

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

Escuela Libre de Derecho

MÉXICO, 1998

AÑO 22

NÚMERO 22

Junta Directiva:

- Lic. Mario Alberto Becerra Pocoroba, *Rector*
- Lic. Ismael Gómez Gordillo, *Primer vocal*
- Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Segundo vocal*
- Lic. Carlos Sodí Serret, *Vocal suplente*

Secretarios:

- Lic. Pedro Barrera Ardura, *Secretario General*
- Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Secretario Académico*
- Lic. José Manuel Villalpando César, *Prosecretario*

CONSEJO EDITORIAL

- Lic. Francisco de Icaza Dufour, *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 Alicia García Veragua

ISSN 0185-1438

© 1998. Derechos reservados conforme a la ley. Escuela Libre de Derecho, Dr. Vértiz No. 12, México 06720, D. F.

Certificado de licitud del 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.

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

- ✧ JAIME DEL ARENAL FENOCHIO
Instituciones Judiciales de la Nueva España 9
- ✧ MIGUEL BONILLA LÓPEZ
Algunas consideraciones sobre la profesión judicial 43
- ✧ MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ
La crisis contemporánea de los derechos subjetivos
(Reseña de su naufragio en el sistema) 59
- ✧ YURI GONZÁLEZ ROLDÁN
Senatusconsultum iuventianum
Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal
en la época de Adriano 139
- ✧ RODRIGO LABARDINI
El protocolo adicional a la convención americana sobre
derechos humanos en materia de derechos económicos,
sociales y culturales, protocolo de San Salvador 189
- ✧ VÍCTOR OVANDO
El descuento bancario de títulos 253
- ✧ GERARDO PISARELLO
Notas sobre constitucionalismo y conflictividad social . . . 277
- ✧ RICARDO J. SEPÚLVEDA
Facultades de control parlamentario en nuestra
realidad constitucional 295

Ⓔ JOSETTE SERRATO COMBE
La ley de cámaras empresariales y sus confederaciones . . . 357

Ⓔ ELISA SPECKMAN GUERRA
El Código de procedimientos penales de José Hilarión
Romero Gil, una breve presentación 393

Ⓔ JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
Racionalidad analógica: un modo de acceso al
iusnaturalismo histórico 411

SECCIÓN MONOGRÁFICA

Ⓔ JOSÉ LUIS DE LA PEZA
Los usos y costumbres indígenas y la justicia electoral
en México 429

MISCELÁNEA

Ⓔ SUSANA BARROSO MONTERO
Reservas al uso exclusivo 505

Ⓔ XU GUODONG Traducción de Yuri González Roldán
La libertad religiosa en la República Popular China 519

Ⓔ MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROMO
¿Un nuevo Código Civil? 529

Ⓔ FRANCISCO XAVIER MANZANERO ESCUTIA
Necesidad de difundir y promover el estudio del Derecho
Marítimo en México 533

Escuela Libre de Derecho 1997-1998 551

DISCURSOS

Ⓔ Discurso pronunciado por el profesor don Narciso
Pérez Lara, en la apertura del Curso Escolar 1998-1999,
el día 24 de agosto 565

Ⓔ Discurso pronunciado por el Presidente de Alumnos
Jorge Bates, en la apertura del Curso Escolar 1998-1999,
el día 24 de agosto 575

INSTITUCIONES JUDICIALES DE LA NUEVA ESPAÑA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Justicia, jurisdicciones, justicias y tribunales*. III. *La organización de la justicia ordinaria* a) *La Real Audiencia de México* b) *El Juzgado de Provincia* c) *Otros jueces de la Audiencia* d) *Corregimientos y Alcaldías Mayores* e) *La justicia capitular* IV. *Fueros y Tribunales especiales* V. *Epílogo*

I. INTRODUCCIÓN

Al hacer la “reseña histórica del Poder Judicial en México” dentro de *El Poder Judicial*, su autor, Jacinto Pallares (1843-1904) calificó de confusa y monstruosa la forma de organización de los tribunales coloniales.¹ Su óptica moderna y racionalista chocaba con un “sistema” de administración de justicia que se había caracterizado por la variedad de tribunales y la distribución de jurisdicciones dentro de un orden jurídico no definido ni por la jerarquía de normas, ni por la supremacía de la ley, ni por la legalidad, características que precisamente se impusieron al triunfar la concepción sistemática del Derecho sobre la casuística imperante en la Nueva España; la visión normativista del derecho sobre la prudencial, y la estatista sobre la social. Pallares llenó su diatriba contra la forma de administración de la justicia novohispana con todos los calificativos peyorativos propios de una modernidad que pretendió resolver cualquier conflicto jurídico entregando al monopolio del Estado liberal la facultad de determinar lo justo racionalizando las formas de administración de la justicia a través del

¹ Jacinto PALLARES, *El Poder Judicial. México*, Imprenta del Comercio, de Nabor Chávez, 1874, pp. 28-38

proceso codificador. Su visión fue la visión del moderno jurista occidental surgido al amparo del ideal codificador y dentro de ese absolutismo jurídico —como lo han definido Paolo Grossi y Víctor Tau—² que caracteriza todo el siglo XIX. Jurista que aceptó sin más la supremacía del legislador y el envilecimiento de una ciencia jurídica constreñida a realizar como tarea fundamental buenas exégesis de los códigos y de las leyes, ahora transformadas no sólo en supremas sino en únicas fuentes del Derecho. No obstante que su formación se había dado en el tránsito de una concepción a la otra, Pallares resume todo el optimismo de una época y de una sociedad creyentes en que la única razón jurídica era la contenida en la legislación y en que la única forma de jurisdicción era la que provenía de la acción estatal. De aquí sus juicios adversos a un orden jurídico indiano del que ni siquiera se tomó la molestia de estudiar ni menos de comprender. Su visión estaba cargada de modernidad; una modernidad que condenó al antiguo orden, desde los parámetros y principios de esa misma modernidad en aras de un orden supuestamente más racional.

Desde entonces, esta visión ha dominado nuestras ideas acerca del funcionamiento del orden jurídico indiano y en particular, por lo que ahora respecta, acerca del funcionamiento de los órganos de justicia novohispanos. A primera vista —una vista como la que aplicó Pallares— aparece un mundo plagado de confusiones, arbitrariedades, sin orden ni concierto, carente de la mínima racionalidad. He aquí, completo el juicio del célebre jurista michoacano emitido después de dar noticia de los “fueros” existentes en la época virreinal:

Tal era la complicada organización del poder judicial en México durante el gobierno colonial, de manera que existían 15 órdenes de tribunales á los que agregando 14 más que comprendía el fuero de hacienda y 2 el de guerra, resultaban 31 órdenes de tribunales, y esto sin contar algunos de poca importancia; pero que ejercían verdadera jurisdicción, como el *protomedicato*, el *juzgado de matrículas de San Blas*, el de *Estado y marquesado del Valle*, el de

² Paolo GROSSI, “Absolutismo jurídico y Derecho privado en el siglo XIX”. *Doctor Honoris Causa*. Paolo Grossi, Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1991, pp. 11-26 Víctor Tau Anzoátegui. *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 41-51.

gallos, el de *pelota*, los de *conservadores de algunos mayorazgos*, etcétera. Si se reflexiona que cada uno de esos tribunales tenían sus ordenanzas particulares, sus trámites especiales y su legislación propia: que cada uno tendía a ensanchar la órbita de sus facultades deprimiendo a los demás: que para fijarlas claramente en ese *mare magnum* de juzgados se fueron dictando multitud de cédulas y leyes aclaratorias unas, limitativas otras de abusos jurisdiccionales, é innumerables de ellas fijando reglas para decidir las competencias: que muchos de esos tribunales ejercían atribuciones gubernativas de bastante importancia: que no estaban entónces definidos con precisión los límites que median entre el orden gubernativo y el judicial: que la ignorancia y abyección de las masas y la imposibilidad de hacer oír quejas legítimas ante tribunales lejanos y por medio de procedimientos y juicios gravosos hacían que cada funcionario fuese un seide que especulaba con su oficio; fácilmente se comprenderá cuántas demoras, cuántas competencias, cuántos conflictos jurisdiccionales, cuántas vacilaciones, cuántas controversias, cuánta lentitud tendría el despacho de los negocios; si no es que la arbitrariedad erigiéndose en ley disponía de la vida del hombre sin dar garantías ningunas, como sucedía con el tribunal de la Acordada. Esta confusión de tribunales, esta monstruosidad de justicia se remedió apenas con el establecimiento de intendentes que redujo á uno solo los diversos fueros de hacienda y dió más unidad al fuero ordinario. Y si todavía entónces la administración de justicia daba lugar á terribles reproches de hombres pensadores, ¿cómo estaría ántes del establecimiento de intendentes? Asombro causa verdaderamente ese conjunto de instituciones creadas sin plan fijo, agrupadas al acaso ó por el capricho del soberano, ó sancionadas por intereses bastardos y cuyo equilibrio forzado recibía el nombre de administración judicial.³

Apoyó su opinión en la del Segundo Conde de Revillagigedo, emitida en la *instrucción reservada* que dejó a su sucesor, el Marqués de Branciforte, sin advertir que como hombre de la Ilustración el propio virrey Revillagigedo tampoco pudo tener una visión ponderada del funcionamiento de los órganos de administración de la justicia novohispana durante los más de 250 años anteriores. Ilustración y liberalismo coincidieron en su crítica acerba respecto de una sociedad calificada de irracional, confusa, desordenada,

³ PALLARES, *op. cit.*, pp. 35-36.

intolerante y oscura, sin advertir que la persistencia de un orden más o menos pacífico y más o menos justo vigente durante ese lapso sólo fue posible gracias, precisamente, a que funcionaron los órganos de administración de una justicia que no se caracterizó por ser resultado únicamente de la aplicación a un caso concreto de una norma genérica previamente establecida por el legislador sino que fue el fruto de una actividad compleja y más humana, que atendía al caso y a las circunstancias, que se nutrió de una variedad de fuentes del Derecho y que se abrió tanto a la colaboración de la ciencia jurídica como a las más elementales formas de equidad, prudencia y sentido común. Por esto pudo descansar esa justicia tanto en la labor de jueces letrados como en la de los jueces legos.

El desconocimiento del funcionamiento y de las características del orden jurídico indiano —provocado por planteamientos y tomas de posición ideológicos— impidió ver tanto a los juristas decimonónicos como a los de nuestros días la forma y los mecanismos con los que dicho orden supo hacer justicia en esa sociedad que no renunció a aceptar la complejidad de la vida humana en sociedad y, por ende, rechazó dirimir sus conflictos basándose exclusivamente en la aplicación de las hipótesis generales sancionadas por un legislador a quien se le quiso dotar de la absoluta capacidad para regular (controlar y ordenar) dicha sociedad.

Arrojando a un lado la máscara que impide observar la concepción del Derecho y de la Justicia en el periodo llamado colonial aparecen éstos rodeados de una vitalidad, un prestigio y una vigencia de la que hoy, por desgracia, no gozan en una sociedad supestatamente regida por un Estado de Derecho que pretende como una de sus más cacareadas misiones la realización de la Justicia. Es pues indispensable para adentrarse en el estudio del funcionamiento de los distintos órganos de administración de la justicia novohispana despojarse de todo prejuicio ideológico y abrirse a la comprensión de un “sistema judicial” (por llamarlo de algún modo) del cual —hay que aceptarlo— desconocemos prácticamente casi todo. De un examen desinteresado aparecerá funcionando y administrando justicia con todas la bondades y defectos que sus propios ideales —no los nuestros— y su época —no la nuestra— persiguieron e impusieron.

Es tarea prioritaria para todo aquel interesado en conocer la administración de la justicia novohispana entender previamente la idea y la realidad del orden jurídico que la supuso así como identificar sus razgos peculiares, aquéllos que la distinguen de nuestra actual ideal y realidad del Derecho. Es decir, deberá distinguir entre el orden jurídico indiano y el orden jurídico moderno ya que sin esto no será posible avanzar en los juicios y calificativos como los que Pallares emitió hace más de un siglo y que todavía hoy se repiten sin mayor fundamento.⁴

Para avanzar en el propósito de conocer mejor a las instituciones que por más de tres centurias les correspondió administrar justicia en la Nueva España el presente estudio analiza en forma muy provisional y superficial algunas de las autoridades judiciales y jurisdicciones novohispanas; tema aún hoy poco explorado y conocido.

Es necesario advertir previamente que el presente estudio no pretende ni con mucho solucionar uno de los problemas a nuestro juicio más difíciles de resolver de la historia de aquellas instituciones: el de la administración de justicia; ni aclarar en definitiva muchas de las cuestiones que surgen a los interesados en las mismas. Por lo mismo, el esquema que a continuación se propone se debe entender como provisional y sujeto a toda rectificación. Asimismo, los intentos por aclarar algunos de los tipos de jurisdicción que adelante aparecen deben de considerarse simples esfuerzos hechos en un mar de dudas e incógnitas que ni las fuentes legislativas de la época, ni la consulta de obras de autores y estudiosos de nuestros días pudieron dilucidar del todo. Y es que la administración de la justicia novohispana y la organización de los tribunales encargados de llevarla a cabo son, quizás, dos de los temas mas complicados y desconocidos de nuestra historia jurídica, de suerte que sean mucho de extrañar en México libros como el de Ricardo Zorraquín sobre *La organización judicial argentina en el período hispánico*⁵ o el de los chilenos Jorge Corva-

⁴ Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema. Indagación histórica acerca del espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

⁵ 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981.

lán y Vicente Castillo Fernández sobre el *Derecho Procesal Indiano*.⁶ A la fecha no contamos en México con obras semejantes que aún en forma elemental nos brinden un panorama general y a la vez sintético del funcionamiento de la rica y compleja organización judicial novohispana. Los esfuerzos de Alfonso Toro⁷ y de Esquivel Obregón⁸ y el malogrado de Eduardo Pallares⁹ son del todo insuficientes tal vez por haberse basado casi exclusivamente en la lectura del texto de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680 y en otras leyes generales; aunque valiosa, la antología formada por José Luis Soberanes sobre *Los tribunales de la Nueva España*¹⁰ no resuelve muchas incógnitas sobre la administración de las justicias ordinaria y especial; constituye, sin embargo, un buen puerto del cual partir. Es indispensable que se realicen obras monográficas por cada uno de dichos tribunales y jurisdicciones ordinarios especiales de la calidad del *Juzgado General de Indios en la Nueva España* de Woodrow Borah.¹¹ Ciertamente que mucho se ha avanzado desde la publicación de aquellos libros de Toro y de Esquivel Obregón: hoy sabemos más de la justicia inquisitorial,¹² del

⁶ Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951.

⁷ *Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, s/e, 1934, tomo I.

⁸ Toribio Esquivel Obregón. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, tomo II. *Nueva España*, México, Polis, 1938.

⁹ Eduardo PALLARES PORTILLO. *Historia del Derecho procesal civil mexicano*, México, UNAM, 1962.

¹⁰ México, UNAM, 1980. Recoge trabajos del recopilador sobre los "Tribunales Ordinarios", concretamente sobre la Real Audiencia de México, de Colin Mac Lachlan sobre la "Acordada", de José Miranda, Andrés Lira y Borah sobre el "Tribunal de indios"; de Esquivel Obregón sobre la "Inquisición", de Miranda sobre la "Mesta", de MacAlister sobre los juzgados militares, de Roberto Moreno de los Arcos sobre el "Tribunal de Minería", de Febles sobre el "Protomedicato", de Sánchez Bella sobre el "Fuero de hacienda" y de Jorge Madrazo sobre el "Fuero universitario". Para el tratamiento de los "tribunales eclesiásticos" y del "Consulado" hubo de acudir a la *Curia Filipica* de Hevia Bolaños. Nada incorpora acerca de la justicia ordinaria de primera instancia, a cargo de los alcaldes ordinarios, corregidores, alcaldes mayores o gobernadores ni, para el caso de la ciudad de México, del "Juzgado de Provincia".

¹¹ México, F.C.E., 1985.

¹² SOLANGE ALBERRO. *La actividad del Santo Oficio de la Inquisición en Nueva España, 1571-1700*, México, F.C.E., 1981. E.R. Greenleaf. *La Inquisición en Nueva España siglo XVI*, México, F.C.E., 1981, entre otras.

juzgado de bebidas prohibidas,¹³ del fuero militar¹⁴ o del Consulado de México;¹⁵ de la Acordada¹⁶ y de la jurisdicción de hacienda en las Indias;¹⁷ y se han emprendido importantes tareas para conocer el Protomedicato,¹⁸ la mesta y el tribunal universitario;¹⁹ y que cada vez se consultan con mayor fortuna los ramos del Archivo General de la Nación que contienen los expedientes judiciales de nuestra época hispánica: *La Criminalidad en la Ciudad de México* de Teresa Lozano es buena prueba de ello.²⁰ Hoy sabemos, gracias a los esfuerzos de Taylor,²¹ de González y Lozano,²² de Andrés Lira,²³ de Del Arenal²⁴ y de Sánchez Arcilla²⁵ algo del rico e importante material que conservan los archivos judiciales de la capital mexicana; de las facultades judiciales de corregidores, alcal-

¹³ Virginia GUEDEA. "México en 1812: control político y bebidas embriagantes", *Estudios de Historia Moderna y contemporánea*. Vol. VIII, 1980, México, pp. 23-65. Teresa LOZANO Las bebidas prohibidas en la Nueva España, en *Herencia española en la cultura material de las regiones de México* Zamora, El Colegio de Michoacán, 1993, pp. 421-444. José HERNÁNDEZ PALOMO *La renta del pulque en Nueva España*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1974.

