tribunal Supremo entendió que no había prueba alguna de paternidad (sólo hubo, dice, "esos pequeños indicios...") y que la negativa a la prueba biológica, al no ser *facta confessio* no era suficiente para fundar la declaración de paternidad. Tal como dice generales —testigos, fotografías, etcétera—, es por lo que no puede prestar soporte probatorio bastante para la fundada y definitiva determinación de la paternidad del demandado, por haberse negado a tal colaboración.

La demandante formula recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Éste se funda, tal como se recoge en los antecedentes de la sentencia que dictó, en lo siguiente: al casar la resolución favorable a la paternidad, la Sentencia del T.S. vulnera el artículo 14 CE, porque crea una situación de desigualdad material mucho más grave que la que intenta paliar, ya que la oposición reiterada del padre a someterse a pruebas biológicas, cuando esa actitud responde a afanes obstructionistas denota un fraude de ley y un ejercicio antisocial de derecho, que en ningún caso puede triunfar sobre el derecho del hijo a la igualdad ante la ley, respecto a los hijos matrimoniales.

La demanda de amparo afirma que se ha llevado a cabo una aplicación desigual del Derecho en casos sustancialmente iguales, citando sentencias del Tribunal Supremo, que atribuyen a la negativa a practicar las pruebas biológicas el valor de un indicio, tanto más valioso cuanto más contumaz es la negativa (SSTS de 6 de mayo de 1988, 14 de noviembre de 1987, 11 de marzo y 14 de julio de 1988 y 24 de enero de 1989), cuando no *facta confessio* (SSTS de 19 de noviembre de 1985 y de 5 de mayo de 1981). Además esta sentencia contradice la doctrina de este Tribunal, plasmada en las AATC 103/1990 y 221/1990.

Igualmente, la ponderación de derechos que hace la Sentencia recurrida vulnera los artículos 15 y 18 CE, que amparan derechos a la personalidad fundamentales, tales como el derecho a la individualidad (que comprende el nombre y apellidos), el relativo a la integridad moral, el derecho al honor, los derechos de familia en sus relaciones personales y patrimoniales, los derechos sucesarios y la totalidad de

las libertades públicas, en especial el derecho a la filiación, que es la otra cara del derecho a la integridad personal y familiar.

Al entender que la declaración de paternidad ha vulnerado los artículos 14 y 39 CE, y 127 CC, la Sentencia recurrida ha dado anti-constitucionalmente primacía a un dudoso acto de libre arbitrio personal sobre los derechos a la filiación y los derechos de la personalidad del hijo, que es fundamental en esos mismos artículos, pero tiene una mayor trascendencia social, moral y patrimonial. Se trata, pues, de una ponderación inconstitucional de los derechos en presencia, a partir de los hechos enjuiciados y declarados probados, privilegiando inconstitucionalmente la posición del hombre ante el hecho de la generación, consagrando la impunidad.

Por último, se aduce vulneración del artículo 24.1 CE porque la sentencia de casación no está fundada en Derecho. Se excede en el planteamiento del recurso, al entender el Tribunal Supremo que la sentencia de apelación se apoyaba en que la negativa contumaz del demandado a realizar la prueba biológica conlleva la aplicación del principio de *facta confessio*, lo que supone un enorme sofisma; además incurre en incongruencia, ya que había rechazado el recurso del varón demandado sobre error de hecho en la apreciación de la prueba, entrando no obstante a valorarla por vía del artículo 127 CC, a pesar del párrafo segundo de dicho precepto.

El Tribunal Constitucional, Sala Primera, dicta la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, siendo ponente el Presidente don Miguel Rodríguez-Piñero. Anula la Sentencia del Tribunal Supremo y declara firme la sentencia de la Audiencia. Lo cual provoca la alarma, preocupación y protesta de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que estima que han sido invadidas funciones que corresponden exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, en cuya cúspide se halla el Tribunal Supremo y no el Tribunal Constitucional. Tras anunciar que plantearía el problema al Rey como Jefe de Estado, moderador de las instituciones (artículo 56 de la CE), formula una exposición al Presidente del Tribunal Supremo.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional en el fundamento 1, tras resumir desde el punto de vista jurídico, los antecedentes de la cuestión, destaca (en su penúltimo párrafo) las dos posturas opuestas, de la Audiencia y "la valoración que efectuaron de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad". Lo cual plantea dos cuestiones de alcance constitucional. La primera, los

derechos fundamentales alegados por el demandado para negarse a la práctica de la prueba biológica; la segunda, valoración de tal negativa respecto a los derechos fundamentales de la demandante y de su hija menor.

La primera cuestión es resuelta en esta sentencia (en el fundamento 2) en el sentido de que no vulnera ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la intimidad. En relación con ello, añade el fundamento 3 que lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de la prueba biológica: no vulnera los derechos a la integridad y a la intimidad y, además, es indispensable para alcanzar fines constitucionales protegidos. Por ello (fundamento 4), el demandado en un proceso de filiación, sólo podría negarse a someterse a la prueba biológica si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud.

La segunda cuestión se relaciona directamente con la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. Dice literalmente el fundamento 5, en su inicio: "por tanto, los límites que los artículos 18.1 y 16 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifica, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil procedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provisional, luego". Y más adelante, con referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo objeto del recurso de amparo, añade: "lo cierto es que, sin embargo, la negativa del demandado produjo como resultado que se llevara a cabo la práctica de la prueba. El Tribunal Supremo, aún reconociendo que la negativa a la investigación de la paternidad, que establecía nuestro Código Civil al influjo del Código Napoleónico, contradice la terminante prescripción del artículo 39 CE y del artículo 127 CC, sostiene que la investigación de la paternidad no puede imponerse obligatoriamente, en cuanto al sometimiento de las pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 CE, pero añade que ante la voluntaria y obstinada negativa a prestar su colaboración el hipotético padre biológico interesado por justificadas causas, tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como *ficta confessio*, siendo necesario por ello la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas biológicas absolutamente definidas, habiendo quedado así la demanda sin un soporte serio de prueba, al haber quebrado la posibilidad de una contrastación biológica".

Con lo cual, la demandante, recurrente en amparo, ve vulnerado, en lo que a ella respecta, el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE y el de no discriminación por razón de la filiación, de los artículos 14 y 39 CE. Ante ello, la presente sentencia (fundamento 6) dice que si en un proceso de filiación hay pruebas suficientes de la paternidad, la negativa a la prueba biológica no vulnera ningún derecho fundamental del demandante; pero si estas pruebas son insuficientes para acreditarla por sí solo, la práctica de la prueba biológica es esencial y en tal caso —afirma— "no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre, deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación". Recuerda asimismo que cuando un medio de prueba se halla en el poder de una parte en el proceso, "la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad".

Así, en este caso el Tribunal Supremo aceptó la negativa del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica y (fundamento 6, último párrafo) "ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado", lo cual —es la conclusión final de la trascendencia constitucional de tal negativa— "vino a imponerle una exigencia excesiva al derecho fundamental del artículo 24.1 CE, colocándola en una situación de indefensión".

Por lo cual, se otorga el amparo y, advierte, que "no se trata, pues, de que se corrijan en la sentencia las valoraciones de hecho efectuadas por los tribunales", "sino de enjuiciar la conducta de aquéllos, a la luz, de las exigencias impuestas por el artículo 24.1 CE" (fundamento 7).

Otorgado el amparo, se anula la sentencia del Tribunal Supremo y, para hacer efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que declara firme la sentencia de la Audiencia que había declarado la paternidad del demandado.

### d.2 *La fundamentación de la sentencia*

La resolución en sus fundamentos jurídicos 1 y 2 después de hacer un breve resumen de las posiciones procesales de las partes, centra su examen en lo que, a partir del resto de la sentencia, va a constituir el foco de atención del Tribunal Constitucional, que no es otro que la práctica de la prueba hematológica a la que el demandado se negó, para rechazar desde el principio que aquella suponga una lesión del derecho a la integridad física o a la intimidad del demandante, por cuanto ello es consecuencia de las limitaciones a las que tales derechos fundamentales han de someterse en aras de cumplimiento de deberes y relaciones jurídicas que el derecho regula cuales son las investigaciones de la paternidad y maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación y enlazando, en este extremo, con la doctrina de la AATC103 y 221/90.

### d.3 *Justificación constitucional de las pruebas biológicas y supuestos excluibles*

En el Fundamento Jurídico 3, se contienen de un lado, las razones para no estimar inconstitucional la prueba y de otro las condiciones en que es prescindible.

Así, para el Tribunal Constitucional el sometimiento del varón a la prueba o la decisión judicial que la acuerde, no supone un atentado a su integridad física o intimidad por cuanto la extracción de unas gotas de sangre del cuerpo humano por un profesional de la medicina, no puede considerarse degradante o contrario a la intimidad, no atacando tampoco el recato o pudor.

En relación con lo anterior, existiendo una causa prevista en la Ley y en la CE que justifique tal medida (el artículo 39.2 CE) y que atiende a fines constitucionales cuales son la protección de los intereses de los hijos y sus derechos a conocer su filiación, no existiría óbice alguno para entender que las resoluciones judiciales que disponen su práctica sirven directamente fines constitucionales cuales son la protección integral de los hijos y su igualdad con independencia de su filiación.

Por último, la sentencia, en este apartado contiene supuestos en que se pueden excluir las citadas pruebas o deben ser llevadas a cabo en determinadas condiciones:

a) Cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse por medios probatorios menos lesivos para la integridad física.

b) Cuando la práctica pueda suponer para el sujeto pasivo grave riesgo o quebranto para su salud. Se añade que debe hacerse por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

c) Adecuada proporción entre intromisión en la intimidad e integridad física o moral del agraviado y la finalidad a la que sirva. Debe ponderarse y motivarse en la resolución judicial.

Además de las anteriores, los límites a la realización de la prueba pueden provenir según el Tribunal Constitucional de la falta de seriedad de la demanda no acompañada de un principio de prueba, lo que revertirá en su no admisión (artículo 127-2 CC) o en el hecho de que la autoridad judicial la estime de todo punto impertinente o inútil por servir de soporte a una paternidad supuestamente inventada.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional entiende que, una vez decidida la práctica por el Juzgado, la parte está obligada a colocarse en su realización por un deber de buena fe y lealtad procesal y por el deber constitucional de velar por los hijos.

### d.4 *Ausencia de nueva valoración*

El Tribunal Constitucional justifica que en ningún caso supone la sentencia que dicta, la corrección de las valoraciones de hecho efectuadas por la jurisdicción ordinaria, sino imponer una interpretación conforme a la CE y prestar a los justiciables una tutela realmente efectiva e imponer la práctica de la prueba hematológica cuando la misma devenga insustituible para garantizar la base fáctica de la pretensión.

A este respecto el Tribunal Constitucional entiende que la jurisdicción ordinaria ha incurrido en una contradicción esencial al afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de la demanda y, de otro lado, legitimando la negativa del demandado fallando sobre la base de que no se ha probado suficientemente el hecho.

### d.5 *Voto particular del magistrado don Pedro Cruz Villalón*

El magistrado don Pedro Cruz Villalón formuló voto particular a la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 1407/92; en el cual señala lo siguiente:

del presente recurso de amparo, tal como se expresa en el punto 1 de su fallo (reconoce el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión), así como en los fundamentos jurídicos de los que trae causa (fundamentos jurídicos 1º a 7º). Discrepo, sin embargo, del alcance de dicho otorgamiento, en los términos contenidos en el punto 2 del fallo (anular la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992, con la consiguiente firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial de 26 de febrero de 1990), explicitados a su vez en el fundamento jurídico 8º y último.

Posteriormente señala que entiende que en el presente caso, los órganos judiciales hayan acatado la negativa del afectado a la realización de la prueba hematológica, la cual había sido declarada pertinente, y por ello hayan aceptado su falta de colaboración con la justicia, con lo cual se condona una conducta procesal carente de toda justificación. Que en este caso no se trata de que se corrijan en las sentencias las valoraciones de hecho efectuadas por los tribunales de procedencia (actuación que está vedada a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el artículo 44.1.b de su Ley Orgánica reguladora), sino de enjuiciar la conducta de aquéllos a la luz de las exigencias impuestas por el artículo 24.1 CE, que perviven a todo lo largo del devenir del proceso, también en su fase probatoria.

La tutela judicial constitucionalmente garantizada exige Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biología en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la pretensión.

Sin embargo, la Sentencia, en su fundamento jurídico último, considera que limita el alcance de su fallo a la anulación únicamente de "aquellas resoluciones judiciales que, de forma directa o inequívoca han infringido el derecho fundamental", lo que ocurriría de forma patente en la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, pero no así en la de la Audiencia Provincial de Madrid por cuanto esta última "considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuando más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por el demandante (que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto) contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho (la prueba de presunciones, artículo 1.253 CC) la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado".

Frente a esta determinación del alcance del otorgamiento, el magistrado señala lo siguiente:

entiendo que las premisas de la que el mismo partían debían haber llevado a la declaración de nulidad de las tres resoluciones judiciales obtenidas por la demandante en su pretensión ante los Tribunales ordinarios. Tal como se declara en la sentencia dictada en el presente recurso de amparo, las tres resoluciones han acatado la negativa a la realización de la prueba, condonando una conducta carente de toda justificación; todas ellas han hecho recaer, de este modo, toda la prueba en la demandante y han venido a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1.CE.

En lo único en que difieren las citadas resoluciones es en su distinta valoración del material probatorio de que disponían, una vez frustrada (por impracticada) la prueba biológica, incluida, desde luego, la propia actividad del afectado. Pero en esta distinta valoración este Tribunal Constitucional no puede hacer distinciones entre resoluciones que infringían de forma directa e inequívoca el derecho fundamental a la tutela judicial, llegando a una conclusión, y aquellas otras que, no obstante haber causado, con su pasividad, la misma infracción, habrían, sin embargo, reaccionado correctamente llegando a conclusiones distintas. Ahora bien, una vez producida la vulneración de la tutela como consecuencia de la conducta pasiva de los órganos judiciales, no me parece posible distinguir entre unas resoluciones y otras en función de su distinta valoración de un mismo material probatorio.

Por ello entiendo que la doctrina que fundamenta la estimación del presente recurso de amparo, con la que coincido plenamente, y a fin de restablecer a la demandante en su derecho tal como éste se declara vulnerado, no podría haber llevado sino a la anulación de las tres resoluciones judiciales, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1988, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de febrero de 1990, y la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1992, a fin de que se proceda a la práctica de la prueba biológica en su día acordada por el Juzgado de Primera Instancia.

### d.6 Reflexión final

Así pues, como resumen, el Tribunal Constitucional estima que la prueba biológica no atenta a ningún derecho constitucional y que su negativa, si las pruebas practicadas son insuficientes para la declaración de paternidad (si son ya suficientes, no hay problema) vulnera el derecho a la tutela efectiva sin indefensión, de la parte demandante. En conclusión, la práctica de la prueba biológica no es un deber del demandado, pero sí una carga y si no acepta su práctica, sobrevendrá la declaración de la paternidad del demandado que se ha negado a someterse a la misma.

La solución del Tribunal Constitucional es acertada; hace prevalecer el derecho a la tutela judicial (de la madre), el interés de la filiación (del hijo) y la verdad material (del proceso) sin apoyo en derecho legal y constitucionalmente aceptables.

Esta solución vincula a los Jueces y Tribunales, incluyendo al propio Tribunal Supremo, a la que tendrá que adaptar la doctrina antes expuesta, tal como ordena el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, tras decir que la Constitución es la norma suprema, vinculando para los órganos jurisdiccionales, añade categóricamente que éstos "interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Sin embargo, en este caso, ciertamente ha entrado en una valoración de los hechos y ha revisado lo ya resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo y, peor todavía, ha declarado la firmeza de la Audiencia. Y esto es lo que ha provocado la reacción del Tribunal Supremo que, como antes se ha dicho, remitió una exposición al Presidente del Tribunal Supremo, de fecha 7 de febrero de 1994, cuyo texto es el siguiente:

La Sala Primera de Tribunal Supremo, en Sesión celebrada el día 3 de febrero de 1994, analizó resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas en juicios de amparo y advirtió que: En ocasiones tiende, el Tribunal Constitucional, a entrar en los hechos objeto del pleito del que dimana el amparo, lo que a criterio de esta Sala, no permite su Ley Orgánica. Valora pruebas por cuyo cauce llega a modificar las conclusiones fácticas de la Sentencia

dictada por el Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria. Incluso, en la parte dispositiva de alguna sentencia, toma decisiones que convierten el Amparo Constitucional en una nueva instancia civil, privando a los litigantes del correspondiente recurso de casación. Esta Sala cree que todo ello puede significar una intromisión en facultades jurisprudenciales. Como medio idóneo de resolver las discrepancias, se había acordado dirigir a su Majestad la adjunta Exposición que remitimos a Vuestra Excelencia, como cabeza del Poder Judicial, para que adopte lo más conveniente para la buena administración de justicia.

Ante ello, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial convocó el Pleno de éste que acordó: 1º) Promover, por medio de su Presidente, ante los demás órganos constitucionales competentes, las iniciativas precisas para estudiar la necesidad o conveniencia de desarrollar el artículo 53.2 de la Constitución y de reformar, en su caso, otras normas legales. 2º) Trasladar este acuerdo al Excmo. Sr. Presidente del Gobierno y a los Excmos. Sres. Presidentes del Congreso de los Diputados, del Senado y del Tribunal Constitucional.

#### IV. FUENTES CONSULTADAS

##### A. Doctrina

- ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de familia, 4a. ed., Barcelona, 1989, p. 386.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, t. IV, 5a. ed., Edi. Santillana, Madrid, 1963, voz "Vida Privada".
- CICU, Antonio, *Il diritto di famiglia*, Macerata, 1914.
- CUADRADO IGLESIAS, "La investigación de la paternidad y la maternidad, en *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, t. I.
- DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. I, Madrid, 1984.
- DE LA VALGOMA, "Comentario a la Ley Orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983.

- DE MIGUEL, A., "Derecho a la intimidad frente al derecho a la información en el ámbito de la Estadística oficial", en *Revista Estadística Española del INE*, núm. 86, enero-marzo de 1980.
- FARIÑAS MATONI, Luis Ma., *El Derecho a la Intimidad*, Ed. Trivium, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L., "Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española", en *El Poder Judicial (AA.VV.)*, vol. II, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984.
- HERRERA CAMPOS, *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Granada, 1987.
- HERRERA TEJEDOR, F., *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, 2a. ed., Ed. Colex, enero de 1994.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., "La Igualdad Jurídica como límite frente al legislador", en *REDC*, núm. 9, p. 114.
- JO DOVIN, André, "Le Secret et le droit", *Travaux de L'Association Henri Capitant (Journées Libanaises)*, Dalloz, París, 1974.
- LLEDO YAGÜE, *Acciones de Filiación*, Madrid, 1987.
- MOREU BALLONGA, "Matrimonialidad de la filiación por subsiguiente matrimonio de los padres", en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988.
- O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la Paternidad*, Col. Doctrina y Jurisprudencia, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- PARRA LUCAN, Ma., "Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad", *ADC*, 1987.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROZ, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984.
- PRIETO FERNÁNDEZ, Carmen, "El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés preferente", en *Act. Civ.*, 1991.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "El nuevo régimen de la familia", II, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981.
- , *Los conflictos de paternidad en el derecho comparado y en el derecho español*, Barcelona, 1a. ed., 1980.
- , *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Ed. Civitas, Madrid, abril/agosto de 1987.
- RUIZ VAOILLO, "Filiación, patria potestad y proceso en la Ley de 13 de mayo de 1981", *Justicia*, 82, núm. 3.

## B. Legislación

- Código Civil*, edición anotada, 2a. ed., BOSCH, Casa Editorial, S. A., 1989.
- Constitución Española*, Cortes Generales, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Ley de Enjuiciamiento Civil*, Biblioteca de Legislación, 16a. ed., septiembre de 1993, Editorial Civitas, S. A.
- Ley Orgánica del Poder Judicial*, Biblioteca de Textos Legales, 6a. ed., Tecnos, Madrid, 1991.

## EL DELITO DE HOMICIDIO EN RAZÓN DEL PARENTESCO O RELACIÓN: ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL: DESAPARICIÓN DEL PARRICIDIO Y DEL INFANTICIDIO

Raúl GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS

SUMARIO: 1. Concepto de parricidio y de parentesco. 2. Relación de parentesco con los ascendientes. 3. El lazo de parentesco entre hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado. 4. La prueba de la relación del parentesco. 5. El parricidio acepta tanto el tipo culposo, como el doloso. 6. El conocimiento de la relación de parentesco. 7. La desaparición del tipo de Infanticidio.

Este delito aparece dentro del título decimonoveno del Código Penal del Distrito Federal, capítulo IV, que se denomina *Homicidio en razón del parentesco o relación*.

*Artículo 323. Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y III anteriores.<sup>1</sup>*

### 1. CONCEPTO DE PARRICIDIO Y PARENTESCO

Etimológicamente el término "parricidio" deriva de las voces latinas *pater* (padre), *parens* (pariente), *par* (semejante) y *caedere* (ma-

<sup>1</sup> Este artículo admite también la imprudencia según el párrafo segundo del artículo 60 del CP.

tar).<sup>2</sup> Según la doctrina penal, consiste en privar de la vida a un pariente cercano. La verdadera esencia del parricidio radica en el lazo parental que liga al homicida con su víctima.<sup>3</sup>

El parentesco puede ser, según el artículo 292 del Código Civil, de consanguinidad, afinidad y civil. En los artículos 213, 294 y 295 del CC, se establece el *quid* de cada parentesco. Anteriormente, ni el parentesco de afinidad ni el civil entraban en consideración en la estructura del delito de parricidio, pues el artículo 323 señalaba, en forma restrictiva, que la víctima había de ser ascendiente, consanguíneo y en línea recta. Ahora ya se incluye esta relación de parentesco al establecer que se dará cuando se prive de la vida al *ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado*.

## 2. RELACIÓN DE PARENTESCO CON LOS ASCENDIENTES

En el parricidio se establecía, sin que hubiese necesidad, que los descendientes fuesen "legítimos o naturales". Los padres o ascendientes consanguíneos en línea recta a quienes se priva de la vida. Esta especificación establecida en el Código Penal de 1871 (artículo 567) tenía en el mismo su razón de ser, pues el Código Civil de 1870, vigente a la promulgación de aquél, clasificaba los hijos en legítimos (artículo 314) e ilegítimos (artículos 80 y 82) e incestuosos, artículo 85). La muerte dada a un ascendiente por el hijo incestuoso o adulterino no constituía delito de parricidio, habida cuenta de que en el Código de Martínez de Castro, el ascendiente inmolado tenía que ser "legítimo o natural".

La situación no cambió al promulgarse el Código Civil de 1884, pues en él se clasificaban los hijos en legítimos (artículo 290), naturales (artículo 328) y espurios (artículos 100 y 361). El hijo espurio, por tanto, que mataba a cualquiera de sus ascendientes, no era tampoco reo de parricidio. Una transformación sustancial se operó al promulgarse la Ley de Relaciones Familiares de 1917, pues aunque en ella se clasificó la filiación en legítima (artículo 143) y natural (artículo

<sup>2</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*, 1a. ed., Porrúa, 1996, México, pp. 173 y 174.

<sup>3</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, t. II, Ed. Porrúa, p. 158.

lo 186), éste último artículo establecía que "todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural". Así, la muerte dada al padre o a la madre por el hijo incestuoso o adulterino constituía parricidio, toda vez que el hijo incestuoso o adulterino tenía la connotación de natural.<sup>4</sup>

Al promulgarse el Código Penal de 1931, que comenzó a regir el 17 de septiembre de 1931, ya había sido promulgado el Código Civil de 1928, aunque empezó a tener vigor hasta el 1 de octubre de 1932. En el CC no fue acogida la clasificación de la filiación en legítima y natural establecida en las leyes civiles anteriores, sino que introdujo un nuevo criterio consistente en dividir la filiación en nacida de matrimonio (artículo 324) y nacida fuera de matrimonio (artículo 360), y no obstante ello, en el Código Penal, con evidente anacronismo, se hizo referencia a una filiación legítima y natural inexistente ya en el Ordenamiento civil.<sup>5</sup>

Este anacronismo jurídico creó un problema de interpretación. Pues si, por una parte, para que pudiera integrarse el tipo de parricidio, los padres o ascendientes habían de ser, según el artículo 323 del Código Penal, legítimos o naturales; y si, por otra parte, esta clase de paternidad no tiene existencia en el ordenamiento privatístico, es evidente que dicho requisito carecía de sentido y tanto valía como si no existiera, ya que los conceptos de filiación legítima y natural no pueden tener otra significación que la técnica que le acuerda el ordenamiento civilístico. Y como la voluntad del Código Civil de 1928 fue inequívocamente suprimir los conceptos de filiación legítima y natural, la nominal referencia que a estos conceptos se hace en el ordenamiento penal carece de sentido y en el vacío se disuelve. De ahí que la frase "sean legítimos o naturales" no tiene ningún valor.<sup>6</sup>

## 3. EL LAZO DE PARENTESCO ENTRE HERMANO, CÓNYUGE, CONCUBINA O CONCUBINARIO, ADOPTANTE O ADOPTADO

La doctrina familiar distingue dos grupos sociales con estructuras básicamente distintas: a) La familia nuclear, que es el grupo formado

<sup>4</sup> JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, t. II, pp. 154 y ss.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, t. II, p. 160.

<sup>6</sup> En la nota 264, de la página 160 del tomo II, *op. cit.*, hace notar don Mariano que no es razonable que en el artículo 62 del Código Civil, se utilice el término hijo adulterino, y en el 64, el de incestuoso, y critica que el legislador se limitó a transcribirlos tal como los halló en los Códigos anteriores.



por la pareja de adultos y los hijos si los hay; b) La familia extensa, que es un grupo difuso que comprende a todos los parientes consanguíneos o afines. Este grupo según los sociólogos y antropólogos, es una creación cultural que se ha dispersado en los centros urbanos por efecto de la división del trabajo existente en el orden social capitalista.<sup>7</sup>

#### Definición de parentesco:

Galindo Garfias define el parentesco como "el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre el adoptante y el adoptado".

Nuestro derecho reconoce sólo tres tipos de parentesco: el de consanguinidad, el de afinidad y el civil (artículo 292 del CC).

#### Clases de parentesco:

**Consanguinidad.** El que se da entre personas que descienden de un mismo progenitor (293 CC). Parece que con esta definición sólo los hermanos serían parientes consanguíneos.

**Afinidad.** Es el vínculo o relación jurídica que surge, como efecto del matrimonio, entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro (294 CC).

**Civil.** Es el que nace por virtud de la adopción entre el adoptante y el adoptado y sólo entre ellos (295 CC). Con esta relación se pretende incorporar afectivamente al adoptado como si fuera hijo por consanguinidad, pero como no tiene relación de parentesco con los familiares, se recurre, en muchas ocasiones a hechos ilícitos, como declaraciones falsas en el Registro Civil, para buscar que la incorporación sea también jurídica.

Por lo que se refiere al concubinato, el CC no da ninguna definición de concubinato. Se dice que la sociedad y el estado se interesan

<sup>7</sup> PÉREZ DUARTE Y N. Alicia Elena, *Derecho de familia*, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, 1990, p. 12. Esta autora cita a Fox, quien afirma que el estudio del parentesco no es otra cosa que el análisis de lo que hombres y mujeres hacen con los hechos básicos de su vida: apareamiento, gestación, paternidad o maternidad, asociación, fraternidad, etcétera, citada por PÉREZ Y N., *op. cit.*, p. 15.

por la regulación de la sexualidad de hombres y mujeres, de ahí su institucionalización a través del matrimonio. Dentro de esos tipos de asociaciones intersexuales que se mencionan, está la conocida como concubinato, que es la unión de un hombre y mujer que no está formalizada a través del matrimonio.<sup>8</sup>

El artículo 1635 del CC establece una serie de requisitos para que el concubino y la concubina tengan el derecho a heredarse mutuamente y a ese artículo se remiten todos aquellos que norman los efectos jurídicos del concubinato, excepto la presunción de la filiación. También el artículo 302 del CC incluye en el elenco de los obligados a darse alimentos a los concubinos, considerándolos como si fueran cónyuges si satisfacen los requisitos señalados en el artículo 1635 del CC.

#### 4. LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DEL PARENTESCO: PRUEBA DE LA FILIACIÓN

El Código Civil establece que sólo puede atribuírsele la filiación a un determinado varón sólo si éste manifiesta su voluntad o por sentencia que declare la paternidad.

Para obtener esta sentencia es necesario que se investigue la paternidad, y ello sólo es posible en cuatro supuestos: en casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; que exista la posesión de estado de hijo del presunto padre; que el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente o que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.<sup>9</sup>

Los autores han sostenido dos formas distintas para probar la relación de parentesco. Una consiste en que se prueba de acuerdo a las reglas del Derecho Civil; la otra, considera que se debe probar conforme a las reglas proporcionadas por el Derecho Penal.

<sup>8</sup> PÉREZ Y N. Alicia, *op. cit.*, p. 32.

<sup>9</sup> PÉREZ Y N. Alicia, *op. cit.*, p. 56. En nuestro sistema la posesión de estado de hijo se demuestra con la forma y el trato. Es decir, se deberá probar que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por la familia de éste como si fuera hijo efectivamente y que dicho varón lo haya proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

No existe unanimidad de la forma en que debe probarse la existencia del vínculo de consanguinidad en línea recta ascendente, entre el sujeto activo y el pasivo, pues en tanto que unos estiman que dicho vínculo parental debe ser acreditado trayendo al proceso penal las preconstituidas pruebas específicas que justifican la filiación según las leyes civiles, artículos 340, 341, 342, 343 y 360 del Código Civil, otros consideran que puede acreditarse en el proceso por cualquiera de los medios probatorios admitidos en Ley Procesal penal.<sup>10</sup>

Don Mariano piensa que como la existencia de sangre entre el sujeto activo y la víctima es una circunstancia del hecho que integra el tipo del parricidio, es susceptible de ser demostrada en el proceso penal por cualquiera de los medios de prueba establecidos en el artículo 135 del CPP, en tanto sean aptos para justificar el hecho de que se trata, como acontece con la confesión, los documentos privados, las declaraciones de testigos, y las presunciones. Esta posición está respaldada por el propio CC, en el artículo 386 de una manera implícita se admite que el vínculo de filiación puede quedar establecido en una sentencia penal.<sup>11</sup>

Si los medios de prueba puestos en juego en el proceso penal para acreditar la filiación fueren diversos de aquellos que específicamente menciona la Ley Civil, no deben dejar en la convicción del juzgador ninguna duda sobre la existencia del vínculo de consanguinidad que une al sujeto activo con su víctima, pues en todos aquellos casos en que la conciencia del juzgador se sintiere inquietada por la incertidumbre, deberá, en cumplimiento de lo que estatuye el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales, considerar incomprobada la existencia del vínculo y, por ende, desintegrado el tipo del parricidio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido lo siguiente:

Para los efectos penales, no es preciso aplicar estrictamente las reglas del Derecho Civil en su materia de parentesco, pues para los fines de la ley represiva basta que se obtenga la demostración del parentesco por cualquiera de los medios de prueba que el enjuiciamiento criminal autoriza, y, por lo tanto, si se trata de delito de parricidio, basta que el reo y las demás personas que declaren estén de acuerdo en que la víctima era el padre del acusado para tener por comprobado el hecho.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, 161.

<sup>11</sup> JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, 161.

<sup>12</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, LIV, p. 61.

Para que exista el delito de parricidio, no son indispensables los elementos de prueba que se necesitan para deducir un derecho civil, derivado de la relación paterno filial entre el occiso y el matador, sino que basta que, en el momento de delinquir, el homicida haya sabido que se trataba de su padre, por los antecedentes que entre ambos existían.<sup>13</sup>

Si tanto el acciso como su victimario se reconocían mutua y respectivamente la calidad de padre e hijo, basta, para comprobar esta afirmación, la declaración de éste.<sup>14</sup>

##### 5. EL PARRICIDIO ACEPTA TANTO EL TIPO CULPOSO COMO EL DOLOSO

El delito de parricidio admite cualquiera de las clases del dolo, tanto el directo, el indirecto y el eventual.

En atención al nuevo artículo 60, segundo párrafo, del Código Penal,<sup>15</sup> se establece que sí se admite el parricidio culposo. Sin embargo, en atención al artículo 321 bis, sólo se sancionará por el tipo culposo, cuando el sujeto activo se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima.

El problema que se plantea entonces, es que en caso de que se cometa el tipo imprudente sobre un pariente, se aplicará la pena correspondiente al tipo imprudentemente del artículo 323, esto es, la cuarta parte de 10 a 40 años de prisión, y no la correspondiente al 307 que sería la cuarta parte de 8 a 20 años de prisión, lo que se considera injusto y fuera de toda política criminal adecuada, pues si la razón de la existencia del artículo 321 bis es que no se aplica pena a quien imprudentemente priva de la vida a su pariente, es absurdo pensar que por el hecho de encontrarse en estado de ebriedad y bajo el influjo de un psicotrópico y se prive de la vida a un pariente, por este solo hecho se le imponga una pena mayor. Piénsese por ejemplo en los accidentes de tráfico, en que normalmente la persona es acompañada de alguno de sus parientes, en este caso se le impone una pena mayor por el solo hecho de ser acompañado de un pariente.