¹⁴ Lyle N. MCALISTER, en José Luis Soberanes, *op. cit.*, pp. 249-265

¹⁵ Robert SMITH, José RAMÍREZ FLORES y Leonardo PASQUEL. *Los consulados de comerciantes en Nueva España*. México, IMCE, 1976.

¹⁶ COLIN MAC LACHLAN, en Soberanes, *op. cit.*, pp. 85-122

¹⁷ Ismael SÁNCHEZ BELLA, en Soberanes, *op. cit.*, pp. 293-331.

¹⁸ E. SCHAFER. "Los protomedicatos en Indias". *Anuario de Estudios Americanos*, no. 3, 1946, J.T. Lanning. *The Royal Protomedicato. The regulation of the medical professions in the Spanish Empire*. Durham, 1985.

¹⁹ Jorge MADRAZO, en Soberanes, *op. cit.*, pp. 333-364.

²⁰ México, UNAM, 1987.

²¹ William B. TAYLOR, *Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas*, México, F.C.E., 1987.

²² Ma. del Refugio GONZÁLEZ y Teresa LOZANO, "La Administración de Justicia", en Woodrow Borah. *El Gobierno provincial en la Nueva España: 1570-1787*, México, UNAM, 1985.

²³ *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*. México, F.C.E., 1972.

²⁴ Jaime DEL ARENAL FENOCHIO. "Los órganos de administración de la justicia ordinaria en la ciudad de México durante el primer tercio del siglo XVIII", *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*. Madrid, Universidad Complutense, 1996, tomo III, vol. II, pp. 25-50. "La justicia civil ordinaria en la Ciudad de México en el primer tercio del siglo XVIII" *Actas del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. México, Escuela Libre de Derecho, 1995, t. I, pp. 39-63

²⁵ Su ponencia sobre la criminalidad en la ciudad de México presentada en el VII Congreso de Historia del Derecho Mexicano, septiembre de 1997.

alcaldes mayores y alcaldes ordinarios y de otras importantísimas instituciones procesales hasta hace tiempo ignoradas. Sin embargo, no contamos todavía con una obra general y de síntesis que nos diga el número exacto de las jurisdicciones especiales y de los tribunales que funcionaron en la Nueva España y que nos dé a conocer su funcionamiento; que nos distinga con claridad los diversos tipos de competencias y nos explique la concurrencia que se dio entre las diferentes justicias ordinarias. Que aclare nítidamente cómo se impartió esta justicia en manos de los distintos tipos de justicias ordinarias o especiales, privativas o delegadas que operaron dentro de los territorios de las reales audiencias de México y de Nueva Galicia y que, en ocasiones, dieron lugar a jurisdicciones especiales o delegadas. De la impartición de la justicia en la Nueva España durante los casi trescientos años del dominio español casi todo lo desconocemos, a excepción de la que se refiere a tierras, a indios, a herejes o a falsos conversos.

II. JUSTICIA, JURISDICCIONES, JUSTICIAS Y TRIBUNALES

Hasta ahora lo común ha sido adentrarse en el conocimiento de los conflictos judiciales originados en lo que se llamó la Nueva España a través de los documentos conservados en el Archivo General de la Nación, principalmente en sus ramos "Real Audiencia", "Tierras", "Inquisición", "Criminal" y "Civil". Poco, por el contrario, conocemos de los conflictos jurídicos ordinarios y menudos ventilados en la capital del virreinato o en las ciudades o poblaciones más importantes del reino novohispano ante las autoridades judiciales de primera instancia. Concretamente, y a diferencia de nuestros conocimientos acerca de los conflictos por la tierra entablados en la región del Valle de México, muy poco es lo que se sabe de los litigios o pleitos judiciales entablados por la gente del común —indios, criollos, mestizos o españoles— habitantes de la ciudad de México, de las poblaciones aledañas o de otras ciudades y pueblos del vastísimo virreinato por los asuntos más comunes de la vida diaria y por lo mismo aparentemente me-

nos trascendentes, bien porque su cuantía los hace insignificantes o por vincular a personas nada extraordinarias: el pago de unos pesos entre dos vecinos de alguna población, la reclamación de una renta vencida, el pago de una mula o de los servicios prestados por un joyero, la reclamación de la indemnización debida por los daños causados por obstruir una zanja, la custodia solicitada por un viudo sobre sus hijos, etcétera. Asuntos todos que nos falta conocer por ignorar los acervos que guardan los expedientes de la justicia ordinaria, la común y corriente, la que diariamente se reclamaba ante las diversas autoridades residentes en las poblaciones; no la excepcional sobre la que tanto se ha escrito y abusado, como en el caso de la inquisitorial que no muestra sino una fase —y no la común y corriente— de los conflictos de una sociedad en formación compuesta por una serie de hombres y sujetos preocupados más por que se les pagaran sus créditos y por que se les adjudicaran oportunamente los bienes de una herencia que de la bigamia, de los alumbrados, de la homosexualidad, o de los curas solicitantes.

En los documentos de los archivos judiciales locales o "municipales" aparecen el conflicto cotidiano, la reclamación de hombres y mujeres, laicos y clérigos, por lo que pensaban les pertenecía, así como la invocación a una justicia que se ostentaba como el fin principal de las autoridades reales por medio de complicados y en ocasiones engorrosos trámites judiciales. Los expedientes judiciales testimonian asuntos de poca monta donde se exhibe la nada docta argumentación esgrimida por las partes, por sus procuradores y por la mayoría de las justicias, junto con asuntos de mayor envergadura —por la calidad de los solicitantes o por la cuantía del negocio objeto de la *litis*— que reclamaron una bien fundada argumentación y exigieron la aplicación de diversas clases de normas: desde las consuetudinarias hasta la proveniente de la legislación indiana o castellana pasando por el complejo *ius comune* elaborado por los sabios juristas medioevales y renacentistas.

Vecinos de México pero también de lejanas ciudades como Monterrey, Guadalajara, Saltillo, Guanajuato o Ciudad Real en Chiapas, así como de Puebla, de San Agustín de las Cuevas o de

Coyoacán; indios e indias y caciques de diversas comunidades, monjas y frailes, doctores y licenciados, marqueses, hacendados y carniceros todos pelearon por despojos de tierras, por faltarse a la confianza y por el incumplimiento en el pago de las rentas acordadas; concursaron como acreedores o acapararon el agua en detrimento de los colindantes; pidieron que se valúaran sus bienes y aceptaron las visitas que se hicieron a sus obrajes; solicitaron la propiedad y la posesión de fincas y reclamaron la liberación de la interdicción sufrida por demencia; fueron fiadores y tutores o curados *ad bonam* o *ad litem*, albaceas o censatarios, y lo mismo pidieron que se les regresara el huipil robado que convinieron en el pago del pulque producido en una hacienda de los llanos de Apan, y así como exigieron responsabilidades por daños causados, se robaron y se engañaron. En una inmensa mayoría exigieron a las justicias que condenaran a los deudores a que pagaran los pesos dados en crédito (sin duda el asunto litigioso que más frecuentemente aparece en los expedientes judiciales de las justicias ordinarias).

Pero no sólo estas justicias actuaron en caso de conflictos: a estos se suman los expedientes que contienen inventarios de bienes, mandamientos e informaciones, pedimentos, contratos y convenios, testimonios, nombramientos, licencias y cuentas, avalúos y despachos que sirvieron en sus días para satisfacer los requisitos previos a la realización de ciertos actos jurídicos o para prevenir conflictos futuros. Aparece entonces una sociedad regida o regulada por una normatividad excesiva y rigurosa, compleja y plural, concreta y particular en lo inmediato pero referida en lo general a diversas fuentes normativas que tuvieron su origen en la Castilla trasatlántica o en Nueva España. Sociedad cuyos miembros durante años aprendieron las consecuencias que acarrearía apartarse del orden jurídico establecido y que, aún cuando todavía no apreciaban del todo las ventajas de dicho orden ni se acomodaban perfectamente al modelo normativo que se les impuso, ya sabían cumplir con la ley y utilizaban con efectividad los mecanismos procesales indispensables para obtener lo que creían les era debido, tanto por parte de la Corona como de sus vecinos, fueran estos criollos, mestizos o indios.

En la Nueva España hubo dos tipos de *tribunales*, dos tipos de *justicias* y varias *jurisdicciones* especiales o delegadas. Los tribunales fueron ordinarios o especiales. Las justicias podían ser ordinaria —civil o criminal—, en manos de los tribunales ordinarios (p. ej. corregidores) o de los tribunales especiales (p. ej. Juzgado General de Indios), y especial: mercantil, hacendaria, eclesiástica, etc., ejercida siempre por tribunales especiales. Ambos tipos de tribunales podían encomendar a algunos de sus funcionarios el conocimiento de ciertas materias específicas por vía de delegación, comisión, o de plano estableciendo jurisdicciones privativas en favor de éstos. Se trataría entonces de jurisdicciones especiales o delegadas más que de tribunales especiales (p. ej. Juez comisario de bebidas prohibidas). Como bien advierte Soberanes, no hay que confundir los términos fuero y tribunal; ‘el fuero es el conjunto de normas jurídicas especiales, tanto materiales como procesales, que regulan personas o situaciones jurídicas especiales; ahora bien, en tales casos, la jurisdicción puede ser ejercida por un tribunal especial o por uno ordinario así como un tribunal especial u ordinario puede conocer de los asuntos de uno o más fueros’.²⁶

Por lo que respecta a la clasificación de las autoridades o Justicias siguiendo a Zorraquín podemos decir que algunas pertenecen a lo que se conoce como *Justicia Real*: virreyes, corregidores, alcaldes mayores y sus tenientes; otros, a la *Justicia Capitular*: alcaldes ordinarios, jueces y gobernadores de las Repúblicas de indios, juez residente de la Junta de Policía, y, por último, otras a las *Reales Audiencias*: alcaldes del crimen y jueces de provincia, juez de bienes de difuntos, juez comisionado de bebidas prohibidas, juez privativo de composición de tierras y aguas y otras variedades de jueces comisionados, subdelegados y visitadores. Hay que incluir también a la *Justicia Eclesiástica*: los provisoratos, el juez de testamentos, capellanías y obras pías y ese tribunal de doble jurisdicción que fue el Santo Oficio.²⁷

²⁶ SOBERANES, *op. cit.*, p. 8

²⁷ ZORRAQUÍN, *op. cit.*, *passim*.

Los tres primeros tipos constituyeron tribunales ordinarios (con jurisdicción ordinaria o especial, según los casos) pero el último constituyó un tribunal especial junto con otros más como el Real Tribunal del Consulado, el Real Tribunal de Cuentas y el Juzgado General de Indios, dotados por la legislación de jurisdicción definida y convirtiendo a sus jueces, por ende, "en jueces con imperio".²⁸ Fuera del ámbito de la justicia pero vinculados a ésta aparecen otro tipo de funcionarios, por ejemplo: los escribanos reales, de guerra u ordinarios y otros funcionarios de difícil ubicación como el "teniente de contador de menores y albaceazgos".

Conviene aclarar que toda justicia (aún la especial) era real, como función propia del Rey al lado de las funciones de gobierno, hacienda y guerra: "Su propio oficio es hacer juicio y justicia" sentenciaron las *Ordenanzas Reales de Castilla*, por lo que la justicia era considerada "la primera de las regalías de la Corona, de la cual derivaban su jurisdicción los otros magistrados".²⁹ En efecto, durante la alta y baja Edad Media se consideró que la Justicia era la función por excelencia del monarca y, en consecuencia, el fin principal de la Monarquía; gobernar era ante todo hacer justicia y el establecimiento de un orden justo era la máxima aspiración a la que una sociedad política cristiana podía aspirar en su búsqueda del bien común. Las *Partidas* plasmarían en breves palabras este ideal: "Justicia es una de las cosas porque mejor, e mas enderecadamente se mantiene el mundo" y el Rey era el responsable de establecerla en el reino".³⁰

Pero si en aquellas época el monarca directamente se encargó de la realización de la justicia entre sus súbditos, en vísperas del descubrimiento del Nuevo Mundo la complejidad del Estado, y más la del estado castellano, así como la secularización que dominó prácticamente todos los ámbitos de la cultura occidental implicaron una paulatina pero constante disminución de la Justicia como función y fin prioritarios del Estado en favor de otras funciones y fines que llegarían a considerarse más importantes e

²⁸ *Ídem*, p. 195.

²⁹ *Ídem*., p. 10 y 11.

³⁰ Citadas por ZORRAQUÍN, *op. cit.*, p. 8.

indispensables para la existencia y justificación de aquél: el gobierno, la defensa militar y la hacienda pública, provocando que la justicia se llegara a convertir "en una más de las complejas y múltiples tareas que le correspondían al Estado".³¹ Como bien afirman González y Lozano "el rey juez, cabeza de la comunidad, cedió paso ante el rey gobernante, cabeza del Estado".³² En consecuencia, la función de justicia dejó de administrarse directamente por el monarca para distribuirse entre un vasto y complejo número de funcionarios a quienes, por otro lado, no se les asignó dicha función en forma exclusiva sino que la ejercieron al lado de otras tres funciones, todas las cuales se superpusieron entre sí. Por esta razón no es posible hablar propiamente de autoridades exclusivamente judiciales en el periodo que nos ocupa, toda vez que no existió entonces la clásica división de poderes que caracteriza la organización constitucional del Estado moderno. "No hubo separación de poderes, porque derivando todos del rey, era imposible dividir lo que emanaba de una fuente única".³³ Había, eso sí, la importante división de las cuatro funciones y funcionarios encargados de ejercerlas sin que pretendieran o pudieran monopolizar el ejercicio de alguna sobre las demás, lo cual supuso la existencia de un sistema de yuxtaposición de funciones en el mismo funcionario. Así por ejemplo, las reales audiencias indianas, consideradas las máximas autoridades judiciales, estuvieron facultadas también para gobernar, al igual que el gobernador pudo lo mismo juzgar que dirigir la defensa de su provincia. Y aunque la Corona tendió a reglamentar el desenvolvimiento de cada una de las funciones "no se le llevó a sus últimas consecuencias separando también los funcionarios que debían impartirlas, sino que se limitó a acordarles cierta autonomía, amoldándose a las características particulares de estas materias tan diversas".³⁴ En conclusión, en la América española prácticamente no hubo funcionarios exclusivamente encargados de la función de justicia, al menos por lo que a la justicia ordinaria se refiere.

³¹ GONZÁLEZ y LOZANO, *op. cit.*, p. 75.

³² *Ibidem*.

³³ *Ídem*, p. 19.

³⁴ *Ibidem*.

Por otro lado, y a diferencia también de nuestro actual sistema de administración de justicia en el cual las competencias de los tribunales —por territorio, por cuantía, por persona, o por materia— y sus correspondientes relaciones jerárquicas están previa y debidamente delimitadas en la legislación, en la época virreinal funcionó el llamado “sistema de prevención” que consistió en determinar la competencia de la autoridad judicial ordinaria por el hecho de ser la primera en conocer de la causa interpuesta, lo que explica que asuntos de idéntica materia o muy similares aparezcan ventilados ante autoridades diferentes con desiguales jerarquías y diversas funciones y competencias. Por ejemplo, un conflicto por pesos lo mismo se pudo interponer ante el alcalde ordinario de México, que ante el Juzgado de provincia o ante el corregidor de la ciudad sin que importara mayormente la cuantía del negocio pues la competencia por cuantía señalada a cada autoridad fue muy flexible y en la práctica rebasada, salvo la de ciertas autoridades superiores como la Audiencia. De la misma manera, un juicio testamentario se pudo llevar indistintamente ante cualesquiera de dichas autoridades pues en el sistema de prevención el conocimiento que toma una autoridad de un determinado asunto inhibe por este sólo hecho a otras de conocerlo. Es necesario advertir, sin embargo, que ese sistema operó con naturales excepciones y limitaciones. Desde luego no supone una confusión entre justicia ordinaria y justicia especial: es decir, un asunto por pesos no podía ventilarse ante el Santo Oficio, ni un caso de herejía podía resolverse ante el alcalde ordinario.

Los sistemas de prevención y de concurrencia, muy poco estudiados hasta la fecha y cuyo desconocimiento provoca un sin número de confusiones y de problemas para el correcto entendimiento de la justicia indiana, han de tomarse muy en cuenta por quienes se interesen en dicha justicia y particularmente en la consulta de los expedientes judiciales novohispanos. Tampoco ha de olvidarse la oralidad dominante en la mayoría de las etapas de los diversos procedimientos de la época y la ausencia —casi absoluta— de una burocracia judicial debidamente formada en el conocimiento del Derecho —lega que no letrada— tanto en el ámbito de la justicia capitular como de la real, por lo que la existente

debió de apoyarse en los “asesores o tenientes letrados”, siempre insuficientes para cubrir toda la enorme extensión del reino novohispano.³⁵

III. LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA ORDINARIA

a) Las Reales Audiencias novohispanas.