<sup>13</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, XXV, p. 1123.

<sup>14</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, LX, p. 178.

<sup>15</sup> *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994, y con vigencia del 1 de febrero del mismo año.

## 6. EL CONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN DE PARENTESCO

El tipo de parricidio requiere de este elemento para que se dé el tipo de parricidio. Este conocimiento imprime a la conducta homicida la notoria intensidad antijurídica que constituye la *ratio essendi* del tipo especial de parricidio, dada la extraordinaria magnitud que reviste la ofensa inferida a los ideales valorativos de humanidad. Este conocimiento, no obstante ser un elemento subjetivo, es fácil de establecer observando los antecedentes personales y familiares del reo y sus precedentes relacionados con el occiso.<sup>16</sup>

## 7. LA DESAPARICIÓN DEL TIPO DE INFANTICIDIO

A partir del *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994 con entrada en vigor el 1 de febrero de 1994, se derogó el tipo penal del infanticidio que se preveía en los artículos 325, 326 y 327 del CP.

La Ley ya no considera que la privación de la vida de los descendientes nacidos dentro de los 72 horas, deba de ser atenuada (de 6 a 10 años, artículo 326; o de 3 a 5 años, artículo 327). Ya señalaba Jiménez Huerta,<sup>17</sup> que entre otras causas que se daban para atenuar la responsabilidad de quien privaba a descendiente, se tenían las de suprimir las huellas del nacimiento por la necesidad de salvar el honor de una mujer ilegítimamente fecundada. Y en este punto surgió la lucha entre el principio ascético que no admite que el pecado constituya excusa de un delito y el principio político que proclama en el corazón de todos, que la especialidad de la causa no hace al delincuente tan peligroso para la sociedad como lo es el homicida común, pues quiérase o no, es un hecho evidente que el espectáculo de un infanticidio, si bien despierta indignación por el hecho y piedad por la víctima, no genera temor con respecto a sí mismo en la generalidad de los ciudadanos. La lucha entre estos dos principios —señala Carrara— fue larga, empero, en la ciencia moderna finalmente venció el principio político.

El delito de infanticidio alcanzó su mayor frecuencia en el último tercio del pasado siglo y en los primeros años del presente. En su

<sup>16</sup> JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, p. 162.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 165.

creciente progresión influyeron la entonces notoria incultura y el cruel desamparo en que la mujer se hallaba, las presiones familiares y religiosas ínsitas en el medio social en que vivía y los conceptos que sobre el honor imperaban, los que imponían a la mujer fecundada fuera de matrimonio, la apremiante necesidad de acudir al crimen brutal para salvar hipócritamente la honra, pues un nacimiento extramatrimonial era signo de vitalicio oprobio no sólo para la madre sino también para el hijo.<sup>18</sup>

La razón por la que se ha derogado el infanticidio como comportamiento atenuador de la pena correspondiente al homicidio o al parricidio, se ha dado en el marco que don Mariano Jiménez Huerta señalaba con toda atingencia, y que finalmente inspiró al legislador a reconocer que no había ya razón alguna para atenuarlo. Vale la pena recordar lo que decía don Mariano: "En la actualidad el delito de infanticidio ha disminuido en su acontecer en la misma progresión en que ha aumentado el delito de aborto. Esta elocuente mutación se ha operado al unísono de la evolución intelectual de la mujer, la que sólo en casos excepcionalísimos puede verse orillada a cometer este delito, pues en el mundo de hoy las presiones sociales, religiosas y familiares han decrecido en forma extraordinaria hasta el extremo de que el caso de la madre soltera inspira compasión generosa y caritativa simpatía. Bien puede, por tanto, afirmarse que la *ratio legis* que fundamenta el privilegiado delito de infanticidio se esfuma más cada día y también puede preverse que en un futuro más o menos cercano carecerá de toda razón de ser".<sup>19</sup>

<sup>18</sup> JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, p. 166. La diferencia fundamental que existe entre la muerte del recién nacido que engendra el tipo de infanticidio y el caso común de homicidio perpetrado sobre un niño, radica, pues, en un elemento subjetivo: el fin de ocultar el parto y evitar el deshonor que el agente se propone en el primero, con su conducta alcanzar. Esta finalidad y la indulgente desvalorización jurídica de que la misma ha sido objeto desde la época de Beccaria.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ HUERTA, *op. cit.*, p. 166.

## MATRIMONIO Y DIVORCIO \*

Ramón SÁNCHEZ MEDAL

A principios de este siglo el ilustre civilista italiano Antonio Cicu sostuvo la aproximación del Derecho de familia al Derecho público y su segregación del Derecho privado, basado en que la familia no es una persona jurídica, sino un organismo jurídico, en el que se generan vínculos jurídicos de carácter orgánico, cuyo sello distintivo es la interdependencia de los individuos que la componen y su subordinación a un fin superior, que es el interés familiar y que se distingue del interés individual o privado y del interés estatal o público, todo lo cual determina que en el Derecho de familia deba hablarse de "voluntad familiar", de "órganos" y de "funciones", y que a diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, el centro de gravedad en el Derecho de familia es el "deber" y no el "derecho".

Otro gran civilista italiano, Roberto de Ruggiero hace notar que el contenido ético del derecho de familia se manifiesta claramente como en ningún otro campo jurídico, porque en él influyen como en ningún otro la religión, la moral y las llamadas buenas costumbres.

Antes que jurídico la familia es un organismo ético, hasta el punto de que el Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Así se explica que haya en el Derecho de familia numerosos preceptos sin sanción o con sanción atenuada y aun obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coacción la observancia de diversos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.

\* Conferencia sustentada el 29 de febrero de 1996 en la Escuela Libre de Derecho de la ciudad de México.

La plena confirmación de ello aparece en varios artículos de nuestro Código Civil.

"Artículo 411. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

"Artículo 422. A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente".

"Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. . .".

El dominante contenido ético del derecho de familia se pone también de relieve porque no obstante la regulación jurídica de las relaciones de familia, los comportamientos reales de sus integrantes se producen generalmente al margen del Derecho y por otro tipo de impulsos y de motivaciones, que explican la aguda observación de Carbonnier: "En el matrimonio el "no derecho" es la esencia; el derecho, el accidente". Así, se ha podido decir con razón que el Derecho sólo entra a funcionar en las relaciones de familia, cuando existen graves crisis en la convivencia espontánea o cuando ésta se ha hecho imposible.

Por todas estas razones el proceso de "desacralización" o de "secularización" de la familia que se inició con la Ley sobre el Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859 abrió la puerta a una lenta erosión y deterioro de la familia y del matrimonio.

Durante los tres siglos de la colonia en la Nueva España y las primeras décadas en el México independiente, fue el matrimonio un acto exclusivamente religioso, así reconocido expresamente por las autoridades civiles, las cuales sólo intervenían para derivar de él los efectos de carácter patrimonial entre los consortes y entre los padres y los hijos.

Mediante la mencionada Ley sobre el Matrimonio Civil se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio para la inmensa mayoría de la población de nuestro país para hacer de él en adelante sólo un contrato civil, al cual definió años después en su artículo 159 el primer Código civil de 1870 como "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Esta estructura del matrimonio civil fue elevada después al rango de precepto constitucional, cuando el 14 de diciembre de 1874 en la fracción IX del artículo 23 de las Adiciones a la Constitución Federal, se hizo la expresa declaración de que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona.

Cuando era todavía sólo el jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos Decretos, uno de 29 de diciembre de 1914 y otro de 19 de enero de 1915, para introducir de improviso el divorcio vincular, ya que por el primero modificó la mencionada Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución, que reconocía la indisolubilidad del matrimonio, y por el segundo decreto reformó a distancia, también desde Veracruz, el Código civil del Distrito Federal para "establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima".

La sorpresiva precipitación para introducir el divorcio que ninguna relación tenía con el programa de reformas políticas y económicas que anunciaba el primitivo Plan de Guadalupe y que Carranza propuso en materia social en su discurso en Hermosillo de 24 de septiembre de 1913, fue que Carranza quería satisfacer el interés muy personal de dos de sus Ministros, el ingeniero Félix M. Palavicini y el licenciado Luis Cabrera, que planeaban ya desde entonces sus respectivos divorcios.

Pero no se conformó Carranza con haber introducido esta trascendental innovación, sino que el 9 de abril de 1917 expidió la Ley sobre Relaciones Familiares, usurpando funciones legislativas que no tenía y haciendo, por tanto, que tuviera un grave "vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida", según se hizo notar entonces en el órgano de la Barra Mexicana de Abogados.

A través de esta ley, el concepto del matrimonio de las mencionadas leyes del siglo XIX fue cambiado por esta nueva fórmula en su artículo 13: "contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a

llevar el peso de la vida". De esta manera confirmó la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación civil y enumeró las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento, cuyo procedimiento reguló además en su mismo texto dicha ley.

También a través de esta ley se igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, suprimiendo la potestad marital del esposo sobre su mujer y confiriendo a ambos consortes la patria potestad, si bien distribuyó en la ley las cargas del matrimonio, porque a manera de regla general impuso al marido el deber de "dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar" y a la vez atribuyó a la mujer "la obligación de atender a todos los asuntos domésticos; por lo que ella será la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar".

Asimismo, esta nueva ley en las relaciones patrimoniales de los cónyuges, sustituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes, y a tal extremo se adhirió a este último, que el artículo 4o. transitorio de la ley ordenó que la sociedad legal derivada de aquellos matrimonios celebrados antes bajo ese régimen, se liquidaría a petición de cualquiera de los consortes, y de lo contrario, continuaría tal sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley.

Un desaparecido e ilustre maestro de esta Escuela Libre de Derecho, don Antonio Ramos Pedrueza, hizo notar entonces que el régimen de gananciales venía a establecer un equilibrio en favor de la mujer durante la vida del marido, en tanto que el régimen legal de separación de bienes hacía que la situación económica de la mujer decayera gravemente, ya que la regla general en nuestra sociedad mexicana era que la mujer se dedicara preferentemente a las ocupaciones del hogar y que aun en los casos, todavía excepcionales, de que ella trabajara, sus ingresos económicos por lo general eran notablemente inferiores a los que en términos generales podían adquirir los varones. Argumentó, además, que si esta situación prevalecía en vida del padre, al fallecer éste, con arreglo a la Ley sobre Relaciones Familiares era rebajada la viuda a la condición y al nivel de un simple hijo, de tal manera que la viuda en la sucesión de su marido contaba con un solo voto como cualquier hijo, por muy indigno que éste fuera, en tanto que con el régimen legal de gananciales la viuda conservaba un lugar decoroso y respetable, porque no sólo participaba en la mitad

de los bienes dejados por el marido, sino que continuaba provisionalmente con la administración de la totalidad de los bienes dejados en la herencia.

Fueron tan falaces e inanes los razonamientos aducidos por esta Ley de Carranza para abolir el régimen legal de gananciales, y aún para suprimir éste de los matrimonios celebrados con anterioridad, que llegó a circular en esa época, como única explicación para este cambio, el propósito personalísimo de Venustiano Carranza de impedir que el general Cándido Aguilar que se había casado con una hija de aquél, llegara a participar un día de la fortuna de ésta a través de dicho régimen legal de gananciales.

Al entrar a regir en 1932 el vigente Código civil, continuaron sustancialmente los mismos lineamientos anteriores de la Ley sobre Relaciones Familiares, si bien introdujo el Código civil el divorcio administrativo, que prácticamente convirtió al matrimonio en una especie de arrendamiento voluntario, por virtud del cual los cónyuges podían darlo por terminado a su placer en el momento en que lo decidieran.

Por otra parte, con el actual Código civil se inauguró en nuestro país el sistema de atenerse únicamente a los pactos conyugales expresos para regular las relaciones entre los consortes, pero sólo en lo tocante a los bienes de los cónyuges, al suprimir todo régimen legal de bienes en el matrimonio y al obligar, aunque sólo en teoría, a los contrayentes a que en el acto mismo de celebrar su matrimonio eligieran expresamente y hasta reglamentaran, o la sociedad conyugal o la separación de bienes.

Posteriormente, con ocasión del Año Internacional de la Mujer, se reformó en 1975 el Código civil para continuar y completar el *sistema de pactos conyugales expresos*, y hacer desaparecer así el carácter *estatutario e institucional* a las normas jurídicas en materia de matrimonio, particularmente en lo referente al sostenimiento económico del hogar, a la dirección y cuidado del hogar, a la atención y educación de los hijos, a la administración de los bienes de éstos, al régimen conyugal de bienes y hasta a la duración del matrimonio, todo lo cual se dejó a los acuerdos expresos que al efecto convinieran los consortes.

Aparece así en nuestra legislación el concepto desenfrenadamente individualista del matrimonio, en el que la ley nada impone, ni siquiera sule, todo lo hace depender del específico acuerdo de los consortes, con la preocupación primordial de salvaguardar ante todo la

igualdad y la libertad de los consortes, con preferencia a la estabilidad y armonía de la familia y al mayor bien de los hijos.

De esta manera también la familia perdió el carácter *patriarcal, jerárquico y funcional* que tuvo anteriormente, para sustituir las relaciones de autoridad única del marido en el pasado, y convertirse ahora en una agrupación de signo *igualitario y asociativo*, con normas de naturaleza optativa y no de carácter imperativo.

En el fondo lo que sucede es que la familia, según ha hecho notar Savatier, es el único grupo que persiste sustraído como un islote a ese movimiento general de retorno a lo social, que rectificó en el mundo, los errores individualistas de la Revolución francesa, e hizo posible, entre otras manifestaciones, la aparición de los sindicatos, de las cámaras, de las asociaciones y de la intervención del Estado en la actividad económica.

Aunque nuestra legislación es de línea divorcista porque ofrece un menú de dieciocho causas de divorcio, es decir, una especie de divorcio a la carta en el artículo 267 del Código civil, que permite el *divorcio-sanción*, en los casos de abandono injustificado del hogar o de injurias graves o de sevicias; el *divorcio-remedio*, en los casos de enfermedades o de vicios; el *divorcio-capricho*, en los casos del divorcio voluntario, y aún el *divorcio-repudio*, urdido a través de una separación por más de dos años; contiene, sin embargo, ciertas restricciones tendientes a la conservación y subsistencia del matrimonio al establecer el perdón expreso o tácito para purgar cualquier causa de divorcio, al permitir la reconciliación en todo momento del juicio para conjurar la sentencia de divorcio, al fijar breves plazos para pedir el divorcio, y en la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento, al exigir la presencia personalísima de los dos cónyuges a las dos juntas de avenencia con intervalos inmodificables y obligados en cada una de ellas para que el juez exhorte a la reconciliación de los consortes. Es, por tanto, del todo incorrecta la aplicación del nombre de *divorcio necesario* al divorcio contencioso, ya que la ley nunca lo impone. No sólo en el divorcio por mutuo consentimiento existe la voluntad de ambos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, sino también en todos los demás casos hay por lo menos la voluntad del actor que promueve la acción de divorcio, y a las veces también inclusive la voluntad del mismo demandado que, por algún motivo, no hace valer las excepciones o las pruebas que pudiera tener para oponerse a la procedencia de la acción.

En esta misma dirección la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentada en reiteradas ejecutorias ha sido muy explícita y firme en defensa del matrimonio y de la familia, estableciendo a manera de postulado fundamental que por ser una cuestión de orden público, el Estado se encuentra interesado en que subsista, más bien que en que se disuelva el vínculo matrimonial, origen de la familia, y añadiendo que cada una de las de dieciocho causas de divorcio es autónoma, y no pueden involucrarse las unas y las otras, ni pueden ser objeto de interpretación extensiva ni por analogía ni por mayoría de razón, ni puede tampoco el mismo hecho aceptarse como causa polivalente de divorcio.

A todas estas cortapisas, hay que agregar una frase muy significativa que aparece al final del artículo 288 del Código civil en el sentido de que "cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

Resulta así, que la legislación mexicana sobre el matrimonio civil está inspirada en dos principios, al parecer contradictorios, pero que en la realidad pueden combinarse y complementarse entre sí: el principio de *la libertad contractual* y el principio de *la conservación del matrimonio*.

La libertad en el matrimonio civil tiene en el Código civil múltiples manifestaciones, tanto para celebrar el matrimonio como para vivir en el matrimonio y aun para disolver o mantener el matrimonio.

La libertad para contraer matrimonio, porque los esponsales no producen la obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa.

La libertad para fijar y modelar el contenido del matrimonio civil, porque son ahora los pactos concretos de los consortes y no las disposiciones de la ley, los que distribuyen entre los cónyuges las cargas del hogar, los que arreglan todo lo relativo al cogobierno de los hijos por dos titulares iguales de la patria potestad y los que eligen y reglamentan un determinado régimen de bienes.

Libertad para disolver o no el matrimonio civil, porque aún en los matrimonios en que exista una causa legal de divorcio, la ley no impone éste a los cónyuges desavenidos, ni como solución única, ni siquiera como solución preferente, sino que se atiene siempre a la voluntad de los consortes, sea a la voluntad conjunta de ambos en el divorcio por mutuo consentimiento, sea a la voluntad del cónyuge

inocente o afectado que decida promover el divorcio contencioso o mal llamado divorcio necesario. No existe, por consiguiente, una ley imperativa que lo imponga necesariamente a los dos cónyuges, sino que en todo caso depende su existencia de la voluntad de uno o de ambos consortes.

Por otra parte, el principio de la conservación del matrimonio ha inspirado a la legislación en México y a la jurisprudencia, según se hizo notar anteriormente, ya que una y otra obstaculizan la disolución del matrimonio y en esa forma tratan de salvaguardar las buenas costumbres en bien del matrimonio y de la familia que gracias a él se ha formado.

Las buenas costumbres son mencionadas en varios preceptos del Código civil y son principalmente las buenas costumbres de la moral sexual, mismas que según las certeras observaciones de Ripert en su obra "La Regla Moral en las Obligaciones Civiles" están regidas por estos tres principios fundamentales:

1º El legislador ha comprendido que es preciso acudir a la ley moral para completar sus textos que apelan a las buenas costumbres.

2º Subsiste la vieja ley moral que condena la obra de la carne fuera del matrimonio, es decir en el concubinato y en los prostíbulos.

3º Los tribunales tienen confiada la elevada función de reconocer y de asegurar en las relaciones jurídicas, la observancia de esa vieja regla moral.

Esta importantísima función comparable a la de los censores que custodiaban en Roma las buenas costumbres públicas, ha quedado confiada ahora a casi 200 Tribunales Colegiados de Circuito dispersos en todo el territorio nacional, que por lo general han seguido la misma orientación de la citada jurisprudencia anterior de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de que por ser cuestión de orden público, el Estado se encuentra interesado en que subsista más bien que en que se disuelva el vínculo matrimonial. Hay que agregar, además, otras tesis de jurisprudencia aplicables a los matrimonios en conflicto y con base en ellas apoyar una solución que puede llamarse el *divorcio opcional*, para permitir una salida distinta que no sea forzosamente el remedio del divorcio vincular, sino sólo la separación extrajudicial o judicial de los cónyuges desavenidos.

Ejemplos de estas últimas tesis pueden citarse como las más interesantes las siguientes:

1. No toda separación del hogar conyugal constituye causa de divorcio, pues debe considerarse que la separación es justificada, cuando obedece a la necesidad de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realice la separación, a pesar de que no ejercite la acción de divorcio, ni promueva providencia alguna, cautelar o prejudicial, a fin de que se autorice la separación.

2. La separación de los cónyuges como medida provisional no requiere resolución judicial, ya que aunque al admitir el juez la demanda de divorcio ordena desde luego mientras dure el procedimiento, la separación provisional de los cónyuges, esto no significa que sea la determinación del juez la que venga a crear la posibilidad de separación de los cónyuges y que si el acuerdo del juez no existe, les sea jurídicamente imposible separarse, pues el acuerdo del juez no crea un derecho de separación a favor de los esposos, sino sólo reconoce la situación que se presenta cuando la desavenencia entre los cónyuges ha llegado a tal extremo de incompatibilidad que los ha llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio que lógicamente tiende a agravarse cuando uno de ellos ha presentado su demanda, pues lo que pretendió el legislador fue evitar los mayores males que pueden ocasionarse los cónyuges con motivo del trato diario que los ha predispuesto, impidiendo que uno de ellos pretenda retener a su lado al otro o que contra su voluntad pretenda permanecer a su lado.

3. Sin acudir para nada a la autoridad judicial puede una pareja celebrar un convenio privado para acordar que los cónyuges se separen por un cierto plazo o por tiempo indefinido y al mismo tiempo reglamenten sus relaciones personales y patrimoniales, así como todo lo concerniente a sus menores hijos.

4. Tanto la separación unilateral, como la separación convencional antes indicadas, son separaciones de hecho, en virtud de que en ninguna de ellas interviene un juez, ni están expresamente previstas en la ley y debido a ello aunque no se esté en el caso de los padecimientos físicos o enfermedades contempladas en dos fracciones del artículo 267 del Código civil, siempre que la cohabitación de los cónyuges se haya vuelto imposible por causas muy graves, podrá uno de los consortes demandar ante la autoridad judicial la separación de cuerpos sin tener que acudir por fuerza al juicio de divorcio.



5. No sólo en las causas de divorcio, sino también para promover cualquier juicio de otra índole, se faculta a los tribunales para autorizar la separación provisional de aquél cónyuge que intente demandar o acusar al otro consorte.

Sobre estos dos principios cardinales, el de la *libertad contractual* y el de la *conservación del matrimonio*, se fundan la posibilidad y la validez de un *pacto de indisolubilidad del matrimonio* que convengan los esposos al momento mismo que su casamiento, y por virtud de cuyo pacto acuerden ambos de antemano eliminar el divorcio como recurso para solucionar las eventuales dificultades que pudieran surgir más tarde en su matrimonio y como medio para disolver éste, de la misma manera que, después de contraído el matrimonio, podrían ambos consortes eliminar el divorcio a través del perdón o la reconciliación o la separación, aun estando ya frente a una causa concreta de divorcio. En otras palabras, si es válido el pacto para eliminar el divorcio cuando ya surgieron las causas para pedirlo, con mayor razón es válido el pacto para eliminarlo antes de que surjan dichas causas.

Como el matrimonio civil es un contrato bilateral que genera obligaciones a cargo de uno y otro cónyuge, le es aplicable la posible resolución por grave incumplimiento de una de las partes de acuerdo al artículo 1949 del Código civil, si bien restringe este último ordenamiento a una serie limitativa, las causas de esa resolución del matrimonio en la mayor parte de las causales de divorcio enumeradas en el artículo 267.

Ahora bien, según lo confirma la más autorizada doctrina, al comentar preceptos similares al citado artículo 1949, este precepto en lo referente a la resolución del contrato por incumplimiento, es una norma supletoria e interpretativa de la voluntad de las partes, que por fundarse en una cláusula tácita o implícita, puede suprimirse por un pacto expreso en contrario.

“A mayor abundamiento —dice Giorgi— semejante condición (la llamada condición resolutoria tácita) es simplemente sobreentendida y no ya impuesta por la ley; presume, esto es, la voluntad de las partes, pero, no siendo requerida por motivos de orden público, cede ante la voluntad contraria que las partes hayan manifestado abiertamente. Ellas son libres de pactar que el contrato no se resolverá en caso de incumplimiento”.

La resolución del contrato —dice Josserand— aun cuando constituye una sanción inherente a la libertad contractual, no es en modo alguno de orden público, sino interpretativa de la voluntad de las partes. . . Desde el momento en que el pacto comisorio no existe más que en función de la voluntad presunta de las partes, depende de éstas, o el descartarlo totalmente, por una cláusula que se puede redactar en cualquier momento en el contrato mismo, o a su continuación, o bien el modificar su alcance con ayuda de una cláusula expresa”.

“La resolución —dice Mazeaud— constituye la reparación de un daño. Pues bien, las convenciones que agravan o que limitan la responsabilidad son válidas en materia contractual. Hace falta admitir, pues, la validez de las cláusulas contemplando la resolución como puramente supletorias. Es posible a las partes decidir que el acreedor no pedirá la resolución”.

Con base en estos razonamientos, aun dentro del marco legal actualmente en vigor, sin necesidad de una reforma a nuestro Código Civil, son perfectamente aplicables al pacto de indisolubilidad las vigorosas consideraciones de Mazeaud:

“Se ha dicho todo para defender y combatir el divorcio. Irritante debate porque en él chocan conciencias, intransigencias, egoísmos, sectarismos. Nadie quiere ceder. Nacido de la lucha contra la iglesia, el divorcio se ha arraigado en nuestras leyes. El debate debe cesar. Es posible entenderse en la libertad. Unos quieren un matrimonio que sea disuelto por el divorcio; los otros, un matrimonio indisoluble. Entonces, ¡que lo decreten disoluble o indisoluble a elección de los futuros esposos. . . !

“Así pues, ¡que cada cual elija! Dos matrimonios se ofrecen: uno de ellos, que podrá romper el divorcio; el otro, el que sólo romperá la muerte. El matrimonio deja de ser una superchería en uno que se obliga, pero guardándose el derecho de romper.

“Pero quien desee el recurso del divorcio, no tendrá tal vez siempre el valor de afirmarlo. No hay que obligar; no hay que forzar a reclamar aquel recurso. El silencio observado por los contrayentes acerca de la indisolubilidad equivaldrá al matrimonio disoluble. A los que quieran indisolubilidad corresponde pedirla ante el encargado del Registro Civil.

"Tal es la solución del problema del divorcio; el matrimonio facultativamente indisoluble. Nadie puede protestar; porque cada cual continúa siendo libre para unirse hasta la muerte o tan sólo hasta el divorcio. Nadie protestará, salvo los hipócritas, que querrían, a la vez, prometer su vida y conservar la disposición de la misma.

"Si es verdad que los franceses desean, en su mayoría, contraer matrimonio disoluble por el divorcio, ¿por qué ha de imponérsele tal matrimonio a aquellos esposos que quieren contraer un matrimonio indisoluble? La solución del problema está en un respeto mutuo de opiniones y de la libertad de cada cual: dejar a los esposos la libre elección; que aquellos que crean prepararse la posibilidad de una ruptura, contraigan un matrimonio disoluble por divorcio; que los que crean unirse para toda la vida, contraigan un matrimonio indisoluble".

Después de la Segunda Guerra Mundial, hubo en Francia una ponencia de León Mazeaud, apasionadamente defendida por Henri Mazeaud, ante la Comisión de Reforma del Código Civil, que proponía se permitiera a los futuros cónyuges optar o por el matrimonio disoluble, conforme al Derecho común, o por una unión no susceptible de disolución, en cuyo caso sería preciso una declaración especial de voluntad emitida ante el funcionario del servicio del estado civil. La iniciativa no fue aceptada, porque se argumentó que la Iglesia Católica denegaría el matrimonio religioso a quienes civilmente hubiesen contraído un matrimonio disoluble, de todo lo cual se seguiría como conclusión que en definitiva la unión civil indisoluble no sería otra cosa sino la faceta secular del matrimonio católico.

Sobre este mismo particular, es oportuno recordar la secuencia legal que tuvo el divorcio en Portugal.

En el concordato de 25 de julio de 1940, se dispuso en el artículo 24, que en armonía con las propiedades esenciales del matrimonio canónico se entiende que por la celebración de éste los cónyuges renuncian implícitamente a la facultad civil de solicitar el divorcio.

En consecuencia, siendo facultativa la celebración del matrimonio civil, sólo aquellos contrayentes que habían elegido esta clase de matrimonio, estaban autorizados para solicitar el divorcio vincular.

Este sistema se respetó sustancialmente al promulgarse el último Código Civil de 1966, cuyo artículo 1790 disponía que "no pueden disolverse por divorcio los matrimonios católicos celebrados a partir

del 1º de agosto de 1940, ni tampoco los matrimonios civiles cuando, desde la misma fecha, se ha celebrado el matrimonio católico entre los mismos cónyuges".

Pero por acuerdo de 15 de febrero de 1975 entre Portugal y la Santa Sede, se firmó un protocolo adicional al concordato de 1940, con la siguiente redacción: "Celebrado el matrimonio católico, los cónyuges asumen por ello mismo, frente a la Iglesia el compromiso de atenerse a las normas canónicas que lo regulan, y en particular de respetar sus cualidades esenciales. La Santa Sede, mientras reafirma la doctrina de la Iglesia católica sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio canónicamente el grave deber que les incumbe de no valerse de la facultad civil de pedir el divorcio", razón por la cual la ordenanza portuguesa de 22 de mayo de 1975 derogó el citado artículo 1790 del Código Civil, pero con esa nueva norma concordataria se abrió prácticamente el libre acceso a la disolución del vínculo por el divorcio, cualquiera que sea la clase de celebración del mismo.

Esta evolución demuestra o confirma la posibilidad del pacto de indisolubilidad en el matrimonio civil de México, pues lo que es de orden público en nuestro Derecho no es la ruptura de los matrimonios, sino la conservación y estabilidad de los mismos, según la mencionada jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de tal manera que no puede impugnarse la validez de semejante pacto aduciendo que la ley de divorcio en México es de orden público en el sentido de que no puede excluirse por un pacto la disolución del vínculo matrimonial, máxime que esta disolución tampoco se impone en ningún caso, porque siempre queda a voluntad del cónyuge inocente solicitar o no el divorcio.

Por esta razón, no puede sostenerse en México que el derecho al divorcio sea un derecho irrenunciable, porque el divorcio sea supuestamente una institución de orden o de interés público, como se ha pretendido equivocadamente en otros países.

Es más, en Portugal antes de la mencionada reforma de 1975, solamente el sesenta por ciento de los católicos celebraba el matrimonio religioso, en virtud de no querer renunciar a la facultad que concedía la ley civil de pedir el divorcio, lo que confirma la validez del pacto de indisolubilidad en cuestión.

Asimismo en la República Dominicana, por aplicación del concordato de 1954, se entiende que por el hecho de la celebración del matrimonio en forma canónica, los cónyuges renuncian a la facultad civil de pedir el divorcio.

En las legislaciones de aquellos países donde, como en México, existe el divorcio vincular desde hace tiempo y ha ido arraigando él en las costumbres, no es de esperar una reforma a corto plazo para abolirlo. Sucede en estos países, según observa Rippert, que se crea una verdadera mística del divorcio, ya que "nadie discute los males que engendra; nadie se permitiría, sin embargo, pedir una modificación de las leyes existentes, o una restricción de la práctica. Sería dar pruebas de un espíritu antidemocrático".

## LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR

José Manuel TORREBLANCA SENTÍES

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.* II. *Los juzgados de lo familiar.* III. *Procedimiento especial ante los juzgados de lo familiar.* IV. *Las controversias del orden familiar.*

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En materia de familia, la doctrina en general reconoce que la misma es una institución de orden público, por ser la base de la sociedad. La desintegración de la familia será causa de la desintegración de la sociedad, así como de la pérdida de los valores éticos y morales, ya que los hijos se educan y forman en la familia. El origen natural de la familia es el matrimonio, no obstante que el legislador reconozca determinados efectos al concubinato. En el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la oportunidad de mejorar y perfeccionarse como persona, al cumplirse los fines primarios del mismo, principalmente la ayuda mutua. Esta ayuda que no es simplemente material, sino también y principalmente espiritual y moral. Si bien es cierto, la persona humana es imperfecta, también es cierto que es perfectible, y el matrimonio proporciona al hombre y a la mujer un medio adecuado para llegar a ese perfeccionamiento tanto de la pareja como de cada uno de sus miembros. Como afirma Gerardo Canseco, el hombre y la mujer no son sexos opuestos, sino sexos complementarios, por lo que en el matrimonio cada cónyuge debe dar a su pareja lo que a ésta le falta procurando la superación mutua y la de cada uno de los cónyuges.

En el seno de la familia crecen, se educan y se desarrollan los hijos. Aprenden de sus padres a vivir y los valores morales, éticos y trascendentes de la persona, a través no sólo de la información que reciben de sus progenitores, sino principalmente por el ejemplo y experiencias que viven.

Por ello, la doctrina y la legislación han considerado que las leyes en materia familiar deben ser de orden público y de carácter irre-

nunciable, estableciéndose normas jurídicas imperativas que tienden a la tutela y conservación de la familia y a la protección de sus integrantes, principalmente tratándose de los menores hijos de la pareja.

Sin embargo, la aplicación de las normas sustantivas que regulan el Derecho de Familia presenta en la práctica forense una serie de problemas de difícil solución, toda vez que las controversias que se plantean en esta materia se ubican dentro del sistema conocido en la doctrina como *Derecho Procesal Publicístico*,<sup>1</sup> en el cual se otorgan al juzgador mayores facultades para el impulso y dirección del proceso y para fijar el objeto del mismo<sup>2</sup> y frecuentemente dando intervención al Ministerio Público, como representante social.

El objeto del Derecho de Familia debe dirigirse a la preservación de la misma, a la protección de sus integrantes y de los menores e incapacitados, el derecho a alimentos, etcétera, que son bienes supe-

<sup>1</sup> OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, Editorial Harla, México, 1991, pp. 55 a 75.

El doctor Ovalle Favela distingue entre el *Derecho Procesal Dispositivo*, *Derecho Procesal Social* y *Derecho Procesal Publicístico*.

El *Derecho Procesal Dispositivo* es producto de la ideología liberal e individualista. Se trata de procesos de interés preponderantemente individual o privado, que se caracterizan por la iniciativa de parte y disponibilidad en el objeto del litigio, así como del objeto de la prueba, operando la autonomía de la voluntad. Se ubican en este sector el derecho procesal civil y mercantil.

El *Derecho Procesal Social*, es un sector en el cual se pretende obtener la igualdad por compensación. Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales... para establecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tiene el orden económico de la vida, los que ponen el trabajo como sustancia del contrato, y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses, afirma Eduardo Couture. El derecho procesal del trabajo, el derecho procesal agrario y el derecho procesal de la seguridad social corresponden a este sector.

El *Derecho Procesal Publicístico* se caracteriza porque en él, el Estado tiene una doble intervención a través de órganos distintos e independientes: como parte, ya sea actora o demandada, y como juzgador. En este sector se ubica el proceso penal, los procesos administrativo y constitucional (en los cuales el Estado puede ser parte demandada o autoridad responsable a través de un órgano) y los procesos familiares y del estado civil de las personas, en los que existe una tendencia a dar intervención a un órgano del Estado (el Ministerio Público o la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia). En este sector se otorgan al juzgador mayores facultades para el impulso y dirección del proceso, así como para fijar el objeto del mismo. Por regla general se establece una indisponibilidad en el objeto del litigio, con salvedades y modalidades en el proceso penal y familiar, afirma el doctor Ovalle Favela.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 67.

riores, por lo cual su tutela no debe quedar confiada a normas permisivas o dispositivas o al capricho de las personas. En esta materia no debe tener aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, de carácter eminentemente individualista.

Siendo la familia una institución de orden público y la base fundamental de la sociedad, el Estado debe establecer sistemas para preservarla y proteger a sus integrantes. En las cuestiones que la afectan, así como en las que se refieren a menores, incapacitados y alimentos, se faculta legalmente al juzgador para intervenir aun de oficio, sin que haya instancia o petición de parte.

El Juez de lo Familiar en materia de su competencia generalmente debe gozar de amplísimas facultades y atribuciones para desempeñar la función jurisdiccional, pudiendo rebasar los límites formales y rígidos que se imponen en el *Proceso Dispositivo* de contenido patrimonial. Así, se eliminan formalidades excesivas o innecesarias, conservándose únicamente aquellas indispensables para respetar las Garantías Constitucionales de Seguridad Jurídica, eliminándose también cuestiones o incidentes que entorpezcan el curso normal del proceso.

La instancia puede iniciarse en casos urgentes por comparecencia personal, eliminando la formalidad o requisito del libelo escrito.<sup>3</sup> El juzgador está obligado a suplir las deficiencias de cualquiera de las partes en sus planteamientos de derecho, pero esta suplencia en la deficiencia de la queja debe encaminarse directa e inmediatamente a cumplir con las finalidades esperadas por el legislador, o sea, preservar la familia y proteger a sus miembros.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> En la práctica se presentan problemas para formular la demanda verbalmente en casos urgentes, toda vez que algunos jueces sin fundamento alguno piden se presente la demanda por escrito. Otro problema práctico es que la demanda debe presentarse por la Oficialía de Partes Común, y en la demanda verbal a que se refiere el artículo 943 del Código Distrital de Procedimientos Civiles. Consideramos que la comparecencia en casos urgentes se puede realizar ante cualquier juez de lo familiar, quien deberá dictar las medidas urgentes y posteriormente el expediente se remitirá a la Oficialía de Partes Común a fin de que se realice el turno correspondiente. Por otra parte, en controversias familiares no hay días y horas inhábiles, tratándose de alimentos, impedimentos de matrimonio y diferencias domésticas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Código, por lo que sería recomendable establecer un sistema de guardias, a fin de que durante los 365 días del año funcionaran los juzgados familiares.

<sup>4</sup> La facultad de suplir las deficiencias de partes en sus planteamientos de derecho contenida en el segundo párrafo del artículo 941 del ordenamiento legal estudiado, fue adicionada por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del día 27 de diciembre de 1983, por considerarse que el interés tutelado en el Pro-

En efecto, si el juzgador puede actuar aun de oficio y sin necesidad de instancia de parte interesada, resulta evidente que por mayoría de razón está autorizado para corregir o suplir las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho, dentro de los límites fijados en la ley y con objeto de realizar su función pública de hacer justicia, pero de cumplir con el espíritu de la ley en materia familiar, es decir, la finalidad para la que fue creada, no limitándose a una interpretación simplemente gramatical o restrictiva.

Consideramos que esta suplencia de la queja no se refiere exclusivamente al planteamiento de derecho de las partes, ya que todo juzgador en nuestro sistema jurídico, es juez de derecho y debe aplicar la norma que corresponda al caso concreto, la invoquen o no los interesados. Esta suplencia debe buscar la mejor solución al conflicto mediante el conocimiento de la verdad material, procurando siempre la tutela y protección de los menores y la forma de preservar la familia.

Estas amplias facultades imponen al juzgador una función muy difícil de cumplir. Por una parte, tiene el deber de suplir la deficiencia en el planteamiento de las partes, pero también la obligación de mantener la paridad procesal, la igualdad de los litigantes y su imparcialidad (ya que no puede ser juez y parte), sin vulnerar las formalidades esenciales del procedimiento en perjuicio de cualquiera de los litigantes. Esto implica que el juez de lo familiar deberá usar conciencia y prudencia de las atribuciones que le ha conferido el legislador, y en su caso auxiliarse del Ministerio Público, para que éste asista a la parte afectada. Resulta lógico que por lo anterior, es indispensable una adecuada preparación en el juez y en el Ministerio Público, quienes deben conocer perfectamente el Derecho Familiar y tener una verdadera sensibilidad jurídica y vocación de servicio, para comprender y resolver esta clase de litigios de manera adecuada en beneficio de la familia.

En materia familiar, se otorga al juzgador la facultad de buscar medios de prueba para mejor proveer, es decir, pruebas que constituyan elementos para emitir una resolución no solamente justa, sino además equitativa.<sup>5</sup> Por ello, dice la ley que el juez podrá cerciorarse per-

ceso Familiar es de orden público. Por ello, esta suplencia debe aplicarse a cualquier litigio familiar, aun cuando el mismo se ventile en la Vía Ordinaria Civil.

<sup>5</sup> *Equidad*, del latín *aequitas-atis*. Un antecedente directo de la equidad lo encontramos en Aristóteles, quien hace referencia a la *Epiqueya* como prudente adaptación de la ley general, a fin de aplicarla al caso concreto. Para Aristóteles la *equidad* era una forma de la justicia. La equidad es un principio general del derecho

sonalmente de los hechos o con auxilio de trabajadores sociales, para conocer la verdad real de los mismos, y no simplemente una *verdad formal* que podría afectar seriamente a los intereses de familia.

La solución a los conflictos que en estos temas se presentan, deben seguir los lineamientos previstos en los artículos 940 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, buscando una decisión que debe ser más de equidad que de estricto derecho, facultando al juzgador a apartarse de solemnidades excesivas, como se precisa en los artículos 942 y 943 del mismo ordenamiento, con la finalidad de obtener la *justicia del caso concreto*.<sup>6</sup> Es decepcionante constatar que muchas sentencias se encuentran formalmente apegadas a derecho, pero materialmente son injustas e inequitativas, al haberse aplicado estrictamente la ley sin pensar en la finalidad para la que fue creada.

Por ello, consideramos que las resoluciones que recaigan en toda clase de controversias familiares, deben emitirse imponiendo al juzgador la obligación de averiguar la verdad material de los hechos y no simplemente aquella *verdad formal* que aparece probada en el expediente, ya que ello iría en contra de la intención del legislador al crear normas especiales en el Derecho Familiar y en el proceso correspondiente.

Pensamos que expresamente se debe establecer que el juzgador familiar, en toda clase de conflictos que afecten a la familia, el juzgador cuente con facultades discrecionales para resolver lo que mejor convenga a la familia y a sus miembros dictando medidas provisionales o definitivas con objeto de que se cumpla con la finalidad del legislador al crear normas generales y tribunales especializados para resolver dichos conflictos.

Sin embargo, en la práctica forense esta decisión judicial *no obedece siempre a la observancia de las normas rectoras del procedimiento y a la interpretación jurídica de la ley*, afirma Manuel Bejarano.<sup>7</sup> Fre-

que constituye el máximo de discrecionalidad que la ley concede al juez en algunos casos para desentrañar el sentido de la ley, la *Ratio Legis*. *Equidad significa la moderación del rigor de las leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas*.

<sup>6</sup> Eduardo COUTURE en su Decálogo del Abogado, dice: "*LUCHA*. Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentras en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia".

<sup>7</sup> BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel, *Las controversias de orden familiar*. Tesis discrepantes, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Publicación especial. Dirección de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 1994, p. 15.

cuentemente, los juzgadores aplican al Derecho Familiar, principios jurídicos que fueron establecidos para regular el procedimiento civil dispositivo, de carácter eminentemente patrimonial y estricto derecho, olvidándose de la *ratio legis* que inspiró la creación de normas especiales y privativas en materia familiar.

Afirma el Magistrado Manuel Bejarano y Sánchez que las resoluciones de los Tribunales Familiares se apoyan frecuentemente en tecnicismos ajenos a la materia familiar, que obstaculizan la justicia del caso concreto, soslayando la ley que fue creada específicamente para regirla.<sup>8</sup>

Lo mismo acontece con las decisiones de los Magistrados de los Tribunales Superiores y de los Tribunales Colegiados de Circuito, quienes frecuentemente interpretan literalmente la ley y se apartan de la intención del legislador que inspiró su creación. Se olvidan los juzgadores, que en esta materia se debe desentrañar el espíritu de la ley, con objeto de alcanzar el fin para el que fue creada, es decir, la preservación de la familia y la protección de sus miembros, procurando una resolución equitativa, y no simplemente una sentencia formalmente válida y legal, pero injusta, que puede afectar seriamente a la familia, a sus miembros y principalmente a los menores.

Al abogado postulante, por su parte, no le interesa la materia familiar ni intervenir en controversias de esta especie. Frecuentemente los litigios que afectan a la familia y principalmente en materia de "Controversias del Orden Familiar" así como los conflictos domésticos, no son negocios productivos desde ningún punto de vista, aun cuando hay excepciones. Nos olvidamos que la familia es la esencia de la sociedad y que la desintegración de la familia, a la larga provocará la desintegración y decadencia del Estado y nos olvidamos que la abogacía es una profesión de servicio.

## II. LOS JUZGADOS DE LO FAMILIAR

Mediante Decreto de fecha 24 de febrero de 1971, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de marzo del mismo año, se reformó la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal (y Territorios Federales, en aquella época)

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 15.

con objeto de crear juzgados especializados para conocer las cuestiones relativas al Derecho de Familia, otorgándose a los Jueces de lo Familiar la competencia que se precisaba en el artículo 58 de la propia ley. La nueva Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en su artículo 52 establece en general la misma competencia.

Esta competencia puede sintetizarse en las siguientes cuestiones que pueden ser del conocimiento de los Jueces de lo Familiar: procedimientos de jurisdicción voluntaria relacionados con el derecho familiar, todo tipo de litigios en asuntos matrimoniales o en relación al matrimonio; divorcios, nulidad de matrimonio, aspectos patrimoniales del matrimonio; cuestiones relativas al Registro Civil; al Estado Civil de las Personas; al parentesco; a los alimentos; la paternidad, la filiación, la patria potestad; cuestiones relativas a interdicción y tutela; ausencia y presunción de muerte; juicios sucesorios; patrimonio de familia; consignaciones y diligenciación de exhortos en todo lo concerniente a las cuestiones antes listadas.

Puede observarse que tanto en las sucesiones como las cuestiones relativas al patrimonio de familia y administración de bienes comunes, su contenido es primordialmente de naturaleza económica, en tanto que las demás cuestiones o litigios que son de la competencia de los Jueces de lo Familiar, rebasan por mucho los aspectos simplemente patrimoniales, al referirse a bienes superiores inherentes a las personas y a los verdaderos valores que trascienden en las relaciones familiares.

Ya desde esa fecha, el legislador consideró con acierto que los asuntos relativos al Derecho de Familia debían ser del conocimiento de tribunales especializados, altamente calificados, por merecer estos conflictos un tratamiento diferente al establecido en el sistema del proceso dispositivo, de contenido eminentemente individualista. Es de esta forma que, primero se crean tribunales especializados para conocer de la materia familiar, y posteriormente un procedimiento especial para algunos conflictos domésticos, adicionándose un título especial al Código Distrital de Procedimientos Civiles.

## III. PROCEDIMIENTO ESPECIAL ANTE LOS JUZGADOS DE LO FAMILIAR

Decreto de fecha 26 de febrero de 1973 publicado el día 14 de marzo del mismo año, se adiciona al Código de Procedimientos Civiles

del Distrito Federal, el título decimosexto *De las Controversias de Orden Familiar*, reforma que es paralela a la supresión de los procedimientos *sumarios*<sup>9</sup> y *sumarísimos*<sup>10</sup> que hasta esa fecha regulaba la Ley Adjetivo Civil del Distrito Federal.

El título decimosexto del Código de Procedimientos Civiles comprende únicamente 17 artículos (del 940 al 956), que desde su creación han representado una nueva problemática en su aplicación, ya que los juzgadores en la práctica, y con la influencia directa del Derecho Procesal Español<sup>11</sup> han sido educados con una mentalidad y criterio eminentemente formalista, por lo cual aplican "exactamente" la ley, o de acuerdo a su *interpretación estricta o gramatical*, como si se tratara de procesos de estricto derecho y contenido patrimonial, olvidando que en materia familiar, las normas que la rigen buscan tutelar valores de trascendencia extrapatrimonial en las relaciones familiares.

<sup>9</sup> Recordemos que el procedimiento puede ser *plenario* o *sumario*. La distinción entre ambos consiste en la *plenitud o limitación del conocimiento que puede tener el juzgador respecto al objeto del litigio*. En el proceso *plenario*, el conocimiento del litigio es completo (pleno), mediante la sentencia se llega a la composición total y definitiva del mismo. En los procesos *sumarios*, el conocimiento del litigio se encuentra limitado a determinados aspectos del mismo, y por ello su resolución es parcial.

El procedimiento puede ser además *plenario ordinario*, que se desenvuelve en *mayores plazos y etapas separadas*, como es el juicio ordinario civil; o *plenario rápido*, que se desenvuelve en *menores plazos y etapas concentradas*, como ocurre en los juicios de mínima cuantía.

En la doctrina y en la legislación mexicana se han confundido los *juicios plenarios rápidos* con los *sumarios* y erróneamente se consideran *sumarios* aquellos procedimientos que son *rápidos* y se desarrollan en etapas condensadas, independientemente de su plenitud en el conocimiento de la *litis*.

<sup>10</sup> Antes de esta reforma, el artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles establecía una serie de *procesos sumarios*, y el artículo 432 contemplaba además, un *proceso sumarísimo*, para resolver los problemas a los que se referían las fracciones VI, VIII y XVI del numeral 430, o sea, calificación de impedimentos matrimoniales; responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial; diferencias entre marido y mujer sobre administración de los bienes comunes, educación de los hijos, oposición de maridos, padres o tutores, y en general todas las cuestiones familiares que requirieran la intervención judicial. *El procedimiento sumarísimo era verbal, no requiriéndose más solemnidades que el de oír a ambas partes, primero al actor y luego al demandado, recibir en ese orden sus pruebas en el mismo acto, y dictar en el mismo momento la resolución. Todo el juicio se haría constar en una sola acta, cuando terminara en un día.*

<sup>11</sup> AROCA, Juan Montero, *La Herencia Procesal Española*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Afirma José Becerra Bautista<sup>12</sup> que, *este amplio criterio legislativo, obliga a quienes tienen el deber de designar a los jueces de lo familiar, a seleccionar y elegir sólo a hombres y mujeres que por su experiencia, ponderación, sabiduría y sentido humano, puedan preservar la familia, sin cometer abusos o iniquidades que perjudiquen a sus miembros*, lo que en esta época nos parece difícil, ante la pérdida de valores morales y éticos. Sin embargo, hemos tenido la oportunidad de conocer a jueces y magistrados que reúnen los requisitos mencionados y tienen además una verdadera vocación de servicio.

No obstante que el título decimosexto del Código se denomina "De las Controversias de Orden Familiar", no contiene una regulación sistemática y completa de todo el proceso familiar en lo general, sino simplemente la regulación de un procedimiento especial que procede en determinados supuestos previstos en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles.

El título comentado se limita a establecer de manera general algunos *principios básicos para la totalidad de los procedimientos concernientes a la familia*,<sup>13</sup> además de crear y regular un procedimiento especial, en el cual se tramitan algunas controversias del orden familiar, quedando excluidos los litigios referentes a divorcio, nulidad de matrimonio, investigación de la paternidad, etcétera, que se deben seguir ventilando en la vía ordinaria civil.

Entre los principios básicos contenidos en la reforma de 1973 y sintetizando lo expuesto hasta este momento, encontramos los siguientes:

- Se consideran de orden público todos los problemas inherentes a la familia;
- Se faculta al Juez de lo Familiar para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, incapacitados y alimentos;
- Se impone al juzgador el deber para decretar las medidas que tiendan a preservar la familia y a proteger a sus miembros;
- Se establece la obligación de patrocinio de un defensor de oficio a la parte que no esté asesorada por licenciado en derecho, cuando la otra parte sí lo está;

<sup>12</sup> BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, Ed. Porrúa, 4a. ed., México, 1974, p. 516.

<sup>13</sup> Procesos que tienen aplicación a cualquier tipo de litigio en que se involucre a la familia, de acuerdo con el contenido de la Exposición de Motivos del Decreto comentado, y no solamente tratándose de Controversias del Orden Familiar.



— Los jueces y tribunales en materia familiar, están obligados a suplir las deficiencias de las partes *en sus planteamientos de derecho*.<sup>14</sup>

Por lo que se refiere al procedimiento especial denominado *Controversia del Orden Familiar*, el mismo se aplica en aquellos casos en que se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio, o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen intervención judicial, es decir, se trató de regular un procedimiento especial y rápido.

#### IV. LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR

En primer lugar debemos dejar aclarado que las controversias en los supuestos mencionados, se ventilan en un procedimiento especial, diverso al juicio ordinario civil, toda vez que el título decimosexto del Código Adjetivo establece una serie de modalidades específicas que lo distinguen del proceso ordinario, aunado al hecho de que únicamente se pueden sustanciar en ese procedimiento determinadas cuestiones controvertidas<sup>15</sup> y no la totalidad de los litigios familiares.

Pasamos a realizar un breve análisis de las disposiciones correspondientes:

— De acuerdo con lo previsto en el numeral 956 del Código Adjetivo Civil, todo lo no previsto en el título decimosexto, se regirá por las reglas generales del mismo ordenamiento legal, en cuanto no se

<sup>14</sup> Esto implica la aplicación del principio *jura novit curia*, de acuerdo al cual el juzgador conoce el derecho. Pensamos que la adición de diciembre de 1983, pretendió establecer la suplencia de la demanda en cuanto al planteamiento de hecho de las partes y no del derecho. Dentro de las Controversias de Orden Familiar, predomina el Principio Publicístico, por lo que el juzgador se sustituye en la voluntad de las partes en gran cantidad de actos procesales, por ejemplo, al fijar una pensión alimenticia provisional sin audiencia del demandado; cuando se auxilia de trabajadores sociales aun cuando las partes no lo hubieran solicitado; cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre la educación de sus hijos o en la administración de bienes comunes.

<sup>15</sup> Un procedimiento es ordinario cuando en el mismo se conoce de la generalidad de los litigios, y es especial cuando únicamente se establece para determinado tipo de litigios. Es decir, serán juicios especiales todos aquellos que no reúnen todas las características del juicio ordinario.

opongan a su contenido. Se establece así una aplicación supletoria de las reglas generales contenidas en el propio ordenamiento estudiado.

— En el artículo 940 con el cual se inicia la regulación correspondiente, establece que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la sociedad.

Sobre el particular, nos remitimos a lo que hemos venido comentando desde el inicio de nuestra exposición.

— El artículo 941 dispone que el Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y alimentos y por ello deberá decretar las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros. Éste es un deber u obligación procesal del juzgador, y no simplemente una facultad discrecional o potestativa.

— Que el juzgador pueda actuar de oficio, debe ser interpretado. Resulta evidente que la instancia o petición de parte interesada es indispensable para provocar la actividad del órgano jurisdiccional. Ningún juzgador puede por sí y ante sí iniciar un proceso jurisdiccional.

Sin embargo, una vez iniciado el proceso, el juez podrá actuar de oficio, o sea, sin necesidad de instancia o petición de parte. En esta clase de procesos debe imperar el Principio Publicístico, que amplía las facultades del juez para la conducción y dirección de los procesos de orden público.

Por ello, en el segundo párrafo del precepto legal comentado se indica que en todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, y aquí el juzgador actuará oficiosamente.

— En el tercer párrafo del precepto comentado (artículo 941), se faculta al juzgador para exhortar a las partes a un avenimiento, resolviendo las diferencias mediante un convenio, a fin de concluir la controversia y dar por terminado el procedimiento, con la salvedad relativa a las prohibiciones en materia de alimentos.

Esta actividad conciliadora otorgada al juzgador, representó una novedad en la reforma de 1973, que posteriormente se generalizó a casi la totalidad de los litigios.<sup>16</sup> Anteriormente dicha facultad conciliadora

<sup>16</sup> Acorde con esta reforma, también se adicionó el segundo párrafo del artículo 15 del mismo Código, en el que se otorgaron facultades conciliadoras a Magistrados y Jueces, y posteriormente se establecieron los conciliadores.

liadora existía en juicios de mínima cuantía y fue hasta el año de 1986 cuando se reguló concretamente la Audiencia Previa y de Conciliación en el Juicio Ordinario Civil y se establecieron los secretarios conciliadores.

— Se pretenden eliminar toda clase de formalidades para acudir ante el Juez de lo Familiar, en los casos previstos en el artículo 943. Nótese que en su contenido, se incluyen las cuestiones que hasta esa fecha eran materia del *procedimiento sumarísimo* por lo que resulta inexacto que se eliminaran formalidades ya que en el último de los procedimientos mencionado, se requerían menos formalidades que en la regulación vigente.

— Obviamente existen determinadas formalidades que no pueden eliminarse. En virtud de que el juzgador no podrá iniciar el proceso jurisdiccional, se requiere que exista instancia o petición de parte, aun cuando se acuda al juez de lo familiar por comparecencia personal en los casos urgentes (artículo 942), exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Con la copia respectiva de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten, se correrá traslado a la parte demandada y se le emplazará para que dé contestación en la misma forma dentro del término de 9 días, respetándose así la Garantía de Audiencia del demandado.

Ello significa que tratándose de diferencias entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, la educación de sus hijos, oposición de maridos, padres y tutores, alimentos y en general todas las cuestiones familiares análogas, tanto la demanda como la contestación podrán ser verbales o escritas.

— Pensamos que en casos urgentes, el interesado está facultado para concurrir ante cualquiera de los Jueces de lo Familiar del Distrito Federal a formular su demanda verbal, sin requerir la presentación de la demanda escrita por la Oficialía de Partes Común, y una vez que el juzgador dicte y ejecute las medidas cautelares que considere necesarias, debe remitir el expediente a la Oficialía de Partes Común, para que el mismo se turne al juez que deba seguir conociendo de ese conflicto, aun cuando ello no encuentra un fundamento en la ley, ya que la Oficialía de Partes Común fue creada con posterioridad al establecimiento del procedimiento especial que es objeto

de nuestro estudio,<sup>17</sup> quedando una laguna en la ley respecto a la comparecencia personal.

— Podemos observar que las partes tienen la carga de ofrecer pruebas desde su comparecencia inicial. Ello implica que el legislador procuró establecer un procedimiento simplificado, condensando en pocas actuaciones el desarrollo de la totalidad del procedimiento, aun cuando en la práctica ello no hubiera funcionado con la celeridad que se pensó, ante la excesiva carga de trabajo en los juzgados de lo familiar.

— Al admitir la demanda y ordenarse el traslado, el juez debe señalar día y hora para que tenga lugar la audiencia de ley, que deberá tener lugar dentro de los treinta días siguientes.

Sobre este particular podemos apreciar que la intención del legislador fue en el sentido de agilizar el procedimiento a fin de que en una sola audiencia pudieran desahogarse la totalidad de las pruebas. Por ello, se impone a las partes la carga de ofrecer pruebas desde la demanda y la contestación, sin embargo, queda una laguna, ya que no se precisa en qué momento el juzgador dicte auto admisorio de pruebas. Lo correcto sería que una vez fijada la *litis*, el juez dictara auto admitiendo aquellas pruebas que tengan relación con los hechos controvertidos. Recuérdese que en el artículo 956 del ordenamiento que es materia de nuestro estudio, se hace remisión a las reglas del procedimiento ordinario, en todo lo que no se contraponga a las disposiciones del título decimosexto.

— Al establecerse que las partes podrían o no acudir asesoradas por licenciados en derecho, pero si una de ellas se encuentra asesorada y la otra no, se solicitaría de inmediato los servicios de un defensor de oficio, el que debería acudir a enterarse del asunto disfrutando de un término no mayor de tres días, difiriéndose la audiencia por un término igual, en la práctica ha sucedido que la parte demandada con el único objeto de retardar el procedimiento, se presenta sin estar asesorada y solicita el diferimiento de la audiencia.

<sup>17</sup> En el Distrito Federal, la Oficialía de Partes Común existe desde 1987, la cual recibe y turna los escritos iniciales a los juzgados competentes. Tratándose de comparecencia personal para formular la demanda en forma verbal, no se ha regulado la forma de establecer el turno, pero en la práctica debe realizarse como se indica. Compareciendo ante cualquiera de los jueces de lo familiar competente, para que éste admita la demanda y dicte las medidas cautelares, y hecho lo anterior el expediente se remite a la Oficialía de Partes Común para que se asigne el turno.

Dada la carga de trabajo que existe en los juzgados familiares, la audiencia se difiere, pero no por un término de tres días como lo señala la ley, sino de varios días, semanas o meses, dependiendo la diligencia del juzgador y el cúmulo de asuntos de los que esté conociendo.

— En el artículo 944 se precisa que en la audiencia las partes *aportarán* las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, sin más limitación que no estén prohibidas por la ley o sean contrarias a la moral.

Sobre este particular coincidimos con el maestro Becerra Bautista en el sentido de que el legislador tal vez quiso significar con la palabra *aportarán* por *desahogarán*<sup>18</sup> o inclusive *en el sentido de imponer a las partes la carga de preparar oportunamente sus pruebas, con la finalidad de que las mismas pudieran recibirse en la audiencia.*

— Tratándose de cuestiones relativas a alimentos se estableció que el juzgador fijaría a petición del acreedor, *sin audiencia del deudor*, mediante la *información que estime necesaria*, una pensión alimenticia provisional.

Un primer comentario a la redacción de este precepto, es la expresión "sin audiencia del demandado", lo cual en principio parecería una violación directa a la Garantía de Audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, y por ende el precepto comentado resultaría inconstitucional, lo que se ha planteado en diversas ocasiones.

Se ha discutido mucho sobre la constitucionalidad del precepto comentado, llegándose a concluir que el mismo es constitucional, en virtud de que la pensión de alimentos es una *medida cautelar o provisional*, como su nombre lo indica, y por ello se trata simplemente de un *acto de molestia, que debe encontrarse adecuadamente motivado y fundado, pero no es un acto privativo de un derecho.* Al tratarse de un acto de molestia, se ubica dentro de las hipótesis contenidas en el artículo 16 constitucional, y por ello, no se afecta la Garantía de Audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, por no tratarse de un acto de privación de un derecho, ya que el proveído que fija la pensión provisional de alimentos, puede ser impugnado o recurrido; también se puede obtener su modificación a través de un incidente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 88 y 955 del Código, sin tener que esperar la sentencia definitiva, siempre que el incidentista aporte al juzgador pruebas suficientes. Además, la pensión provisional sentencia definitiva cuando se decida si efectivamente el actor resultó

<sup>18</sup> BECERRA BAUTISTA, José, *op. cit.*, p. 518.

se establece en un *auto provisional* (artículo 79 fracción II) que podrá ser modificado en la sentencia definitiva.

— En otro orden de ideas, en el precepto comentado, el legislador está dando al actor la categoría de *acreedor alimentista, y al demandado la de deudor*, lo cual no siempre resulta exacto, en virtud de que la materia del litigio versa precisamente sobre el derecho o no a recibir alimentos así como el monto de los mismos, por lo que no es propio que en la ley se prejuzgue a las partes al referirse al acreedor y deudor alimentista, ya que será hasta el momento en que se dicta la *ser alimentista y el demandado su deudor.* Antes de ese momento, lo correcto es referirse simplemente a parte actora o demandada, no obstante exista una presunción a favor de la parte actora de tener necesidad de la pensión de alimentos y por ello promueve el proceso correspondiente.

— La pensión provisional que regula el artículo 943 se fijará con la información que el juzgador estime necesaria.

Generalmente esta información se recaba solicitando el titular del juzgado un informe por escrito, dirigido al patrón o al centro de trabajo en donde preste sus servicios el demandado, respecto al salario y demás percepciones del mismo. Cuando éste no es asalariado, la información se obtiene requiriéndolo para que manifieste bajo protesta de decir verdad el monto y fuente de sus ingresos, lo que representa un verdadero problema práctico, ya que el enjuiciado puede fácilmente ocultar los datos necesarios para fijar la pensión.

— El artículo 945 establece que la audiencia de ley se practica con o sin asistencia de las partes. El juez, para resolver el litigio planteado, podrá cerciorarse personalmente o con auxilio de trabajadores sociales de la veracidad de los hechos.

Del contenido de este precepto, podemos apreciar lo siguiente, en primer lugar, se podrá ordenar oficiosamente la práctica de una prueba de inspección judicial para verificar personalmente la veracidad de los hechos; también podrá auxiliarse de trabajadores sociales, quienes presentan su informe en la audiencia de ley y podrán ser interrogados por el juez y por las partes.

En la práctica, los trabajadores sociales se limitan a presentar por escrito su informe, el cual generalmente adolece de deficiencias, en virtud de la falta de experiencia y una adecuada preparación de dichos trabajadores sociales. Los informes de éstos se elaboran normalmente con los elementos que obtiene de una entrevista personal con

las partes (y en su caso, con los hijos de la pareja), las cuales desde luego se limitan a manifestar su versión de los hechos controvertidos. Los informes se integran también con aquellos elementos que los trabajadores sociales, a simple vista pueden obtener, sin que se haga un exhaustivo estudio socioeconómico de las partes. Sin embargo, resulta incuestionable que el informe que se rinda, en muchas ocasiones sirve al juzgador para normar su criterio respecto a los hechos litigiosos.

En el texto original de la ley, al informe de los trabajadores sociales se le daba el valor de una *prueba testimonial de calidad*, por existir en aquella época regulado el *sistema tasado de valoración de pruebas*. Con las reformas al Código de Procedimientos Civiles de 1986, los artículos 402 y 403 establecieron el sistema de *valoración razonada de las pruebas* o de la *sana crítica*.<sup>19</sup> En consecuencia se reformó el artículo 945 que venimos comentando a fin de que la valoración del informe se realizara de acuerdo con lo previsto en el artículo 402 del propio Código.

— La audiencia a la que nos venimos refiriendo debe llevarse a cabo dentro de los 30 días siguientes al auto que admita la demanda y ordene el traslado (artículo 947) y si por cualquier circunstancia no puede celebrarse, se verificará precisamente dentro de los ocho días siguientes (artículo 948). Las partes tienen la carga procesal de presentar sus testigos y peritos, pero de manifestar bajo protesta de decir verdad, no estar en aptitud de hacerlo, se impondrá al actuario del juzgado la obligación de citar a los testigos y de hacer saber su cargo

<sup>19</sup> Tradicionalmente se exponía que los sistemas probatorios eran dos. El de apreciación legal o tasada de las pruebas, en el cual el propio legislador preestablecía qué valor debería otorgar el juzgador a determinados medios de prueba, cumpliéndose los requisitos establecidos en la propia ley; y el sistema de libre apreciación razonada del juzgador. Actualmente a este sistema se le conoce con el nombre de *sistema de sana crítica* en el cual el juzgador gozará de amplias facultades para valorar las pruebas aportadas por las partes en conjunto, y aplicando las reglas de la lógica y de la experiencia. En el artículo 402 del Código Adjetivo Civil del Distrito Federal, se estableció el sistema de la *sana crítica*, imponiéndose al juzgador la obligación de *exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión*, cumpliéndose de esta forma con la adecuada motivación y fundamentación de la decisión. En los jurados populares así como en los procesos de equidad, existe otro sistema de valoración, conocido como de *intima convicción* en el cual se otorga una libertad absoluta para apreciar las pruebas en conciencia y equidad, siempre que las mismas íntimamente hubieran creado un estado de convicción, sin tener que motivar esa valoración.

a los peritos, citando a éstos para que en la audiencia respectiva rindan su dictamen.