En la cima de la organización judicial del virreinato de la Nueva España se encontraban las reales audiencias de México, de Guadalajara y de Guatemala.³⁶ La primera —cuya documentación guarda el Archivo General de la Nación, el Archivo de Indias, en Sevilla, y en mínima parte el Archivo Histórico Judicial del Distrito Federal— se integró según la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* por un Presidente, que sería el Virrey y Gobernador de la Nueva España, Capitán General y Lugarteniente del Monarca español; ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen y dos fiscales, uno civil y el otro criminal; un alguacil mayor, un teniente de gran chanciller y otros ministros y oficiales necesarios, y tenía por distrito las provincias de lo que propiamente era la Nueva España,³⁷ las de Yucatán, Cozumel y Tabasco, “y por la costa de la Mar del Norte y Seno Mexicano, hasta el cabo de la Florida; y por la Mar del Sur, desde donde acaban los terminos de la Audiencia de Guatemala, hasta donde comienzan los de la Galicia...”³⁸ Fue una Audiencia Virreinal por el hecho de ser presidida por el virrey de la Nueva España. La Audiencia Subordinada de Guadalajara —cuya documentación se conserva en la Biblioteca Pública del Estado de Jalisco y en el Archivo de Indias, —estuvo integrada por un Presidente— Gobernador y Capitán General; cinco oidores (que serían también alcaldes del crimen), un

³⁵ Vid. DEL ARENAL “Los abogados en México y una polémica centenaria (1784-1847)”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Año 4, No. 4, pp. 521-556.

³⁶ Así lo establecieron las leyes III, VI y VII del título XV del libro 2º de la *Recopilación de Indias*.

³⁷ Para determinar los límites históricos del reino de la Nueva España vid. Peter Gerhard, *Geografía Histórica de la Nueva España*. 1519-1821. México, UNAM, 1986.

³⁸ Ley III, tit. XV, lib. 2º. RI.

fiscal, un alguacil mayor, un teniente de Gran Chanciller y los demás ministros oficiales necesarios. Su distrito comprendió las provincias de Nueva Galicia, Culiacán, Copala, Colima y Zacatula, mas los pueblos de Ávalos. Sus límites fueron: al norte y al poniente “Provincias no descubiertas, ni pacíficas”, al mediodía, el Mar del Sur y por el levante la Audiencia de Nueva España.³⁹ La de Guatemala, —audiencia pretoriana— tenía un Presidente Gobernador y Capitán General, cinco oidores que también serían alcaldes del crimen, un fiscal, un alguacil mayor, un teniente de Gran Chanciller y los otros funcionarios menores. Comprendió las provincias de Guatemala, Nicaragua, Chiapas, Higueiras, Cabo de Honduras, Verapaz y Soconusco, con las Islas de la Costa.⁴⁰

En materia civil las Audiencias conocieron de las apelaciones de las sentencias emitidas por los alcaldes mayores, los corregidores y los gobernantes de su distrito, “en grado de vista las de cuantía inferior a doscientos pesos y en grado de revista las de mayor volumen”.⁴¹ En lo penal conocieron en primera instancia de los llamados “casos de corte” ocurridos en todos sus distritos: “Muerte segura, mujer forzada, tregua y caminos quebrantados, casa quemada, traición alevosa, pleitos de viudas, huérfanos y personas miserables y delitos cometidos por las autoridades menores” a través de la Sala del Crimen —integrada por los alcaldes del crimen—, y de los delitos cometidos dentro de un radio de cinco leguas de la ciudad de México o de Guadalajara por medio del Juzgado de Provincia. En apelación conocieron de las sentencias penales falladas por los jueces menores.⁴²

b) El Juzgado de Provincia.

Fue precisamente la presencia de los alcaldes del crimen que formaron las respectivas salas del Crimen de las audiencias la que constituyó el Juzgado de provincia a cargo de dichos alcaldes

³⁹ Ley VII, tit. XV, lib. 2º RI.

⁴⁰ Ley VI, tit. XV, lib. 2º RI.

⁴¹ Antonio MUÑOZ OREJÓN. *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*, México, Escuela Libre de Derecho, 1989, p. 242.

⁴² *Ibidem*.

“que conocían en primera instancia de las causas civiles y criminales que se ofrecían dentro de un radio de cinco leguas de la ciudad de México [y de Guadalajara], haciendo audiencia en las ciudades que quedaban dentro de ese radio”.⁴³ “El propósito que inspiró la creación de este juzgado fue suplir con la actividad de un magistrado de gran jerarquía y conocimiento jurídicos la posible ineptitud de los jueces legos... En cada ciudad audiencial o sea en las más importantes de las Indias, los jueces de provincia vinieron a hacer competencia a los magistrados del cabildo [alcaldes ordinarios] y a los mismos gobernadores [corregidores o alcaldes mayores]. Sin aumentar el número de jueces, se daba a los litigantes la oportunidad de elegir al Magistrado de su preferencia”:⁴⁴ lo que ocurrió en México, donde tres magistraturas —los alcaldes del crimen del Juzgado de provincia, el corregidor de la ciudad y los alcaldes ordinarios— conocieron prácticamente del mismo tipo de causas. La Audiencia conservó sus facultades de revisión respecto de las sentencias pronunciadas por dicho juzgado en materia civil, pues en lo criminal las revisiones se llevaron a cabo ante los mismos alcaldes del crimen según dispuso la recopilación indiana.⁴⁵

c) Otros jueces de la Audiencia.

Si bien la Audiencia fue un órgano que funcionó colegiadamente fue normal que alguno de sus miembros —sobre todo algún oidor— actuara individualmente como justicia y con jurisdicción plena en ciertas materias y que la Audiencia nombrara a algún juez especial para que cumpliera ciertas tareas jurisdiccionales específicas. Como sintetiza Ricardo Zorraquín: “esos oidores se desempeñaban individualmente como jueces de provincia, de bienes de difuntos, comisionados de los virreyes en casos especiales, jueces de alzada en el fuero mercantil, integrando el tribunal del pro-

⁴³ ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, t. II, p. 554

⁴⁴ ZORRAQUÍN, *op. cit.*, p. 162

⁴⁵ Ley I, tit. XVII, lib. 2º, RI.

tomedicato, y como alcaldes del crimen en Lima y en México. A su vez la Audiencia —o su Presidente— podía nombrar a uno de sus miembros o a otra persona para actuar como visitador, juez de comisión, juez pesquisador, juez de tierras, o para residenciar a funcionarios que no eran de nombramiento real. Estos últimos eran magistrados especiales, con poderes definidos en cada caso, y que se limitaban al desempeño de una determinada misión”.⁴⁶

La documentación proveniente del funcionamiento de algunos de estos Jueces de la Audiencia se conserva en el Archivo General de la Nación (ramos Bienes de difuntos, Aguardientes de caña, Capellanías, Hospital de Jesús, Intestados, Real Audiencia, Tierras) y alguna más en otros repositorios como en el Archivo Histórico del Poder Judicial del Distrito Federal, como por ejemplo la del Juzgado de bienes de difuntos y la de los jueces comisarios de bebidas prohibidas, privativo asentista de esclavos negros, privativo de composición de tierras y aguas, y juez subdelegado de composiciones de obrajes, trapiches y oficinas de tejer paños, quienes a su vez pudieron delegar en otros jueces su respectiva función, como fue el caso del juez comisionado delegado del juez privativo de composición de tierras y aguas. Últimamente José Sánchez Arcilla ha dado a conocer otros tipos de estos singulares jueces y algunos han sido nuevamente estudiados por el profesor argentino Carlos M. Storni.⁴⁷

Del *Juzgado de bienes de difuntos* trata todo el título XXXII del libro segundo de la recopilación legislativa indiana. Ahí quedó establecido que los virreyes nombrarían por dos años al oidor “que tuviera por mas puntual y observante en el cumplimiento de nuestras órdenes” para que se ocupara en “lo tocante a la judicatura” de “hacer, cobrar, administrar, arrendar y vender los bienes de difuntos” que hubiesen fallecido intestados o cuyos herederos vivieran fuera de los distritos judiciales.⁴⁸ Las apelaciones co-

⁴⁶ ZORRAQUÍN, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ Carlos M. STORNI. “Algo más sobre los jueces comisionados” *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, t. III, pp. 219-241. SÁNCHEZ ARCILLA, *loc. cit.*, *supra* nota 25.

⁴⁸ Ley I.

respondientes se ventilaron ante la audiencia respectiva. De la importancia de dicha institución dan cuenta las setenta leyes que en dicha recopilación se destinaron a reglamentar su funcionamiento. Se trató de una jurisdicción privativa.

Por lo que toca a los *jueces comisarios de bebidas prohibidas* hay que recordar que no fue sino hasta 1749 que se estableció un juzgado privativo en esta materia. Antes, la persecución de la fabricación de este tipo de bebidas, principalmente del aguardiente de caña, corrió a cargo de jueces comisario designados por autoridades centrales de la Nueva España o por el Tribunal de la Acordada.

Otros jueces de la Audiencia fueron el *juez privativo asentista de esclavos negros* encargado de perseguir el contrabando de esclavos y el *juez privativo de composición y ventas de tierras*, encargado de vender o proceder a la composición de tierras baldías, las que fueron consideradas desde el gobierno de Felipe II como propiedad de la Corona. “Al iniciarse así una revisión general de los títulos de propiedad, perdieron las autoridades coloniales la facultad de otorgar nuevas mercedes de tierras, salvo facultad expresamente concedida al efecto. Y las urgencias fiscales introdujeron también contemporáneamente el sistema de validar la posesión o *aprisio* que se había obtenido sin título legítimo, mediante la cobranza de un donativo del ocupante de la tierra que recibía el nombre de composición”.⁴⁹ Mas tarde se generalizaron las ventas de las tierras que no eran poseídas conforme a derecho y de las baldías. No fue sino hasta el año de 1754 que se creó una jurisdicción especial “respecto de las ventas y composiciones de tierras” confiada a las audiencias.⁵⁰ En la documentación judicial que hemos revisado se encuentran testimonios anteriores de la actividad de jueces privativos en estas materias, por sí o por medio de jueces comisarios o comisionados en relación a solares ubicados en Zumpango, Cempoala, Chicontepec y Metepec. También aparecen funcionando el *juez ordinario visitador de testamentos, capellanías y obras pías* y el *juez subdelegado de composiciones*

⁴⁹ ZORRAQUÍN, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁰ *Ídem*, p. 185.

de obras, trapiches y oficinas de tejer paños. El primero no fue un juez de la Audiencia sino un juez eclesiástico nombrado por el Arzobispo de México de entre los miembros del Cabildo para cuidar que se cumplieran las disposiciones testamentarias establecidas en favor de las obras pías, tales como limosnas o capellanías así como de conocer de los litigios que su incumplimiento dieran lugar.⁵¹ El juez subdelegado de composiciones de obras fue el juez nombrado por la Audiencia para conocer de los asuntos relacionados con el funcionamiento de dichas industrias, así como de su visita y reconocimiento.

Para lograr una mejor comprensión de estos jueces “comisionados”, “privativos”, “ordinarios”, “visitadores” o “subdelegados” conviene dar una breve noticia de sus particulares diferencias y atribuciones:

Juez ordinario en sentido estricto es aquel que ejercía la real jurisdicción ordinaria o común, en contraposición de las jurisdicciones especiales o privilegiadas p. ej. alcaldes de los pueblos, oidores de las audiencias, alcaldes del crimen, corregidores y alcaldes mayores. Los jueces por comisión eran un tipo de jueces extraordinarios, es decir designados o nombrados por ciertas autoridades —virreyes o audiencias— para conocer de “algunas causas o negocios determinados” luego del cual finalizaban sus funciones.⁵² *Juez delegado* es el que recibía su jurisdicción del Rey o de algún juez o tribunal ordinario para decidir sobre un negocio o pleito determinado que en principio debiera conocer el delegante. En este caso y a diferencia del anterior, sólo podía actuar en uso de las facultades que le competían al delegante y no sobrepasarlas en su ejercicio. El juez subdelegado es el que a su vez recibía su jurisdicción del juez delegado. El *privativo* es el que conocía de una causa con inhibición del que ordinariamente debía

⁵¹ En el AGN la documentación proveniente de este Juzgado se dividió en los ramos “Capellanías” y “Obras pías”. Cfr. Michael P. Costeloe. *Church Wealth in Mexico. A study of the 'Juzgado de Capellanías in the Archbishopric of Mexico 1800-1856*, Cambridge University Press, 1967, pp. 32 y 33.

⁵² Joaquín ESCRICHE. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. Nueva edición corregida... por don Juan B. Guim y un suplemento... Madrid, 1873. Ed. Facsimilar. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1979. Tomo II, p. 950.

de conocerla. En ocasiones también se le llamó así a quien ejercía alguna de las jurisdicciones especiales o que implicaban un fuero.⁵³ Un juez *visitador* era el encargado de examinar la buena administración de la justicia en cierto ramo y que se cumpliera con la legislación: estaba facultado para proveer lo que creyese conveniente, así como para aplicar las sanciones respectivas. También se conoció con este nombre a los jueces encargados de realizar las “visitas” o inspecciones de los distritos de las audiencias o de los organismos o funcionarios del gobierno y tal y como en forma exhaustiva lo ha estudiado Ismael Sánchez Bella en sus artículos dedicados a las “Visitas generales”.⁵⁴

La Audiencia y el Virrey acostumbraron designar jueces comisionados, delegados y privativos tanto para lograr una mejor administración de justicia como para mantener un sistema de vigilancia y de control sobre toda esa administración y “así como los jueces con imperio podían delegar sus poderes en otros ejecutores, así también y con mayor razón las audiencias tenían la facultad de designar otros magistrados con plena jurisdicción para administrar justicia, aún sobreponiéndose a los jueces ordinarios”.⁵⁵

d) Corregimientos y Alcaldías Mayores.

La primera ley del título XV del libro 2º de la *Recopilación de Leyes de Indias* ordenó que los distritos de las doce audiencias americanas conservaran su división “en gobiernos, corregimientos y alcaldías mayores”, los que se considerarían subordinados a dichas reales audiencias.

En el distrito de la de México, por ejemplo, y dentro del radio de cinco leguas a partir de la ciudad capital del virreinato se localizaron el corregimiento de México, establecido desde 1574,⁵⁶ el

⁵³ *Ídem.*, pp. 945-955.

⁵⁴ Ismael SÁNCHEZ BELLA. *Derecho Indiano. Estudios I. Las visitas generales en la América española (siglos XVI-XVII)*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1991.

⁵⁵ ZORRAQUÍN, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁶ Gerhard, *op. cit.*, p. 186.

de Coyoacán —llamado en ocasiones Alcaldía Mayor— fundando en 1530 y cuyo magistrado sería nombrado por el Marqués del Valle, “sí bien este privilegio fue revocado en 1570-1595, 1710-1725 y 1814-1815”,⁵⁷ y la Alcaldía Mayor de Xochimilco, creada como corregimiento en 1541 y considerada como jurisdicción independiente a partir de la década de los setenta del siglo XVI.⁵⁸

Los corregimientos y alcaldías mayores fueron responsables —junto con los gobernadores— del llamado gobierno provincial o local y constituyeron en el reino de la Nueva España una autoridad intermedia entre la del cabildo de las ciudades y la del gobierno general del reino en manos del virrey-gobernador. Ambas instituciones constituyen magistraturas difíciles de entender y más de diferenciar entre sí. Su establecimiento en la América española ha dado ocasión a que muchos estudiosos llenen páginas y páginas sin que aún hoy se pueda decir que su origen, su funcionamiento, sus características y las distinciones entre ambas instituciones estén del todo claras.⁵⁹ Pero de dos cosas sí estamos seguros: la primera es que constituyeron la más importante pieza del gobierno territorial de la Nueva España por espacio de más de 250 años; responsables de las funciones de gobierno y de hacienda también los fueron de la justicia ordinaria en primera instancia, además de ser los encargados de las revisiones de las causas entabladas ante los alcaldes ordinarios. Por si fuera poco, la realidad económica del reino los llevó a convertirse en agentes comerciales de sus provincias, a las cuales consideraron un auténtico “coto mercantil”.⁶⁰ La segunda, es que la subordinación respecto

⁵⁷ *Ídem.*, p. 102

⁵⁸ *Ídem.*, p. 252

⁵⁹ Vid. GONZÁLEZ y LOZANO, *op. cit.* y los trabajos de W. Borah incluidos en ese mismo libro. Alfonso García Gallo “Alcaldes Mayores y corregidores en Indias”. *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1972. Horst Pietschmann. “Alcaldes Mayores, Corregidores und Subdelegados, Zum Problem der distriktsbeamten-schaft im vizekonigreich Neuspanien” *Jahrbuch*. IX, 1972. A Yali Roman. “Sobre Alcaldías Mayores y Corregimientos en Indias. Un ensayo de Interpretación”. *Jahrbuch* IX, 1977. En El AGN se guarda la documentación relacionada a estos funcionarios en el ramo “Alcaldes Mayores”.

⁶⁰ José MIRANDA, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*. Primera parte 1521-1820, 2a. ed., México, UNAM, 1978, p. 50.

de las audiencias reales que señaló la Recopilación de 1680 operó en el ámbito de la función judicial no en las de gobierno, hacienda ni guerra. Una diferencia entre ambos funcionarios que destacan algunos autores es que el corregidor era un funcionario de “capa y espada”, es decir no letrado, por lo que requería necesariamente del asesoramiento de un teniente letrado, mientras que el Alcalde Mayor era teóricamente un “perito en derecho, hombre de leyes” y por lo mismo no requería del asesoramiento de un teniente letrado.⁶¹ En la realidad novohispana ambos carecieron de conocimientos jurídicos elementales, salvo contadas excepciones.

Hubo tres tipos de corregimientos: los corregimientos de indios “conocían de los asuntos litigiosos que por su importancia rebasaban la competencia de las autoridades indígenas de los pueblos de indios”,⁶² los corregimientos de tipo urbano, establecidos “en ciudades y villas españolas” que solían contar con cabildos seculares, por ejemplo, Zacatecas, Puebla, Querétaro y México, y el corregimiento subordinado al Marquesado del Valle de Oaxaca, como fue el caso del corregimiento de Coyoacán. Todos, al igual que los alcaldes mayores, pudieron conocer de asuntos civiles y criminales en primera instancia en los territorios de sus respectivas jurisdicciones y en concurrencia con los alcaldes ordinarios. Respecto a la materia civil pudieron conocer de asuntos litigiosos -créditos no pagados e incumplimiento de contratos principalmente- como no litigiosos tales como nombramientos, otorgamientos de licencias, realización de avalúos o de visitas, expedición de despachos, notificaciones, pedimentos, etc. En materia criminal fueron los responsables de la persecución y el castigo de los delitos cometidos en sus respectivos territorios.⁶³

Vinculados y subordinados a dichas magistraturas se encontraron los *tenientes de alcalde mayor o de corregidor*. Hubo dos tipos de estos funcionarios: *los tenientes de distrito*, a la cabeza de los tenientazgos o circunscripciones pequeñas en las cuales se di-

⁶¹ MURO, *op. cit.*, p. 218

⁶² GONZÁLEZ y LOZANO, *op. cit.*, p. 80

⁶³ *Ídem.*, pp. 96 a 105. Aquí se da una visión pormenorizada de los procesos criminales y de los delitos de la época.

vidieron las alcaldías mayores mas extensas o con mayor población, y los *tenientes generales*, designados “cuando el corregidor o alcalde mayor no podía despachar por estar enfermo o ausente de su distrito”.⁶⁴ No hay que confundir este tipo de tenientes con el *teniente letrado o asesor*, conocido también como *asesor letrado* que suplió la carencia en la formación jurídica de los corregidores y en muchísimos casos también la de los alcaldes mayores —supuestamente letrados— y la de sus respectivos tenientes generales o de distrito.⁶⁵

e) La Justicia capitular.

En la base de la complicada estructura judicial novohispana se encontraban los jueces capitulares o municipales tanto en los pueblos de indios como de españoles: alcaldes ordinarios de pueblos de españoles, alcaldes y gobernadores de pueblos de indios, alcaldes de la santa hermandad, de aguas “y algunos auxiliares como los defensores de pobres y de menores, los escribanos del cabildo, los alguaciles y los ministros”, quienes integraron “un sistema judicial constituido por magistrados electivos”.⁶⁶ Además de tener esta última característica fueron siempre funcionarios no letrados, no expertos en derecho con funciones casi siempre anuales y que trabajaban “a costa”, es decir, “que los litigantes debían pagar su trabajo con arreglo al arancel”.⁶⁷

“La justicia de los cabildos —afirma Ricardo Zorraquín— adquirió una gran importancia como defensora de las cuestiones de índole privada que se suscitaban en esas comunidades pequeñas. Fue la justicia lugareña, concedora de las personas y de las costumbres, que se adaptaba a la convivencia y a las necesidades locales y era administrada por elementos estrechamente vinculados a los demás pobladores y en este sentido ejerció una influencia que no podría ser desconocida”.⁶⁸ Y sin embargo hasta la fecha lo

⁶⁴ W. BORAH. “Los auxiliares del gobernador provincial” en *El gobierno provincial...*, p. 51.

⁶⁵ *Idem*, pp. 55-57

⁶⁶ ZORRAQUÍN, *op. cit.*, p. 21

⁶⁷ *Idem.*, p. 56

⁶⁸ *Idem.*, p. 53.

es. Aún cuando ya se ha emprendido un valioso esfuerzo para rescatar los archivos municipales de nuestro país, algunos de los cuales están siendo catalogados, poco sabemos de la justicia capitular novohispana, concretamente de la actuación de los dos alcaldes ordinarios, los de primero y segundo voto, quienes entendieron “por turno y en primera instancia en todas las causas civiles y criminales que se suscitaron en la jurisdicción de cada ciudad, siempre que no comprendieran a alguno de los fueros especiales”.⁶⁹ De sus poco doctas sentencias conocieron en apelación los propios cabildos si el asunto no pasaba de los 60,000 maravadés, y los corregidores, alcaldes mayores o las audiencias, según los casos, en los de mayor cuantía o gravedad. Ante los jueces capitulares, aún mas que ante los corregidores y alcaldes mayores, los procesos se desarrollaron breve y sumariamente, sin mayores complicaciones jurídicas, con una gran intervención de la discrecionalidad de los jueces y una falta de referencia (tanto para la fundamentación de las sentencias como en la argumentación de las partes) a los fundamentos legales que caracterizan actualmente los procesos judiciales. Hubo en ellos, además, una mayor oralidad que en otros procesos y obviamente que hoy en día.

La documentación de este tipo de justicia para el caso de la ciudad de México se conserva en el Archivo Histórico Judicial del Distrito Federal y se completa con la documentación conservada en el Archivo Histórico del Ex Ayuntamiento de la Ciudad de México ubicado en la antigua casa del Conde de Heras y Soto.⁷⁰ El material conservado, proveniente del Juzgado de Provincia y del corregimiento de México y del Cabildo de la ciudad de México convierte al primero de estos archivos en el archivo histórico judicial más importante de la ciudad de México; de enorme valor para el estudio de las instituciones jurídicas y para muchos otros temas relacionados con la historia del Derecho, de las mentalidades, de las mujeres —como lo demuestra la obra de Silva

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Cfr. *Catálogo del Archivo Histórico del Ex Ayuntamiento de la Ciudad de México. 1524-1928*. México, D.D.F., 1988 [AHCM]

Arrom—⁷¹ de la propia ciudad capital, etcétera. Por lo mismo, resulta inexplicable e injustificable el grado de abandono que exhibe y el desconocimiento de su existencia por tantos historiadores de nuestra ciudad y de su pasado colonial e independiente, salvo, claro está, por los insufribles y ágrafos genealogistas. En él es posible encontrar también expedientes provenientes de las jurisdicciones del *gobernador de indios de México* y del *gobernador de indios de Coyoacán*, y es que la ciudad de México desde el siglo XVI quedó dividida en dos “repúblicas”: la española, asentada dentro de los límites de la traza, y la de indios, dividida entre la parcialidad de San Juan Tenochtitlan y la parcialidad de Santiago Tlatelolco, ambas con gobernadores propios encargados de la justicia ordinaria en sus respectivas parcialidades.⁷²

No menos notables son los expedientes que demuestran la actuación del *Juez residente de la Junta de Policía*, cargo que en 1716 recayó en Miguel Díez de la Mora, a la vez corregidor de la ciudad capital del reino. La Junta de Policía era una institución municipal encargada del arreglo, cuidado y limpieza de la ciudad, así como de la debida circulación de los transportes, de aplicar las multas correspondientes, señalar la ubicación de los artesanos, etcétera. Su documentación se conserva en los ramos Policía y empedrados y Obras públicas del Archivo General de la Nación y en el Archivo Histórico de la Ciudad de México.

IV. FUEROS Y TRIBUNALES ESPECIALES

Respecto de los fueros y tribunales especiales Jacinto Pallares mencionó y aportó datos acerca del Juzgado de Indios, del “Fuero de hacienda, subdividido en muchos juzgados especiales” (hasta 14), del “Fuero eclesiástico y monacal”, del de la Bula de la Santa Cruzada, del de los Diezmos y primicias, del fuero mercantil,

⁷¹ Silvia Marina ARROM. *Las mujeres de la ciudad de México 1790-1857*. México, Siglo XXI editores, 1988.

⁷² Cfr. RAMO “Parcialidades” del AHCM y Silvio Zavala y José Miranda “Instituciones indígenas de la Colonia” en *La Política Indigenista en México*, 2ª ed., México, Instituto Nacional Indigenista, 1973, pp. 112 y 113.

del de minería; del “fuero de mostrencos, vacantes e intestados”, de la Acordada, de la Santa Hermandad, del “fuero de la inquisición”, del fuero de residencia ó de pesquisas y visitas”, de los casos de Corte “y otros recursos del Consejo de Indias” y, por último, del fuero de guerra.⁷³ No hay duda que su visión acerca de estos fueros no correspondió a un cabal entendimiento de la justicia novohispana, confundiendo los auténticos fueros con otros tipos de jurisdicciones especiales y tratando como “tribunales” especiales lo que en realidad era resultado de una justicia comisionada o delegada.

Zorraquín Becú, con mejor y más fundado criterio ha agrupado las distintas magistraturas indianas en las “cuatro categorías fundamentales” que hemos visto: capitulares —donde incluye los alcaldes de la Santa Hermandad, los alcaldes de aguas, los de barrios y los jueces de naturales, jueces reales— donde incluye a los gobernadores, el fuero de guerra, el de hacienda, los intendentes y las atribuciones judiciales de los virreyes (fuero de correos, Juzgado de vigilancia); los jueces eclesiásticos —los jueces ordinarios y conservadores, el tribunal de la Santa Cruzada, la jurisdicción sobre los diezmos y el Tribunal del Santo Oficio— y las Audiencias, que también ya hemos analizado. “Fuera de estas cuatro categorías o grupos de magistrados, aparecen... tres fueros especiales con jueces privativos que no caben dentro de esa clasificación: el consulado, el protomedicato y el fuero universitario”.⁷⁴

Ots y Capdequi menciona las siguientes jurisdicciones “especiales”: la eclesiástica, el Tribunal de la Santa Inquisición, el asilo eclesiástico, la jurisdicción militar, la mercantil, el Tribunal de cuentas y Real Junta de Correos y Postas, además de “jueces especiales de caminos y de contrabandos”.⁷⁵

Por su parte, Sánchez Bella señala como “otras jurisdicciones”, distintas a la ordinaria, la hacienda, la militar, el Juzgado General

⁷³ PALLARES, *op. cit.*, p. 28

⁷⁴ ZORRAQUÍN, *op. cit.*, p. 20

⁷⁵ José María OTS y CAPDEQUI. *Historia del Derecho Español en América y del Derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1968, pp. 165-167

de Naturales, la eclesiástica, el Tribunal de la Inquisición, los consulados, el “fuero universitario”, el protomedicato, el “fuero de Correos”, el Tribunal de la Acordada y el Tribunal de Cuentas.⁷⁶

Por último, Soberanes en *Los Tribunales de la Nueva España* distingue entre los *Tribunales Ordinarios* y *otros tribunales* como la Acordada, el consulado, los tribunales eclesiásticos, el de Indios, la Inquisición, la Mesta, los militares, el de Minería, el Protomedicato, los de la Real Hacienda y el Universitario.⁷⁷

A esta rica variedad de fueros y tribunales especiales vigentes en la Nueva España —que responden a una visión compleja y corporativa de la sociedad y a la imposibilidad de reducir el tratamiento de los problemas jurídicos a la simple aplicación de fórmulas genéricas e idénticas para todos los miembros (individualmente considerados) de una sociedad— debemos agregar el fuero —excepcional en toda la América española por su carácter de fuero territorial— del Marquesado del Valle de Oaxaca que implicó la facultad de impartir la justicia ordinaria a los habitantes de este señorío y de designar a los jueces que a nombre del Marqués, que no en el del Rey, deberían impartirla. De esta forma los “jueces de primera instancia, los corregidores y los alcaldes mayores impartían su justicia en las cabeceras de las jurisdicciones marquesanas (es decir, alcaldías mayores y corregimientos) y, en caso necesario, de ellos se apelaba ante el propio señor de vasallos o ante alguno de sus delegados más inmediatos, como el gobernador del Estado, que era el principal funcionario, y cuando ya los marqueses no residieron en la Nueva España, su cabeza efectiva”.⁷⁸ Se trató, pues, no de un fuero especial, sino de un fuero territorial que convertía a la justicia ordinaria en una función señorial, no real.⁷⁹ En el año de 1613 se nombró a un juez de comisión que más tarde daría lugar *al Juzgado privativo y conservador del Estado y Marquesado del Valle* a

⁷⁶ Ismael SÁNCHEZ BELLA, *et. al. Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Editorial Mapfre, 1992, pp. 226 y 227.

⁷⁷ SOBERANES, *op. cit.*

⁷⁸ Bernardo GARCÍA MARTÍNEZ, *El Marquesado del Valle, tres siglos de régimen señorial en Nueva España*. México, El Colegio de México, 1969, p. 64.

⁷⁹ *Ídem.*, pp. 51 y ss.

cargo de un oidor de la Real Audiencia y que desplazó al Gobernador del Estado de algunas de sus funciones judiciales. Formalmente no se podría considerar a este juzgado como de señorío sino real, aunque “en la práctica nunca lo fue: los jueces privados nunca defendieron los intereses del rey sino los del marqués”.⁸⁰ Pero este juzgado no se encargó de la justicia ordinaria de primera instancia, la cual continuó en manos de los corregidores y alcaldes mayores del señorío, como en los casos de los corregimientos de Coyoacán y de Toluca, ambos dentro de la jurisdicción del Marquesado del Valle. Hay que distinguirlo del *Gobernador, Justicia Mayor y administrador general* “Nombrado por el Marqués y que ejercía por delegación las funciones de éste”,⁸¹ incluso la de participar, en ocasiones, en los procesos judiciales en lugar de las justicias ordinarias.

De los otros tribunales especiales que más importancia tuvieron hay que referirnos primero al *Real Tribunal del Consulado* y al *Juzgado General de Indios*. El primero, fundado en 1592, estuvo en manos de un prior y dos cónsules que resolvieron los conflictos de la materia mercantil en primera instancia,⁸² mientras que el segundo, magistralmente estudiado por Borah y por Lira,⁸³ fue establecido en el año de 1592 y conoció de los pleitos entre indios, “así como aquellos en que éstos fueran demandados por españoles o mestizos, mediante procesos sumarios y con procedimientos esencialmente administrativos”.⁸⁴

El *Tribunal de Cuentas* fue establecido en 1605 a cargo de tres Contadores de Cuentas cuyas funciones, entre otras, fueron las de examinar las cuentas de los oficiales de la Real Hacienda y perseguir ciertos delitos fiscales como el fraude a la hacienda real y el contrabando. Cabe aclarar que dichos contadores —que vinieron a

⁸⁰ *Ídem.*, pp. 104-110, por lo que se refiere al funcionamiento de este Juzgado privativo cuya documentación guarda el Archivo General de la Nación en el ramo “Hospital de Jesús”.

⁸¹ *Ídem.*, p. 120

⁸² Cfr. SMITH, RAMÍREZ FLORES y PASQUEL. *op. cit.* Los documentos de este tribunal mercantil se pueden consultar en el Archivo General de la Nación ramo “Consulado”.

⁸³ W. BORAH, *El juzgado...* Andrés Lira “La extinción del Juzgado de Indias” en Soberanes, *Los Tribunales...*, p. 189-203

⁸⁴ BORAH, en Soberanes, *Los tribunales...*, p. 176

suprimir las facultades que en esta materia habían tenido hasta entonces los virreyes y las reales audiencias— fueron de nombramiento real, es decir, Justicias reales, si bien su jurisdicción fue especial.⁸⁵

El *Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición* es tal vez el tribunal especial más estudiado y el que más curiosidad ha despertado entre los historiadores y el público en general. La conservación de su rica documentación y cierto e innegable morbo, además del carácter instrumental que le dió el liberalismo decimonónico para atacar el período novohispano, son algunos de las razones de tantos estudios en torno a la Inquisición.⁸⁶ Se estableció en la Nueva España en tiempos de Felipe II como tribunal autónomo de doble jurisdicción, civil y eclesiástica, para perseguir los delitos y pecados contrarios a la fé católica: herejía y apostasía principalmente pero también la simonía, la blasfemia, la idolatría, las supersticiones, la brujería y otros delitos contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Los indígenas quedaron exentos de su jurisdicción y fue suprimida definitivamente al restablecerse la vigencia de la Constitución de Cádiz en México hacia 1820.

La *Acordada* fue un tribunal que se estableció a comienzos del siglo XVIII como resultado de un real acuerdo en el seno de la Audiencia de México pero con jurisdicción en los territorios de Nueva España, Nueva Galicia, Nueva Vizcaya y Nuevo León para perseguir y castigar los delitos cometidos en el campo y, al principio, la elaboración de bebidas prohibidas. Estuvo encargada también de la vigilancia de los caminos. Sustituyó a la Santa Hermandad y fue confiada en principio a la familia Velázquez de Lorea. Se extinguió como consecuencia de la promulgación de la Constitución de Cádiz.⁸⁷

⁸⁵ Cfr. Leyes I y II, tit. I, lib. 8º RI. En el Archivo General de la Nación, ramo "Tribunal de Cuentas", se encuentran los documentos de este tribunal.

⁸⁶ SOLANGE, *op. cit.*, Yolanda Mariel de Ibáñez. *El Tribunal de la Inquisición en México (Siglo XVI)*, 2ª ed., México, UNAM, 1979; José Toribio Medina, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*. México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1991.