La citación a los testigos y peritos se hará con apercibimiento de arresto hasta por 36 horas en caso de no comparecer sin causa justificada. Al promovente de la prueba se le apercibirá con multa equivalente a 30 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en caso de que el señalamiento del domicilio resulte inexacto o de comprobarse que se ofreció la prueba con el propósito de retardar el procedimiento.

— Antes de la reforma de 1973, los testigos eran *apremiados*, es decir, el juez los citaba a la audiencia con cualquiera de los apercibimientos previstos en el artículo 73 del Código Adjetivo Civil. Inclusive, se les podía *apercibir de ser presentado por la policía*. En el mismo año se reformó también el artículo 357 imponiendo a las partes la carga de presentar sus propios testigos, y sólo *cuando realmente estuvieran imposibilitadas a hacerlo, lo manifestaran bajo protesta de decir verdad y pedir se les cite*. El tribunal ordena la citación, con apercibimiento de arresto hasta por quince días o multa equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que aplicar al testigo que no se presente sin causa justificada.

En el artículo 948 que regula el procedimiento especial, contiene un solo apercibimiento al testigo, en caso de que no concurra a la audiencia sin causa justificada, es decir, con arresto hasta por 36 horas. Pensamos que el apercibimiento de arresto es más efectivo, pero no encontramos razón alguna para que el apercibimiento se limite a 36 horas, ya que esta medida de apremio puede ser hasta de quince días.

¿Y qué sucede si algún testigo deja de presentarse a la audiencia, no obstante se le aperciba? Si el testigo prefiere los medios de apremio y no se presenta a declarar, no existe solución para presentarlo, pero algunos jueces, con fundamento en la fracción II del artículo 73, solicitan auxilio de la fuerza pública para presentar al testigo a declarar *a fortiori*. Desde luego, nunca es conveniente a las partes forzar a sus testigos a declarar ya que ello resultaría contraproducente.

— En lo que se refiere a la prueba pericial, consideramos que el artículo 948 del Código Adjetivo Civil debe reformarse para establecer la carga a cada una de las partes de presentar sus peritos para los efectos de la aceptación y protesta del cargo dentro del plazo de 48 horas, apercibiéndolas que en caso de no hacerlo así el juez nom-

brará perito en rebeldía, aplicándose el principio establecido en la fracción II del artículo 348 del mismo ordenamiento en consulta, que se aplica con éxito en el juicio ordinario, de tal suerte que este precepto podría aplicarse en las Controversias de Orden Familiar, con la salvedad de que al aceptar el cargo, se le hiciera al perito el apercibimiento de arresto correspondiente.

— De acuerdo con lo previsto en el artículo 945 *in fine* del Código de Procedimientos Civiles en relación con el numeral 949 de dicho ordenamiento, en el mismo momento de la audiencia, de ser posible, el juez deberá pronunciar sentencia definitiva. Sin embargo, de no emitir su fallo en la misma audiencia, gozará de ocho días para ello.

Nuevamente se aprecia la intención del legislador de establecer un procedimiento ágil que debería desarrollarse en pocas etapas condensadas y predominando el principio de la oralidad, como se regulaba en el antiguo procedimiento *sumarísimo* al que hemos hecho referencia con anterioridad. Sin embargo, frecuentemente la audiencia se difiere por no encontrarse preparadas oportunamente las pruebas, de tal suerte que su resolución puede dilatar meses o años, dependiendo de diversos factores, entre ellos el impulso procesal de las partes así como la eficiencia del juzgador.

No vemos impedimento alguno para que al concluir la audiencia, el juez pudiera pronunciar sentencia definitiva, siempre que el expediente no fuera demasiado voluminoso y la carga del trabajo se lo permitiera al juzgador. De otra forma es preferible que el juez goce del plazo legal para estudiar el expediente y pronunciar una resolución adecuadamente motivada y fundada en derecho.

— Por lo que se refiere a los alegatos, aun cuando sobre el particular no se regulan en el procedimiento especial, consideramos que tienen aplicación las reglas contenidas en los artículos 393, 394 y 397 del propio ordenamiento, de tal suerte que los alegatos deberán formularse verbalmente, por lo que al concluir el desahogo de las pruebas ofrecidas por ambas partes, se pasa al periodo de alegatos, en donde cada parte en su orden podrá alegar verbalmente durante 15 minutos, sin que esté permitido dictar los alegatos, pero sin rendir conclusiones por escrito.

La sentencia que se pronuncie, podrá ser impugnada mediante el recurso de apelación, en la forma y términos previstos en el artículo 691 del Código Distrital de Procedimientos Civiles, pero en todo caso, si la parte recurrente careciera de abogado, la sala solicitará la inter-

vención de un defensor de oficio, quien gozará de un plazo de tres días más para enterarse del asunto, a efecto de que haga valer los agravios o cualquier derecho a la parte que asesore. Este recurso se admitirá en el efecto devolutivo, salvo los casos previstos en el artículo 700 del mismo Código. Tratándose de resoluciones sobre alimentos que fueran apeladas, se ejecutarán sin necesidad de fianza.

Lo anterior brevemente explica el procedimiento especial establecido para el trámite de las "Controversias del Orden Familiar", con las características que las distinguen del juicio ordinario civil. Sin embargo, consideramos que debe establecerse un procedimiento especial, para que el juzgador conozca la totalidad de las controversias y conflictos familiares y del estado civil de las personas, que sea *plenario rápido*, con el objeto de que en materia familiar se dé cabal cumplimiento a la Garantía consagrada en el artículo 17 de nuestra Carta Magna, otorgando al juzgador las más amplias facultades en materia de dirección del proceso y de prueba, y con el objeto de que en la sentencia que se pronuncie, se conozca la verdad material, resultando así además de justa, equitativa.

COMENTARIOS AL DECRETO DE LEY DE LOS SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO Y SU PROYECTO DE REGLAMENTO

Carlos Alfredo BONIFAZ MOLINA

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Marco legal general. III. Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. IV. Procedimientos administrativos. V. Otros aspectos sobresalientes.

I. ANTECEDENTES

El 22 de junio de 1994 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, mediante el que se creó la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro. Dicha Ley tenía como objeto fundamental, establecer la coordinación entre las dependencias, entidades, instituciones de crédito y entidades financieras que participarían en los sistemas de ahorro para el retiro, creando para tal efecto a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR), como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuyo objeto era establecer los mecanismos, criterios y procedimientos para el funcionamiento de los mencionados sistemas, sin embargo, la citada Ley no hacía otra cosa que reglamentar, precisamente, las funciones, facultades y atribuciones de la CONSAR, en la vigilancia y supervisión que a la fecha efectúa sobre las instituciones de crédito, sociedades de inversión que manejen recursos de las subcuentas de retiro y de sus sociedades operadoras, así como de cualesquier otra entidad financiera que de alguna manera participe en los sistemas en comentario, sin incluir en dicho Ordenamiento legal, las reglas relativas a los mecanismos, criterios y procedimientos para el funcionamiento propio de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (SAR).

Asimismo, como consecuencia de lo anterior, el 28 de julio de 1995, más de un año después, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Reglamento Interior de la CONSAR, a efecto, según se exponía en los considerandos del mismo Reglamento, de que el órgano desconcentrado de referencia contara con un marco normativo que determinara los aspectos operativos internos y las relaciones y responsabilidades de los cuerpos colegiados que lo integran.

No obstante lo anterior, existía la imperiosa necesidad de mejorar el funcionamiento de los SAR, de fomentar el ahorro interno que permitiera financiar el desarrollo económico y de emitir un Ordenamiento legal que fuera congruente con la nueva Ley del Seguro Social (LSS), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995.

En efecto, la LSS plantea un nuevo esquema de pensiones, creándose dos seguros nuevos: el seguro de invalidez y vida, y el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, mismos que se basan en un sistema de capitalización individual y de contribuciones definidas a través de cuentas individuales por trabajador, y por otra parte, la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que seguramente preverá las aportaciones de vivienda. La cuenta individual es aquella que se abrirá para cada asegurado en las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES), para que se depositen en la misma las cuotas obrero-patronales y estatal, y las aportaciones de vivienda. Asimismo, cada cuenta individual se integrará por subcuentas. La propia LSS prevé la existencia de una cuenta individual y de las sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro (SIEFORES), señalando que las AFORES deberán contar, para su constitución y funcionamiento, con autorización de la CONSAR, sujetándose en cuanto a su contabilidad, información, sistemas de comercialización y publicidad a los términos de la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

En virtud de lo anterior, procederemos a efectuar un resumen, lo más breve posible, de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (Ley del SAR), publicada el 23 de mayo pasado en el *Diario Oficial de la Federación*, y de su proyecto de Reglamento (RLSAR), siempre en el entendido, de que en ocasiones no es posible resumir algunos preceptos legales, ya que existiría el riesgo de omitir elementos sustanciales. En otras ocasiones haremos comentarios e interpretaciones de artículos de la Ley del SAR, también en la inteligencia de

que se trata de meros puntos de vista acerca de su aplicación y de las consecuencias que podría acarrear en la misma. No es posible dejar de hacer comparaciones entre la Ley en comentario y las relativas al sistema financiero, ya que desde nuestra perspectiva, y como tendremos oportunidad de constatarlo al finalizar este trabajo, la Ley del SAR contiene disposiciones novedosas tendientes a salvaguardar los derechos mínimos constitucionales de las AFORES, circunstancias que no se contienen en las leyes financieras.

## II. MARCO LEGAL GENERAL

Las Leyes de Seguridad Social, es decir, la del Seguro Social, la del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y la del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, deben prever la existencia de las cuentas individuales y de las sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro, así como de las propias Administradoras de Fondos para el Retiro, remitiendo en cada caso, para su regulación específica a la Ley especial, que en el supuesto que nos ocupa, lo será la Ley del SAR.

Dicha Ley, es de orden público e interés social y tiene por objeto regular el funcionamiento de los sistemas de ahorro para el retiro y sus participantes (entendiéndose por participantes a las instituciones de crédito, administradoras de fondos para el retiro, sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro e instituciones de seguros; a las empresas operadoras o concesionarias para operar la Base de Datos Nacional SAR, y las empresas que presten servicios complementarios o auxiliares directamente relacionados con los sistemas de ahorro para el retiro); previstos en la Ley en comentario y en las Leyes de Seguridad Social.

La coordinación, regulación, supervisión y vigilancia de los sistemas de ahorro para el retiro están a cargo de la CONSAR como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dotado de autonomía técnica y facultades ejecutivas, con competencia funcional propia en los términos de la Ley del SAR.

Resultan aplicables también, en lo conducente y cuando así lo señale específicamente la Ley del SAR, las distintas Leyes financieras respectivas.

Asimismo, deberá expedirse el Reglamento de la Ley del SAR y las Disposiciones de Carácter General que resulten necesarias y apli-

cables de acuerdo a la Ley y a la práctica cotidiana, mismas que deberán limitarse únicamente al funcionamiento, operaciones y participación en los sistemas de ahorro para el retiro; por otra parte, también deberá emitirse el Reglamento Interior de la CONSAR, por lo que, hasta entonces, continuará vigente el publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 28 de julio de 1995, y por lo que se refiere a la materia de inspección y vigilancia se aplicará el Reglamento de la Comisión Nacional Bancaria en materia de Inspección, Vigilancia y Contabilidad, en tanto se expide uno especial.

### III. COMISIÓN NACIONAL DEL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO

Como ya ha quedado apuntado, la CONSAR es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dotado de autonomía técnica y facultades ejecutivas, con competencia funcional propia en los términos de la Ley del SAR, cuyo objeto primordial es coordinar, regular, supervisar y vigilar los sistemas de Ahorro para el Retiro.

Desde nuestro punto de vista, nuevamente se ha carecido de una atinada técnica jurídica al señalar que la CONSAR es un órgano desconcentrado, término que en nuestro concepto ha resultado ser poco afortunado, ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, al señalar que "para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, la Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables". En efecto, por principio de cuentas, si uno de los objetivos era otorgar cierta autonomía a la CONSAR, en realidad no existe tal independencia, pues como lo veremos con posterioridad, la injerencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es determinante, además de que por la definición de órgano desconcentrado, existe la subordinación jerárquica. Por otra parte, conforme a la teoría general, la administración centralizada puede prestar sus servicios o desarrollar acciones en distintas regiones del país, para cuya finalidad son creados los organismos desconcentrados, teniendo un objeto doble: acercar la

prestación de servicios en el lugar o domicilio del lugar, con economía para éste, y descongestionar al poder central. Sin embargo, como ha sido práctica frecuente en nuestro país, existen organismos públicos que no reúnen plenamente los requisitos legales de los desconcentrados, pero para tratar de encuadrarlos legalmente se les denominan como tales.

El artículo 5o. de la Ley del SAR enumera las facultades de la CONSAR, destacando entre otras, la de otorgar, modificar o revocar las autorizaciones y concesiones a las AFORES, a las sociedades de inversión y a las empresas operadoras; la supervisión de los participantes en los sistemas de ahorro para el retiro, en relación a su ámbito competencial (por cierto, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y la CONSAR, de común acuerdo, establecerán las bases de colaboración para el ejercicio de sus funciones de supervisión, situación, que en su caso, debe ser del pleno conocimiento de los particulares, para evitar así la frecuente práctica de actos ilegales y arbitrarios); imponer sanciones y multas, y las demás que la ley y el reglamento le otorguen.

Los órganos de gobierno de la CONSAR serán la Junta de Gobierno, la Presidencia y el Comité Consultivo y de Vigilancia.

La Junta de Gobierno estará integrada por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, quien la presidirá, el Presidente de la CONSAR, dos vicepresidentes de la misma y otros once vocales.

Por lo que se refiere al Reglamento Interior de la CONSAR, como ya se había mencionado, seguirá aplicándose el publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de julio de 1995.

### IV. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Las relaciones existentes entre los particulares y las autoridades administrativas, deben estar regidas por principios comunes y desde luego, deben estar perfectamente reguladas. La Ley del SAR y su Reglamento contienen una gran cantidad de actos que puede incluirse dentro del concepto de Procedimientos Administrativos, tales como las solicitudes de autorizaciones, trámites diversos, el ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia de la CONSAR, la imposición de sanciones y el ejercicio de los medios de defensa por parte de los particulares.



Es de llamar la atención, como ya lo hemos señalado, que nuestra legislación financiera es exageradamente deficiente en la regulación de los procedimientos administrativos, cuando en el mejor de los casos los llega a prever, lo que se traduce en la existencia de un grave estado de indefensión e inseguridad jurídica para los particulares, y tal pareciera que ese es el objetivo de la autoridad: anular cualquier derecho que pudiera asistirle al particular. Cuando existió la oportunidad de corregir esta deficiencia, con la publicación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, de 1994, se desdeñó esta posibilidad, ya que desgraciadamente el artículo 1o. de dicha Ley, excluyó de su aplicación a la materia financiera.

No obstante lo anterior, vemos con agrado, cómo la Ley del SAR y el RLSAR, contienen verdaderas disposiciones de procedimiento administrativo, lo que garantizará un auténtico ejercicio de medios de defensa para los particulares y principalmente seguridad y certeza jurídicas en sus relaciones con la autoridad administrativa, en este caso, la CONSAR.

#### 1. Procedimiento de constituciones de AFORES

Las AFORES son entidades financieras que se dedican de manera exclusiva, habitual y profesional a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran en términos de las Leyes de Seguridad Social, así como a administrar sociedades de inversión.

Para organizarse y operar como administradoras se requiere autorización de la CONSAR que será otorgada discrecionalmente (sin establecer los parámetros o criterios a analizar por la CONSAR para otorgar o denegar dicha autorización, lo que desde nuestro punto de vista es ilegal y aún inconstitucional), oyendo previamente la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a los solicitantes que presenten propuestas viables económica y jurídicamente, que satisfagan los siguientes requisitos (entendemos que satisfaciendo los requisitos que se enumerarán a continuación, las propuestas serán viables económica y jurídicamente):

- i. Presentar la solicitud respectiva, así como el proyecto de estatutos sociales;
- ii. Presentar un programa general de operación y funcionamiento, de divulgación de la información y de reinversión de utilidades,

que cumpla con los requisitos mínimos que determine la CONSAR (sin que señale cuáles son esos requisitos mínimos);

iii. Los accionistas que detenten el control de la Administradora, deberán presentar un estado de situación patrimonial que abarque un periodo de cinco años anteriores a su presentación, en los términos que señale la CONSAR (sin que tampoco sean conocidos para los particulares dichos términos), y

iv. Las escrituras constitutivas de las sociedades de que se trata, así como sus modificaciones, deberán ser aprobadas por la CONSAR. (Desde nuestro punto de vista, éste no es un requisito formal para la solicitud de autorización, sino más bien, posterior a que se haya otorgado ésta, sujeta desde luego a la aprobación definitiva de la CONSAR para su inscripción; asimismo, en lo sucesivo, cualquier modificación a la escritura constitutiva será objeto de previa autorización de la CONSAR). Una vez aprobadas la escritura constitutiva o sus reformas deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio. En todo caso, deberán proporcionar a la CONSAR copia certificada de las actas de asamblea y, cuando proceda, testimonio notarial en el que conste la protocolización de las mismas.

La propia Ley del SAR, señala diversos requisitos adicionales para el funcionamiento de las administradoras, tales como:

- i. Deberán ser sociedades anónimas de capital variable, debiendo utilizar en su denominación o a continuación de ésta la expresión "Administradora de Fondos para el Retiro" o su abreviatura "AFORE", aclarando que las administradoras no deberán utilizar en su denominación expresiones en idioma extranjero o el nombre de alguna asociación religiosa o política, ni utilizar símbolos religiosos o patrios que sean objeto de devoción o culto público.
- ii. Tener íntegramente suscrito y pagado su capital mínimo exigido en los términos de la Ley del SAR y de las disposiciones de carácter general que para tal efecto se expidan (de lo que se desprende, como ya habíamos comentado, que deberán expedirse disposiciones de carácter general en cada caso que sea necesario);
- iii. El número de sus administradores no será inferior a cinco y actuarán constituidos en consejo de administración, y
- iv. Los miembros del consejo de administración, el director general y el contralor normativo de las administradoras deberán ser autorizados por la CONSAR debiendo acreditar ante la misma, en los términos de la Ley del SAR y de su Reglamento, los re-

quisitos de solvencia moral, así como de capacidad técnica y administrativa.

Al respecto, se considera que una persona tiene solvencia moral cuando no esté inhabilitada para ejercer el comercio, o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o en el sistema financiero mexicano, o no haya sido condenada por sentencia irrevocable por delito intencional. Para cumplir con el requisito de capacidad técnica la persona de que se trate debe acreditar ante la CONSAR que posee un título profesional. En el caso de la capacidad administrativa, la persona debe acreditar ante la CONSAR que tiene experiencia profesional de cuando menos cinco años en cargos directivos relacionados con la materia financiera, de seguridad social, jurídica o administrativa, según sea el caso.

El capital social de las administradoras estará formado por acciones de la serie "A" que representarán cuando menos el 51% de dicho capital. El 49% restante del capital social podrá integrarse indistinta o conjuntamente por acciones series "A" y "B". Es de destacarse que las acciones representativas de la serie "A" únicamente podrán ser adquiridas por personas físicas mexicanas o por personas morales mexicanas cuyo capital sea mayoritariamente propiedad de mexicanos y sean efectivamente controladas por los mismos, siendo las acciones de la serie "B" de libre suscripción. No podrán participar en forma alguna en el capital social de las administradoras, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.

Para que un intermediario financiero, grupo financiero o entidades que lo integran, puedan participar en el capital social de una administradora deben satisfacer los requisitos de capitalización previstos en las disposiciones financieras aplicables.

Ninguna persona física moral podrá adquirir, directa o indirectamente, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, el control de acciones de las series "A" y "B" por más del 10% del capital social de la administradora de que se trate, sujeto a autorización de la CONSAR en casos de excepción. Dichos límites también se aplicarán a la adquisición del control por parte de personas físicas o morales que la CONSAR considere para estos efectos como una sola persona, entendiéndose como tal:

I. A la persona moral que sea accionista de una AFORE y las personas físicas o morales que, a su vez, participen directa o in-

directamente en un 30% o más en el capital social de dicha persona moral.

II. A los accionistas que detenten el control del 5% o más del capital social de las sociedades controladoras de grupos financieros que tengan participación en el capital social de una AFORE, así como quienes detenten el control del 10% o más del capital social de otras entidades financieras cuando todas ellas formen parte de un mismo grupo financiero y al menos dos sean participantes en el capital social de una AFORE.

Podría pensarse que estos últimos requisitos relativos al consejo de administración, al director general, al contralor normativo y a la manera en que estará integrado el capital social de las AFORES, son aspectos del funcionamiento de las mismas, y de hecho así es, sin embargo, en nuestro concepto, desde el momento de formular la solicitud de constitución, deberán preverse estos aspectos, los que se incluirán en el proyecto de estatutos sociales y que estarán sujetos al estudio y análisis de la CONSAR.

Por otra parte, creemos que las solicitudes de constitución de AFORES deberán ser previamente comentadas con funcionarios de la CONSAR, a efecto de evitar una resolución desfavorable a los intereses de los solicitantes. Como podrá observarse, tampoco existe un término mínimo o máximo para lograr la autorización, por lo que ello dependerá del seguimiento que el particular dé al trámite de constitución y de la actitud misma de la autoridad.

## 2. Procedimiento de constitución de sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro

Las sociedades de inversión, administradas y operadas por las AFORES, tienen como objeto exclusivo invertir los recursos provenientes de las cuentas individuales que reciban en los términos de las Leyes de Seguridad Social. Asimismo, las sociedades de inversión invertirán los recursos de las administradoras referentes a aquellas con cargo al capital mínimo pagado y a la reserva especial que mantengan.

Para organizarse y operar como SIEFORE se requiere autorización de la CONSAR que será otorgada discrecionalmente (sin establecer los parámetros o criterios a analizar por la CONSAR para otorgar o denegar dicha autorización, lo que desde nuestro punto de vista es ilegal y aún inconstitucional), oyendo previamente la opinión de la

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a los solicitantes que presenten propuestas viables económica y jurídicamente, que satisfagan los siguientes requisitos (entendemos que satisfaciendo los requisitos que se enumeran a continuación, las propuestas serán viables económica y jurídicamente):

- i. Presentar la solicitud respectiva, así como el proyecto de estatutos sociales;
- ii. Presentar un programa general de operación, y funcionamiento de la sociedad que cumpla con los requisitos que establezca la CONSAR (sin que señale cuáles son esos requisitos mínimos);
- iii) Las escrituras constitutivas de las sociedades de que se trata, así como sus modificaciones, deberán ser aprobadas por la CONSAR. (Desde nuestro punto de vista, éste no es un requisito formal para la solicitud de autorización, sino más bien, posterior a que se haya otorgado ésta, sujeta desde luego a la aprobación definitiva de la CONSAR para su inscripción; asimismo, en lo sucesivo, cualquier modificación a la escritura constitutiva será objeto de previa autorización de la CONSAR). Una vez aprobadas la escritura constitutiva o sus reformas deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio. En todo caso, deberán proporcionar testimonio notarial en el que conste la protocolización de las mismas.

La propia Ley del SAR, señala diversos requisitos adicionales para el funcionamiento de las SIEFORES, tales como:

- i. Deberán ser sociedades anónimas de capital variable, debiendo utilizar en su denominación o a continuación de ésta la expresión "Sociedad de Inversión Especializada de Fondos para el Retiro" o su abreviatura "SIEFORE", aclarando que las sociedades no deberán utilizar en su denominación expresiones en idioma extranjero o el nombre de alguna asociación religiosa o política, ni utilizar símbolos religiosos o patrios que sean objeto de devoción o culto público;
- ii. Tener íntegramente suscrito y pagado su capital mínimo exigido en los términos de la Ley del SAR y de las disposiciones de carácter general que para tal efecto se expidan (de lo que se desprende, como ya habíamos comentado, que deberán expedirse disposiciones de carácter general en cada caso que sea necesario);

- iii. Su administración estará a cargo de un consejo de administración;
- iv. Únicamente podrán participar en el capital social fijo de las sociedades de inversión, la administradora que solicite su constitución y los socios de dicha administradora. En ningún caso la participación accionaria de las administradoras en el capital fijo de las sociedades de inversión que operen podrá ser inferior al 99% de la parte representativa del capital social fijo;
- v. Únicamente podrán participar en su capital social variable los trabajadores que aporten los recursos de las cuentas individuales previstas en las leyes de seguridad social;
- vi. Podrán mantener acciones en tesorería, que serán puestas en circulación en la forma y términos que señale el consejo de administración;
- vii. En el caso de aumento de capital, las acciones se pondrán en circulación sin que rija el derecho de preferencia establecido por el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y
- viii. Podrán adquirir las acciones que emitan, procediendo a la disminución de su capital variable de inmediato.

### 3. Quejas y reclamaciones

#### A. Unidades especializadas de consultas y reclamaciones

Ha sido una tendencia muy marcada, por parte de las autoridades respectivas y de las propias entidades financieras, la de dar una adecuada atención a los usuarios de los servicios respectivos, tal ha sido la magnitud de la preocupación, que en fechas recientes se introdujo en la Ley de Instituciones de Crédito el artículo 118-B, que prevé la creación de módulos de atención a usuarios, figura que ha sido copiada y superada por la Ley en comentario, al establecer la obligación de las administradoras de contar con una unidad especializada que tenga por objeto atender consultas y reclamaciones de los trabajadores y patrones.

Con el objeto de corregir deficiencias en el servicio, la unidad especializada deberá proporcionar al Consejo de Administración de la Administradora y a la CONSAR, un informe sobre las consultas y reclamaciones que reciba, dentro de los primeros días naturales de cada mes, sobre aquellos que sean reiterados.

El titular de la unidad especializada debe contar con facultades para obligar con su firma a las AFORES, y éstas deberán informar mediante aviso colocado en lugar visible en todas sus sucursales, la ubicación y horarios de servicio de sus unidades especializadas.

El RLSAR, a diferencia de la Ley de Instituciones de Crédito, sí establece el término para conservar las reclamaciones, mismo que será de un año; y lo más importante es que define lo que debe entenderse por consulta y por reclamación, catalogando los actos que podrían adecuarse a cada una de las hipótesis definidas y concediendo un término de respuesta para cada caso; prevé inclusive, la posibilidad de que las consultas o reclamaciones sean contestadas en forma oral o escrita, dependiendo del medio a través del cual hayan sido formuladas. Evidentemente, la regulación es todavía incompleta, pero por lo menos cubre aspectos fundamentales y elementales que la Ley de Instituciones de Crédito no contempló.

#### B. Procedimiento de conciliación y arbitraje

Desde luego, es optativo para el trabajador o patrón acudir a la unidad especializada antes descrita; agotar el procedimiento de conciliación y arbitraje ante la CONSAR, previendo un procedimiento muy similar al contenido en el artículo 120 de la Ley de Instituciones de Crédito, pudiendo las partes aceptar o declinar la invitación que se les formule para el arbitraje, una vez concluido el procedimiento conciliatorio; o bien, hacer valer sus derechos ante los Tribunales competentes.

Es obligatorio para las AFORES y las instituciones de crédito someterse al procedimiento conciliatorio. La CONSAR podrá suplir la deficiencia de la queja y otorgará un término de nueve días hábiles a partir de que se notifique la queja para que las instituciones rindan un informe por duplicado y dentro del término de treinta y cinco días siguientes citará a una junta de avenencia.

De lo más destacable, encontramos la obligación de la CONSAR de emitir un dictamen técnico, cuando ambas partes o una de ellas no hubieren aceptado la invitación al arbitraje, consistente en la opinión jurídica con base en los hechos de la reclamación, en el informe rendido y en lo actuado en el expediente respectivo.

#### 4. Aplicación supletoria del Código Fiscal de la Federación

Muy novedosa, y desde nuestra perspectiva, benéfica, ha resultado ser la introducción a esta Ley de la aplicación supletoria del Código Fiscal de la Federación para efectos de las notificaciones, el recurso de revocación, las sanciones pecuniarias, el procedimiento de ejecución de las multas impuestas y la garantía que deban otorgar las personas y sociedades que impugnen dichas multas, en otras palabras, del procedimiento administrativo en lo que se conoce como fase oficiosa, abarcando inclusive, aspectos de la fase contenciosa.

El precepto que regulará tal situación será el 111 de la Ley del SAR, lo cual hace vislumbrar la esperanza de contar con una autoridad respetuosa de las formalidades legales, evitando así la emisión de actos arbitrarios y caprichosos.

Cabe hacer la aclaración que lo anteriormente señalado no implica que las disposiciones de la Ley del SAR se interpreten como de carácter fiscal.

#### A. Sanciones y recurso administrativo de revocación

Es facultad de la CONSAR sancionar a las AFORES y a las SIEFORES por incumplimiento a las disposiciones legales que las rigen. Para tal efecto, puede imponer multas, mismas que deberán pagarse en el término de quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación. La razón de ser quince días hábiles es que ese es precisamente el término para agotar el recurso de revocación.

En contra de las sanciones pecuniarias que imponga la CONSAR procederá el recurso de revocación, mismo que deberá interponerse por escrito, ante el Presidente de la misma, dentro de los quince días hábiles siguientes al de su notificación y cuya interposición será optativa respecto del ejercicio de cualquier otro medio de defensa. No debemos perder de vista que las notificaciones de este tipo de actos deberán efectuarse conforme a las disposiciones que las regulan en el Código Fiscal de la Federación; hacer las notificaciones de modo distinto o no hacerlas implicaría la existencia de un acto ilegal, susceptible de ser combatido.

Otro aspecto novedoso es el carácter de optativo del recurso en comentario, pues el afectado, podrá acudir directamente a juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación, si así lo desea.

Cabe señalar que previamente a la imposición de la sanción, deberá otorgarse el derecho de audiencia al particular, sin que señale el término para tal efecto, lo cual quedará al arbitrio de la CONSAR. Desde nuestro muy particular punto de vista, el derecho de audiencia no puede ser limitado, ni estar sujeto a condiciones, por ello, consideramos que aun cuando la CONSAR llegara a otorgar un término para ejercer el derecho de audiencia previamente a la imposición de una sanción, no obstante que el término en cuestión hubiere fenecido, mientras no se haya expedido la resolución que contenga la sanción, el derecho de audiencia no habrá precluido, existiendo por ende, elementos serios y razonables para combatir una resolución que no haya estudiado los argumentos hechos valer en el ejercicio del derecho de audiencia. Al formular el recurso es importante cumplir con los requisitos necesarios para su procedencia, ya que de lo contrario habrá desechamiento inmediato del recurso por improcedente, claro que ello es inconstitucional, y hay criterios reiterados de los Tribunales Federales sobre tal aspecto, pero a efecto de evitar mayores dilaciones y riesgos, es conveniente vigilar el cumplimiento de los requisitos en cuestión.

También se prevé la figura de la condonación de multas, para lo cual se aplicaría supletoriamente el Código Fiscal de la Federación, lo que nos lleva a concluir que para que proceda la condonación deberá haber quedado firme la multa, es decir, que ya no sea combatible por ningún medio de defensa.

#### B. *Procedimientos de visita e inspección. Visitas domiciliarias*

El LRSAR, corroborando el contenido de la Ley del SAR, prevé la existencia y la posibilidad de que la CONSAR, a efecto de ejercer sus facultades de inspección, supervisión y vigilancia realice visitas de inspección, mismas que pueden ser catalogadas como verdaderas visitas domiciliarias, al amparo del artículo 16 de nuestra Constitución Política, en el sentido de que la autoridad administrativa, en virtud de mandamiento escrito, debidamente fundado y motivado, podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido con las disposiciones legales aplicables.

El procedimiento de inspección previsto en el RLSAR es muy similar al contenido en el Código Fiscal de la Federación. La CONSAR podrá ejercer sus facultades a través de requerimientos de información,

o bien de visitas domiciliarias. Dichas visitas serán efectuadas por inspectores que deben cubrir ciertos requisitos que establece el artículo 82 del Reglamento, por lo que su omisión traería como consecuencia la nulidad de la visita. El procedimiento en cuestión obliga a señalar el objeto de la visita, la existencia de una orden expresa emitida por autoridad competente, constar por escrito, notificarla en forma personal, levantar actas en las que consignarán hechos únicamente, no interpretaciones de derecho.

Existe la obligación de comunicar los resultados de la visita a la persona visitada, previamente a la emisión de la resolución que corresponda, por lo que al visitado se le concederá un plazo de diez días hábiles para que ejerza su derecho de audiencia. Reiteramos nuestro punto de vista en el sentido de que, mientras no sea emitida la resolución respectiva, seguirá vigente el derecho de audiencia. Creemos que en el ejercicio del derecho de audiencia deben combatirse las cuestiones de fondo, ya que de lo contrario se tendrán por ciertos los hechos u omisiones consignados en el informe o acta que sea levantada por los inspectores, pero pensamos que las cuestiones de forma deberán expresarse en el medio legal de defensa que se decida ejercer.