⁸⁷ MAC LACHLAN, en Soberanes *op. cit.*, pp. 85-122; Alicia Bazán Alarcón. "El Real Tribunal de la Acordada y la delincuencia en la Nueva España". *Historia Mexicana*, Vol. XIII, núm. 3, enero-marzo 1964; Javier Piña y Palacios. "El Tribunal de la Acor-

La *Mesta* —como agrupación de ganaderos o dueños de estancias para el ganado— se introdujo en la Nueva España desde fecha muy temprana, en 1529, con dos jueces que resolverían los conflictos entre los ganaderos. Recibió sus Ordenanzas definitivas en 1573. Los Alcaldes de Mesta llevarían vara de justicia "en las ciudades donde fueran electos todo el año de su nombramiento, y fuera de dichas ciudades, sólo en las partes y lugares donde celebraran sus concejos, durante los diez días de la duración de éstos".⁸⁸

Respecto de los *tribunales eclesiásticos* Pallares afirmó que "Los obispos y sus vicarios generales y provisoros, y los generales, provinciales o superiores de las órdenes religiosas, de acuerdo con la legislación canónica [particularmente el *Corpus Iuris Canonici* y los decretos del Concilio de Trento] conocían de las causas civiles y criminales de los eclesiásticos, seculares y regulares, capellanías y demás bienes que poseían y administraban, de las causas matrimoniales" y de otros asuntos.⁸⁹ La segunda instancia se ventiló ante el Metropolitano y la tercera ante la Santa Sede. Para la ejecución de sus sentencias tuvieron que acudir a las autoridades seculares. Constituyeron la manifestación más acabada de un régimen foral de tipo personal y en cierta forma su afectación por parte del reformismo borbónico fue una de las principales causas de la independencia mexicana.⁹⁰ Junto con el fuero militar sobrevivió a la destrucción del imperio español hasta que las leyes reformistas del Presidente Comonfort los suprimieron en 1856.

El *fuero militar* o "de guerra" se remonta a la segunda mitad del siglo XVI, habiéndose ampliado y precisado durante las dos centurias siguientes. Sus elementos esenciales fueron codificados —al decir de McAlister— en 1786 en las *Ordenanzas para el régimen del Ejército*. "El goce de la jurisdicción militar tanto en las causas civiles como en las criminales fue dispuesto no sólo para

dada. Notas para su historia y funcionamiento". *Criminalia*. México, año XXV, núm. 9, septiembre 1959.

⁸⁸ MIRANDA, en Soberanes, *op. cit.*, pp. 2 y 7

⁸⁹ PALLARES, *op. cit.*, p. 32

⁹⁰ N.M. FARRIS. *La Corona y el clero en el México colonial 1579-1821. La crisis del privilegio eclesiástico*. México, F.C.E., 1995.

los militares regulares, sino también a sus esposas e hijos dependientes de ellos, sus viudas e hijos mientras dependieran de sus madres, sus sirvientes domésticos y a ciertos funcionarios civiles de la Secretaría de Guerra".⁹¹ Se extendió también a lo relativo a los bienes y herencias de los beneficiados con este fuero.

Por último, tres gremios muy característicos de la vida económica, científica e intelectual de la Nueva España —los mineros, los médicos, los universitarios— gozaron de sus propios tribunales especiales. El *Tribunal de Minería* quedó formalmente establecido en 1777 gracias a los esfuerzos de Joaquín Velázquez de León y del Secretario Universal de Indias José de Gálvez. Estuvo integrado por un Administrador, un Director y tres Diputados generales. La competencia de estos últimos y del primero estuvo limitada "al conocimiento y determinación de todo género de negocios, pleitos y causas pertenecientes al Cuerpo de la misma minería y mineros particulares".⁹² Tuvo además un asesor letrado, abogado de la Real Audiencia de México, y un secretario. Desapareció con la independencia.

El *Protomedicato* fue establecido en 1630 para conocer de los asuntos relativos a la salubridad pública y de los litigios resultado de las actividades de los médicos, boticarios o farmaceuticos. Se integró con tres magistrados y aunque subsistió a las reformas gacitanas no llegó a tener la misma fuerza que durante el período colonial. Le correspondió entre otras cosas, emitir los títulos de médico, boticario, cirujano, barbero y otros oficios relacionados con la salud.⁹³

El *Tribunal Universitario*, consecuencia del fuero universitario de vieja tradición, quedó confiado al Rector de la Real y Pontificia Universidad de México desde mayo de 1597, y fue extensivo tanto a la materia civil como a la criminal. Bajo su jurisdicción

⁹¹ MCALISTER, en Soberanes, *op. cit.*, p. 256

⁹² Citado por Roberto Moreno de los Arcos, en Soberanes, *op. cit.*, p. 269

⁹³ FEBLES, en Soberanes, *op. cit.*, pp. 281-291; Francisco FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y Alicia HERNÁNDEZ TORRES. *El Tribunal del Protomedicato en la Nueva España según el Archivo Histórico de la Facultad de Medicina*. México, UNAM, 1965. J.T. LANNING. *The Royal Protomedicato. The regulation of the medical professions in the Spanish Empire*. DURHAM, 1985.

quedaron "todos los rectores, maestros, oficiales y estudiantes, lectores y oyentes de la Universidad".⁹⁴ Fue suprimido —al igual que otros "fueros" personales— por la Constitución de Cádiz.

V. EPÍLOGO

En la documentación conservada en los archivos judiciales mexicanos se encuentran y se explican la vida y el funcionamiento de todos estos tribunales y por ende muchas de las ideas jurídicas de las diversas épocas ahí representadas; los modos de hacer y decir justicia, los mecanismos procesales, la argumentación jurídica, las reclamaciones, aspiraciones, solicitudes y quejas de una sociedad en permanente proceso de transformación. Lo que es más, en ellos se hallan muchas de las respuestas a las preguntas que planteó el cambio operado en el ámbito de estas instituciones y en el modo de entender el Derecho en el tránsito del siglo XVIII al XIX: de una visión acerca del Derecho fundada en la diversidad y riqueza de las fuentes jurídicas, en la discrecionalidad de los jueces y en el particularismo jurídico, a la reducción del mismo como mero conjunto de normas legales, producto de ideas abstractas y generales y de la voluntad política y que sujetó al juez y a las partes al cumplimiento de dichas leyes y al respeto de mecanismos y procedimientos clara, definitiva y previamente definidos dentro de un cerrado orden jurídico en extremo racionalizado y conceptualizado que encontró su expresión más acabada en los conceptos de Constitución, Codificación y supremacía legislativa. Es decir, de un pluralismo jurídico al más férreo absolutismo jurídico.⁹⁵

Durante el período que comprende nuestro trabajo el orden jurídico vigente goza de las características primero enunciadas; por lo mismo, la jerarquización de los funcionarios, la competencia de los tribunales, la definición misma de dichas competencias y las formas procedimentales no obedecieron a una lógica racionalista-constitucional como la que imperó en el siglo XIX e impera todavía en el presente... a costa, muchas veces, de la más elemental justicia y del sentido común.

⁹⁴ MADRAZO, en Soberanes, *op. cit.*, p. 357

⁹⁵ GROSSI, *op. cit.*

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROFESIÓN JUDICIAL

Miguel BONILLA LÓPEZ

SUMARIO: I. *Perspectiva temática.* II. *Los tribunales como organizaciones.* III. *La profesión judicial.* IV. *Profesión y carrera judicial en el poder judicial de la federación.* V. *Profesión judicial, funcionario judicial.* VI. *A manera de conclusiones.*

I. PERSPECTIVA TEMÁTICA

En este trabajo se exponen algunas reflexiones sobre la actividad de los jueces y la actividad de sus colaboradores o auxiliares —secretarios y actuarios—, en términos de la “profesionalidad” de sus quehaceres.

Si bien se trata de una indagación meramente preliminar, que servirá para desarrollos posteriores, hay un punto de partida claro. Hasta el momento, al menos en nuestro país, sólo los jueces, los que ejercen directamente la función jurisdiccional, han sido calificados de “profesionales”. Son ellos quienes ejercen la “profesión judicial”. En cambio, los secretarios de acuerdos, los secretarios proyectistas o los actuarios (o notificadores) no han sido calificados de “profesionales de la actividad judicial”. ¿Esto es correcto? ¿Sólo los jueces ejercen una profesión? ¿Los colaboradores y auxiliares de los jueces son simples “licenciados en derecho”, que lo mismo pueden actuar en el seno de los tribunales y juzgados, que en las notarías públicas, en los despachos de abogados, en las consultorías jurídicas, en las direcciones jurídicas de las entidades públicas, en los órganos de procuración de justicia? Estas preguntas merecen una respuesta, y este trabajo intenta aportar elementos para responderlas.

Como base de nuestras reflexiones, emplearemos ejemplos de la judicatura federal mexicana, que es con la que personalmente estamos vinculados, aunque los conceptos que entran en juego —profesión, carrera judicial, funcionario judicial— son comunes a todos los órganos jurisdiccionales.

Los trabajos como este, más bien ensayos, tienen una intención doble: servir para la aproximación a objetos de estudio y fomentar la discusión, el debate. Ojalá se logren tales propósitos.

II. LOS TRIBUNALES COMO ORGANIZACIONES

Hay dos significados comunes de la palabra “tribunal”: el de órgano que imparte justicia —unipersonal o colegiado— y, con mayor simpleza, el del lugar o el edificio donde se asienta¹.

Ambas acepciones son las que empleamos cotidianamente quienes nos dedicamos a la actividad jurídica. Decimos, por ejemplo, “La jurisprudencia que establezca cada uno de los *tribunales* colegiados de circuito es obligatoria para los *tribunales* unitarios, los juzgados de distrito, los *tribunales* militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal, y los *tribunales* administrativos y del trabajo, locales o federales”, “Acuerdo general número 5/1997, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo al nuevo domicilio de los *tribunales* colegiados del Tercer Circuito, con residencia en la ciudad de Guadalajara, Jalisco”, etcétera.

Pocas veces empleamos esa palabra de un modo distinto. Quizá en algunos trabajos de índole académica, tal vez en alguna sentencia, nos encontremos con acepciones diversas, de mayor técnica, pero por lo mismo no alejadas de los usos jurídicos. Así, alguien podría decir que un tribunal es un complejo normativo al cual se imputan los actos de ciertos órganos —verbigracia, el pleno de un tribunal cole-

¹ Voz, “Tribunal” en Capitant, Henri *et. al.*, *Vocabulario jurídico* [traducción del francés de Aquiles Horacio Guaglianone], Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 552; COULTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico* (con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo), Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 572; PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal Civil*, 21a. ed., Porrúa, México, 1994, p. 779; RILEY, Alison, *English for Law*, Mcmillan Publishers, Londres, 1991, p. 251 y SANTO, Víctor de, *Diccionario de derecho procesal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, pp. 413 a 414.

giado, los magistrados que lo integran en lo individual, su presidente— encargados de las funciones estatales de preparación procesal y realización del acto coactivo.²

Normalmente, nuestro bagaje cultural y nuestra diaria actividad impiden que veamos a los tribunales desde ópticas ajenas a nuestra profesión. Sin embargo, es claro que un psicólogo, un sociólogo, un arquitecto, podrían acercarse a nuestro medio y ver en los tribunales algo más, algo distinto, de lo que nosotros vemos. Un ejemplo interesante de este ejercicio de mirar con los ojos de otra disciplina un fenómeno que habitualmente sólo vemos los juristas, es el de algunos estudiosos de las ciencias de la administración que han descubierto que es posible concebir a los tribunales como *organizaciones*, esto es, “conjunto[s] estructurado[s] de roles o funciones [...] que persiguen fines comunes [...] y que emplean métodos de trabajo preestablecidos y rutinarios”³. La explicación es evidente: los roles y funciones son los de juzgador, secretario, litigantes; el objetivo común es solucionar controversias jurídicas; los métodos de trabajo rutinarios y fijados de antemano son los diversos procedimientos judiciales que consignan los códigos.

Si se sigue con ese enfoque, puede precisarse que los tribunales son un tipo particular de organizaciones, las denominadas “profesionales”, pues los sujetos principales que intervienen en el proceso de solución de controversias jurídicas —los jueces— conforman una “profesión”, la judicial: realizan su labor en virtud del conocimiento especializado con que están revestidos.⁴

² *Mutatis mutandis*, es la fórmula de José Ramón Cossío Díaz para estudiar, desde una perspectiva kelseniana, a la Suprema Corte de Justicia (COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de la Nación*, Porrúa, México, 1992, pp. 20 a 23, principalmente).

³ FIX FIERRO, Héctor, “Los Consejos de la Judicatura, entre profesión y organización”, en *Coloquio internacional sobre el Consejo de la Judicatura Federal*, CJF-UNAM, México, 1995, pp. 74 a 75; del mismo autor véase *La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, UNAM, México, 1995, pp. 30 y 32 a 34. En ambos textos, Fix Fierro aborda el tema y hace referencia a una serie de estudios hechos en Alemania, Francia y Estados Unidos en los que aprecia la singularidad de estos enfoques.

⁴ FIX FIERRO, Héctor, “Los Consejos...”, *op. cit.*, p. 75: “Profesional en este contexto se refiere al trabajo judicial propiamente dicho, es decir, la decisión obligatoria de conflictos jurídicamente relevantes por parte del juez, quien hace uso de un conocimiento especializado que constituye el ‘núcleo tecnológico’ que administra la organización.”

III. LA PROFESIÓN JUDICIAL

Generalmente, y dentro de la tradición jurídica romano-canónica, se ha considerado que el juez es el funcionario estatal que domina la técnica de la aplicación del derecho en la solución de controversias jurídicas, gracias a los conocimientos acumulados mediante la práctica en las diversas jerarquías del aparato de justicia. En ese sentido, se dice que el juez, para llegar a serlo, tiene que seguir una “carrera”⁵ dentro de la judicatura después de concluidos sus estudios universitarios. La función de juzgar es percibida como el resultado del entrenamiento informal seguido en juzgados y tribunales, y se estima que es la meta de la carrera. Dentro de tal visión, ese conjunto de conocimientos constituyen la esencia de la acción de juzgar y, por tanto, quien los tiene, el juez, es propiamente un “profesor”, un “profesional”, alguien que ejerce una profesión.⁶

Pero el conocimiento especializado, en realidad, sólo es uno de los rasgos que caracterizan a las profesiones. Recordemos que éstas son actividades dedicadas a resolver conjuntos particulares de problemas, realizadas por grupos de personas —grupos sociales— provistos de conocimientos especializados, que adquieren, normalmente, mediante procesos formativos institucionales; actividades que además se encuentran sujetas a controles ocupacionales

⁵ Al hablar de carrera se hace referencia a “una secuencia de ocupaciones, empleos o puestos desempeñados u ocupados a la largo de toda la vida por una persona [en la que la] elección de estos roles, y el éxito en ellos, está determinada, en parte, por las aptitudes, los intereses, los valores, las necesidades, las experiencias anteriores y las expectativas del individuo en cuestión”; es decir, la carrera está constituida por “una serie de empleos relacionados, ordenados en forma jerárquica o de prestigio, por medio de la cual las personas se mueven siguiendo una secuencia ordenada (más o menos predecible)”, en TYSON, Shaun y Tony Jackson, *La esencia del comportamiento organizacional*, Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1997, pp. 103-104.

⁶ Se dice que “los jueces constituyen una rama separada de la profesión jurídica, ya que los aspirantes a la judicatura ingresan normalmente en la carrera judicial poco después de terminada la enseñanza universitaria, y prosiguen su entrenamiento especializado dentro de la misma institución [judicial]”, (FIX FIERRO, Héctor en “Los Consejos...”, *op. cit.*, pp. 80-81).

y que públicamente se diferencian entre sí y de otras muchas actividades.⁷

Es patente que quien ejerce directamente la función jurisdiccional, esto es, el juez o el magistrado, pertenece a un grupo de personas que cuenta con saberes, habilidades y destrezas especiales —conocimiento del orden jurídico, capacidades argumentativas e interpretativas, habilidades organizativas, destreza para realizar diligencias judiciales— muy distintas de las que caracterizan a otros individuos; también es patente que los problemas que resuelven por virtud de ese *background* son diversos de los que enfrentan otros: los jueces son esos terceros imparciales que ha instituido el Estado para decidir jurisdiccional e imperativamente controversias de derecho, y hay reglas claras y públicas sobre la naturaleza de su labor y la manera como han de comportarse al hacerla. También es palmario que sobre su actividad se ejercen controles ocupacionales: hay requisitos para el ingreso, permanencia, promoción y egreso; sistemas de responsabilidad; órganos de vigilancia, etcétera. Igualmente se puede hablar de la percepción generalizada de que los jueces ejercen una actividad diversa de las que realizan otros sujetos egresados de nuestras escuelas y facultades de Derecho. Nadie pondría en duda la afirmación de que los titulares de los órganos jurisdiccionales ejercen la profesión judicial.

Aquí cabe preguntarse qué ocurre con quienes colaboran y auxilian a los jueces y magistrados en su labor de interpretar y aplicar el derecho; qué ocurre con quienes aún no llegan a la cúspide del sistema: ¿también merecen ser vistos como profesionales o al menos como practicantes de una actividad que tiende a profesionalizarse? Sobre el supuesto de que el cargo de juez es el punto culminante de una sucesión de cargos, de una carrera, podría decirse que sólo la actividad del juzgador puede ser concebida como profesión. Más aún: aquellos que realizan comunicaciones a las

⁷ Nuestra definición es meramente operativa; para elaborarla seguimos a PACHECO MÉNDEZ, Teresa, “La institucionalización del mundo profesional”, en *La profesión. Su condición social e institucional*, CESU, Miguel Ángel Porrúa, México, 1997, p. 21 y VALLE FLORES, Ángeles, “Sobre las prácticas profesionales y los retos de la transformación económica”, *Ibidem*, pp. 176-177.

partes, los que formulan proyectos de sentencias, quienes llevan el control administrativo de juzgados y tribunales, aquellos que están al cuidado de la regularidad de los procedimientos judiciales del órgano, no suelen vistos como profesionales de la función judicial, sino como meros "licenciados en derecho", no diferenciables de quienes actúan en otras ramas de lo jurídico.