#### V. OTROS ASPECTOS SOBRESALIENTES

1. Las SIEFORES deberán contar con un comité de crédito que tendrá por objeto determinar la política y estrategia de inversión y la composición de los activos de la sociedad, así como designar a los operadores que ejecuten la política de inversión.

2. En cada AFORE existirá un contralor normativo responsable de vigilar que los funcionarios y empleados de la misma cumplan con la normatividad externa e interna que sea aplicable. El contralor normativo será nombrado por la asamblea de accionistas y le reportará únicamente al consejo de administración, por lo que no deberá estar subordinado a ningún otro órgano social ni funcionario de la AFORE.

3. Las SIEFORES deberán operar con valores y documentos a cargo del Gobierno Federal y aquéllos que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. El régimen de inversión aún no ha sido definido, sino que lo será mediante reglas de carácter general, con la opinión de Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

4. Las SIEFORES deberán elaborar prospectos de información, al público inversionista, que serán distribuidos previa aprobación de la CONSAR. En dichos prospectos, acompañados de folletos explicativos, deberán advertir a los trabajadores afiliados de los riesgos que corre su inversión, señalar el sistema de valuación de acciones y contener la mención de que pueden recomprarse las acciones.

5. Como ya se había señalado, el Consejo de Administración estará integrado por cinco miembros, de los cuales, dos serán independientes.

6. Los funcionarios de primero y segundo nivel de una AFORE, no podrán ejercer el mismo cargo, ni tener algún nexo patrimonial o vínculo laboral de cualquier especie con otra administración que no sea a la que le presten sus servicios.

7. Las AFORES no deben hacer uso de prácticas discriminatorias a los trabajadores que pretenden invertir en las mismas. Los trabajadores tienen en todo tiempo el derecho de elegir la administradora que operará su cuenta individual, pudiendo realizar esta elección de manera directa, a través de promotores autorizados de las AFORES, o a través de su patrón.

Para tal efecto, los trabajadores deberán celebrar con su AFORE elegida, un "Contrato de Elección de Administradora", mismo que debe contener todos los derechos y obligaciones de las partes. Las AFORES deberán abrir y mantener un expediente para cada trabajador que registren, en el que deben almacenar una copia del contrato debidamente firmado por el trabajador y el representante legal de la AFORE, así como los demás documentos que hayan servido de base para el registro. Previamente a la firma del contrato el trabajador formulará una solicitud que deberá ser analizada por la AFORE.

8. Las AFORES tendrán prohibido emitir obligaciones; gravar su patrimonio en cualquier forma; otorgar garantías o avales; adquirir valores, excepto en mobiliario y equipo, inmuebles, en las sociedades de inversión que administren y en una reserva especial; adquirir acciones representativas del capital social de otras administradoras; obtener préstamos o créditos; adquirir el control de empresas (en estos dos últimos casos, salvo autorización de la CONSAR); y las demás que la ley señale.

9. Las SIEFORES, tendrán prohibido emitir obligaciones; recibir depósitos de dinero; adquirir inmuebles; dar u otorgar garantías o avales, así como gravar de cualquier forma su patrimonio; adquirir

o vender las acciones que emitan a precio distinto al que resulte de aplicar los criterios que dé a conocer el Comité de Valuación; practicar operaciones activas de crédito, excepto préstamos de valores y reportos sobre valores emitidos por el Gobierno Federal, así como sobre valores emitidos, aceptados o avalados por instituciones de crédito, los cuales se sujetarán a disposiciones de carácter general que expida el Banco de México; tratándose de operaciones de reporto o de préstamo de valores, que en su caso se autoricen, las sociedades de inversión únicamente podrán actuar como reportadoras o prestamistas; obtener préstamos o créditos, salvo aquéllos que reciban de instituciones de crédito, intermediarios financieros no bancarios y entidades financieras del exterior, para satisfacer la liquidez que requiera la operación normal; adquirir el control de empresas; celebrar operaciones en corto, con títulos opcionales, futuros y derivados y demás análogas a éstas, así como cualquier tipo de operación distinta a compraventas en firme de valores; celebrar operaciones que de manera directa o indirecta tengan como resultado adquirir valores, por más de un cinco por ciento del valor de la cartera de la sociedad de inversión de que se trate, emitidos o avalados por personas físicas o morales con quienes tenga nexos patrimoniales o de control administrativos; y adquirir valores extranjeros de cualquier género.

## APUNTES PARA UNA TEORÍA DEL CONTRATO

Luis Manuel C. MÉJAN

SUMARIO: *Ubicación del tema. I. El contrato es un fenómeno humano. La volición. La igualdad. La libertad. II. El contrato es un fenómeno cultural. III. El contrato es un acto creador. IV. El contrato tiene múltiples ámbitos de validez: Ámbito temporal; ámbito espacial; ámbito material; ámbito personal. V. El contrato persigue un fin. Objeto de la voluntad; consecuencias de la voluntad; frustración de la voluntad. VI. El contrato realiza valores: Justicia, seguridad, bien común.*

### UBICACIÓN DEL TEMA

El propósito de este trabajo es dejar consignadas algunas líneas de pensamiento sobre las que podría discurrir una teoría del contrato.

La reflexión principal de este intento gira alrededor de describir lo que es el contrato en el mundo del derecho y en el mundo de los seres humanos, más que desde un punto de vista ontológico de un punto de vista fenomenológico.

Por ello hago seis afirmaciones, seis pautas, que conducirán el pensamiento a lo largo del artículo: El contrato es un fenómeno humano; el contrato es un fenómeno cultural; el contrato es un acto creador; el contrato tiene múltiples ámbitos de validez; el contrato persigue un fin; y el contrato realiza valores.

Antes de abordar esas seis afirmaciones quisiera hacer un repaso rápido de la visión ontológica del contrato que tradicionalmente viene manejando la mayoría de la doctrina y los propios cuerpos legislativos.

Cuando varias voluntades se encuentran para que, como resultado de dicho encuentro, se produzcan efectos jurídicos, estamos frente a una "convención". Dentro de ese término genérico se pueden catalogar diversas especies: los tratados, los contratos y los convenios.

Tradicionalmente, y siguiendo la distinción inicial hecha por Pothier, "los redactores del Código Civil han distinguido, de una parte el contrato, acuerdo de dos o varias personas para hacer nacer una o varias obligaciones, de otra parte, la convención, que, más amplia,

comprende además los acuerdos de voluntades que tengan por objeto modificar o extinguir una obligación. . . (Alex WEIL, François TERRÉ, *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, París, 1986).

En nuestro medio, el Código Civil del Distrito Federal adjudica al término "Convenio" el acuerdo de voluntades que crea, transfiere, modifica o extingue derechos y obligaciones, reservándose el término "contrato" para la convención, o el convenio, en el que únicamente se producen o se transfieren éstos. Otros códigos en la República siguen el ejemplo y algunos omiten el definirlo. La tendencia de los códigos modernos es desaparecer la definición.

Lo que sucede es que en el fondo la distinción carece de interés pues tanto en la doctrina como en los propios códigos, los términos se usan indistintamente y los principios generales que regulan la formación y efectos de los contratos se aplican a todas las convenciones.

Por ello, el término "contrato" se emplea en el presente para referirse al acto jurídico que consiste en un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos.

### I. EL CONTRATO ES UN FENÓMENO HUMANO

Ésta parece ser una definición de Perogrullo, por supuesto que sólo los seres humanos realizan contratos, en el resto del universo no hay seres que contraten, pero es importante profundizar en qué quiere decir que sea un producto del ser humano.

Contratar es algo propio de las facultades del hombre. Por un lado hablamos de dos facultades psicológicas: el conocimiento y la voluntad; y, por otro, de la libertad y la igualdad.

El contrato nace de una primera fase cognoscitiva del hombre en la que conjunta toda la información que será necesaria para la siguiente fase en la que interviene la voluntad inclinándose hacia la decisión de celebrar un contrato.

Un contrato nace de la voluntad de un individuo, entendida ésta como una apetencia racional, es decir, la inclinación a hacer aquellas cosas que nuestra razón ha conocido, en oposición a la apetencia sensible o deseo que proviene de los instintos.

La actuación de las partes en un contrato supone también el concepto de *igualdad* de los seres humanos. Si los seres humanos no participaran con igualdad, los contratos serían imposibles.

En efecto, el contrato supone que dos partes con todo discernimiento llegan a sentarse frente a frente y a decidir algo que es útil para ambas. Si existe una posición de una de las partes que se impone masivamente sobre la otra, si una tiene todas las cuerdas en la mano y la otra no tiene ninguna, entonces lo que resulte de una relación tal no puede llamarse contrato.

La igualdad que el contrato supone no se refiere a una experiencia idéntica o a una situación socioeconómica o cultural. Si a eso se refiriera podríamos afirmar que no existe nunca igualdad entre los seres humanos. Todos somos distintos, todos tenemos un bagaje cultural y de información diverso.

La igualdad no pretende que el vendedor de carros y el comprador de uno de ellos tengan la misma información y capacidad alrededor de la venta y el mercado de automóviles, no. El que vende autos está en ese mercado y lo sabe todo al respecto, el que compra un auto puede ser sapientísimo en otras cosas: el mercado de las frutas, la medicina, la contabilidad, cualquiera otra cosa, mas no la misma sapiencia que sobre la materia tiene el vendedor de autos.

La igualdad supone que aunque hay diferencia en la experiencia y en la ubicación social, económica y cultural de las partes, ambas concurren con la misma dignidad a la convención. El derecho observa a ambos con la misma óptica, ninguno tiene una posición de ventaja ante la ley que el otro. A la hora de contratar cada uno es idéntico al otro en cuanto a la posibilidad de mover el mundo jurídico como resultado de su voluntad.

El ejercicio de la voluntad (apetito racional) en un plano de igualdad en lo esencial es lo que constituye la *libertad* contractual. Si alguien da su anuencia en una convención es porque ante el supremo tribunal de sí mismo decide hacerlo. Su inteligencia le da la información que necesita, su voluntad le hace desear la celebración del acto jurídico, el desencadenamiento de los efectos de Derecho que ha orquestado con otro individuo, con otra persona jurídica, que concurre en la misma posición de dignidad ante la decisión, decidiendo sobre la medida, los límites y las condiciones de los efectos jurídicos que han de desencadenarse.

Cada convención, cada contrato, es una muestra de la libertad del ser humano. Si la actuación de los hombres fuera impuesta, ya por una autoridad, ya por otra entidad superior capaz de imponerse, entonces no habría contrato. Habría ley, habría sentencia, habría acto



administrativo, habría acto de autoridad, habría actos jurídicos unilaterales, pero no existira en el mundo del Derecho el fenómeno contrato.

## II. EL CONTRATO ES UN FENÓMENO CULTURAL

Para entender esta afirmación es menester entender qué se entiende por cultura.

Para unos, la cultura sólo supone las manifestaciones más elevadas del mundo del arte y del conocimiento, especialmente humanístico; así, es culto el que sabe de pintura, de música sinfónica o de las obras literarias más importantes. Para otros, cultura es un acervo informático que ha sedimentado en un individuo. Se dice que cultura es lo que a uno le queda después de olvidar lo que se ha aprendido; así hablamos de que fulano es sumamento culto pues se mueve con facilidad en todo tipo de conversaciones por especializadas que sean, en las que incluso hace preguntas inteligentes. En otro sentido, cultura es el conjunto de usos, conocimiento y costumbres de un grupo humano en un momento o periodo de tiempo determinado; así hablamos de la cultura asiriocaldea o de la cultura china o de la cultura de la empresa equis.

Todos esos conceptos de cultura son, sin duda, válidos, pues reflejan una parte del fenómeno integral que el término "cultura" representa. Pero para nuestros propósitos, debemos calar a fondo en el concepto antropológico del término pues está relacionado íntimamente con el quehacer del ser humano.

El concepto antropológico de cultura es a la vez profundo y sencillo, de modo que todas esas expresiones e inteligencias peculiares del término "cultura" quedan comprendidas y explicadas en él.

Hay que partir de un fenómeno básico: la indigencia del ser humano. En efecto, el hombre es un ser lleno de necesidades. Es quizá el ser más desvalido de la creación, el más indigente. Tiene todas las necesidades físicas de los seres vivos, necesita alimentarse y defenderse para subsistir, necesita aparearse para reproducirse, pero además tiene necesidades insospechadas para el resto de la creación: necesita conocer y aprender, necesita relacionarse y convivir con los demás, necesita hacer las cosas cada vez mejor que antes, necesita conocer la verdad, necesita practicar la bondad, necesita trascender y llegar a Dios. Y como si esta cantidad de necesidades fuera poco, es

el que más tarda en ser autosuficiente, en llegar a la edad adulta que, para estos efectos, consiste en ser capaz de proveer para sí mismo lo necesario para su subsistencia y desarrollo.

Frente a sus necesidades, los seres vivos desarrollan capacidades para satisfacerlas. Los vegetales poco pueden hacer, si de su entorno o de algún agente externo no llegan el agua y los nutrientes, sencillamente perecen. Todo lo más pueden girar con el sol o con el aire. Algunos animales logran crear otras protecciones: crisálidas, hibernación, etcétera. Pero, como afirma Ortega y Gasset, el tigre siempre será el primer tigre, esto es, ninguno mejora las técnicas y recursos de sus antecesores, cada uno se conducirá siempre igual, quizá la evolución, después de miles de años, lleve a una especie a encontrar recursos y defensas satisfactoras de sus necesidades superiores a sus antepasados.

No es el caso del ser más necesitado de todos, el hombre. Éste siempre se enfrenta a sus necesidades y al igual que los demás seres vivos, encuentra satisfactores para cubrirlas, pero está impelido por una fuerza superior: el progreso, la mejoría. El hombre no busca sólo satisfacer sus necesidades sino además satisfacerlas cada vez mejor. El tigre sigue satisfaciendo su necesidad de alimentarse de la misma manera: cazando, destazando a su víctima y devorándola. El hombre quizá primitivamente se alimentó como el tigre, pero ahora ha desarrollado millones de formas de alimentarse, ha creado la cocina, los platillos, las vajillas, los comedores, los restaurantes, los vinos, los cubiertos, las conversaciones de sobremesa, los negocios a la hora de los alimentos, las profesiones del mesero, del galopín, del chef, del maître d', la gastronomía, los mercados, las comidas rápidas, las estufas de gas y las eléctricas, los hornos de microondas, los asadores y las bar-b-q, etcétera mil veces.

El hombre ha creado toda una cultura alrededor de su necesidad de alimentarse.

Así podemos hablar de todas las necesidades del ser humano, éste ha creado un conjunto de satisfactores, es decir, una cultura para enfrentarse a ellas.

Eso es la cultura: el conjunto de satisfactores que el hombre crea para enfrentar sus necesidades.

Visto desde esa óptica, el contrato no es más que un satisfactor. Si los hombres celebran un contrato es porque tienen una necesidad que

se verá satisfecha gracias al acuerdo de voluntades que produce un cambio en su *status* jurídico y en su patrimonio.

Prueba de ello son los contratos llamados "típicos". Cuando un satisfactor es conveniente para un conglomerado humano se repite sistemáticamente para crear lo que llamamos una "institución". Los hombres han tenido necesidad de transferir sus propiedades a cambio de un precio y han institucionalizado la compraventa; si no quieren deshacerse de sus bienes pero no los pueden usar personalmente y quieren sacar provecho de ellos han inventado e institucionalizado el arrendamiento. Póngase aquí otra dosis de etcéteras.

Por ello debemos ver el contrato como un producto cultural. Un contrato es igual que una herramienta, que una pintura, que un automóvil, que las escuelas, que las iglesias, que los periódicos, que las computadoras, que las sinfonías.

Cada vez que hacemos un contrato estamos haciendo cultura. Si usamos los esquemas de los contratos "típicos", estamos usando una institución ya creada. Cuando hacemos un contrato "atípico", estamos incorporando a la cultura un nuevo elemento, un nuevo satisfactor, lo que me lleva a mi siguiente afirmación:

### III. EL CONTRATO ES UN ACTO CREADOR

Cuando las partes celebrantes concurren a la celebración de un contrato, algo nuevo aparece en el mundo del Derecho e incluso en la propia vida de los celebrantes y de los terceros que entran en contacto con ellos.

Después de un contrato las cosas ya no pueden ser iguales ni para las partes ni para los terceros, ni para la comunidad, ni para el Estado. Nuevos elementos se han introducido que no pueden ser ignorados.

El contrato, como acto jurídico que es, supone, en primer término, que las partes que en él intervienen, han deseado la conducta que supone el contrato. La conducta consistente en la manifestación de la voluntad: todos sus antecedentes, lo que el Derecho anglosajón llama el "course of dealing"; con las formalidades producidas para consignar la voluntad (el documento escrito que describe la voluntad de las partes); así como con el desempeño durante la vida del contrato o cumplimiento del mismo (llamado por los anglosajones "course of performance").

En segundo lugar, han deseado las consecuencias jurídicas imputadas a la manifestación de la voluntad. Si digo que vendo es porque quiero que la propiedad del bien salga de mi patrimonio e ingrese al de mi contraparte y deseo concomitantemente recibir el precio del mismo.

Entender que un contrato produce algo nuevo en el patrimonio y en la vida de las partes es sencillo. Es obvio que un contrato produce ese efecto. Es el resultado que las partes han deseado y que se obtiene.

Pero el acto creador que supone un contrato no se queda ahí, es mucho más profundo. La celebración de un contrato supone la creación de una normatividad jurídica. Es la creación de Derecho.

Los doctrinistas han llamado a esto una norma individualizada. Esto es, del acto jurídico denominado contrato deviene un nuevo haz de normas jurídicas que constriñen a los celebrantes y, según veremos más adelante, a terceros.

Los efectos jurídicos de un contrato consisten en la creación de derechos y obligaciones, es decir, vínculos jurídicos, normas de conducta de carácter obligatorio.

Para quienes creen que el Derecho es un conjunto de normas, podemos decir que el contrato produce un paquete de ese conjunto global que es el Derecho. Para quienes piensan que el Derecho es vida humana objetivada, podemos decir que el contrato es un trocito de las vidas de los contratantes que se ha materializado en el contrato.

¿De dónde que sea posible que el contrato sea una aportación al Derecho? ¿De dónde que el contrato aporte algo nuevo al mundo?

Aquí podemos traer a colación toda la teoría de la autonomía de la voluntad y todas las tesis positivistas del Derecho. No nos cacemos con una ni otras porque si a fin de cuentas lo que queremos es analizar el contrato como un fenómeno, encontraremos realidades y verdades en ambas doctrinas.

En primer lugar, el mundo jurídico deja paso a algo nuevo porque la voluntad de las partes así lo ha deseado. En efecto, la voluntad de los individuos ha creado nuevas normas y ha producido los impactos patrimoniales y las constricciones que supone un contrato.

No puede entenderse de otro modo. El Derecho nace en la convivencia de los seres humanos. Un hombre sólo no necesita derecho. Robinson Crusoe no vivió un régimen jurídico, el derecho nació en el momento que Viernes hace su aparición. Si entendemos el Derecho como el regulador de la convivencia, debemos aceptar que los regu-

lados por el Derecho para convivir deben de poder determinar cómo quieren que sea su convivencia.

Las dos partes que concurren a un contrato están determinando entre ellas cómo desean que se rija su relación, están creando la norma que regirá entre ambos. La comunidad en la que viven acepta que esa norma que se han autolegislado las dos partes es válida.

A fin de cuentas el Derecho no es más que un instrumento de los seres humanos para que cada uno se desarrolle y obtenga su perfección en la comunidad en que vive. Un acuerdo entre dos seres humanos, entre dos miembros de esa comunidad, debe producir efectos jurídicos.

Pero no podemos dejar ahí las cosas, las partes, a fuer de ser dejadas solas, pueden llegar a crear normas que a ellos les conviene pero que pueden perjudicar a otros miembros de la comunidad. El principio de Derecho natural que establece que el derecho de uno llega hasta donde empieza el derecho del otro, hace pensar que la comunidad puede imponer restricciones a la capacidad creadora de normatividad contractual de las partes.

Ese principio es el fundamento filosófico de la creación del Estado. Éste encuentra su raíz en la necesidad de una colectividad de, primero que todo, proteger el que todos y cada uno de sus integrantes logre su desarrollo personal; en segundo lugar proveer un marco de referencia que brinde seguridad jurídica al quehacer de la colectividad y de sus integrantes.

Así la comunidad, el Estado y la ley promulgada por el mismo, proporcionan a los individuos los marcos e instrumentos para que su voluntad concurrente en un contrato pueda generar una nueva norma jurídica que rija entre ellos. La ley da el marco y el fundamento donde puede construirse la voluntad; el Estado y sus órganos serán los que sancionen el acto creador de las partes e incluso apoyarán para restañar lo necesario cuando la norma originada por el contrato se haya incumplido. Ello impide la ley del talión y la "justicia" por propia mano que no es sino injusticia.

#### IV. EL CONTRATO TIENE MÚLTIPLES ÁMBITOS DE VALIDEZ

El contrato creado por los individuos extiende su influencia a diversos ámbitos a los que a la vez afecta y de los que recibe influencia. Su actividad opera en ellos y ellos operan en él.

#### A) *Ámbito temporal de validez*

El tiempo juega un papel importante en el contrato. Aun en los contratos llamados "simultáneos".

Veamos. Por principio de cuentas, el contrato es un fenómeno que se da en un momento determinado de la historia y las circunstancias en que se da afectan el ánimo de los contratantes. Los contratantes no forman su voluntad igual en una época de crisis que en una de estabilidad, no lo hacen igual en invierno que en verano, no lo hacen igual en 1996 como lo hacían o hubieran hecho en 1986.

En segundo lugar, el entorno normativo que regula la conducta de los contratantes es un marco de referencia también sujeto a un ámbito de validez temporal. La legislación, la normatividad, la jurisprudencia, los criterios de los juzgadores son distintos hoy a lo que fueron hace tiempo y son distintos a lo que serán mañana.

El contrato se ve incardinado dentro de la totalidad de las circunstancias que el momento provee, es un fruto de ese momento. Aun cuando se usen frases como "Este contrato es una genialidad, se adelantó a su época", no es cierto que se haya adelantado a su tiempo, se dio en ese tiempo y si llama la atención es porque cambia lo existente hasta ese día y marca la pauta de lo que será en el futuro.

Muy difícilmente podremos encontrar el famoso contrato "instantáneo". Para llegar a él las partes hicieron su trabajo primero, el mecanismo psicológico descrito en la primera de mis pautas, ha venido formándose a lo largo del tiempo. Al llegar al contrato, éste ya lleva tiempo "en cocina".

Si los efectos jurídicos del contrato se prolongan en el tiempo, la extensión de validez del contrato es muy clara, un arrendamiento, un depósito, no se explican si no es con la dimensión del tiempo, éste se vuelve una parte esencial del contrato.

Pero aun los contratos cuyos efectos jurídicos se producen de inmediato, *v.gr.* la compraventa, tienen sin duda un efecto jurídico que se prolonga en el tiempo: las cosas ya no son iguales después del contrato; antes, el sujeto pasivo universal reconocía y respetaba la propiedad que sobre ese bien ejercía el vendedor; a partir de ahora, su sujeto activo ha cambiado, debe reconocer y respetar ahora que la propiedad es del comprador.

Todos los contratos, aun los instantáneos, generan una serie de

derechos y obligaciones que se prolongan en el tiempo y sobre los que los plazos de prescripción corren usualmente.

#### B) *Ámbito espacial de validez*

Los comentarios hechos sobre la influencia del tiempo en los contratos son válidos sobre el espacio. Las circunstancias del lugar donde se producen los contratos influyen determinantemente en éstos.

Influyen características geográficas. Las partes no acuden igual a la contratación de un sistema de riego en una zona desértica que en una zona selvática. No es lo mismo contratar un sistema de aire acondicionado a la orilla del mar que a dos mil metros sobre el nivel de éste, o al sur del trópico de cáncer o cerca del círculo polar.

Las variantes culturales de la zona de los contratantes influyen no sólo en el ánimo que lleva a las partes a conformar su voluntad sobre el objeto del contrato, sino además en la conducción de las negociaciones con la contraparte, que a fin de cuentas serán un ingrediente fundamental cuando, enfrentados a una discrepancia, sea menester interpretar la voluntad vertida en el contrato.

Por supuesto que si el contrato es de los llamados "reales", la ubicación de los bienes es trascendental, el contrato tiene que "suceder" donde está la cosa materia del objeto del contrato.

Aunque no sea un contrato real, el lugar donde debe darse cumplimiento a las obligaciones es tan trascendente que las propias leyes incluyen normas supletorias de la voluntad para cuando no se produjeron en la contratación.

Al igual que con la categoría tiempo, el mismo marco jurídico que regula al contrato está sujeto a una validez espacial. Es distinto el marco regulatorio de Sonora que el de Jalisco, el de México que el de Japón.

Por último, los pactos de las partes influyen al espacio sobre el que actúan, un contrato puede tener por objeto el cambiar de lugar cosas o personas (transporte), puede suponer la modificación de dicho espacio (construcción), e incluso puede llegar a producir variantes ecológicas sustanciales (construcción de una presa, de una carretera, de una ciudad). Si diversos individuos no hubieran hecho contratos para desarrollar complejos turísticos en Cancún, posiblemente el estado de Quintana Roo no hubiera necesitado una legislación sobre condominios o sobre tiempos compartidos.

#### C) *Ámbito material de validez*

Muchas veces se usa el término "objeto" del contrato para referirse a la materia, a las cosas sobre las que el contrato versa. Así una casa es el objeto de esta compraventa y este automóvil es el objeto de aquel contrato.

El término "objeto" del contrato es un concepto más amplio, como veremos en el análisis de la quinta pauta, pero para los efectos de este ámbito de validez debemos referirnos a esa acepción restringida del término que se refiere a las cosas, a los objetos involucrados en un contrato.

Se ha afirmado que no puede existir una relación jurídica entre las cosas o entre las personas y las cosas. El punto ha dado muchas páginas de doctrina y muchas horas de conferencias. No lo discutamos, yo pienso que el concepto "relación jurídica" sólo es dable entre personas, pero eso no excluye de modo alguno el que una norma jurídica no ejerza imperio sobre las cosas.

Eso es lo que sucede con el contrato, la voluntad de las partes con frecuencia busca que un objeto, que una cosa, que una *res*, se vea afectada como resultado de ese concierto de acuerdos. Así, un contrato produce que un objeto pase de la propiedad de uno a la del otro (compraventa), o de la posesión de uno a la de otro (arrendamiento), o que esté afecto a un fin determinado (prenda), o que se vea transformado (contrato de obra), o que se consuma, etcétera.

A su vez la naturaleza de las cosas determina la voluntad de las partes. Si se trata de un objeto que no está en el comercio, no puede ser materia de un contrato; si se trata de una materia prohibida o restringida, sólo se podrá contratar respecto de ella con las limitaciones legales. No puede pactarse que se mueva lo que es inmueble, no puede pactarse que el hierro se convierta en oro, no puede pactarse que un perro vuele, no puede contratarse sobre objetos imaginarios: unicornios, sirenas.

Esto es así tanto que incluso una de las herramientas de interpretación de los contratos es juzgar sobre la naturaleza material de las cosas involucradas, porque esa naturaleza "pide" una interpretación sobre lo que sí o no se puede hacer con ellas.

#### D) *Ámbito personal de validez*

El contrato también se retroalimenta con respecto a las personas y con ello me refiero no sólo a los contratantes sino a los demás.

Desde luego que así como las circunstancias del tiempo de celebración, o del lugar de la celebración, o de las cosas materia de la celebración, afectan la conducta de las partes; así las características de estas mismas influyen en la contratación.

Las características culturales y socioeconómicas de los concurrentes importa un ingrediente importante. No es lo mismo que celebre un contrato una persona letrada que una ignorante, una persona con necesidades ingentes que la presionan que una persona que se encuentra en situación de tranquilidad.

Parte de la figura de la lesión tiene su origen en las desigualdades de las partes. Las legislaciones de protección al consumidor arrancan de reconocer diferencias entre los contratantes. El Código Civil de Jalisco establece en su artículo primero: "*Los seres humanos tienen igual consideración ante la ley y la sociedad, excepto en los casos de minoría de edad, senectud, incapacidad psíquica o pertenencia a alguna etnia*".

Visto el ingrediente que la naturaleza de las personas pone al contrato, veamos ahora el ingrediente que el contrato pone en las personas.

El contrato ha sido visto como una norma individualizada, es decir, como la creación de un vínculo jurídico que constriñe a los contratantes. Ello es cierto, lo vimos en la pauta tercera, el contrato es un acto creador, crea normas, crea Derecho. Esas normas van a recaer sobre las partes que lo celebraron con la total constricción que el Derecho impone a un obligado. Tan obligado está un abogado contratado para prestar sus servicios profesionales como lo está una persona a reparar el daño que causó. Aquella obligación viene del contrato que se celebró; ésta, de la ley.

Las normas de los contratos no son sólo normas individualizadas, puede un contrato producir normas generalizadas; tal es el caso del pacto social que crea una persona jurídica y dispone unos estatutos. Todo individuo que caiga en el concepto "socio" se verá obligado y regido por la normatividad de los estatutos. Tal es el caso de los contratos colectivos y los contratos-ley laborales. Tal es el caso de algunos tratados internacionales.

Por último, la voluntad de las partes afecta a todo el conglomerado humano. El principio *Res inter alios acta* debe entenderse en un determinado contexto. Si bien es cierto que lo contratado entre dos partes no puede afectar al estatuto jurídico de los que no han participado en él, también es cierto que éstos por lo menos deben tomar en cuenta que entre las dos partes algo ha cambiado.

Las acciones pauliana, oblicua y de simulación, los registros públicos, las obligaciones de publicitar determinados contratos (*v.gr.* una fusión de sociedades) no son sino una muestra de que lo que las partes hacen impacta el universo jurídico y con ello a los propios terceros.

Cuando menos, el Derecho impone a los terceros un deber universal de respeto a lo que las partes contratantes han decidido.

#### V. EL CONTRATO PERSIGUE UN FIN

Esta pauta refiere a la teleología del contrato, qué se busca con él, qué se obtiene. En este concepto incluyo tanto el concepto "Objeto" *lato sensu* a que me referí en el análisis de la pauta previa, como al concepto de "Causa" de los contratos.

##### A) *El objeto de la voluntad*

El sentido amplio del término "Objeto" incluye no sólo las cosas materiales involucradas sino la totalidad de cosas, acciones y efectos que se persiguen por ambas partes.

Lo que quieren las voluntades que concurren a la formación del contrato es idéntico, debe ser igual porque es la suma de los intereses peculiares de cada uno. Kelsen (*El contrato y el tratado*, UNAM, México, 1943), usa el ejemplo de una permuta: si A debe entregar un caballo a B; y B, entregar un anillo a A; podría decirse que lo que persigue A es recibir una sortija mientras que lo que persigue B es recibir un caballo. Eso es ver las cosas muy parcialmente, como bien dice el maestro vienés. Lo que A persigue es entregar un caballo y recibir una sortija, cuidando que B reciba el caballo y entregue la sortija.

El objeto de la voluntad de ambas partes es la totalidad de los efectos jurídicos. Es erróneo decir que la voluntad de cada parte sólo persigue lo que a él le interesa. Si no se da todo junto no se da nada.

Es cierto que cada parte tiene diferentes intereses jurídicos y diferentes motivaciones personales pero la voluntad que se conjunta es para perseguir un todo orgánico.

#### B) *Consecuencias de la voluntad*

La voluntad de las partes desencadena y trae consigo diversas consecuencias: desde luego lo que han deseado, pero también lo que la propia naturaleza del contrato conlleva, así como las consecuencias que la ley imputa al contrato específico celebrado, esto sobre todo en el caso de contratos típicos.

Esto es importante porque sucede aun a pesar de ignorarlo las propias partes, la voluntad expresada en un contrato desencadena consecuencias que las mismas partes ignoran. El mundo del Derecho se ha movido.

#### C) *La causa de la voluntad*

No nos perdamos en las múltiples definiciones y concepciones de la causa.

Ya se trate de la causa eficiente, ya se trate de la causa final, lo que es cierto es que el actuar de las partes conlleva una motivación: la motivación es que el contrato culmine, que los efectos jurídicos se den en plenitud; el Derecho debe tender a que eso que ha sido buscado por las partes, se dé.

Por ello cuando el Derecho legisla normas supletorias de la voluntad de las partes cuida de poner las normas que tienden a que la voluntad no se frustre sino que se cumpla; al interpretar los contratos debe buscarse cómo lograr que el contrato produzca sus efectos y no cómo nulificarlo.

Si la motivación es ruin, es deleznable, estaremos, según veremos adelante, ante una causa de invalidez del contrato, precisamente porque el propósito del Derecho es que el contrato realice sus fines, pero no puede admitirse que tales fines atropellen el orden jurídico.

#### D) *La frustración de la voluntad*

Existen ocasiones en que el contrato no alcanza los fines perseguidos por la voluntad de las partes, ésta se ve frustrada.