Sin embargo, si bien se ve, lo anterior acontece sólo cuando, dentro de un contexto masificado de actuarios y secretarios, concurren una serie de características: *a)* inexistencia de mecanismos de ingreso rigurosos a juzgados y tribunales; *b)* falta de un proceso formativo institucionalizado, previo y obligatorio, que capacite a estos colaboradores y auxiliares, así como de un proceso de capacitación y actualización permanentes; *c)* ausencia de mecanismos efectivos de promoción y ascenso internos; *d)* ausencia de un estatuto en el que sus derechos, obligaciones y funciones se encuentren sistematizados, y no desperdigados en varios ordenamientos o sustentados en hábitos; *e)* disparidad de edades, conocimientos, experiencias profesionales y demás requisitos de ingreso y permanencia, y *f)* ausencia de un cuerpo orgánico de funcionarios, un "colegio" consciente de sí mismo que fomente la defensa de derechos y la superación profesional.

Si en un sistema de justicia en el que es alto el número de tales colaboradores y auxiliares, confluyen los factores enumerados en el párrafo anterior, estaremos frente a un sistema en el que la profesionalización será nula o mínima y su quehacer será visto como una mera ocupación, esto es, como una labor que se hace para ganarse la vida en un momento dado; por el contrario, en los sistemas de justicia en los que dichos factores no existan o tiendan a desaparecer, y en su lugar aparezcan sus opuestos, se podrá decir que la actividad de secretarios y actuarios es profesional o que está en vías de profesionalizarse.

Veamos dos ejemplos. Sin duda los secretarios y actuarios no son peritos en el arte de la interpretación y aplicación del derecho, aunque tampoco puede cuestionarse que precisamente con su actividad de colaboración y auxilio pueden entrenarse en esa labor: el secretario que formula un proyecto de sentencia, desarrolla habilidades interpretativas y argumentativas; el actuario que practica una

diligencia, adquiere destrezas que serán necesarias para dirigir un órgano jurisdiccional. Si, por añadidura, el juzgador para quien trabajan les enseña el oficio, secretarios y actuarios incrementarán sus aptitudes. El punto es que con tal manera de actuar, la labor de secretarios y actuarios no pasará a los niveles de profesión. Por decirlo de algún modo, quedará en un mero modelo artesanal, mas no profesional.⁸ Así, en la medida en que no exista un sistema de preparación, formación y capacitación institucional para estos funcionarios, no podrá hablarse, cabalmente, de que estos sujetos son profesionales.

Otro ejemplo. Si las atribuciones de secretarios y actuarios no están precisadas, si no es posible conocer de conjunto el cúmulo de derechos y obligaciones que tienen, bien sea por falta de sistematización de las reglas que los contienen o por ausencia de reglas, entonces el hábito, la costumbre será la fuente preponderante de sus actos, lo que, sin duda, incidirá en la manera misma como realizan su actividad.

Hoy por hoy, en nuestro país y sobre todo en el ámbito de la justicia federal, existen al menos dos características que evidencian cómo la actividad que ejercen los actuarios y secretarios tiende fuertemente a profesionalizarse: *a)* la conformación paulatina de instrumentos legales *ad hoc* que regulan el acceso, la permanencia y el ejercicio de la función de secretario y actuario: leyes orgánicas de tribunales y sus reglamentos interiores, especialmente en sus disposiciones sobre carrera judicial, que conforman un incipiente "estatuto jurídico"; *b)* la existencia de procesos más o menos institucionalizados de preparación para la función y de adquisición de conocimientos, habilidades y destrezas, como los cursos en una escuela judicial.

⁸ A este modelo de entrenamiento para la función de juzgar se le ha denominado "tutorial", y ha sido tratado con singular claridad por COSSIO DIAZ, José Ramón, *Jurisdicción federal y carrera judicial en México*, UNAM, México, 1996, pp. 52-61, con el caso de los secretarios de estudio y cuenta de la Suprema Corte y sus nombramientos como jueces de distrito entre 1917 y 1982.

IV. PROFESIÓN Y CARRERA JUDICIAL EN EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

El proceso de profesionalización de las actividades que ejercen los distintos servidores públicos que laboran en los órganos impartidores de justicia ha tenido una lenta evolución, desde aquellos estudios pioneros que hablaron sobre la necesidad de introducir un sistema formal de carrera judicial.⁹ No es el momento de referir esa historia;¹⁰ nos interesa tratar sólo su último capítulo, el que tuvo comienzo con la reforma constitucional en materia de justicia del 31 de diciembre de 1994.

En lo que atañe al Poder Judicial de la Federación, por virtud de dicha reforma se dispuso que “la ley establecerá las bases para la formación y actualización de [sus] funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia” (artículo 100, sexto párrafo, constitucional). Las bases sobre carrera judicial se establecieron finalmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 25 de mayo de 1995, en un título específico, el séptimo, que comprende los artículos 105 a 128; este articulado se redactó según el siguiente ideario:

Debemos concebir la excelencia como una norma de aptitud y aplicación de los juzgadores que aspire al nivel de la perfección en la función de aplicar la ley o de interpretarla al resolver los conflictos de interés público y particular.

El profesionalismo, como la condición de capacidad técnica y formativa de las personas a quienes corresponde elaborar

⁹ Entre otros, FIX ZAMUDIO, Héctor, “Preparación, selección y nombramiento de los jueces”, en *Revista de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año VIII, núm. 12, 1978, pp. 25-64; y los apuntes de Fernando Flores García, Ignacio Medina y Manuel del Río Govea sobre la “Implantación de la carrera judicial en México”, en el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, publicados en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, números 37, 38, 39 y 40, enero-diciembre de 1960.

¹⁰ Para una excelente cronología de la carrera judicial federal, consúltese a COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Jurisdicción federal...*, op. cit., pp. 45 a 74.

el razonamiento jurídico que concluye en forma de resolución, sobre las premisas constitutivas de la litis de toda causa jurisdiccional.

La objetividad, como esa cualidad suficiente y plena de interpretación de la ley y de comprobación de los hechos contrastados por las partes, despejada hasta lo humanamente posible de cualquier asomo de subjetividad o relatividad que pueda entorpecer la función del juzgador, en agravio de la impartición de la justicia.

La imparcialidad, como un hábito de conducta y de disposición abierta que bien puede obtenerse con el desempeño de las labores dentro de una carrera judicial y que va modulando el raciocinio por encima de la apreciación particular, natural a las partes de todo conflicto, para poner al juzgador por encima de la *litis* y sometido sólo al imperio de la ley.

Y la independencia, como la nota que no puede conseguirse más que con *la seguridad en el desempeño laboral de los juzgadores, con la certeza del nombramiento y la de saberse sujetos a la promoción y con la adecuada retribución y estímulos que les brinde la tranquilidad personal*, lo que en su conjunto significará la existencia de un Poder Judicial que no guarde dependencia en ningún sentido, ni mucho menos relación de jerarquía alguna con los funcionarios de los otros poderes de la República, a fin de estar en la capacidad de cumplir con el papel que la Carta Magna le ha asignado.

Todos estos principios de carácter público, en el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación, llevan a la necesidad de organizar un sistema de categorías y procedimientos para conseguir que los jueces del país sean las personas más preparadas, capaces y experimentadas, a fin de que se pueda desarrollar con honestidad y alta calificación la trascendente actividad que la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos le ha encargado a la Suprema Corte de Justicia y a los tribunales de la Federación.¹¹

¹¹ Fragmento del dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación, primera sección, de justicia y de estudios legislativos, segunda sección, de la Cámara de Senadores a la iniciativa de Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación del presidente Zedillo.



Así, la carrera judicial federal se cimenta en la identificación de “categorías”, puestos determinados dentro de la estructura de juzgados de distrito, tribunales de circuito y Suprema Corte de Justicia:

Artículo 110. La Carrera Judicial está integrada por las siguientes categorías:

- I. Magistrado de circuito;
- II. Juez de distrito;
- III. Secretario general de acuerdos de la Suprema Corte de Justicia;
- IV. Subsecretario general de acuerdos de la Suprema Corte de Justicia;
- V. Secretario de estudio y cuenta de Ministro;
- VI. Secretario de acuerdos de sala;
- VII. Subsecretario de acuerdos de sala;
- VIII. Secretario de Tribunal de Circuito;
- IX. Secretario de Juzgado de Distrito; y
- X. Actuario del Poder Judicial de la Federación.

Sobre esa base, en el título séptimo se tratan los temas siguientes: requisitos personales para ocupar las diversas categorías; sistema de estímulos; regulación de concursos y exámenes de aptitud para el ingreso y promoción, y reglas para la adscripción y ratificación de magistrados y jueces. Así, desde un punto de vista estrictamente normativo, la carrera judicial a que se refiere la Ley Orgánica es un sistema de reglas que permite a ciertos sujetos —profesionales del Derecho que satisfacen determinados requisitos— convertirse en servidores públicos al ocupar un cargo de índole judicial —los previstos en el artículo 110 de la misma Ley— dentro de un órgano de justicia federal —juzgado de distrito, Tribunal de Circuito o Suprema Corte de Justicia de la Nación; con exclusión del Tribunal Electoral, que tiene sus propias normas—, o promocionarse a cargos judiciales superio-

llo, consultable en BONILLA LÓPEZ, Miguel, *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, tematizada y concordada*, Instituto de la Judicatura Federal, México, 1997, pp. 87-89; las cursivas son nuestras.

res, mediante la acreditación de méritos, principalmente vía exámenes y concursos practicados por el órgano de gobierno judicial y sus auxiliares —Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal—, y que garantiza la “salida” por la actualización de circunstancias explícitamente enunciadas —edad, responsabilidad, tiempo transcurrido—;¹² en suma, el sistema de carrera judicial es una “forma de administración y organización del estatuto profesional de los juzgadores y otros funcionarios judiciales”.¹³ Quedan fuera del sistema los procesos formativos —la capacitación, formación y preparación—, los cuales, al no ser de naturaleza obligatoria, sólo sirven como méritos para la ratificación, la adscripción, el desempate, los estímulos económicos (artículos 111, 114-III, segundo párrafo, 119 a 121)¹⁴.

¹² Ese sistema normativo permite varias lecturas. A la luz de disciplinas administrativas, hay quien propone que la carrera judicial sea concebida como un “mercado interno de trabajo”, esto es, un sistema de organización laboral que se caracteriza porque las vías de ingreso son limitadas, las relaciones de empleo son de larga duración, hay mecanismos de promoción interna, las causas de exclusión son manifiestas y la remuneración se da por categorías más que por la capacidad o productividad del empleado, entre otros elementos. El argumento por analogía fundamenta esta postura: si para ingresar a las filas del Poder Judicial de la Federación en alguno de los órganos jurisdiccionales se requieren ciertas cualidades personales —ser licenciado en Derecho, gozar de buena reputación, tener experiencia profesional, etcétera— y la acreditación de exámenes o la participación en concursos de oposición, quiere decir que los medios de acceso son restringidos; de igual forma, si el final de la carrera ocurre por circunstancias tales como el transcurso de un lapso de 30 años, el cumplimiento de cierta edad o por incurrir en alguna de las causales de responsabilidad enumeradas en los artículos 129 y siguientes de la misma Ley, quiere decir que las causas de exclusión son manifiestas y que las relaciones laborales tienden a ser duraderas; etcétera. (COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Jurisdicción federal*..., *op. cit.*, pp. 41 a 44).

¹³ FIX FIERRO, Héctor, “La carrera judicial como forma de administración y organización del estatuto profesional de los jueces”, en *Memorias del Quinto Aniversario del XXII Circuito del Poder Judicial de la Federación*, CJF, México, 1996, p. 246.

¹⁴ En otros términos: la carrera judicial federal tiene como “elementos torales [...] la definición de las categorías que la integran; su agrupamiento escalafonario de inferior a superior; los sistemas de ingreso y promoción; las garantías económicas, de permanencia e independencia; los estímulos durante el desempeño del cargo y la seguridad en el retiro” (ESQUINCA MUÑOZ, César, “La carrera judicial federal”, en *Revista Jurídica*, Supremo Tribunal de Justicia del Estado, Aguascalientes, nueva época, año VIII, núm. 13, mayo-diciembre de 1997, p. 221).

A nuestro modo de ver, ese cuadro aún no está completo. No basta con un sistema de carrera judicial como el descrito para suponer que la profesionalización se afianzará en nuestro medio. Hay que afinar el sistema. Por lo pronto, parece necesario ocuparse de dos aspectos: las funciones y el estatuto de las categorías del sistema de carrera judicial —de actuario a magistrado de circuito.

V. PROFESIÓN JUDICIAL, FUNCIONARIO JUDICIAL

Como primerísimo paso, debe precisarse la naturaleza de los cargos judiciales en una doble vertiente: por un lado, indagar sobre su naturaleza; por otro, preguntarse si la identificación de categorías es correcta.

Desde la categoría inicial —actuario— a la última —magistrado— hay un obvio común denominador: todos son servidores públicos. La propia Ley habla de “servidores públicos de carácter jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación” (artículo 105). Recordemos que el vocablo “servidor” obedece a la “naturaleza del servicio a la sociedad” a la que debe responder su función.¹⁵

Por otro lado, pudiera objetarse el empleo del adjetivo “jurisdiccional” para todos los servidores enumerados en el artículo 110, pues se trata de un apelativo que se utiliza con mayor propiedad para referirse a la labor de decir el derecho, de juzgar, de sentenciar. Así entendido, el adjetivo valdría cabalmente en el caso de magistrados y jueces, aunque también podría aplicarse a quienes desempeñaran funciones de secretarios de acuerdos, pero no para los que simplemente elaborasen proyectos de sentencia, dieran cuenta, notificaran, etcétera, como los secretarios de estudio o los actuarios. Sería mejor hablar de servidores públicos *judiciales*.

¹⁵ El término “servidor público” tiene su origen en la reforma al título cuarto de la Constitución, iniciada por Miguel de la Madrid Hurtado en los comienzos de su mandato; véase Miguel de la Madrid H. *El marco legislativo para el cambio*, Presidencia de la República, tomo I, México, diciembre de 1982, iniciativa del “Decreto de reformas y adiciones al título cuarto que comprende los artículos 108 al 114; así como a los artículos 22, 73 fracción VI, base 4a., 74 fracción V, 76 fracción VII, 94, 97, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, p. 17.

Pero, ¿qué es un servidor público? Un servidor público es el sujeto que realiza actividades necesarias para la vida estatal, previstas en una norma jurídica. Se requiere que concurren ciertas características: *a)* incorporación y permanencia en la organización pública, en contrapartida de la ocupación temporal o eventual; *b)* legalidad de su nombramiento, por oposición a las funciones que se realizan sólo de hecho, pues se efectúa mediante un acto jurídico formal; *c)* la profesionalidad y, en su caso, la especialización del sujeto, acreditada en un proceso selectivo de ingreso y que lo distingue de quienes prestan sus servicios como consecuencia de una designación política, por ejemplo; *d)* inamovilidad en el cargo, sujeta a causales de responsabilidad e hipótesis de edad, cambio de la situación jurídica personal, etcétera; *e)* retribución con cargo al erario; *f)* sometimiento a un régimen estatutario especial; *g)* desempeño de la función bajo un régimen disciplinario aplicable en caso de incumplimiento; *h)* desempeño obligatorio de la función, e *i)* desempeño de la actividad de manera primordial y generalmente con exclusión de otras actividades.¹⁶ Todo esto bajo una condición: su conocimiento, por virtud de un documento claro, explícito, público.

En cuanto a la segunda cuestión, la de si la identificación de categorías es adecuada, cabría suponer que el legislador tuvo claridad de mente al establecerla, que la enumeración de las diez categorías no fue caprichosa. El legislador, sobre la base de la realidad judicial y del conocimiento preciso de las actividades que corresponde realizar a cada sujeto, decidió que la carrera judicial se conformaría a partir de las categorías mencionadas. ¿Realmente esto fue así?

La historia es la siguiente: el artículo 110 fue resultado de una modificación a la Iniciativa de Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de Ernesto Zedillo, en la cual únicamente se contemplaba a seis categorías: magistrado, juez, secretarios y actua-

¹⁶ TOLIVAR ALAS, Leopoldo, *Derecho Administrativo y Poder Judicial* Tecnos, Madrid, 1996, pp. 192-193, y COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Las atribuciones...*, *op. cit.*, p. 18.

rios de tribunales y secretarios y actuarios de juzgados. Durante los debates en la Cámara de origen, los senadores J. Natividad Jiménez Moreno, Juan Ramiro Robledo Ruiz, José Trinidad Lanz Cárdenas y Salvador Rocha Díaz presentaron un documento en el que propusieron varias modificaciones a la iniciativa presidencial. En lo que atañe a nuestro tema, tales legisladores consideraron pertinente incrementar las categorías, “para darle una mayor integración a la carrera judicial y no cometer omisiones respecto de algunos servidores públicos del Poder Judicial de la Federación”. La propuesta fue aprobada y el artículo 110 quedó redactado en los términos que conocemos.¹⁷

Como puede inferirse, la determinación de las categorías de la carrera judicial no se hizo sobre una clara identificación de los servidores públicos judiciales y sus respectivas funciones, que fuera producto del estudio previo de la realidad judicial, sino que fue resultado de una circunstancia casi fortuita: el conocimiento que tenía un grupo de senadores de los cargos jurisdiccionales existentes.