La frustración puede venir de dos razones fundamentalmente. Una, por fallas en la emisión de la voluntad. Otra, porque la voluntad violenta el orden jurídico.

En el primer caso, las fallas en la emisión de la voluntad, debemos ubicar tanto la falta de consentimiento, la falta de capacidad del que da el consentimiento, como los llamados vicios del consentimiento.

Aquí estimo conviene agregar alguna aclaración. Expliqué que por voluntad entendía la libertad del ser humano poniendo en juego su apetencia racional, es decir, su conocimiento informado que le produce un deseo. Cualquier cosa que frustre alguno de esos elementos es un vicio aunque no necesariamente del consentimiento en sentido estricto.

Me explico. Se dice que la violencia no es la que vicia el consentimiento sino que es el miedo el que lo hace, el temor de verse dañado a uno mismo o a seres o personas queridas. Pero puede haber una violencia en donde no haya miedo y es el intelecto el que con toda frialdad, sin miedo, decide hacer lo que está siendo presionado a hacer. No hay miedo, pero hay un vicio de limitación de la libertad. La lesión encaja en esta categoría de vicios del intelecto, de la libertad. La voluntad está clara, pero soy ignorante en la materia; entiendo que el precio es injusto, pero estoy necesitado.

Todos ellos tienen por común denominador que la voluntad no se ha producido en las circunstancias normales de la formación de un contrato. Y por ello la consecución de los fines pretendidamente buscados, se ve frustrada.

En el segundo caso debemos incluir la emisión de una voluntad sin atenderse a la formalidad prescrita por la ley, a la ilicitud o imposibilidad del objeto y a la ilegitimidad de la causa. El común denominador de estos casos es que la expresión de la voluntad es clara, libre de vicios pero conlleva una agresión al orden público, al régimen de Derecho, de tal suerte, que el Derecho no puede sancionarla validándola, sino que, por el contrario, debe desconocer lo que pretende lograr e impedir la producción del fin buscado.

En uno y otro caso, las partes han actuado y, se quiera o no, el mundo del Derecho se ha movido.

Las consecuencias de que exista una causa de frustración pueden ser sumamente variadas:

- Retrotraer las cosas a como hubieran estado de no haberse celebrado el contrato, si ello es posible.
- Devolverse los objetos intercambiados, si aún es posible.
- Resarcirse de los daños y perjuicios provocados.
- Admitir la posibilidad de ratificar el contrato purgando los errores o vicios que hubieren existido.
- Retrotraer efectos al momento de la celebración original o recogerlos sólo a partir de la ratificación.

Yo no admito, dentro de este contexto fenomenológico, el concepto que se atribuye en las doctrinas clásicas de "inexistencia" y "nulidad absoluta" en el sentido de que se trata de la nada jurídica, de que no produce efecto legal alguno.

Si en uno de esos contratos llamados "inexistentes" o viciados de "nulidad absoluta", se consumió un bien materia del contrato, o una de las partes hizo gastos, o un tercero fincó algún derecho, no podemos decir que es la nada jurídica: el bien consumido debe reponerse, los gastos incurridos o se reponen o bien no se reponen pero como sanción a la parte que los hizo, el derecho del tercero deberá de desbaratarse. Esos son efectos jurídicos que se producen por muy "inexistente" que haya sido el contrato.

Yo me adhiero en esta materia a hablar de causas de invalidez y de consecuencias, por no reunirse la totalidad de los requisitos de validez.

## VI. EL CONTRATO REALIZA VALORES

Para las teorías clásicas del Derecho, éste existe en función de lograr diversos fines. Corrientes modernas en este siglo han interpretado esos fines, como los valores a realizar por el Derecho. Es decir, se trata de ver al Derecho desde el ángulo axiológico, más que desde el ontológico o del teleológico.

Así, Miguel Reale expone su doctrina tridimensional del Derecho, en donde remarca que el Derecho no es más que la consecución de tres grandes valores: la justicia, la seguridad y el bien común.

Si con esa óptica observamos el contrato nos percataremos que se trata de una figura en la que por excelencia se encuentran presentes y perfectamente realizados los tres valores.

Cuando se celebra un contrato estamos realizando en la esfera jurídica de los contratantes la justicia, el bien común y la seguridad, supremos valores del Derecho.

En efecto; si por *justicia* entendemos el dar a cada quien lo que le corresponde, encontraremos que las partes entran en concurso para determinar lo que es justo que le toque a cada uno. Cuando se concluye un contrato, cada parte lleva la convicción de que está recibiendo lo que le corresponde en justicia. No hablamos de igualdad, sino de equidad, de lo que le corresponde. Para el que vende un bien, el dinero que recibe vale más que el bien, para quien lo compra el bien vale más que el dinero que paga; ambos están satisfechos, ambos han recibido lo que cada uno estima que le corresponde.

Si por bien común entendemos el que los individuos podemos convivir armónicamente en un ambiente que nos permite desarrollar nuestras capacidades, con igualdad de oportunidades y con posibilidad de reconocimiento a nuestro esfuerzo, encontraremos que eso es precisamente lo que sucede en un contrato: cada parte concurre con toda su circunstancia, con todo su talento, a buscar lo que le es más conveniente.

Si por *seguridad jurídica* entendemos, ya sea su lado subjetivo, el famoso "saber a qué atenerse"; ya sea su visión objetiva, el marco jurídico de referencia en donde me desenvuelvo; encontraremos que el contrato es precisamente la creación de un marco jurídico que regula una relación jurídica y que proporciona esa visión psicológica de saber a qué atenerse.

La mera posibilidad de celebrar contratos en un razonable ambiente de autonomía de la voluntad, es en sí un logro del bien común; creando el marco jurídico de referencia de la relación entre las partes, es una muestra de seguridad jurídica; y teniendo la posibilidad de determinar uno mismo lo que uno estima justo para sí, es ya un logro de justicia.

El contrato, acto jurídico por excelencia, permite al hombre cubrir su misión en el mundo, desarrollar su vocación y lograr su realización personal.

Éste no es ni un análisis, ni una reflexión sencillos; cuesta trabajo

ver en los actos cotidianos, en actos mercantilistas o relacionados con bienes materiales, esta profunda realidad de la vida del contrato. Pero sólo si lo hacemos podemos entender el sentido que dentro del Derecho tiene la figura del contrato. Sólo nosotros, abogados, tenemos la capacidad de entender el profundo valor que tiene esta institución al servicio del hombre.

El contrato es un acto jurídico que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano.

El contrato es un acto jurídico que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano.

El contrato es un acto jurídico que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano.

El contrato es un acto jurídico que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano.

El contrato es un acto jurídico que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano. Es un acto que se realiza en el mundo de los bienes materiales, pero que tiene un profundo sentido humano.



### ESTADO DE DERECHO Y CORRUPCIÓN (COMPROMISOS PARA UN UNIVERSITARIO)\*

Rodolfo VÁZQUEZ

*A los organizadores del II Simposium Interuniversitario de Derecho*

Durante la VI Conferencia Internacional Anticorrupción celebrada en Cancún, México, en 1993, uno de los participantes Héctor Masnatta, comenzaba su ponencia parafraseando a Marx con las siguientes palabras:

Un fantasma recorre el mundo, Es el fantasma de la corrupción. Abrumado por una catarata de informaciones, el lector de periódicos o el televidente... asiste a una verdadera contaminación de la ética, que amenaza a gobiernos y políticos con rasgos inéditos.<sup>1</sup>

En efecto, si bien el problema de la corrupción es tan viejo como la misma historia de la humanidad, nunca antes el ciudadano común se había enfrentado a su inmediatez y a su magnitud como lo hace en nuestra época debido, en buena medida, al propio aceleramiento histórico y al mismo desarrollo de los medios de comunicación.

En este sentido, otro de los participantes, Julio Cruciani no dudaba en distinguir lo que llamó la "corrupción marginal (o aislada)" de la "corrupción generalizada (o hipercorrupción)". La primera se encuentra debidamente tipificada en la legislación penal de prácticamente todos los países con sistemas democráticos de gobierno a través de los delitos de administración fraudulenta, enriquecimiento ilícito, nego-

\* Texto leído en el II Simposium Interuniversitario de Derecho, México, 27 de marzo de 1996.

<sup>1</sup> Héctor MASNATTA, "La lucha contra la corrupción: rol de los poderes públicos y de la ciudadanía", en *Memoria de la VI Conferencia Internacional Anticorrupción*, Cancún, México, 1993, p. 103.

ciación incompatible con la función pública, etcétera. Esta forma de corrupción, sin duda grave, no merecería más atención que la de otros delitos igualmente graves como el robo o el homicidio. La segunda, se presenta como un fenómeno novedoso que el autor define con las siguientes características: la cultura general es permisiva ante las violaciones de las reglas, los organismos de control no cumplen con su función, los sobornos son una forma generalizada de resolver conflictos y no existen esfuerzos serios para resolver el problema.<sup>2</sup> A diferencia de la primera, las consecuencias de la hipercorrupción pueden llegar a ser devastadoras para el propio sistema jurídico-político en su conjunto.

No es necesario detenerse en el análisis conceptual de la corrupción ni en sus consecuencias para comprender la gravedad del problema. Más bien quisiera en los siguientes minutos: I. Llamar la atención sobre el efecto pernicioso de la corrupción en lo que hoy día conocemos como Estado de Derecho; y II. Cuál debe ser el papel del universitario ante esta problemática. No propondré recetas muy puntuales ni esperanzadoras pero tampoco me situaré en la perspectiva de un escepticismo paralizante.

"No todo Estado es Estado de Derecho", más aún, no todo Estado con Derecho es un Estado de Derecho.<sup>3</sup> Una de las características de los Estados modernos es, precisamente, su organización a partir de un sistema jurídico que delimite funciones y que permita la resolución de conflictos en el seno de la propia sociedad. Sin embargo, esta vocación de legalidad puede ser perfectamente compatible con Estados dictatoriales o autoritarios. La mera existencia empírica de un ordenamiento jurídico no garantiza *ipso facto* un Estado de Derecho. Para que exista Estado de Derecho, siguiendo a Elías Díaz, se deben satisfacer las siguientes exigencias internas: a) Imperio de la ley; b) División de poderes con predominio del poder legislativo; c) Fiscalización de la Administración; d) Derechos y libertades fundamentales.

<sup>2</sup> Véase Julio E. CRUCIANI, "Diferencia entre la corrupción aislada y la corrupción generalizada o hipercorrupción", en *Memoria de la VI Conferencia Internacional Anticorrupción*, Cancún, México, 1993, pp. 481 y ss.

<sup>3</sup> Véase Elías DÍAZ, "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", en *Sistema* núm. 125, Madrid, 1995, pp. 6 y ss.

Cada una de estas exigencias internas puede vulnerarse por acciones corruptas y transitar lenta o rápidamente hacia un Estado donde impere la arbitrariedad y en el peor de los escenarios el llamado terrorismo de Estado. Quiero detenerme, por razones de tiempo, sólo en dos de ellas: el imperio de la ley y los derechos y libertades fundamentales, y hacer algunos comentarios en torno al problema de la degeneración de un Estado de Derecho a través de la corrupción.

Sólo dos acotaciones antes de pasar al tema. La primera es que el tipo de corrupción que tengo en mente es la corrupción jurídico-política. Estoy consciente, sin embargo, como bien ha señalado Ernesto Garzón Valdés, que no existe "inconveniente semántico alguno en hablar de deportistas, directores de empresa o de sacerdotes corruptos en el mismo sentido en que puede hablarse de gobernantes, diputados [o jueces] corruptos".<sup>4</sup> Si el énfasis está puesto en estos últimos es porque son ellos los que se encuentran expuestos más abiertamente al juicio de la opinión pública. Y la razón es que son ellos, finalmente (y bueno estaría que eludieran esta responsabilidad), los que a través de sus decisiones involucran y afectan a la sociedad en su conjunto. La segunda es que entenderé por corrupción jurídico-política, en una aproximación muy general, la *violación de una obligación por parte de un servidor público con el objeto de obtener un beneficio personal proveniente de la persona que lo soborna o a quien extorsiona más allá del beneficio que corresponde legítimamente a su puesto o posición*. Una corrupción generalizada puede llegar a adquirir características de institucionalidad, lo que permitiría hablar de sistemas jurídico-políticos corruptos. Paso al tema.

Con respecto al imperio de la ley cabe decir, por lo pronto, que no todo Estado en el que exista un imperio de la ley es un Estado de Derecho pero no puede concebirse este último sin la condición necesaria de un imperio de la ley. El Estado de Derecho es el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. Un gobierno de las leyes que engendra seguridad y certeza jurídicas. Todo esto es correcto, pero el principio del imperio de la ley no se agota en el principio de legalidad; sus exigencias van más allá de la mera existencia de las normas jurídicas. Constituye, como bien ha señalado Francisco Laporta, "un postulado metajurídico, una exigencia ético-política o un complejo principio moral que está más allá del puro de-

<sup>4</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, "Acerca del concepto de corrupción", inédito.

recho positivo"<sup>5</sup> que nos dice no cómo es sino cómo *debe ser* el Derecho. En este sentido, la estructura interna de este principio impone a las normas jurídicas las siguientes exigencias:

1. En cuanto a la *autoridad* que emite las normas, debe hallarse facultada para hacerlo por una norma jurídica de competencia. Esta exigencia cancela la posibilidad de los gobiernos *de facto* y la actuación *ultra vires* de cualquier autoridad.

2. Las normas jurídicas deben ser *generales*, es decir, sus destinatarios deben ser identificados mediante rasgos generales y no mediante descripciones particularizadas o definidas. La generalidad de las leyes se justifica mediante un principio ético fundamental que es el de la imparcialidad en el sentido que le asigna, por ejemplo, un filósofo como John Rawls.

3. Las normas jurídicas deben ser *prospectivas* y no retroactivas; *estables* aunque no inmutables en el tiempo. La prohibición de la retroactividad cumple con la exigencia de justicia de que el individuo no sea objeto de un reproche o una sanción por una conducta anterior en el tiempo y que, por tanto, no es ya posible reconsiderar. La estabilidad es una condición indispensable para guiar la conducta del destinatario que no debe sujetarse a modificaciones de la ley por circunstancias caprichosas e irrelevantes.

4. Las normas jurídicas deben ser *públicas* y *claras*. El principio de publicidad y de transparencia de las leyes es requisito indispensable para el desarrollo de un proyecto de vida personal confiable. De la misma manera, la claridad excluye el uso deliberado de expresiones de gran vaguedad, tipos penales abiertos o conceptos indeterminados que sólo contribuyen al incremento desmesurado de la discrecionalidad potencialmente amenazadora de la seguridad ciudadana.<sup>6</sup>

Si aceptamos estas cuatro exigencias, entonces podemos aceptar que el principio del imperio de la ley, finalmente, debe descansar sobre una exigencia ética más radical, a saber, que los individuos, los destinatarios de la ley, deben ser tomados en serio; es decir, deben ser considerados como seres autónomos y dignos. En otros términos, como seres capaces de organizar racionalmente sus planes de vida y que exigen la seguridad de que estos planes de vida no se verán frustrados por terceros entre los que, naturalmente, hay que incluir al propio Estado.

<sup>5</sup> FRANCISCO LAPORTA, "Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", en *Doxa* núms. 15-16, Alicante, España, 1994, p. 134.

<sup>6</sup> Véase *ibid.*, pp. 139 y ss.

No es difícil imaginar de qué manera puede corromperse el Estado de Derecho con respecto a su primer requisito que es el imperio de la ley. Un ordenamiento jurídico que crea y aplica normas jurídicas discriminatorias, retroactivas e inestables, secretas y confusas no pueden más que vulnerar los proyectos de vida elegidos libremente por los individuos. Terminan por considerar a las personas no como fines en sí mismas sino como medios al servicio de intereses oscuros e ilegítimos. Las consecuencias no pueden ser más trágicas: se deslegitima el sistema político, se asignan mal los fondos de por sí escasos, se destruye el profesionalismo, se impide la planificación, no hay previsibilidad sobre lo que va a ocurrir y segrega y desanima a los individuos honestos. La conclusión que se desprende de todo esto resulta a todas luces una obviedad pero no por obvia intrascendente: un legislador corrupto o un juez corrupto atentan contra el principio del imperio de la ley, por consiguiente del Estado de Derecho y, finalmente, contra la autonomía y dignidad de los propios ciudadanos.

Pero el Estado de Derecho exige más que el solo imperio de la ley. Exige una toma de conciencia lúcida por parte de los servidores públicos, pero también de la misma ciudadanía, de la importancia y necesaria promoción y protección de los derechos humanos. No existe ni puede existir Estado de Derecho cuando se asiste a una reiterada y, en ocasiones, delirante, violación de los derechos. Nunca como en nuestra época se ha estado tan consciente de los derechos humanos pero, en la misma proporción, nunca se ha sido tan sofisticadamente brutal en su violación.

Lo cierto es que pocas personas podrían cuestionar hoy en día la existencia de los derechos humanos plasmados en la Declaración Universal, en las Convenciones sucesivas y en las legislaciones de la gran mayoría de los Estados modernos. Los mecanismos de protección se han multiplicado y todo ello, sin lugar a dudas, es un signo positivo y esperanzador de los tiempos que vivimos. Quizás el problema no se encuentre en el defecto sino en el exceso de derechos. Se habla ya de una tercera y hasta una cuarta generación de derechos y no vacilan algunos en hacerlos extensivos hasta cubrir un derecho de los animales, de los robots y hasta de las rocas. Esta proliferación obliga a pensar que:

cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral

o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que las justifique adecuadamente.<sup>7</sup>

La cautela impone ser muy exigente en cuanto a la fundamentación de los derechos y evitar, así, un desgaste innecesario del término y del concepto.

Con todo, pese a la relevancia de los derechos humanos no falta quien, entre alumnos y profesores, universitarios en general, piensan que resulta innecesario un estudio en profundidad de los derechos humanos. Lo paradójico del caso es que, en ocasiones, son los propios juristas los que ponen estos reparos. El problema es que si no se estudian en las facultades de Derecho ¿dónde podrán ser objeto de análisis? En fin, no es mi propósito polemizar ahora sobre ellos. Sólo quiero enfatizar lo que me parece otra verdad de Perogrullo: de nada sirve el imperio de la ley sin la debida defensa de los derechos humanos, pero la inversa también es correcta, de nada sirve exigir el respeto de los derechos sin el imperio de la ley. Si uno se inclina más por el aspecto formal el otro lo hace por el material. Forma sin contenido es vacía pero contenido sin forma es ciego. El Estado de Derecho exige de ambos.

¿Qué tan vulnerable es esta exigencia de los derechos a los mecanismos de corrupción? Creo que no es necesario dedicar demasiadas palabras para una posible respuesta. Basta con abrir los ojos un poco, no mucho, para percatarse que es uno de los problemas más sensibles del Estado de Derecho. Y aquí no cabe más que una receta: lealtad a los sistemas normativos y honestidad de los servidores públicos. Creo que finalmente no queda otra salida más que tomarse "los derechos en serio" como recomendara Dworkin y, un poco más acá, hablando entre juristas, tomarse la Constitución en serio.

## II

He hablado de los servidores públicos y de los efectos perniciosos de la corrupción para el logro de un auténtico Estado de Derecho. Pero ¿cuáles son los compromisos del universitario ante esta problemática? Dicho de otra manera ¿qué ideal de educación es compatible

<sup>7</sup> FRANCISCO LAPORTA, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* núm. 4, Alicante, España, 1987, p. 23.

con el ideal de un Estado de Derecho que ofrezca al universitario algún antídoto a la tentación de la corrupción y lo estimule para poner todo su talento al servicio de una sociedad más justa?

Mi propuesta es que toda institución universitaria debe comprometerse con una educación igualitaria y democrática que forme en el universitario un "carácter liberal". Nadie mejor que Kelsen para ver con claridad los alcances de la democracia que podemos hacer extensiva al propio recinto universitario:

La democracia moderna, afirma Kelsen, no puede separarse del liberalismo político. El principio básico de éste es que el gobierno no debe interferir en ciertas esferas de intereses del individuo, que deben ser protegidas por la ley como derechos o libertades fundamentales. El respeto a estos derechos salvaguarda a las minorías contra el dominio arbitrario de las mayorías. Partiendo de la tensión permanente entre mayoría y minoría, gobierno y oposición, resulta tan característica del proceso dialéctico de la formación democrática de la voluntad del Estado, se puede decir con razón: democracia es discusión.<sup>8</sup>

Y nadie mejor que Popper para hacer explícito el talante de un liberal:

...entiendo por liberal a un hombre que aprecia la libertad individual y que tiene presente los peligros inherentes a todas las formas de poder y de autoridad... El liberal no sueña con un perfecto acuerdo en las opiniones; sólo desea la mutua fertilización de las opiniones y el consiguiente desarrollo de las ideas... la tradición de la discusión racional, crea, en el campo político, la tradición de gobernar mediante la discusión y, con ella, el hábito de escuchar el punto de vista del otro, el desarrollo del sentido de la justicia y la predisposición al compromiso.<sup>9</sup>

Una educación liberal, a fin de cuentas, se compromete con algunas virtudes públicas: la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad.<sup>10</sup> La responsabilidad tiene que ver con la libertad o autonomía

<sup>8</sup> HANS KELSEN, "Los fundamentos de la democracia", en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 243.

<sup>9</sup> KARL POPPER, *En busca de un mundo mejor*, Paidós, Barcelona, 1994, pp. 197, 205-6.

<sup>10</sup> Véase RODOLFO VÁZQUEZ, *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 56, Fontamara, México, 1996, cap. III.

del individuo y con la capacidad de comprometerse consigo mismo y con los demás. Ser responsable exige convicciones firmes y objetivas. El dogmatismo, a diferencia del objetivismo, no demanda responsabilidad sino sumisión; de la misma manera que el escepticismo sólo puede generar actitudes de franca indiferencia. Entre la sumisión y la indiferencia, que en los extremos se tocan, una ética de la responsabilidad exige compromisos sólidos fincados en los valores de veracidad y honestidad y guiados por principios normativos imparciales, públicos y universales.

Una ética de la imparcialidad es una ética de la tolerancia. Ésta no debe confundirse con la paciencia, la indiferencia o la resignación. El tolerante siempre parte de convicciones firmes y de un claro sentido de autorrespeto y respeto por los demás. Pero el tolerante también está consciente de sus límites porque sabe que una tolerancia indiscriminada terminaría negándose a sí misma y en su versión más radical equivaldría a la eliminación de toda regulación del comportamiento humano. Por ello, ante una prohibición, un mandato o una permisón expresa desde el punto de vista jurídico, sustentada en las garantías individuales, no cabe la tolerancia. Parece claro, entonces, que mientras más fortalecida se halle una sociedad en la vigencia de los derechos humanos menos necesaria resultará la tolerancia. Lo que se requerirá será de otra virtud, que a reserva de encontrar un término menos gastado, denominaré justicia en la solidaridad.

Entiendo por justicia en la solidaridad la conciencia conjunta de derechos individuales a partir del reconocimiento de necesidades básicas comunes. El deber de solidaridad contribuye a la eliminación de formas de discriminación y a la protección de minorías y de sectores de la población marginados o en clara desventaja social. Lejos de reducirse a un buen sentimiento que acompaña a la justicia, como parece ser vista por algunos románticos sociales, la solidaridad es constitutiva de esta última y se fundamenta en el principio de igualdad.

Ahora bien, las virtudes de responsabilidad y de tolerancia no son suficientes, por sí mismas, para definir el carácter liberal de un universitario. Sin la solidaridad, sin la conciencia de derechos comunes compartidos y el deber de participar en la construcción de una sociedad más igualitaria, aquellas virtudes permanecen vacías. Una educación liberal debe desplegar todos los medios para que el universitario descubra el significado de su dimensión social, que perciba, como su-

giere Carlos de la Isla, "que ni puede existir, ni por tanto crecer como persona si no es en y con la sociedad".<sup>11</sup>

De acuerdo con todo lo anterior, y en conformidad con las funciones esenciales de la universidad, ¿qué puede demandar legítimamente la sociedad de un universitario?:

1. Por supuesto, un enorme y celoso rigor en la docencia y en la investigación. Nunca como antes, se requiere de un análisis serio de las causas que explican el fenómeno de la corrupción, de las razones que justifican el Estado de Derecho, de las condiciones que hacen posible la existencia y estabilidad de los sistemas democráticos de gobierno; en fin, de los fundamentos y mecanismos de protección de los derechos humanos.

2. Una actitud crítica, en un contexto de seriedad y pluralismo académicos, que permita crear un entorno intelectual de exigencias a los servidores públicos.<sup>12</sup> El combate contra la corrupción debe comenzar en las mismas aulas universitarias como es en ellas, también, donde se deben cultivar los valores de responsabilidad, tolerancia y solidaridad.

3. Un compromiso claro y decidido por el cultivo de un carácter liberal que haga de la autonomía y dignidad de las personas el eje de toda cultura democrática. En otros términos, desarrollar lo que Stephen Macedo ha llamado las virtudes judiciales, legislativas y ejecutivas:

Las virtudes judiciales, afirma Macedo, son aquellas que permiten a las personas tomar distancia de sus compromisos y proyectos personales y juzgarlos desde un punto de vista impersonal. La imparcialidad es la virtud judicial básica, que implica la capacidad de respetar los derechos de los demás y actuar justamente. . . Las virtudes legislativas se identifican con las simpatías que se desarrollan a partir del respeto a los derechos de las personas con las cuales tenemos desacuerdos. Estas virtudes incluyen la habilidad de armonizar diferentes ideales en la deliberación personal y la voluntad de comprometer en el diálogo a los que están en desacuerdo. . . Las virtudes ejecutivas facultan al indi-

<sup>11</sup> Carlos DE LA ISLA, "El problema de la educación para la libertad", en *Estudios* núm. 21, Instituto Tecnológico Autónomo de México, verano de 1990, p. 79.

<sup>12</sup> Véase Rolando CORDERA, "La iniciativa privada y el papel de los medios de comunicación y de las universidades en el combate a la corrupción", en *Memoria de la VI Conferencia Internacional Anticorrupción*, Cancún, México, 1993, p. 376.

viduo, después de haber reflexionado y juzgado, a resolver, actuar y perseverar más que ir a la deriva, dudar, y derrumbarse al primer signo de adversidad...<sup>13</sup>

Consciente de quedarme a medio camino de una propuesta más completa y fundamentada de una educación liberal y de los compromisos de un universitario, deseo concluir con una última cita tomada de un discurso memorable del historiador Luis González pronunciado a mediados de 1983:

Mucho más preocupante que la devaluación del peso debe ser la devaluación de los valores de la cultura mexicana. No serán los hombres-máquina-de-hacer-dinero, ni los lanza órdenes y penas, ni los científicos y tecnólogos los que saquen a México de la crisis de fondo, los que suban e igualen el nivel de vida de los mexicanos. Como quiera, todos ellos pueden coadyuvar a la obra de salvamento a través del liderazgo de los frailes a lo siglo XX [los universitarios] que deben caracterizarse por las pestañas quemada en el estudio, por los sentimientos humanitarios y por la voluntad de servir al prójimo.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Stephen MACEDO, *Liberal Virtues*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 275.

<sup>14</sup> Luis GONZÁLEZ, "Frailes del siglo XX. Los egresados universitarios", Suplemento Político de *Uno más Uno*, domingo 27 de julio de 1983.

## EDMUNDO O'GORMAN

(1906-1995)

Hallándose en la imprenta el número anterior de nuestra *Revista* falleció a fines de septiembre de 1995 el abogado e historiador Edmundo O'Gorman, sin duda uno de los intelectuales más lúcidos con que ha contado México durante la presente centuria. Egresado de la Escuela Libre de Derecho donde estudió entre 1923 y 1927, recibió su título de abogado el día 18 de mayo de 1928 después de defender una tesis sobre *El impuesto sobre la renta* ante el jurado examinador integrado por los licenciados Ignacio Burgoa, Macedonio Uribe, F. Javier Gaxiola Jr., Felipe Coria Maldonado y José Esquivel Pren. Nunca impartió clases —que sí conferencias— en sus aulas; sin embargo, cuantas veces tuvo ocasión confesó que su inquietud y gusto por la Historia nacieron en la Escuela Libre gracias a la influencia de su maestro de Historia del Derecho, don Miguel S. Macedo y hasta el final de su vida se refirió a la Libre con los calificativos de “mi vieja y querida Escuela”. Quienes han analizado su extraordinaria y original obra historiográfica han coincidido en afirmar que su labor como historiador no se explica sin su previa formación como jurista, concretamente como abogado, y que hizo sufrir a más de uno de sus contradictores. En 1937 fue precisamente la Escuela Libre de Derecho la que publicó su primer libro la *Breve Historia de las Divisiones Territoriales*, con ocasión del XXV aniversario de su fundación, en un volumen en el cual también apareció *México y sus constituciones* de don Felipe Tena Ramírez. En el prólogo de aquel volumen el rector Germán Fernández del Castillo escribió: “Por el método de investigación, por el estudio escrupuloso, por el cuidado minucioso y por el celo inteligente puesto en la integración de la obra, vemos en la del señor O'Gorman a un discípulo cabal del señor Macedo” y, añadía: “El señor O'Gorman se ha revelado de un solo golpe en esta su primera publicación jurídica”. A su vez O'Gorman asentó en la “Advertencia” a su libro que el deseo de escribirlo había partido en

su origen de una insinuación de Macedo cuyo curso de Historia del Derecho le "cupo en suerte escuchar", si bien obtuviera en él la mínima calificación aprobatoria. En septiembre del siguiente año, regaló a la biblioteca de su Escuela sus importantes *Reflexiones sobre la distribución urbana colonial de la ciudad de México* y, años después, con ocasión del centenario de la Constitución de 1857, regresó a dictar una conferencia en el edificio de Basilio Vadillo.

Miembro de una generación de estudiantes llamada a destacar en la jurisprudencia, la política, las letras, y la historia; autor de *La invención de América; México, el trauma de su historia; La idea del descubrimiento de América; Cuatro historiadores de Indias; Destierro de sombras*, entre otros importantes libros elaborados todos desde la perspectiva historicista, Edmundo O'Gorman fue, tal vez, el historiador que más lustre dio a la historiografía mexicana durante el presente siglo, para honra de su país —que tanto amó—, de la Universidad Nacional y de nuestra Escuela.

J.A.F.



MANUEL LÓPEZ MEDINA 845

El caso pascón fue de nuestra civil, pascón por don Lagarto R.  
Fascón  
sus múltiples actividades dentro del Poder Judicial hispano indi-  
do don Javier en el juzgado por de Distrito en el Distrito Federal en  
marcha penal en el año de 1917 como Jefe Judicial a cargo  
de la zona sur de la zona de los juzgados de san  
estaba en materia de juzgado de distrito de San

**DON JAVIER ALBA MUÑOZ**  
(23-V-1922/22-X-1995)

M.M.M.  
Profesor de Derecho Penal. Había nacido en La Encarnación, Jalisco, el 23 de mayo de 1922. Fueron sus padres don Francisco Alba y doña Carlota Muñoz. Falleció en la ciudad de México el 22 de octubre de 1995.

Del Colegio Francés Morelos, vino a esta Escuela en 1942 y de 1944 a 1947 cursó los cuatro últimos años de la carrera.

Sustentó examen profesional el 21 de abril de 1948 ante un sínodo integrado por don Rogerio R. Pacheco, don Emilio Pardo Aspe, don Guillermo Haro y Cueto, don Juan José González Bustamante y don Ramón Sánchez Medal.

Presentó como tesis un estudio intitulado: *Derecho penitenciario. Ensayo de formulación de una doctrina*. "Son cuatro las afirmaciones centrales del estudio —escribe en su Introducción—. La sentencia es fuente autónoma del Derecho Penitenciario; existen efectos mediatos de la sentencia condenatoria; al llenarse el fin de la pena, cesa automáticamente la causa de imposición de la misma; y esta última: corresponde, dentro de la buena técnica, una mayor intervención al juez de la causa en la ejecución de su propio fallo".

Revisores de la tesis fueron don Juan José González Bustamante y don Antonio de P. Moreno. El primero manifestó en su voto aprobatorio: "El estudio del sustentante revela su preparación en la materia que trata y en mi concepto tiene mucho interés en virtud de la tendencia que existe entre los tratadistas para dar al Derecho Penitenciario una categoría propia que el sustentante examina y funda con corrección impecable".

El caso práctico fue de materia civil, propuesto por don Rogerio R. Pacheco.

Sus múltiples actividades dentro del Poder Judicial habíalas iniciado don Javier en el Juzgado 2o. de Distrito en el Distrito Federal en materia penal, el 1o. de julio de 1945, como auxiliar judicial a cargo de la mesa sexta, sección penal; y formulador de proyectos de sentencia en materia de procesos penales y de juicios de amparo.

M.L.M.

## ALGUNOS DATOS DEL CURSO ESCOLAR DE 1995/1996

Manuel LÓPEZ MEDINA

*SUMARIO: I. Calendario escolar. II. Junta Directiva. III. Personal administrativo. IV. Materias y profesorado de la licenciatura. V. Instituto de Investigaciones Jurídicas. VI. Publicaciones. VII. Biblioteca y hemeroteca. VIII. Cooperaciones interinstitucionales. IX. Sociedad de alumnos. X. Conferencias. XI. Edificio. XII. Alumnos recibidos y tesis presentadas en la licenciatura. XIII. Alumnos premiados en la licenciatura. XIV. Posgrado.*

### I. CALENDARIO ESCOLAR

Inauguración de cursos: lunes 28 de agosto de 1995.

Iniciación de cursos: martes 29 de agosto de 1995.

Vacaciones:

A) Del 16 de diciembre de 1995 al 2 de enero de 1996.

B) Del 30 de marzo al 7 de abril de 1996.

Terminación de cursos: 10 de mayo de 1996.

Exámenes preordinarios: del 13 al 24 de mayo de 1996.

Exámenes ordinarios: del 27 de mayo al 12 de julio de 1996.

### II. JUNTA DIRECTIVA

Don Miguel Ángel Hernández Romo, Rector. Don Francisco de Icaza Dufour, Primer Vocal. Don Mario Becerra Pocoroba, Segundo. Don Ismael Gómez Gordillo, Suplente. Dichos vocales fueron ratificados el 15 de noviembre de 1995 por la Junta General de Profesores.

### III. PERSONAL ADMINISTRATIVO

Don Pedro Barrera Ardura y don Jaime del Arenal Fenochio prosiguen como secretarios, general y académico, respectivamente; don Graciano Contreras, como tesorero. Directores continúan, don Fran-

cisco de Icaza Dufour, del Fondo para la Difusión del Derecho y del Consejo Editorial de la RIJELD; y don Alejandro Ogarrío Ramírez España, del Posgrado. Secretario en éste, doña Luz María Ortiz Marín.

#### IV. MATERIAS Y PROFESORADO DE LA LICENCIATURA

##### Primer año A

Introducción al estudio del Derecho: don Bernardo Ledesma Uribe.  
 Derecho civil: don Víctor del Río y Sáinz.  
 Derecho Romano: don Miguel Ángel Fernández Delgado, por licencia concedida a don Armando Hernández Romo.  
 Economía Política: don Antonio Cárdenas Arroyo.  
 Sociología: don Martín Díaz y Díaz.  
 Introducción a la Investigación Jurídica: doña Gisela Oscós Said.

##### Primer año B

Introducción al estudio del Derecho: don Carlos Müggenburg Rodríguez Vigil.  
 Derecho Civil: don Luis Zuno Chavira.  
 Derecho Romano: don Carlos Montes de Oca.  
 Economía Política: don Rafael Anzures Uribe.  
 Sociología: don Mauricio Oropeza Estrada.  
 Introducción a la Investigación Jurídica: doña Carmen Carmona Lara.

##### Primer año C

Introducción al estudio del Derecho: don Miguel Ángel Hernández Romo.  
 Derecho Civil: don Miguel Alessio Robles Landa.  
 Derecho Romano: don Fernando de la Peza.  
 Economía Política: don Luis Pazos de la Torre.  
 Sociología: don José Antonio López Padilla.  
 Introducción a la Investigación Jurídica: don Jorge Pineda Villareal.

##### Segundo año A

Derecho Civil: don Emilio González de Castilla.  
 Derecho Romano: don Diego Tinoco Ariza Montiel.  
 Economía Política: don Ismael Gómez Gordillo.  
 Teoría General del Estado: don Eduardo de Ibarrola.  
 Derecho Penal: don Moisés Moreno.  
 Derecho Procesal Civil: don Raúl Name Neme.  
 Seminario de Derecho Civil: doña Adriana López González.  
 Seminario de Teoría General del Estado: don Pascual Orozco Garibay.  
 Seminario de Derecho Penal: doña Guadalupe Sánchez Palacios.  
 Seminario de Derecho Procesal Civil: don Julián Olivas Ugalde.

##### Segundo año B

Derecho Civil: don Cecilio González Márquez.  
 Derecho Romano: don José Luis de la Peza.  
 Economía Política: don Miguel Soberón Mainero.  
 Teoría General del Estado: don Mauricio Oropeza y Segura.  
 Derecho Penal: don Raúl González-Salas Campos, por licencia concedida a don Felipe Gómez Mont.  
 Derecho Procesal Civil: don Carlos Sodí Serret.  
 Seminario de Derecho Civil: don Fernando de Salvidea, por licencia concedida a don Ricardo Hernández Estrada.  
 Seminario de Teoría General del Estado: don Pascual Orozco Garibay.  
 Seminario de Derecho Penal: don Antonio Maluf Malof.  
 Seminario de Derecho Procesal Civil: don Jorge Sodí Patiño, por licencia concedida a don Julián Olivas Ugalde.

##### Tercer año A

Derecho civil: don Ramón Sánchez Medal.  
 Derecho Penal: don Rafael Mateos Poumián.  
 Derecho Procesal Civil: don Carlos Loperena Ruiz.  
 Derecho Mercantil: don Manuel Lizardi Albarrán.  
 Derecho Laboral: don Francisco José Simón Conejos.  
 Derecho Procesal Laboral: don Julio P. Garduño Arroyo.

Derecho Constitucional: don Raymundo Vázquez Castellanos.  
 Deontología Jurídica: don Narciso Pérez Lara.  
 Seminario de Derecho Civil: don René Tercero Rocha.  
 Seminario de Derecho Penal: don Julio Esponda.  
 Seminario de Derecho Procesal Civil: don Mario Zavala Díaz.  
 Seminario de Derecho Mercantil: don Miguel Vázquez Garza.  
 Seminario de Derecho Constitucional: don José Roldán Xopa, por  
 licencia concedida a don Clemente Valdés.

#### Tercer año B

Derecho Civil: don Fausto Rico Álvarez.  
 Derecho Penal: don José Luis Izunza Espinosa.  
 Derecho Procesal Civil: don Jorge Hernández Romo.  
 Derecho Mercantil: don Ignacio Soto Borja.  
 Derecho Laboral: don Luis Díaz Mirón.  
 Derecho Procesal Laboral: don Roberto Colín Piana.  
 Derecho Constitucional: don Rafael Estrada Sámano.  
 Deontología Jurídica: don Horacio Aguilar Álvarez.  
 Seminario de Derecho Civil: don René Tercero Rocha.  
 Seminario de Derecho Penal: don Julio Esponda.  
 Seminario de Derecho Procesal Civil: don Eduardo Sodi Carmona.  
 Seminario de Derecho Mercantil: don Javier Arce Gargollo.  
 Seminario de Derecho Constitucional: don José Roldán Xopa, por  
 licencia concedida a don Clemente Valdés.

#### Cuarto año A

Derecho Civil: don José Higinio Núñez y Bandera.  
 Derecho Mercantil: don Diego Martín del Campo.  
 Derecho Constitucional: don Armando Ostos Luzuriaga.  
 Derecho Procesal Penal: don Rodolfo Félix Cárdenas, por licencia  
 concedida a don José Gómez Mont.  
 Derecho Administrativo: don Fauzi Hamdan Amad.  
 Derecho Internacional Público: don Víctor Álvarez de la Torre.  
 Historia General del Derecho: don Julió Montejano.  
 Seminario de Derecho Mercantil: don Gabriel Reyes Orona.  
 Seminario de Derecho Constitucional: don Jorge de Ibarrola Dávalos,  
 por renuncia de doña Concepción Martín Argumosa.

Seminario de Derecho Procesal Penal: don Antonio Becerril González.

#### Cuarto año B

Derecho Civil: don Juan Manuel Asprón.  
 Derecho Mercantil: don Emilio Zubiría Maqueo.  
 Derecho Constitucional: don Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por  
 renuncia de don Juventino V. Castro y Castro.  
 Derecho Procesal Penal: don Ignacio Mendoza Aguilar.  
 Derecho Administrativo: don Fernando Franco González Salas.  
 Derecho Internacional Público: doña Loretta Ortiz Ahlf.  
 Historia General del Derecho: don Jaime del Arenal Fenochio.  
 Seminario de Derecho Mercantil: don Gabriel Reyes Orona.  
 Seminario de Derecho Constitucional: don Jorge de Ibarrola Dávalos,  
 por renuncia de doña Concepción Martín Argumosa.

#### Quinto año A

Derecho Administrativo: don Jorge Pulido Vázquez.  
 Derecho Internacional Privado: doña Laura Trigueros Gaisman.  
 Derecho Fiscal: don Enrico Pinchetti Ortega.  
 Derecho Monetario y Bancario: don Francisco Borja Martínez.  
 Historia del Derecho Patrio: don Francisco de Icaza Dufour.  
 Filosofía del Derecho: don Jorge Gaxiola Moraila.  
 Seminario de Tesis: don Rodolfo Gómez Alcalá y don Juan José  
 Ríos Estavillo.

#### Quinto año B

Derecho administrativo: don Carlos Sánchez Mejorada.  
 Derecho Internacional Privado: doña Josette Serrato de García.  
 Derecho Fiscal: don Mario Becerra Pcoroba.  
 Derecho Monetario y Bancario: don Benjamín Vidargas Rojas.  
 Historia del Derecho Patrio: don José Manuel Villalpando César.  
 Filosofía del Derecho: don Gerardo Monroy Campero.  
 Seminario de Tesis: don René Trigo Rizo y don Fernando Cataño  
 Muro Sandoval.

#### Quinto año - Materias optativas

Derecho Minero: don Rodrigo Sánchez Mejorada.  
 Derecho Bursátil: don Emilio Ramírez Gámiz.  
 Derecho Notarial: don Jorge Ríos Hellig.  
 Seguros y Fianzas: don Luis Ruiz Quiroz.  
 Inglés Jurídico: don Javier Becerra Hernández.

#### V. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Integrado por don Jaime del Arenal Fenochio, don Martín Díaz y Díaz y don Miguel Ángel Fernández Delgado.

#### VI. PUBLICACIONES

*Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 19.  
*X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Coedición con la UNAM, 2 tomos, México, 1995.

#### VII. BIBLIOTECA Y HEMEROTECA

Sobresalen los empeños encaminados a la instauración de un centro de cómputo. Prosiguen las actividades de adquisiciones y préstamos, atendidos por 12 empleados que colaboran con el director don Jaime del Arenal Fenochio.

#### VIII. COOPERACIONES INTERINSTITUCIONALES

Don Jaime del Arenal Fenochio y don Miguel Ángel Fernández Delgado desarrollan, entre otras, las siguientes actividades:

Del Arenal publicó: "Los órganos de la administración de la justicia ordinaria en la ciudad de México en el primer tercio del siglo XVIII", en *Libro de homenaje al profesor Alfonso García Gallo*. Madrid, Universidad Complutense, 1996. "Los autores: fuentes para el conocimiento del Derecho y las instituciones canónicas de la Nueva España", en *Las fuentes eclesiásticas y la historia social de México*, Universidad Autónoma Metropolitana e Instituto Mora, 1996.

Participó en los siguientes congresos, seminarios y coloquios:

*XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Ponencia "Proclamas, bandos y órdenes de don Francisco Novella, penúltimo capitán general de la Nueva España", Buenos Aires, Argentina, 4-9 de septiembre de 1995.

*Foro: Evaluación del plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMSNH y su proyección al siglo XXI*. Ponencia "Proyección histórico-social de los estudios de Jurisprudencia en Michoacán", Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 26 de septiembre de 1995.

*Seminario Internacional: la experiencia institucional en la ciudad de México. 1821-1929*. Comentario a las ponencias de la Mesa "Pensamiento jurídico e instituciones". Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, 5 y 6 de octubre de 1995.

*XVII Coloquio de Antropología e Historia Regionales*. "La Iglesia Católica en México: Evangelización, Política y Religiosidad". El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., del 24 al 27 de octubre de 1995. Participación en el debate: "Iglesia y Política: Las relaciones en el contexto neoliberal".

Dictó las siguientes conferencias:

"Entorno político nacional", Universidad Bonaterra, Aguascalientes, 18 de agosto de 1995.

Septiembre a octubre de 1994. "La Revolución Mexicana". Curso Monográfico. "Historia, Filosofía y Cultura: Siglo XX México", Facultad de Filosofía de la Universidad Panamericana.

8 de marzo de 1995. "La utopía política de Platón". Curso Monográfico. "Grecia. Génesis de la Cultura Occidental", Facultad de Filosofía de la Universidad Panamericana.

Septiembre a octubre de 1995. "La revolución mexicana". Curso monográfico. "México: Crisis, Historia y Cultura". Departamento de Diplomados de la Universidad Panamericana, México.

4 de octubre de 1995. "Revoluciones Modernas". Curso monográfico. "Modernidad, Historia, Filosofía y Cultura", Facultad de Filosofía de la Universidad Panamericana.

"La importancia histórica del Derecho romano", Centro de Estudios Profesionales de Chiapas "Fray Bartolomé de las Casas", Tuxtla Gutiérrez, Chis., 26 de enero de 1996.

"El Imperio Español", Centro Panamericano de Humanidades, Monterrey, N. L., 7 de febrero de 1996.

Impartió un curso:

8, 9, 15 y 16 de diciembre de 1995; 19 de enero de 1996. Historia del Derecho Privado (europeo y mexicano), Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca, Maestría en Derecho Privado de la División de Estudios de Posgrado e Investigación Jurídica.

Por su parte, don Miguel Ángel Fernández Delgado, participó en el *31st International Congress on Medieval Studies, Western Michigan University*, Kalamazoo, Michigan, 9-12 de mayo de 1996, Thomas More and his Circle Session, Schneider Hall, Haworth College of Business. Ponencia: "Amerigo Vespucci, Thomas More, and Vasco de Quiroga" (12 de mayo de 1996).

#### IX. SOCIEDAD DE ALUMNOS

Presidida por el alumno Roberto Ramírez de la Parra, desplegó gran actividad, sobresaliendo diversas mesas redondas interuniversitarias, torneos deportivos; la organización de la comida anual de la Escuela, 12 de abril; su intervención en el simposium interuniversitario de Derecho, sede World Trade Center Ciudad de México; y su participación en pro de la instauración de sistemas de cómputo en la Escuela.

#### X. CONFERENCIAS

Destaquemos el ciclo de conferencias *Derecho, Persona y Familia*, organizado por don Francisco de Icaza Dufour y don Gerardo Monroy Campero, desarrollado en la siguiente forma: Febrero 19. Lic. José Manuel Torreblanca Senties, "El procedimiento de controversia familiar". Febrero 21. Dr. Carlos Fernández del Castillo, Lic. Álvaro Espinosa Barrios, "Principios bio-éticos y jurídicos al principio y fin de la vida". Febrero 26. Dra. Patricia Barrera López Padilla, "Los Derechos de la mujer. Perspectivas del año 2000". Febrero 29. Lic. Ramón Sánchez Medal, "Matrimonio y divorcio".

#### XI. EDIFICIO

Se remodela en su fachada y en su pasillo principal. Se pulen las letras del escudo. Se cambian los pisos de los once salones. Algo extraordinario, respecto de los arreglos que cada año se hacen al edificio a fines de julio.

#### XII. ALUMNOS RECIBIDOS Y TESIS PRESENTADAS EN LA LICENCIATURA

- 2495 María Eugenia Mesta Espinosa  
*La Unión Europea. Naturaleza y perspectivas.*  
\* Tesis laureada.  
12 de septiembre de 1995.
- 2496 Araceli Helguera Heredia  
*Análisis de las reformas legislativas en materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, publicadas el 21 de julio de 1993.*  
12 de septiembre de 1995.
- 2497 Rodolfo Daniel González Santos  
*Una introducción al análisis económico del Derecho.*  
14 de septiembre de 1995.
- 2498 Carlos Reygadas Castillo  
*La posibilidad de revisar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas en materia de acción coercitiva y uso de la fuerza.*  
14 de septiembre de 1995.
- 2499 Ernesto Martínez Andreu  
*La suspensión del acto reclamado.*  
18 de septiembre de 1995.
- 2500 Ignacio Ramírez Fernández del Castillo  
*La responsabilidad jurídica del abogado.*  
\* Tesis laureada.  
19 de septiembre de 1995.
- 2501 Ana Luisa Gómez Salazar  
*Análisis y comentarios acerca de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y sus Perspectivas en el marco del Tratado de Libre Comercio.*  
19 de septiembre de 1995.

- 2502 Carlos Rafael Provencio Muñoz  
*Evolución de la Banca Central. Análisis jurídico de los elementos esenciales que la conforman y su adopción por el Banco de México.*  
\* Tesis laureada.  
\*\* Mención al examen.  
20 de septiembre de 1995.
- 2503 Gabriel Domínguez García Villalobos  
*La libertad reproductiva frente al control de la natalidad.*  
\* Tesis laureada.  
21 de septiembre de 1995.
- 2504 Sandra Virginia Rodríguez Moreno  
*Reflexiones sobre la propiedad y el Derecho Agrario en México.*  
21 de septiembre de 1995.
- 2505 David Alberto de la Peña Sánchez  
*La responsabilidad civil de la administración pública federal.*  
\* Tesis laureada.  
22 de septiembre de 1995.
- 2506 Pablo Flores Yániz  
*El recurso de inconformidad.*  
26 de septiembre de 1995.
- 2507 Adriana Velasco Tarelo  
*Tratamiento del Derecho extranjero en el Proceso Civil Mexicano.*  
\* Tesis laureada.  
27 de septiembre de 1995.
- 2508 Bernardo Strimling Fridman  
*Análisis del divorcio en el Derecho mexicano a la luz del Derecho hebreo.*  
28 de septiembre de 1995.
- 2509 María Concepción Georgina Fabián San Miguel  
*La adopción considerada desde el punto de vista interno e internacional en el Derecho Positivo Mexicano.*  
\* Tesis laureada.  
29 de septiembre de 1995.
- 2510 Andrés de los Santos García  
*La inconstitucionalidad del procedimiento de remate en el bono de prenda.*  
2 de octubre de 1995.

2511. María Martha Lorena Alarcón Montes de Oca  
*La nueva correduría pública.*  
\* Tesis laureada.  
\*\* Mención al examen.  
3 de octubre de 1995.
- 2512 Jorge Martín Jiménez Zárate  
*La responsabilidad del Presidente de la República en el marco del Derecho disciplinario.*  
4 de octubre de 1995.
- 2513 Pablo Retes González Cos  
*Aproximación a la naturaleza, función y sentido del Derecho.*  
\* Mención al examen.  
5 de octubre de 1995.
- 2514 Claudia Norma Freyre Castañeda  
*La intervención del corredor en materia inmobiliaria a la luz de la nueva Ley de Correduría Pública.*  
6 de octubre de 1995.
- 2515 Verónica Márquez Romero  
*La expresión del consentimiento en un contexto electrónico.*  
9 de octubre de 1995.
- 2516 Liliana Ríos Curiel  
*Las enfermedades físicas y sensoriales, como causa de incapacidad, reforma al artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.*  
11 de octubre de 1995.
- 2517 José Eduardo Tovar Flores  
*Alternativas financieras para el desarrollo, el caso especial de las uniones de crédito.*  
\* Mención al examen.  
11 de octubre de 1995.
2518. Miguel Flores Bernes  
*El sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México.*  
13 de octubre de 1995.
- 2519 Jorge Castillo García  
*La sociedad colectiva de gestión y los derechos de autor.*  
13 de octubre de 1995.
- 2520 Juan Manuel Morales Heyser Morales  
*Alcances de la informática en la decisión jurídica.*  
17 de octubre de 1995.



- 2521 Dora Alejandra Valladares Silva  
*Naturaleza jurídica del contrato de intermediación bursátil.*  
18 de octubre de 1995.
- 2522 Carmen Alicia Ornelas Sañudo  
*Análisis del corredor público como fedatario en materia inmobiliaria.*  
23 de octubre de 1995.
- 2523 Francisco Hugo Cajiga Castillo  
*Efectos de la disolución en los mandatos otorgados por las sociedades mercantiles.*  
\* *Mención al examen.*  
24 de octubre de 1995.
- 2524 Cristina González Medina  
*La productividad en las relaciones de trabajo.*  
27 de octubre de 1995.
- 2525 Manuel Alexandro Munive Páez  
*Naturaleza jurídica, efectos y problemática de los pactos de concertación.*  
30 de octubre de 1995.
- 2526 Norma Mayen Molina  
*La costumbre jurídica indígena a la luz del Derecho positivo vigente.*  
6 de noviembre de 1995.
- 2527 Leonor Islas Fuentes  
*La regulación ambiental en México.*  
9 de noviembre de 1995.
- 2528 Martha Rebeca Fernández Calleja  
*Análisis de la adopción en nuestro derecho en relación con la regulación de la adopción internacional de menores.*  
14 de noviembre de 1995.
- 2529 Mario Ladislao Tamez López Negrete  
*Consideraciones sobre el marco regulatorio de las instituciones de crédito filiales.*  
\* *Tesis laureada.*  
16 de noviembre de 1995.
- 2530 Fernando Orrantia Dworak  
*El control de la constitucionalidad de la ley: Derecho Comparado mexicano.*  
\* *Tesis laureada.*

- \*\* *Mención al examen.*  
23 de noviembre de 1995.
- 2531 Pablo Roberto González Guajardo  
*Algunas consideraciones económicas y jurídicas acerca del dumping.*  
\* *Tesis laureada.*  
23 de noviembre de 1995.
- 2532 Juan Garza Seco Maurer  
*Análisis de la reforma de 1993 a la fracción primera del artículo 20 constitucional.*  
30 de noviembre de 1995.
- 2533 Guillermo Oliver Bucio  
*La naturaleza jurídica de la oferta de contrato a plazo.*  
5 de diciembre de 1995.
- 2534 Dellanira Beatriz García Valdez  
*Sucesiones intestamentarias ante notario.*  
7 de diciembre de 1995.
- 2535 Gustavo José Rivera Río Horcasitas  
*La responsabilidad civil objetiva.*  
\* *Tesis laureada.*  
7 de diciembre de 1995.
- 2536 Felipe de la Mata Pizaña  
*Subsistencia y naturaleza de los documentos civiles en el Derecho Común del Distrito Federal.*  
\* *Mención al examen.*  
8 de diciembre de 1995.
- 2537 Leopoldo de la Garza Marroquín  
*La multipropiedad como un nuevo Derecho real.*  
11 de diciembre de 1995.
- 2538 Marcial Alfonso Morfin Maciel  
*El Derecho de reproducción y el problema de la reproducción reprográfica. Una propuesta de reforma a la Ley Federal de Derechos de Autor.*  
11 de enero de 1996.
- 2539 Luis Miguel Briola Clement  
*Naturaleza jurídica de los títulos opcionales. Warrants.*  
12 de enero de 1996.
- 2540 Martha Isabel Fuentes López  
*Dike: La idea griega del Derecho.*

- \* Tesis laureada.  
23 de enero de 1996.
- 2541 Elvira Hochschild Barroso  
*La política ambiental en materia de atmósfera aplicable a la zona metropolitana del Valle de México.*  
29 de enero de 1996.
- 2542 Fernando Cervantes Guajardo  
*Los precios de transferencia y la regulación de las resoluciones anticipadas de precios en el impuesto sobre la renta.*  
\* Tesis laureada.  
1º de febrero de 1996.
- 2543 Alfredo Trujillo Betanzos  
*Las nulidades civiles.*  
8 de febrero de 1996.
- 2544 Claudia Jaqueline Saldívar Hernández  
*Análisis acerca del Consejo de la Judicatura Federal Mexicano.*  
\* Tesis laureada.  
\*\* Mención al examen.  
9 de febrero de 1996.
- 2545 Ramón Amezcua Hassey  
*Los modos y las condiciones en los testamentos.*  
\* Tesis laureada.  
\*\* Mención al examen.  
\*\*\* Mención a la solución al caso práctico.  
9 de febrero de 1996.
- 2546 Francisco José Muñoz Jiménez  
*La regulación de las madres sustitutas, sus implicaciones jurídicas.*  
12 de febrero de 1996.
- 2547 Ricardo Gutiérrez Pérez  
*La necesidad de dar una nueva regulación al testamento en el Código Civil para el Distrito Federal.*  
16 de febrero de 1996.
- 2548 Luis Gerardo Blanco del Villar  
*El impacto positivo de la reforma a las disposiciones en materia de arrendamiento inmobiliario de 1993, y reflexiones a la misma.*  
20 de febrero de 1996.
- 2549 Selene Márquez Chaparro  
*Auditoría legal a las empresas del sistema financiero mexicano.*  
23 de febrero de 1996.

- 2550 Rodrigo Orozco Waters  
*La sociedad unipersonal.*  
28 de febrero de 1996.
- 2551 Alejandro Ostos Fulda  
*Precisiones jurídicas sobre el principio de relatividad en el amparo contra leyes.*  
\* Tesis laureada.  
\*\* Mención al examen.  
\*\*\* Mención a la solución al caso práctico.  
8 de marzo de 1996.
- 2552 Rosalinda Ruiz Carrasco  
*Aspectos jurídicos del niño maltratado.*  
12 de marzo de 1996.
- 2553 Armando Lara Yaffar  
*Análisis de la asistencia técnica y sus consecuencias fiscales tanto en la ley del impuesto sobre la renta como en los tratados para evitar la doble tributación celebrados por México.*  
\* Tesis laureada.  
13 de marzo de 1996.
- 2554 Erik Namur Campesino  
*La nueva regulación testamentaria en el Distrito Federal.*  
15 de marzo de 1996.
- 2555 José Jorge Rojas López  
*La influencia del medio social en el matrimonio y divorcio.*  
26 de marzo de 1996.
- 2556 Luis Antonio Budar Mejía  
*Régimen supletorio para el matrimonio en el Distrito Federal.*  
27 de marzo de 1996.
- 2557 Omar Zúñiga Arroyo  
*Naturaleza jurídica y funcionamiento de los títulos opcionales en el Derecho mexicano.*  
\* Tesis laureada.  
\*\* Mención al examen.  
27 de marzo de 1996.
- 2558 Gustavo Raúl Maza Domínguez  
*"Consideraciones sobre la compensación en los productos derivados extrabursátiles.*  
\* Mención al examen.  
28 de marzo de 1996.

- 2559 Yolanda Albarrán Medina  
*El régimen de propiedad en condominio, problemática actual y propuestas para su solución.*  
9 de abril de 1996.
- 2560 Alejandro Bourcart Montemayor  
*Análisis de las operaciones de cobertura cambiaria de corto plazo.*  
\* *Mención al examen.*  
16 de abril de 1996.
- 2561 Guadalupe Gabriela Arévalo Carmona  
*Autonomía del Banco de México.*  
17 de abril de 1996.
- 2562 Mauricio Martínez González  
*Las instituciones de banca múltiple filiales y la emisión de obligaciones subordinadas.*  
24 de abril de 1996.
- 2563 Pamela García Medina  
*La problemática de los tratados internacionales que regulan materias reservadas a los Estados.*  
15 de abril de 1996.
- 2564 Marina Lameiras Boehm  
*La sistemática internacional de cotizaciones.*  
\* *Tesis laureada.*  
25 de abril de 1996.
- 2565 Sabino Bastidas Colinas  
*La reformabilidad de la Constitución en el Derecho mexicano.*  
\* *Tesis laureada.*  
\*\* *Mención al examen.*  
\*\*\* *Mención a la solución al caso práctico.*  
26 de abril de 1996.
- 2566 Jéssica Patricia Olague Villarreal  
*Análisis de las cláusulas estabilizadoras en el contrato de mutuo a la luz de la justicia, equidad y seguridad jurídica en el Derecho Civil mexicano.*  
29 de abril de 1996.
- 2567 Rafael Calvo Uzcanga  
*Propuesta de un reglamento del equilibrio ecológico y la protección al ambiente para el municipio de Veracruz.*

- \* *Tesis laureada.*  
30 de abril de 1996.
- 2568 Jazmín Saucedo Lemus  
*El ministerio público en México.*  
30 de abril de 1996.
- 2569 José Antonio Monroy García  
*La Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1994, y los medios de impugnación que ella regula.*  
2 de mayo de 1996.
- 2570 José Antonio Sosa Castañeda  
*Los límites de la autonomía privada.*  
3 de mayo de 1996.
- 2571 María Elena Peláez Flores  
*El derecho de retención (una propuesta de modificación, reforma y adición al Código Civil para el D. F., Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).*  
6 de mayo de 1996.
- 2572 Rosa María Rojas Vértiz Contreras  
*Los sistemas principales y las tendencias actuales en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.*  
\* *Tesis laureada.*  
\*\* *Mención a la solución al caso práctico.*  
6 de mayo de 1996.
- 2573 Roberto Bernardo Martínez Olivera  
*Análisis y perspectivas del nuevo marco jurídico mexicano en materia religiosa.*  
\* *Tesis laureada.*  
7 de mayo de 1996.
- 2574 Verónica Soria Cervantes  
*Algunas consideraciones sobre el Derecho a la imagen y el Derecho a la intimidad.*  
8 de mayo de 1996.
- 2575 Álvaro Quintana Elorduy  
*El procedimiento inquisitorial eclesiástico, su origen romano, su codificación y su esplendor.*  
9 de mayo de 1996.

Fueron 81 exámenes profesionales; 24 tesis laureadas; 14 menciones al examen; y 4 menciones a la solución al caso práctico.

## XIII. ALUMNOS PREMIADOS EN LA LICENCIATURA

## 1o. "A"

No hay

## 1o. "B"

*Segundo premio*

Gutiérrez Pier Ricardo

## 1o. "C"

*Primer premio*

González Alcántara Lammoglia María del Rocío

*Segundo premio*

Berkman Baksht Maurice

De Ita Sigüenza Silvia Estela

Friedrich Bertran Nuria del Carmen

Patrón Sánchez Mario Ernesto

Ramírez Tubilla Jorge Fernando

Rodríguez García Juan Carlos

## 2o. "A"

*Segundo premio*

Estrella Quintero Alberto

## 2o. "B"

*Primer premio*

Estrada Tanck Elena Dorothy

*Segundo premio*

Cortina Kalb Javier

García Carrera Alejandrina

Mata Fernández Marina

Ostos Zepeda José Miguel

Pesquera Ostos Mario Francisco

Ramírez Verdugo Alejandro

## 3o. "A"

*Segundo premio*

Hernández Ross José Antonio

Ordóñez López María del Carmen

Uriegas Ruiz Gabriela

## 3o. "B"

*Primer premio*

Estrada Michel Rafael

García Luque José Antonio

*Segundo premio*

Libenson Violante Iván Rodrigo

Rosenberg Druker Ilan

## 4o. "A"

No hay

## 4o. "B"

*Primer premio*

Enriquez Castillo Ernesto

*Segundo premio*

González Sandoval Beatriz

## 5o. "A"

*Primer premio*

Fernández Llarena Arturo Bautista

*Segundo premio*

González Rivas Eugenia

Levy Mustri Irene

Olea Leyva Arcelia  
Rangel Sánchez Ramiro Rodolfo  
Vargas Martínez Ma. del Carmen

5o. "B"

*Segundo premio*

Burgueño Colín Luis  
Ramírez Pérez Mónica Lizzy  
Sánchez Dávila Jorge Alejandro

XIV. POSGRADO:

Director, don Alejandro Ogarrio Ramírez España. Consejo Académico: don Miguel Ángel Hernández Romo, don Jaime del Arenal Fenochio, don Martín Díaz y Díaz y don Diego Martín del Campo y Souza. Secretario, doña Luz María Ortiz Marín.

Requisito de ingreso: título de licenciatura en Derecho o abogado; promedio mínimo de 8.5 en los estudios de licenciatura; conocimiento del idioma inglés, mínimo a nivel de comprensión de textos; carta de motivos por los que se desea ingresar al curso; presentación de tesis de licenciatura; pago de \$ 6,000.00 en una sola emisión.

Se desarrollaron los siguientes cursos y programas:

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES EN MÉXICO

<i>Contenido</i>	<i>Claustro de profesores</i>
Sistemas jurídicos contemporáneos	Lic. José María Abascal Zamora
Principios de contratación	Lic. Mario Becerra Pocoroba
Derecho Nacional y Derecho Mercantil Internacional	Lic. Francisco Borja Martínez Lic. Julio Cristiani Lic. Luis Cervantes Muñiz
La inversión extranjera en México, el Derecho Mercantil Internacional actual	Jic. Jaime del Arenal Fenochio Lic. José Luis de la Peza
Régimen fiscal aplicable a los residentes en el extranjero y convenios internacionales en materia fiscal	Lic. Martín Díaz y Díaz Lic. Manuel García Barragán
El contrato de compraventa internacional de mercaderías y los contratos de distribución internacional y de construcción internacional	Lic. Miguel Hernández Romo Lic. Thomas Heather R. Lic. Diego Martín del Campo y Souza
Medios de pago y garantías internacionales	Lic. Gabriel Larrea
Propiedad industrial	Lic. Carlos Loperena Lic. Gerardo Lozano Alarcón
Transferencia de tecnología, asistencia técnica, licencias de uso de patentes y marcas y el contrato de franquicia	Lic. Eduardo Martínez Lic. Carlos Muggenburg
Propiedad intelectual	Lic. Alejandro Ogarrio Ramírez E.
Arbitraje comercial internacional	Lic. Ruperto Patiño Manfer Lic. Leonel Péreznieto Castro
Acuerdos internacionales en materia de comercio exterior y la internacionalización del Derecho	Lic. José Luis Siqueiros Lic. Mariano Soni
Aspectos laborales en negocios internacionales	

TALLER DE TRADUCCIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS  
Inglés-Español/Español-Inglés

Año Lectivo 1995-1996

Dirigido a abogados, estudiantes de Derecho, traductores, intérpretes y demás profesionistas que deseen elevar sus conocimientos sobre problemas y alternativas de solución de traducción inglés-español/español-inglés de textos jurídicos, tomando como base los sistemas legales de México y de Estados Unidos.