Además, hoy por hoy el listado de categorías acusa incompletitud: con la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación en agosto de 1996,¹⁸ era de esperar que los diferentes auxiliares y colaboradores —también llamados actuarios y secretarios (de acuerdos, instructores y de estudio)— de los magistrados electorales se incorporaran al sistema de carrera judicial, pero no ocurrió así: la reforma a la legislación orgánica del Poder Judicial de la Federación, para adecuarla a las modificaciones a la Constitución en materia electoral, no fue integral, ignoró el articulado del título séptimo, y fijó reglas propias para el Tribunal Electoral en materia de nombramientos y ascensos de secretarios y actuarios (véanse los artículos 200 a 204 y 214 a 217 de la Ley).

¹⁷ El documento elaborado por los senadores puede consultarse en BONILLA LÓPEZ, Miguel, *op. cit.*, pp. 119-130. La cita se encuentra en las páginas 124 a 125.

¹⁸ Reforma constitucional en materia electoral, *Diario Oficial* del 31 de agosto de 1996.

VI. A MANERA DE CONCLUSIONES

Las observaciones anteriores permiten arribar a una conclusión elemental: el sistema de carrera judicial federal vigente sienta las bases de una incipiente profesionalización de las funciones de los colaboradores y auxiliares de ministros, magistrados de circuito y jueces de distrito; sin embargo, pareciera que hay varios cabos sueltos y otros que merecen ser ceñidos: entre otros, la determinación de su estatuto jurídico y la delimitación precisa de las encomiendas que realizan en el seno de los órganos jurisdiccionales federales.

Es posible, sin duda, reformular la vieja concepción de que el juez es el único profesional de la judicatura. También sus colaboradores y auxiliares pueden ser vistos como practicantes de una “profesión judicial”, una profesión vinculada a la idea de que la justicia es un servicio público que prestan organizaciones bien definidas: los órganos jurisdiccionales.

LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

(Reseña de su naufragio en el sistema)

Martín DÍAZ Y DÍAZ

SUMARIO: *Introducción. I. El derecho como contexto de las situaciones subjetivas. 1. Sobre la abarcabilidad del concepto. 1.1 Diversidad de las vertientes constructivas. 1.2 La autoconstrucción. 1.3 La faceta artificial. 1.4 Interioridad o exterioridad: viejo dilema en torno a la comprensión del derecho. 1.4.1 Los postulados de Hart. 1.5 Breve digresión sobre el papel de la dogmática. II. El perfil contemporáneo de los derechos subjetivos. 2.1 Primer acercamiento. 2.2 El derecho subjetivo y las técnicas de protección. 2.3 Consideración sobre los vacíos axiológicos del concepto de derecho subjetivo. 2.4 La vía de la abstracción. 2.5 Los usos dogmáticos. 2.6 Las edades de los derechos subjetivos. III. Elementos contemporáneos para una teoría del desencanto. 3.1 El ambiente. 3.2 El embate kelseniano. 3.2.1 El joven Kelsen. 3.2.2 Las nociones modernas. 3.3 El derecho subjetivo como función de lenguaje. 3.3.1 Algunas tesis de Alf Ross. 3.3.2 Las precisiones de Olivecrona. IV. Algunos problemas en boceto. 4.1 Derecho subjetivo y normas de competencia. 4.2 Derechos subjetivos vs derechos fundamentales. 4.2.1 La confrontación. 4.2.2 El parteaguas de la igualdad. 4.3 El desafío de los intereses difusos.*

INTRODUCCIÓN

Prácticamente no existe obra de teoría del derecho en la que el tema del derecho subjetivo no aparezca como uno de los referentes centrales. La necesidad de explicar la vinculación que existe entre el derecho positivo y las situaciones subjetivas a que éste da lugar, constituye uno de los requerimientos más apremiantes en cualquier interpretación de los fenómenos jurídicos.

La categoría de derecho subjetivo es, sin lugar a dudas, una creación dogmática y, como tal, ha sido modelada de muy diversas formas según los cánones culturales vigentes en cada periodo

histórico. La idea de los derechos subjetivos surge bajo el entendido de que los individuos son portadores de prerrogativas naturales, inherentes a su propia persona, y que el derecho positivo, por su parte, no tiene más que reconocer. Sin embargo, a medida que la complejidad de las sociedades contemporáneas avanza, las concepciones sistemáticas en torno al orden social han planteado la paulatina declinación del interés por el sujeto. En el plano del derecho específicamente, la caracterización del orden jurídico como sistema ha dado pie a la priorización de los elementos normativos del derecho y a la correlativa obnubilación del contexto social donde éste se produce. Bajo esta perspectiva, los derechos subjetivos aparecen como creaciones del propio orden jurídico.

En el ámbito de la categoría dogmática de los derechos subjetivos, convergen diversos factores difíciles de acoplar. Por un lado, en la estructura propiamente normativa de los derechos subjetivos, están presentes elementos de validez; en cambio, en lo que atañe estrictamente a la subjetivación de las normas, se involucran asuntos de aplicación y, por ende, vinculados a las cuestiones de eficacia. Dentro del derecho subjetivo, tienen que convivir de manera tensa dos tendencias propias del material jurídico: la abstracción y la concretización. Esta dualidad, que radica en la intimidad de la categoría, provoca que el derecho subjetivo tenga que ser abordado tanto a través de puntos de vista internos al ordenamiento, como a partir de enfoques exteriores al mismo.

Con la evolución de las perspectivas analíticas sobre el tema del derecho subjetivo, se evidencia un incremento en la problematización de la materia. De una primera etapa en la que sólo se plantearon cuestiones endógenas atinentes a la estructura de los derechos subjetivos, se ha pasado a una fase en la que los problemas más relevantes se suscitan en el plano de la exterioridad; es decir, se ha dado paso al planteamiento de asuntos que involucran una perspectiva crítica de la institución de los derechos subjetivos. Las aproximaciones alternativas a este tema están determinadas, en buena parte, por el desprestigio actual de la mayor parte de los conceptos políticos modernos; hoy es casi unánime el reconocimiento de que el discurso burgués prometió mucho más de lo que produjo.

El surgimiento de la tendencia a revalorar los derechos humanos dentro de las sociedades contemporáneas es una prueba fehaciente de que los criterios técnicos invertidos en la construcción de la categoría moderna de los derechos subjetivos no son ya funcionales para justificar el afianzamiento de la persona ante la actual complejidad de las organizaciones sociales. El movimiento por los derechos fundamentales viene acompañado de sus propios criterios de legitimación, al grado que se ha prolijado un discurso autónomo que reivindica su independencia de los moldes clásicos elaborados en torno a los derechos subjetivos.

Con el presente ensayo se intenta bosquejar un enfoque crítico sobre el tema, a partir de la forma en que la categoría de los derechos subjetivos quedó fijada en la dogmática alemana del siglo XIX; pero sobre todo, utilizando los desarrollos críticos de la teoría del derecho del presente siglo. Las obras de Kelsen, Hart, Ross y Olivecrona constituyen los parámetros a partir de los cuales se revisa, tanto la anterioridad como la proyección del tema.

I. EL DERECHO COMO CONTEXTO DE LAS SITUACIONES SUBJETIVAS

1. Sobre la abarcabilidad del concepto

1.1 *Diversidad de las vertientes constructivas.* Si algo resulta claro en relación con el uso presente del concepto *derecho*, es que sus alcances semánticos no cubren una realidad homogénea. El complejo de fenómenos sociales comprendidos por dicha denominación responde a patrones relacionales muy diversos pero, sobre todo, alude a distintos niveles de concretización de la realidad social.

a) *Las normas vigentes.* Por una parte, el término derecho se vincula al orden jurídico vigente en los Estados nacionales contemporáneos y a todas las instituciones jurídicas que históricamente surgieron en cada uno de los contextos estatales de referencia. Además, el concepto se usa para designar el orden regulador de las relaciones internacionales entre Estados, organismos multinacionales y corporaciones transnacionales. En la actualidad, el derecho internacional se perfila a dos niveles

bien diferenciados: el regional, que es básicamente derecho de los procesos de integración, y el mundial.

b) *Prácticas y procesos.* Pero el concepto derecho no se dirige sólo al conjunto de normas prescriptivas que componen la materia de los distintos derechos positivos, sino que se extiende también al complejo de prácticas y procesos especializados que concretan las proyecciones institucionales de los distintos ordenamientos jurídicos.¹ Es muy difícil delimitar con claridad el ámbito específicamente normativo o prescriptivo del derecho, porque una buena parte de la existencia del orden jurídico se expresa en los procesos de creación y aplicación de las normas. Aunque una revisión exhaustiva de este asunto pudiera llevar a desautorizar la tesis que apoya la consustancialidad de normas y procesos; lo que no cabría negar bajo ninguna circunstancia es que, entre estos dos tipos de factores, se suscita una condicionalidad recíproca que desemboca en la integración de una unidad funcional prácticamente indisoluble. Tal como los grupos humanos perciben y enfocan normalmente los fenómenos jurídicos, la experiencia y el conocimiento de los órdenes normativos coinciden en una madeja abigarrada en la que confluyen la validez y la eficacia del ordenamiento en cuestión. Un orden jurídico deviene efectivamente funcional para un grupo social sólo cuando se produce un balance adecuado entre la operación de las fuentes formales del sistema y sus procesos de aplicación; en esos casos recupera terreno la afirmación de que al derecho lo integran tanto las normas vigentes, como los procesos a través de las cuáles éstas se hacen efectivas.

c) *Incidencia del ámbito cognoscitivo.* Entre derecho y conocimiento no puede sugerirse una polaridad total; desde muy diversos puntos de vista es factible afirmar que las instituciones jurídicas son condensaciones o sedimentos del conocimiento social.²

¹ Vid. HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, (trad. Genaro R. Carrión), ed. Nacional, 2a. ed., México, 1978. p.p. 127-137.

² Cfr., NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994. p.p. 315 y ss.

El carácter prescriptivo de las normas jurídicas no desdice su origen histórico; en el fondo, el derecho siempre regula formas específicas de interacción dentro de los grupos humanos bajo una perspectiva de organización modélica; de hecho, es un factor que fija el sentido recíproco de la acción social a través de controles normativos e institucionales. Antes que cualquier otra cosa, el derecho funciona como código especializado de comunicación de valores prescriptivos, a partir de las cuales se califican las conductas de los agentes sociales, bajo criterios de relevancia definidos por el propio sistema; las normas jurídicas transmiten mensajes coactivos con la finalidad de inhibir los comportamientos socialmente indeseados.

Aun asumiendo la validez de las proposiciones anteriores, hay que reconocer que el sentido de las relaciones sociales no se trasluce de una manera lineal en el ámbito jurídico. Así, entre el curso concreto de los acontecimientos sociales y su significado jurídico se desarrolla una mediación peculiar, a través de la cual los juristas aprehenden el sentido llano de los hechos sociales para reexpresarlo bajo los criterios de relevancia formal que construye el derecho. La cuestión estriba en comprender hasta qué grado la reflexión doctrinaria de los especialistas adquiere cuerda propia y puede llegar a ejercer una condicionalidad importante sobre el desarrollo de los ordenamientos jurídicos positivos. A partir de estas ideas se hace explicable que, por derecho, no se entienda solamente el conjunto de normas y procesos formales que tipifican, califican y sancionan las conductas sociales, sino que el concepto se extrapole también a todas las prácticas cognoscitivas de mediación, en las que se generan los criterios sistemáticos que alientan los nexos formales de los ordenamientos jurídicos en vigor.

1.2. *La autoconstrucción.*

El rasgo característico de los ordenamientos jurídicos contemporáneos estriba sin duda en su carácter sistemático. Si algún legado hay que reconocerle a la tradición positivista del siglo pa-

sado y de la primera mitad del presente, es precisamente el haber desarrollado la concepción del ordenamiento jurídico como sistema.³ Amén de los criterios de pertenencia, organización, creación y reproducción del material jurídico, que derivan de cualquier análisis de tipo sistemático, es necesario destacar dos fenómenos que se relacionan de manera íntima con la operación de los ordenamientos jurídicos vigentes:

a) *Autoregulación.* La primera constatación del análisis sistemático del derecho consiste en afirmar que los ordenamientos jurídicos contemporáneos son sistemas autoreferidos.⁴ Esto no quiere decir que los fenómenos jurídicos surjan por generación espontánea o que acontezcan al margen de un contexto social determinado; vale aclarar que el derecho es siempre histórico, y que su explicación se torna imposible cuando no se consideran las funciones que desempeña dentro de un ambiente social específico. Sin embargo, gran parte de las tareas operativas del ordenamiento jurídico apuntan a la diferenciación constante de su contenido y al establecimiento de los límites que permiten distinguir la particularidad de los contenidos jurídicos dentro del entorno de relaciones sociales donde se genera el sistema.⁵ Pero independientemente del carácter histórico de los fenómenos jurídicos, hoy, los órdenes normativos de este género se construyen sobre supuestos sistemáticos de validez que restringen sus modalidades de reproducción a los cauces formales definidos al efecto por los mismos sistemas en vigor. Bajo esta perspectiva, sólo es derecho lo que el ordenamiento reconoce como tal;⁶ cualquier estímulo generador externo, para integrarse al sistema, re-

³ Vid. RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, (trad. Rolando Tamayo). Ed. UNAM, México, 1986. pp. 151-202.

⁴ Vid. MARTINEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 85-86.

⁵ Sobre la noción de límite del sistema, Vid. LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, (trad. Silvia Pappe y B. Erker, bajo la coord. de Javier Torres Nafarrete), coed. Alianza y Universidad Iberoamericana, México, 1991. pp. 50-53.

⁶ LUHMANN, Niklas, "La observación sociológica del derecho", (trad. Héctor Fiz Fierro), en *Critica jurídica*, México, número 12, 1993. p. 85.

quiere de un trabajo de cernido, en virtud del cual el hecho o dato a incorporarse ha ser revestido previamente de las características propias de los elementos del sistema. Sin esta suerte de bautismo sistemático se imposibilita cualquier incorporación o acceso de los elementos exteriores.

Un rasgo típico de los ordenamientos jurídicos de este final de siglo es, precisamente, el de su doble nivel regulador: las normas de derecho se dirigen tanto al conjunto que integra el común de los destinatarios, como a los órganos especializados que tejen el desarrollo y la adjudicación del material jurídico. Desde un punto de vista operativo, se puede afirmar que, cuando una norma se aplica a un caso concreto, no sólo se verifica la individualización del sentido de una prescripción general, sino que el proceso de aplicación implica también la concurrencia de una serie de controles intrasistemáticos que permiten que el derecho mantenga la coherencia interna y la funcionalidad de sus disposiciones. Este tipo de control interno ocurre como una verificación de segundo nivel, la que, para ponerse en marcha, no amerita la movilización de elementos especiales o extraordinarios del ordenamiento vigente; al efecto, basta con que la mecánica del sistema transcurra por sus vertientes comunes. El autoajuste del sistema jurídico a través de su operación ordinaria es la mejor garantía para mantener su funcionalidad. Por eso, a través del despliegue práctico de sus criterios de validez, el sistema genera asimismo las mejores condiciones para su eficacia.⁷

Para conservarse como instrumento efectivo de ordenación el derecho depende de su capacidad de adaptación. El ordenamiento, al ponerse en operación, no sólo "juridiza" la realidad, sino que se abre también a los estímulos del entorno para mantener sus elementos en condiciones adecuadas de aplicación. A esta especie de alerta del sistema, Hart le denominó "textura abierta del derecho".⁸

⁷ DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos*, ed. Fontamara, México, 1998. p. 249 y ss.

⁸ *Op. cit. supra* nota (1), pp. 155 y ss.

b) *La clausura parcial.* Los límites del ordenamiento jurídico deben ser lo suficientemente sutiles como para permitir la especificación de sus elementos sin obstruir de manera total la recepción de los estímulos que se producen en el entorno del sistema. Asimismo, estas fronteras tendrán que permear la proyección de las soluciones jurídicas gestadas en el interior, con objeto de que sus efectos puedan alcanzar las expectativas de eficiencia despertadas en el exterior.⁹ Si el sistema jurídico operara una clausura sin concesiones, seguramente provocaría la esclerosis de sus prescripciones ordenadoras, lo cual aumentaría de manera muy significativa la tensión del ordenamiento con el resto de la realidad social. La rigidización excesiva de las fronteras del sistema jurídico acarrea como consecuencia inevitable el incremento en el riesgo de desadecuación de sus disposiciones normativas. Por todo lo dicho, es menester que los límites entre el sistema jurídico y su entorno, resulten suficientes para marcar la diferencia entre la interioridad del ordenamiento y el resto de la realidad social, pero en todo caso debe cuidarse que su dureza no llegue al grado de inhibir los flujos de intercambio que necesariamente deben mantenerse entre el sistema y el ambiente con el que éste se relaciona.

El tema de la clausura parcial del sistema jurídico incide también en las posibilidades o imposibilidades de un determinado ordenamiento para asimilar la diversidad de estímulos que se acumulan tanto por la pluralidad de situaciones relaciones con el entorno, como por el desarrollo de estas complejas relaciones en el tiempo. Un sistema jurídico no puede pretender abarcar la realidad desde el flanco de su diversidad; por lo tanto, no le queda otra alternativa que afianzar el sentido básico de sus soluciones más recurridas, para desprender de ellas criterios "dúctiles" que se adapten a la creciente complejidad que genera la dinámica social.¹⁰ El derecho necesita reelaborar de manera continua sus elementos fundamentales con el fin de que ofrezcan un arsenal

⁹ *Op. cit. supra* nota (5), pp. 87-88.