Quince sesiones de cuatro horas cada una, de las 9:00 a las 13:00 horas, con treinta minutos de descanso, cada sábado a partir del 7 de septiembre de 1996. Ejercicios, análisis y discusión de contratos, documentos y disposiciones legales en materia mercantil. Es indispensable un conocimiento general avanzado de ambos idiomas.

Instructor: Lic. Javier F. Becerra, con la colaboración de George E. Humphrey.

Inscripciones: Del 19 al 30 de agosto de 1996, de las 8:30 a las 13:00 y de las 17:00 a las 19:00 horas, de lunes a viernes en Dr. Vértiz núm. 12, esquina Arcos de Belén, Col. Doctores, México, D. F., teléfonos: 588-02-11 y 588-71-94.

Cuota de inscripción: \$ 3,000.00.

Cupo limitado.

DERECHO MERCANTIL

Contenido	Claustro de profesores
Contratos mercantiles	Lic. Javier Arce Gargollo
Contratos mercantiles atípicos	
Contabilidad para abogados	Lic. Daniel Basurto
La sociedad anónima	
Mercado de valores y su legislación	Lic. Francisco Borja Martínez
Sistema internacional de cotizaciones	Lic. Francisco Carrillo
Automatización de procedimientos	Lic. Jaime Cortés Rocha
Nuevos participantes en el mercado de valores	Lic. Gabriel Castañeda
A) Asesor de inversiones	Lic. José Luis Gómez Pimienta
B) Valuador de activos	
C) Empresas calificadoras de valores	Lic. Enrique González Calvillo
La experiencia de Impulsora del Fondo México en mercado nacional e internacional	Lic. Cecilio González Márquez
Aspectos operativos	
Nuevos instrumentos	Lic. Juan Manuel González Olguín
A) Opciones	Lic. Miguel Ángel Hernández Romo
B) Ventas en corto	
C) Arbitraje internacional de valores	Lic. Gerardo Lozano Alarcón
D) Coberturas cambiarias	
Contratos de caución bursátil y actividad fiduciaria	Lic. Diego Martín del Campo y Souza
Información privilegiada	
Secreto bancario	Lic. Luis Manuel Méjan
Sociedades información crediticia	
Filiales financieras del extranjero	Lic. Carlos Muggenburg Rodríguez
Bursatilización de activos financieros en México	

Ley Monetaria y Ley Orgánica del Banco de México	Lic. Alejandro Ogarrío Ramírez E.
Títulos de crédito	Lic. Emilio Ramírez Gámiz
Ley de instituciones de crédito	
Organizaciones y actividades auxiliares de crédito	Lic. Humberto Ruiz Quiroz
Transferencia electrónica de fondos	Lic. Raúl Ybarra
Ley de competencia económica	
Obligaciones de las empresas en materia ambiental	
La ética del abogado en el Derecho Mercantil	

DERECHO TRIBURARIO  
Aspectos Nacionales e Internacionales

<i>Contenido</i>	<i>Claustro de profesores</i>
Ámbito Teórico y Constitucional Deontología tributaria Potestad tributaria del Estado Principios teóricos de los impuestos	Lic. Mario Alberto Becerra Ponoroba
Política tributaria	Lic. Jorge Covarrubias Bravo
Garantías individuales en materia tributaria Amparo en materia fiscal	Lic. Fanny Angélica Euran Graham
Código Fiscal de la Federación Principios generales	Lic. Luis Miguel Granados García
Derechos y obligaciones de los contribuyentes Facultades de comprobación Auditorías internacionales Infracciones Delitos Medios de defensa	Lic. Miguel Ángel Hernández Romo
Impuestos sobre la Renta Sujeto, objeto y elementos vinculativos Régimen aplicable a la persona moral residente en México Régimen aplicable a la persona física residente en México Personas morales no contribuyentes	Lic. Juan Manuel Jiménez Illescas Lic. Luis Carlos Moreno Durazo Lic. Gabriel Ortiz Gómez Lic. Luis Manuel Pérez de Acha Lic. Cuauhtémoc Reséndiz Núñez Lic. Eduardo Revilla Martínez

Convenios internacionales Régimen aplicable a los residentes en el extranjero	Lic. Raúl Rodríguez Lobato
Establecimiento permanente y base fija	
Convenios para evitar la doble imposición internacional	Lic. Emilio Romano Mussali
Intercambio de información	
Precios de transferencia	Lic. Jorge Sáinz Alarcón
Comercio Exterior y Tratado de Libre Comercio	
Regímenes aduaneros	Lic. Manuel Tron Pérez
Base gravable	
Facultades de comprobación de la autoridad aduanera	Lic. Arturo Zaldivar Lelo de Larrea
Infracciones especiales	
Reglas de origen	Lic. Alberto Zinser Cieslik
Procedimientos aduaneros	
Restricciones y regulaciones no arancelarias	
Cuotas compensatorias	
Impuestos indirectos	
Impuesto al valor agregado	
Impuesto especial sobre produc- ción y servicios	
Impuestos locales	
Impuesto predial	
Impuestos sobre adquisición de in- muebles	
Impuesto sobre nóminas	

	<b>OBLIGACIONES Y CONTRATOS</b>
	<i>Claustro de profesores</i>
<b>Contenido</b>	
Concepto de obligación y de con- trato	Lic. Miguel Alessio Robles Landa
Negocio jurídico, concepto y dife- rencia con la teoría dualista clásica francesa del acto y he- cho jurídico	Lic. Javier Arce Gargollo
La dualidad derechos reales y per- sonales. Diferencias doctrinales y efectos prácticos. Análisis de la jurisprudencia de la Corte	Lic. Alejandro Ávila Díaz
Fuentes de las obligaciones. Los hechos ilícitos	
Fuentes de las obligaciones. De- claración unilateral de valores. Estipulación en favor de tercero	Lic. Mario Becerra Poceroba
La sentencia como fuente de las obligaciones	Lic. Francisco Borja Martínez
La formación y elementos esen- ciales del contrato. Medios elec- trónicos	
El contrato a la luz del Derecho internacional. Celebración del contrato interno y su compara- ción con el contrato de compra- venta internacional de mercade- rías	Lic. Héctor Calatayud Izquierdo
Ineficacias del acto jurídico	
Clasificación legal y doctrinal de los contratos	Lic. Carlos de Pablo Serna



Temas de actualización obligacional	Lic. José Manuel Gallástegui Armella
El contenido obligatorio. Reglas especiales de los contratos	
Obligaciones dinerarias. Nominalismo y valorismo (UDIS)	Lic. Javier Garfias Sitches
Derechos preferenciales. Concepto, clasificación y efectos	
Problemas prácticos. Análisis de la jurisprudencia de la Corte	Lic. Ismael Gómez Gordillo
Riesgos de la cosa (Derecho interno y compraventa internacional de mercaderías)	Lic. Emilio González de Castilla
La acción Pauliana	
Extinción de las obligaciones. Compensación, novación y dación en pago	Lic. Cecilio González Márquez
Pluralidad de sujetos y de objetos en la relación jurídica	
La oponibilidad de las relaciones jurídicas	Lic. Fauzi Hamdan Amad
El Registro Público de la Propiedad y de Comercio. Principios; reglas de prelación; el tercero de buena fe registral	Lic. Thomas Heather
Responsabilidad	
Responsabilidad profesional de abogados y médicos	Lic. Miguel Ángel Hernández Romo
Incumplimiento del contrato. (Derecho interno y compraventa internacional de mercaderías).	Lic. Bernardo Ledesma Uribe
Responsabilidad por el daño moral	Lic. Bernardo Ledesma Uribe
Responsabilidad por publicidad comparativa	Lic. Ildefonso Ledesma Uribe
Responsabilidad del producto	
Cláusula penal	
Responsabilidad del Estado	Lic. Tomás Lozano Molina

Regímenes matrimoniales	
Teoría general de los contratos atípicos	Lic. Luis Manuel Méjan
Contrato de suministro	
Contrato de franquicia	Lic. Armando Ostos Garza
Asociaciones religiosas	
Instituciones de asistencia privada	Lic. Bernardo Pérez Fernández del Castillo
Contrato de arrendamiento. Problemas prácticos sustantivos y de procedimiento civil. El Decreto de congelación de rentas	Lic. Fausto Rico Álvarez
Garantías. Derecho interno y Derecho internacional	
Evolución y modernas técnicas de garantía	Lic. Humberto Ruiz Quiroz
Prenda civil. Problemas constitucionales de la ejecución extrajudicial	
Contratos especiales	Lic. Diego Martín del Campo y Souza
La prenda mexicana y su adecuación a la práctica internacional (TLC). Problemas constitucionales de ejecución extrajudicial	Lic. Ramón Sánchez Medal
Hipoteca. Mandato irrevocable. Obligaciones de no hacer	Lic. Eduardo Siqueiros
Fideicomiso de garantía. Problemas constitucionales de la ejecución extrajudicial	
Fianza	Lic. Miguel Soberón Mainero
Representación	
Poder, mandato y representación. La legitimación	Lic. Carlos Sodi Serret
Mandato sin representación	Lic. Miguel Ángel Zamora y V.
Criterios jurisprudenciales	
Transformación, escisión y fusión.	Lic. Mario Alberto Zavala Díaz

Relaciones de sociedades y asociaciones civiles con otro tipo de sociedades

Régimen fiscal de la compraventa, donación, asociaciones y sociedades civiles y asociaciones religiosas

Lic. Emiliano Zubiria Maqueo

Contrato de franquicia  
Asociaciones religiosas  
Intestados de sucesión por

Contrato de arrendamiento  
Prácticas jurídicas sustantivas y  
de procedimiento civil y de  
acto de conciliación de partes  
Garantías Dirección Insur y De  
recho internacional

Herencia y sucesión testada de  
ganancia  
Prueba civil Prohemus consuetu-  
dinaria de la ejecución extrajudicial

Contrato especial de compraventa

La prueba material y documental  
con a la prueba internacional  
(TIC) Prohemus consuetudinaria  
de ejecución extrajudicial

Herencia Mandatos irrevocables  
Obligaciones de no hacer Prohemus  
Fideicomiso de ganancia Prohemus  
masculinista extrajudicial

Prueba  
Representación y representación  
Prohemus y representación  
La legitimación

Mandatos irrevocables  
Obligaciones irrevocables  
Transmisión de bienes y fideicomiso

Lic. Humberto Ruiz García

Lic. Ulises García del Campo y  
Gómez

Lic. Rafael Sánchez Rodríguez

Lic. Eduardo Siquiera

Lic. Miguel Torres Torres

Lic. Carlos José Serna  
Lic. Miguel Ángel Zúñiga y  
Lic. Mario Alberto Zavala Díaz

DISCURSO PRONUNCIADO EN LA CEREMONIA  
DE APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1996-1997,  
POR EL SR. LIC. ANTONIO CÁRDENAS ARROYO,  
EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EL DÍA 26  
DE AGOSTO DE 1996

Señor rector,  
señores maestros,  
alumnos todos, especialmente los de nuevo ingreso,  
amigos míos:

El rito que la Junta Directiva me permite realizar es imponente. Atreverse a elevar la voz en este claustro, donde se han escuchado voces de extrema elocuencia e ideas de alta jerarquía, demanda la más extrema humildad y al tiempo produce una inmensa satisfacción.

Al cabo, no me queda más que iniciar estas palabras dando las gracias y pidiendo una disculpa por hacer recuerdos personales que me son *profundamente entrañables*.

Hace veinticinco años, al viejo edificio que albergaba entonces a la Escuela Libre de Derecho en la calle de Basilio Vadillo, llegó un alumno de nuevo ingreso, al igual que hoy lo están haciendo algunos de ustedes. Como cualquier muchacho que iniciaba su carrera profesional, llegaba lleno de ilusiones, esperanzas... y miedo. Emocionado, acudía a la ceremonia que tradicionalmente realiza la Escuela en cada inauguración de cursos.

Para él, todo era nuevo: el ambiente, los compañeros, la Escuela misma, recubierta de una capa de leyenda y realidad, fama y prestigio.

Pero hubo algo, más trascendente aún, que haría ese día memorable para nuestro alumno. El maestro que aquel año de 1971 pronunció el discurso de iniciación, evocó una sentencia, expresada por uno de los fundadores en circunstancias 'bajo las cuales la existencia de la Escuela se encontraba amenazada por la incomprensión, la intoleran-

cia y el autoritarismo. Él dijo: "*La Escuela Libre de Derecho se ha jurado vivir y vivirá*". La frase fue impactante: se trataba de una promesa que involucraba dos conceptos absolutos: el compromiso valeroso y la seguridad de que el ideal se cumpliría.

Alguna vez, un político español dijo que la vida sólo merece la pena quemarla en algo grande.

El alumno era yo... y al oír aquellas palabras, pensé que *finalmente* había encontrado ese algo grande, por el cual no importaba se quemara mi vida.

Muchas reflexiones se pueden hacer a partir de esta frase. Reflexiones sobre la Escuela, sobre el Derecho, sobre el existir mismo.

Nada ni nadie es ajeno a que vivimos tiempos de crisis: económica, política, social, que devienen en *una crisis de valores*, lo cual resulta más preocupante.

Mucho se ha dicho que México debe ser un país de leyes. Preferiría que fuera un país de menos leyes, *pero de más justicia, valor* del que cada día nos alejamos más.

Porque en nuestro afán por alcanzar un supuesto liberalismo, por realizar un modelo extranjero de "*política correcta*", se ha llegado a creer que hacer justicia es darle gusto a todos. Lograr el consenso, negociar, equilibrar, ha sido tomado por lo justo y *no es necesariamente* así. El Derecho *no está sujeto* a la ley de la oferta y la demanda como la economía y *las verdades* no se pueden negociar como las acciones de la bolsa.

Ser abogado, a mi entender, entre muchas otras cosas, significa partir de convicciones firmes con las cuales no se puede *ni se debe transigir*.

Ciertamente, hemos de estar abiertos a escuchar otras opiniones; es más, siempre podremos confrontar ideas y aceptar errores. La humildad, de acuerdo con Couture, es una de las principales virtudes de nuestra profesión, pero ello *no implica* regatear los principios.

Pongo un ejemplo: la vida es el principal valor que debemos defender. Sin embargo, aunque sea triste tener que decirlo en una escuela de Derecho, se ve *constantemente* amenazada.

En circunstancias como el aborto y en otras en las que se dispone de la vida, se pretenden elaborar justificaciones que se escudan en las razones de Estado y muchos otros pretextos para atentar contra ella y esto, *deplorablemente*, es a veces defendido por *pretendidos* juristas.

*No y mil veces no*. La vida es un valor superior a todo y atentar contra ella *encarna la peor de las visiones fascistas*. Y esto no es negociable *ni puede cambiar con el milenio*. Hemos de levantarnos siempre contra todo lo que signifique un peligro para los derechos *más sagrados* que podemos tener, no importa si esa vida que nace, afecta nuestras ideas o nuestras conveniencias. Así lo exige nuestra vocación.

Es cierto: la Escuela Libre de Derecho un día juró vivir. Sin embargo, hay que reconocer públicamente que su existencia es deudora de un momento histórico luminoso —los dos años de la democracia maderista—, pues la Escuela Libre de Derecho sólo pudo haber nacido ajena a la dictadura y a los regímenes que siguieron al gobierno del apóstol de la democracia. Lo más singular es que, ciertamente, la Escuela nunca fue de corte maderista, pero le debe al sentido que el prócer tenía de respeto por la vida de los demás, el no haber sido arrasada por las *razones de Estado*, que en varias ocasiones esgririeron los gobiernos anteriores y posteriores a 1912.

Siendo hijos de esta escuela *estamos más que obligados* a respetar el derecho a existir de los demás. *Ésa es nuestra razón de ser, sin ella* no podríamos concebirnos.

Para entenderlo, sólo es necesario traer a la memoria las palabras que don Francisco I. Madero pronunciara en su informe ante el Congreso de la Unión, el 16 de septiembre de 1912:

Con motivo de ciertas medidas disciplinarias que el director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia creyó oportuno dictar, se declararon en huelga los alumnos de dicho plantel y de ese movimiento de insubordinación surgió la Escuela Libre de Derecho para el estudio de aquella facultad. Sólo es de lamentarse que a un acto de indisciplina respecto de la escuela oficial, hubiese debido su nacimiento la Escuela Libre; pues, por lo demás, la iniciativa privada para impulsar el progreso en cualquiera de sus ramos, pero muy principalmente en lo que se relaciona con el

adelantamiento intelectual, debe acogerse siempre con aplauso y es merecedora de toda consideración.

He aquí un ejemplo indudable de tolerancia y de decencia que nos relaciona con otro principio, *la legitimidad*.

Es curioso que *legítimo* tenga dos acepciones en nuestro idioma: la primera, aquello que es conforme a las leyes, y la segunda, que es sinónimo de lo *cierto, lo genuino y lo verdadero*. Por desgracia, no siempre lo primero coincide con lo segundo y ciertamente la legitimidad, como conformidad con la ley, ha de entenderse más como una aspiración que como una realidad.

La fundación de nuestra Escuela puede darnos una idea más cabal de lo que puede entenderse por legitimidad:

Al iniciarse la mencionada huelga en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, los alumnos protestaban contra actos e ideas que consideraban ajenos al estudio del Derecho, que era el objetivo de su Escuela. Esto, era formalmente un acto de desobediencia y rebeldía al que sobrevino una sanción. *¿Legítima?* Formalmente sí. En un segundo momento los alumnos sancionados decidieron crear la Escuela Libre de Derecho *¿Acto legítimo? Cierta, genuina y verdaderamente.*

Nuestros fundadores decidieron ejercer su derecho a crear una institución independiente respecto del poder público y ajena a todo fin político y religioso, y en su estatuto fundatorio se expresaba que los certificados de estudio que ella expediría, tendrían el *valor* que su propia *respetabilidad* les confiriera a los ojos de la sociedad que habría de juzgarlos.

*He aquí la fuente de legitimidad de nuestra Escuela, que no es formalmente una ley, ni un acuerdo presidencial ni otro acto de autoridad, sino el juicio de la sociedad.*

Lo anterior implica entender la legitimación de la Escuela Libre de Derecho, como *un proceso* que se ha venido dando durante los últimos 84 años, a través del estudio de cada alumno que ingresa a la misma, con la actuación profesional de cada egresado, con la calidad en la cátedra de cada maestro que haya impartido clases en sus aulas.

Todo ello como un escaparate a través del cual, la sociedad a la que hemos jurado servir, *nos juzga día con día*.

La Escuela Libre de Derecho se ha jurado vivir *y ese vivir* no significa otra cosa que el justificarnos con el trabajo y el estudio, *en la decencia y la honradez*.

Cada alumno, abogado o maestro que no obra así, traiciona los principios fundamentales de su propia escuela, *que han de ser rectores en su vida personal y en el trato con sus semejantes*.

La sentencia inscrita en la entrada de este edificio, *"El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiadas al honor de sus alumnos"*, no es letra muerta, ni hermosas palabras que se lleva el viento. Tampoco es un principio sólo aplicable a sus estudiantes, *es un compromiso vivo y constante* para quienes hemos tenido *el orgullo* de haber estudiado en ella, de haber recibido el título que certifica la culminación de estudios o de servirla desde la cátedra.

La legitimación, pues, *no se adquiere por el solo transcurso del tiempo*, ni por el ejercicio de una autoridad. Esto, deben tenerlo bien presente aquéllos que aspiran a gobernar, pues un régimen político *no se legitima por 80 años en el ejercicio del poder*.

Se ha de demostrar a la sociedad, *en el congruente actuar diario*, en la defensa de los derechos, en la aplicación de la justicia y en la generación de ámbitos de bienestar, que se tiene capacidad de gobernar y por lo tanto, *se tiene autoridad*.

*"El ambiente de la ciencia es libertad..."*, dijo otro de nuestros padres fundadores. Éste es uno más de los axiomas que conforman a esta Escuela, *tanto así*, que permanece en su propio nombre.

La libertad en nuestra institución es el ámbito indispensable para el cumplimiento de su propósito, entendida, no como el derecho a hacer lo que nos indiquen los instintos, sino en el mejor de sus sentidos, como un compromiso de búsqueda de la verdad y el conocimiento. De esta manera, la libertad deja de ser un instrumento demagógico de aquéllos que intentan darle un contenido afín a sus propias ambiciones, *para convertirse en un deber con el ser social y con nosotros mismos*.

Así, alejados de influjos políticos, económicos o religiosos y como resultado de una honesta labor científica, los miembros de esta Escuela, podemos hacer justicia a la sentencia romana, acuñada indeleblemente en las paredes de esta casa común, que proclama que *el Derecho no puede ser doblegado por el favor, ni quebrantado por el poder, ni corrompido por el dinero.*

Sólo la libertad genera libertad. En ese sentido, al igual que en el caso de la legitimación, los miembros de la Escuela Libre de Derecho, en un camino que dura ya 84 años, han desarrollado en la sociedad mexicana un espíritu de libertad que, infortunadamente, no es lo que priva en este país. Este anhelo de libertad ha costado calumnias e injurias, exilios y a veces, la sangre de egresados de esta institución, como aconteció hace poco con un magistrado, hijo de esta Escuela, cuyo crimen *todavía sigue impune.*

El abogado de la Libre de Derecho, tanto como un *sacerdote de la justicia, debe de serlo, tiene que serlo*, de la libertad, ya que ella, como una madre, lo cobijó desde sus primeras cátedras.

Es por esto que con toda razón, de nuestra Escuela se ha dicho "*Vedla aquí, siempre libre; a nadie estuvo nunca sometida*".

Dentro de nuestra historia, también ha habido debates: uno de ellos, se refiere al carácter formativo que debe de tener la Escuela con respecto a sus alumnos.

Se ha expresado que la Escuela forma abogados y no jurisconsultos, entendiéndose por éstos a los juristas sumisos al poder político y por tanto, "*partidarios conscientes o inconscientes, voluntarios u obligados del programa gubernamental*"; mientras que el *abogado*, permanece neutral ante el poder público y se ha definido como quien: "*...conoce el Derecho patrio, sabe del arte de legislar, tiene la prudencia y la perspicacia del estadista. . . y . . . conoce la vida y el carácter nacional*", definición por demás ambiciosa.

Para otros, la concepción de la tarea que la Escuela debe tener, es la de formar *juristas*, que son aquéllos que "*...saben convencer a los magistrados más cultos de la necesidad de un viraje en la jurisprudencia; los que preparan las innovaciones legislativas, dueños de firmeza de principios, amplio conocimiento de las disciplinas jurídicas, cultura*

*general y sobre todo, un elevado concepto de justicia; es decir, no un técnico en Derecho, sino un hombre bueno, culto y con un gran sentido humano de las cosas*".

Esta discusión lleva implícito un concepto importante que ha aparecido como una suerte de atavismo entre nosotros: el egresado de la Libre, llamémosle abogado o jurista, tendría que oponerse, *de suyo*, al poder público. Este cuestionamiento, pudo tener sentido en una etapa de la vida del país, quizá reciente. *Hoy*, ante los cambios que presenciamos, paradójicamente se pueden mantener posiciones independientes, aun participando dentro de la administración pública, lo cual desdice que la libertad *no pueda* armonizar de cara al compromiso con el poder público.

*Ante esto*, me quedo con el anhelo de otro fundador de esta Escuela, que propuso que ella habría de formar hombres —y ahora también mujeres—, *sabios y rectos.*

*Éste es nuestro credo.*

Muchas de las palabras anteriores son cita de tantas voces como hombres y mujeres han integrado el universo que *hoy* se llama Escuela Libre de Derecho, que es, por lo mismo "*Asamblea de vivos y muertos. . .*".

Voluntariamente, he omitido los nombres de quienes las han enunciado, *no porque su voz deba ser anónima*, sino porque las grandes ideas, una vez expresadas, dejan de ser propiedad de sus autores para convertirse en patrimonio de la sociedad, que las adopta como suyas.

Así pues, no resulta ahora importante el nombre del alumno que acudió por primera vez a la inauguración de cursos en 1971. No importa tampoco el nombre del maestro de quien se escuche el discurso inicial, ni son trascendentes los nombres de aquellos a quienes se cita. Lo importante, *son los ideales*. Por ello, una última convicción: *es seguro* que dentro de 25 años, alguno de ustedes se encuentre en este lugar, repitiendo emocionado a los nuevos alumnos, la promesa *siempre presente*, la frase *siempre legítima*: "*La Escuela Libre de Derecho*", como ayer, como hoy, como siempre, "*se ha jurado vivir y vivirá*". Afortunadamente.

Muchas gracias.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE  
DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS, RUBÉN DARÍO GÓMEZ  
ARNAIZ, EN LA APERTURA DEL CURSO 1996-1997,  
EL 26 DE AGOSTO DE 1996

Querido maestro don Miguel Ángel Hernández Romo,  
rector de la Escuela Libre de Derecho;  
señores miembros de la Junta Directiva,  
señor abogado don Pedro Barrera Ardura,  
secretario general,  
estimados maestros,  
Compañeros:

Sea el presente, un mensaje de gratitud a ustedes y de bienvenida a  
nuestros compañeros de nuevo ingreso.

Si bien es cierto que todas las etapas de la vida son importantes,  
también lo es que existe una jerarquía natural, que nos hace com-  
prender que la etapa que estamos viviendo mis compañeros y yo,  
puede ser comparada con la de nuestro propio nacimiento, en el que  
abandonamos mediante un parto doloroso, la protección tierna y amo-  
rosa del vientre de la madre, para enfrentarnos a un mundo cruel,  
inhóspito y desconocido.

Ese primer grito, que anuncia nuestra vida, es más de lamento que  
de victoria. Ahora mismo, en plena regresión, sentimos similar angus-  
tia, pues el sendero que estamos transitando nos lleva —válgase la  
metáfora— de la apacible navegación de un río a las implacables olas  
de un mar proceloso y despiadado.

Como en todos los inicios, apenas vislumbramos la aurora de esa  
etapa y las brumas de la niebla, nos preocupan y nos inquietan; per-

cibimos los rumores del mar embravecido, sin poder definir, ni sus dimensiones, ni sus riesgos.

De lo navegado en nuestro río, hemos adquirido sabias enseñanzas: el conocimiento de nuestro origen, de nuestra historia, de la conformación de nuestra raza y nuestra sociedad, siempre en proceso, siempre en constante evolución. Pero en todo ello hemos sido espectadores y ahora, en el devenir inmediato, nos toca probarnos a nosotros mismos, ya como protagonistas y actores, probarnos y saber si las enseñanzas y la capacitación adquiridas, nos permitirán sobrevivir en ese océano de aventuras, sorpresas y acechanzas.

Desde nuestra perspectiva, el mundo se convulsa por las secuelas de las guerras fratricidas y la ambición del poder económico, que han destruido las reglas de sobrevivencia; los sentimientos humanos de amor al prójimo y de justicia fueron olvidados por el irrefrenable deseo de sojuzgamiento y represión.

Y en este mundo caótico que avizoramos, México no es la excepción. Pueblo joven, surgido de una mezcla de razas, crisol donde se fundieron sufrimientos ancestrales y férreas esperanzas, conjunción de violencia y anhelos de paz.

Nuestra historia próxima pasada, nos hace sufrir en carne propia la crisis económica que flagela y martiriza a nuestro pueblo, la ausencia de valores morales en el quehacer político, la irrefrenable delincuencia —en todos los niveles— que, en su afán ilegítimo de obtener con engaños o violencia una cosecha que sus manos no sembraron ¡nos enoja y enardece!

La impunidad de que disfrutan y hacen gala los falsos políticos ¡nos rebela y nos indigna! Los crímenes y homicidios que han teñido de sangre y vestido de luto a toda la Nación, el juicio supremo de la historia no los perdonará. Su condena será implacable y permanente y destruirá los logros banales, mezquinos, crueles y breves que los provocaron.

Maestros, sus enseñanzas son nuestra brújula en este océano turbulento y proceloso. Ustedes son nuestros guías y seguirán siéndolo mientras nuestra vida dure y su simiente de moral, orden y justicia,

después de su germinación en nuestras mentes y conciencias, sea transmitida a nuestros hijos, como lo mejor de nuestra herencia.

Queridos maestros: No han sembrado en el desierto, su semilla no fue depositada en el mar. Los que hemos tenido el privilegio de ser sus alumnos, les prometemos, les juramos, aplicar sus enseñanzas de ética y equidad y no escatimar esfuerzos por cristalizar sus sueños de fincar un México nuevo, con estructuras sólidas de respeto a la vida, al patrimonio y a la dignidad del ser humano; un México en el que tenga cabida en sus leyes y ordenamientos, el derecho inalienable de vivir de todos los seres de la creación; un México en el que el orden, en un marco de democracia, sea nuestra meta; un México que por su inquebrantable respeto al mundo, sea respetado por él.

Compañeros todos, los invito a la reflexión, a que juntos diseñemos una estrategia para enfrentar los retos, que sumemos nuestras fuerzas en aras de la paz, la concordia y la justicia; porque a nosotros nos corresponderá en breve, tomar la estafeta, ser protagonistas responsables de nuestro presente y el futuro de nuestros hijos.

Los invito por ello, a enarbolar como emblema de nuestros anhelos: El respeto irrestricto al Derecho, como único camino que nos llevará a la convivencia con los seres humanos, cualquiera que sea su raza o su credo. Respeto a la ley que nos llevará a la armonía con nuestra conciencia.

A mis compañeros de reciente ingreso, en nombre de los alumnos de esta Escuela, les doy la más cordial bienvenida, porque representan el eslabón que dará continuidad a la cadena que nos une y fortalece.

Ustedes son y representan el seguimiento de la lucha permanente del verdadero jurista, en contra del crimen, la violencia, la ambición, la mezquindad, el sojuzgamiento, la represión y la tiranía, que conllevan al aniquilamiento de la dignidad y razón del ser humano.

Inician hoy, compañeros, una empresa que trascenderá incluso sus propias vidas. Nuestra Escuela los ha elegido justamente a ustedes, para revelarles los secretos de su historia. En ella encontrarán: la inspiración, el valor de la Justicia, una decidida rectitud de principios, amor por el estudio del Derecho, la hombría, la lealtad y la razón.



A cambio les requerirá fuerza, valentía, constancia y estudio. Sépanlo desde hoy compañeros, serán incontables las noches en que, abatidos por el agotamiento, deban simplemente redoblar sus esfuerzos; continuar, sin tregua y sin descanso, pero nunca ¡nunca claudicar!

Quienes estén dispuestos a este sacrificio, sean siempre bienvenidos, pues será nuestra Escuela y la vida misma, quienes los premiarán por todas esas noches, en que la luz de sus habitaciones sea solamente sustituida por la del conocimiento que brillará para quedarse por siempre con ustedes.

Entendamos compañeros, entendamos siempre, que no estamos aquí para disfrutar del prestigio de nuestra Escuela —bien merecido, sí— pero no nuestro, sino de nuestros antecesores; estamos aquí para conservarlo, defenderlo y acrecentarlo ¡hasta el último hálito de nuestras vidas!

Compañeros, cada generación que ha transitado y se ha nutrido en estas aulas del saber, es un eslabón que ha cumplido y sigue cumpliendo su cometido en las diversas áreas en que labora y una gran parte de ellas, comprometidas con su vocación docente, nos entregan día con día su cuota de vida, que es lo más preciado del hombre.

Nos ceden, nos donan sus horas de estudio y enclaustramiento. Nos dan en sus enseñanzas la sabiduría que han acumulado, pagando un alto precio de comodidad y descanso.

Ninguno de nosotros podrá pagar jamás, las horas que generosamente invierten en la indeleble huella de sus libros —testimonios fehacientes de su deseo por perfeccionarnos—, aun después de muertos; testimonios irrefutables —dije— de querer dar continuidad al manantial de sabiduría y conocimientos con que nos alimentan en las aulas cada día.

Rindamos honores a estos seres —vivos o ausentes— que aún en el epitafio de sus sepulcros, nos dejan como legado su ejemplo y su recuerdo.

Como portavoz de los alumnos y sumado a la bienvenida, los invito a bregar, a luchar denodadamente por ser dignos depositarios de la estafeta que nos transmiten nuestros maestros, esos seres que han sido

y son permanentes y auténticos hacedores materiales, artífices espirituales e intelectuales ¡de la Escuela más digna e inmaculada de nuestro México!, a la que deseo fervientemente le rindamos pleitesia con la solemne promesa —que exaltemos de pie y con un aplauso— de ser ¡dignos hijos de nuestra *alma mater*, seminario de abogados comprometidos con la excelencia, la justicia, la paz y México!

¡A la Escuela Libre de Derecho!

México, D. F., a 26 de agosto de 1996.