¹⁰ *Op. cit. supra* nota (1), p. 158.

variado para la construcción de soluciones casuísticas; por ello, la tarea del sistema jurídico no puede ser otra que la de la continua estabilización de la emergencia.¹¹ A fuerza de utilizar los antecedentes judiciales y las normas positivas como reguladores de la contingencia, el derecho llega a ejercer un cierto control sobre el sentido de las posibilidades futuras de las relaciones sociales. Para conseguir los efectos deseados, el sistema habrá de operar un proceso de doble reducción: primero de la complejidad y luego de la contingencia; todo con el propósito de mejorar las posibilidades de cálculo en torno a los resultados que produce un ordenamiento que, como el derecho, garantiza coactivamente sus soluciones.¹²

Los límites del derecho no sólo se erigen como barreras perimetrales, también la producción de fórmulas condensadas en las que se concentran los referentes básicos del sistema, juegan un papel destacado en la generación de soluciones jurídicas. Los núcleos técnicos del derecho ejercen un poder tipificador que atrae un sinnúmero de experiencias externas hacia los cauces jurídicos; en este tipo de situaciones, no se trata sólo de encontrar límites específicos siguiendo los criterios de interioridad o de exterioridad a partir de situaciones de pertenencia, sino de conceder un peso real a las posibilidades mimetizadoras del sistema, con el objeto de que éste pueda acercar y hacer aparecer como propios algunos elementos situados originalmente en los márgenes externos del ordenamiento jurídico.¹³

Como quiera que sea, el sistema de fuentes del derecho funciona como el tamiz en el que se verifica la conversión de los datos fácticos de la realidad en actos jurídicamente relevantes. Los hechos pierden su carácter material en el interior del sistema para convertirse en meras condiciones de aplicación de las normas vigentes. La objetividad del derecho, a la que alude Kelsen, no se refiere a una condición material del ordenamiento, como pudiera pensarse en un primer análisis, sino a la generalización de la idea

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. (trad. Ignacio de Otto Pardo). Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. pp. 20 y 23.

¹² *Op. cit. supra* nota (6), p. 94.

¹³ *Op. cit. supra* nota (4), pp. 34-35 y 51-52.

del deber dentro del sistema jurídico y a su expresión como criterio de validez bajo el que se enlazan sus distintos niveles normativos. Lo que determina en última instancia la "realidad" del sistema jurídico es la forma en que éste expresa su propia racionalidad. Este enfoque soslaya cualquier alusión directa al lado fáctico de los comportamientos sociales. Así, el cierre del sistema se produce en torno a su propia abstracción, y lo que queda excluido es el mundo concreto de las relaciones intersubjetivas; a cambio, el sistema sólo conserva la expresión formal y modélica de esas relaciones.

La clausura parcial del ordenamiento jurídico supone el tránsito de sus elementos a través de un pasadizo poco alumbrado en el que los datos no jurídicos terminan por extraviarse. Después del predominio del racionalismo, que alcanza su máximo nivel con la consumación de la idea codificadora, cualquier fuente jurídica ajena a la ley, se coloca al margen de los mecanismos de convalidación formal del sistema. El positivismo, como heredero lógico del legado racionalista, es desde esta óptica, la teoría de la doble reducción, ya que al mismo tiempo avala el desvanecimiento de la realidad en el derecho, y la especificación del derecho en la ley.¹⁴

1.3 La faceta artificial.

Una vez consolidadas las ideas modernas, se hace claro que el mundo occidental habría de vivir en lo sucesivo bajo el influjo de su producción simbólica. La realidad social no será más un legado inamovible, sino un curso de acción que se construye a partir del pensamiento. Dentro de este marco de nuevas convicciones, las ideas legitimadoras del orden social no funcionan sólo como criterios de justificación *a posteriori*, sino que se convierten en causa eficiente del sentido de los acontecimientos por venir. La idea de la igualdad, por ejemplo, no pretende únicamente justificar la validez de un determinado discurso, sino que tiende también a transformarse en una aspiración viva que, a querer o no, termina por hipostasiarse en los móviles concretos de la acción social.

¹⁴ Cfr., ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (trad. Morina Gascón). Ed. Trotta, Madrid, 1995. pp. 30-33.

El derecho, al tiempo que regula también prefigura la realidad social; al poner en juego sus capacidades ordenadoras deviene, a fin de cuentas, dispositivo de construcción pero, en cuanto se torna mecanismo, el derecho se transforma también en un factor construido. Su génesis, dentro del catálogo de las novedades modernas, se liga a la idea de la voluntad mayoritaria y a la razón técnica. La magnitud y la importancia de la creatura jurídica moderna sólo es equivalente en la historia occidental a la invención del Leviatán: persona artificial y prepotente que gobierna el mundo a partir de la fuerza que le atribuyen sus propios súbditos de manera voluntaria.

a) *Los antecedentes.* Entre los filósofos modernos es Kant el que con mayor énfasis plantea la necesidad de escindir a la sociedad de la naturaleza. En forma coincidente, los contractualistas escribieron con la convicción de que el orden social es algo que requiere construirse a partir de parámetros convencionales; de otro modo, hubiera resultado imposible paliar las insuficiencias del estado natural, o si se prefiere, de las circunstancias históricas que tal estado disimula. Las explicaciones causales, idóneas para describir el curso de los procesos naturales, resultan demasiado duras para dar cuenta de los procesos históricos. La naturaleza aleatoria de las relaciones sociales (a la que hoy se conoce como contingencia), y la sobrevaloración del papel de la voluntad individual, fueron ambos factores de peso para que los pensadores modernos aceptaran acogerse a una explicación absolutamente artificial de la vida civil. Resultaba siempre más sencillo imaginar el perfil del mundo deseado a partir del ocultamiento y la negación de las rémoras del mundo real, que construir una tierra prometida desde los cimientos de una circunstancia social distorsionada.¹⁵

A diferencia de las descripciones puntuales que amerita la explicación de los fenómenos de la naturaleza, los procesos sociales no pueden referirse e interpretarse sin involucrar sesgos valorativos. La explicación moderna del origen de la vida civil no es más

¹⁵ Vid, por ejemplo, GARMENDIA, Guillermina y SCHNAITH, Nelly, *Thomas Hobbes y los orígenes del estado burgués*, ed. Siglo XXI, Argentina, 1973, pp. 128-136.

que una fórmula alegórica que traiciona el más elemental sentido de la historia. Sin embargo, es claro que los pensadores del mundo moderno no buscaron ser exactos en sus apreciaciones sobre la vida social, su propósito estuvo encaminado al descubrimiento de un mito de origen, por medio del cual pudiera reconstruirse —o si se prefiere, justificarse— un sentido específico y nuevo de la organización social. Bajo esta lógica, resultaba preferible la solución simbólica.

Redimir al individuo de los trasfondos corporativos del Estado del Antiguo Régimen era algo que no podía lograrse en los hechos de manera instantánea; por lo mismo, fue necesario operar primero dicha redención en el discurso, en sus evocaciones y en sus promesas. El discurso burgués fue el primer avance en el movimiento revolucionario que se propuso poner a flote la condición autónoma del individuo; sin embargo, la evolución de este proceso liberador no condujo a la efectiva autonomía de los agentes sociales, sino a una transformación parsimoniosa en la que los cambios sociales han ocurrido a cuenta gotas. El discurso en cambio, desarrolló con prontitud cotos institucionales que aún lo mantienen vigente como promesa de salvación.

b) *El derecho como artificio.* De acuerdo con las ideas modernas el hombre surge a la vida civil como portador de prerrogativas naturales. El gran tema de la organización de la vida en común consiste precisamente en dar un sitio seguro a esos derechos presociales dentro de la nueva estructura social. Formalmente, el Estado quedó definido como una instancia de protección de los derechos individuales. El derecho, por su parte, debería aportar un conjunto de fórmulas técnicas por medio de las cuales las prerrogativas inciertas que corresponden al individuo en el estado de naturaleza, reaparecerán en la vida civil como derechos universalmente garantizados. Bajo este enfoque, la ley no tiene otro propósito que ofrecer seguridad a los titulares de los derechos individuales; se convierte, por su carácter coactivo, en un medio idóneo para conferir extensión y reconocimiento universal a las viejas prerrogativas preciviles. El derecho se yergue así como límite del poder y se convierte en el mecanis-

mo racionalizador por excelencia del ejercicio político. La legalidad de los actos de gobierno obedece a un control finalista de la acción pública en aras del cual se desdeña e incluso se reprime cualquier ejercicio gubernativo que no se subordine al modelo del hombre— fin. La organización política moderna persigue como prioridad indiscutible la realización individual de sus miembros.

El entusiasmo del pensamiento burgués que corresponde al periodo de ascenso fue sometido en los siglos posteriores a un proceso que desbravó sus aristas más radicales, al grado que las ideas positivistas terminaron por entronizar la *lex* y por subordinar al *ius*. A partir del asentamiento del proceso de codificación, los sujetos de derecho dejaron de ser contemplados como portadores de prerrogativas naturales, para convertirse, poco a poco, en entidades referenciales anónimas sobre las que habría de recaer todo el peso de la obligatoriedad de la ley.¹⁶ El positivismo progresó tanto en el afianzamiento de la idea de orden, que diluyó parcialmente los rasgos con dedicatoria humanista que promovían algunas de las ideas jurídicas surgidas en los periodos precedentes. El positivismo, sobre todo en su vertiente analítica, terminó por exorcizar los elementos no jurídicos del derecho, reservando al ámbito de los procesos jurídicos únicamente los fenómenos normativos. Y con el positivismo llegó el auge constructivista al derecho: la ley fue entonces considerada el producto formal de la voluntad general; el contrato, la obra inédita de la voluntad de las partes; el sujeto de derecho, la confección mejor perfilada del ordenamiento normativo. En adelante, no hubo más derechos preexistentes ni agentes sociales con nombre y apellido; impera desde entonces la idea de la determinación sistemática, la cual prioriza a toda costa los aspectos normativos del ordenamiento en desmedro de cualquier otro factor.

El derecho abandonó la imagen eufemística que lo presentaba como vehículo para la realización de ciertos valores subjetivos y se convirtió en una técnica de control de los comportamientos so-

¹⁶ Vid. TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, (trad. Isidoro Rosas Alvarado), Ed. FCE, 1995. pp. 49-52.

ciales; o quizás haya que decir: dejó de ser una técnica de control encubierta para transformarse de plano en una herramienta visible de la organización social. El positivismo no dudó en cortar los nexos del derecho con sus orígenes divinos y limpió al mismo tiempo el halo metafísico de los aspectos valorativos que, hasta entonces, se habían considerado consustanciales a los fenómenos jurídicos. Tal fue el caso por ejemplo del valor de la justicia.¹⁷

Ya ubicado como obra social, el derecho resintió a fuerza los excesos de tangibilidad que le propició su nueva situación mundana, y con objeto de contrarrestar la amenaza de la ineficacia de los procesos de diferenciación de sus elementos y para evitar su consecuente vulgarización, el positivismo desarrolló la idea de la naturaleza sistemática del derecho hasta niveles inauditos. En especial, *La teoría pura del derecho* se ofreció como el esfuerzo más logrado para dotar a lo jurídico de un espacio normativo específico, desde el cual se reputan como ajenos todos los procesos sociales que no tienen la posibilidad de expresarse a través de formulaciones hipotéticas, en las que los comportamientos sociales sean tipificados como condiciones de aplicación de las normas que originan ciertas consecuencias coactivas. Independientemente de las simpatías o el rechazo que *La teoría pura* pueda suscitar, es un hecho que sus proposiciones aciertan en muchos de los aspectos de la operación real de los órdenes jurídicos contemporáneos. Como lo afirma Pietro Barcellona, con el pensamiento kelseniano el derecho hizo consciente su capacidad de denominar la realidad: las sociedades modernas y contemporáneas tienen, antes que cualquier otro atributo, el de ser sociedades jurídicas. Es un hecho que la vida social contemporánea está impregnada de determinaciones normativas.¹⁸

Queda por discutir si una autonomización excesiva del orden jurídico en relación con el contexto en el que acciona no incrementa el riesgo de alienación del derecho.¹⁹

¹⁷ Vid. KELSEN, Hans, "El derecho como técnica social específica", en *¿Qué es justicia?*, (Ed. española a cargo de Albert Calsamiglia), Ed. Ariel, Barcelona, 1991. pp. 152 y ss.

¹⁸ BARCELLONA, Pietro, *El individualismo propietario*, (Trad. Jesús Ernesto García), Ed. Trotta, Madrid, 1996. p. 23.

¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

A más distancia y mayor abstracción de las normas jurídicas respecto a las relaciones fácticas que regulan, puede haber mejores condiciones de elaboración sistemática, pero también menores oportunidades de que el derecho se convierta en un cauce efectivo para la realización mayoritaria de los intereses de los agentes sociales en su versión concreta.

1.4. Interioridad o exterioridad: viejo dilema en torno a la comprensión del derecho

1.4.1. Los postulados de Hart

Reconocido el hecho de que los sistemas jurídicos se cierran parcialmente y se distancian del resto de los fenómenos sociales, es posible plantear dos modalidades cognoscitivas distintas entorno al derecho, a saber:

a) *El punto de vista interno*. Cuando ciertas reglas de conducta de un grupo son efectivamente aplicadas, podemos suponer que su sentido cuenta con un asentimiento generalizado por parte de sus destinatarios, o bien que las disidencias no alcanzan un nivel de efectividad suficiente para desvirtuar en los hechos las directrices básicas que dichas prescripciones establecen. Quienes aceptan el sentido de las reglas y las adoptan como guías efectivas de conducta, se encuentran en una situación "natural" o espontánea de sumisión hacia su sentido prescriptivo; para ellos, las normas son, sin más, disposiciones obligatorias. La comunicación que efectúan entre sí los sujetos que obedecen el carácter prescriptivo de un sistema determinado de reglas, está condicionada precisamente por el reconocimiento común que otorgan a su carácter obligatorio. El cuestionamiento de la situación de sumisión es algo que se excluye por completo en tales casos.

Según Hart, la "interioridad" del punto de vista de quienes acatan determinadas reglas, depende de la aceptación o el reconocimiento de la obligatoriedad de esas disposiciones. De este modo, el asentimiento mayoritario de los agentes a los que van dirigidas las reglas, se convierte a su vez en una condición básica para su

efectividad. El verdadero refuerzo de las reglas no queda depositado en la potencia coercitiva que las sustenta, sino en la forma en que éstas expresan el sentido de las regularidades sociales en las que tales reglas apoyan su sentido.²⁰

Desde el punto de vista de las actitudes cognoscitivas es dable sostener que la dogmática jurídica entraña una posición que se inscribe definitivamente bajo el rubro del respeto al carácter prescriptivo del derecho. La dogmática acepta de buen grado las proyecciones obligatorias del ordenamiento jurídico y asume con humildad el sesgo utilitario y funcional que caracteriza a sus productos. Paradójicamente, el ejercicio dogmático consiste en transitar los reductos de los argumentos de validez, si bien sus orientaciones apuntan normalmente a la solución de problemas interpretativos de índole práctica. El inevitable descenso de los pensadores dogmáticos al terreno de la eficacia no suele ser directo ni plenamente consciente, como ocurre habitualmente con el sociólogo; el dogmático explora la casuística a partir de un enfoque tópicico, cuyos perfiles siguen finalmente la perspectiva de los conceptos de la ley. Donde más claramente se percibe la subordinación del enfoque dogmático al sentido prescriptivo del derecho es en el ámbito de la construcción de soluciones, ya que las propuestas que produce este tipo de trabajo, casi siempre priorizan la legitimación que producen las normas, más que la justificación del propio aparato argumentativo. El sentido de la actividad dogmática se puede sintetizar diciendo que el orgullo lógico de sus argumentos está siempre dispuesto a ceder su lugar al carácter obligatorio de la ley.

b) *El punto de vista externo.* Para Hart, la exterioridad de los enfoques sobre el derecho es algo que corresponde a quienes contemplan los avatares de un sistema jurídico sin estar comprometidos con el influjo ordenador de sus disposiciones. Se trata en todo caso de una actitud de observación distante, desde la que se puede afirmar, con pretensiones descriptivas, si las reglas del ordenamiento enfocado se aplican o dejan de aplicarse.

²⁰ *Op. cit. supra* nota (1), pp. 110-113.

El observador externo no se inmiscuye ni con la obligatoriedad de las normas vigentes, ni con los valores que las reglas avistadas pudieran establecer. Esta actitud neutral favorece los juicios críticos sobre el ordenamiento que, desde la perspectiva interna, se encuentran radicalmente inhibidos.²¹

En el ámbito del conocimiento, la observación distante es algo que puede llevar a cabo, por ejemplo, el sociólogo del derecho; no el jurista práctico, para quien el efecto ordenador de las normas con las que trabaja ocupa un lugar preponderante. La función de la jurisprudencia práctica ofrece la oportunidad de un pulimento cuidadoso de las herramientas jurídicas; sin embargo, constituye también un obstáculo a la visualización exterior del derecho. La excesiva tecnificación del conocimiento jurídico siempre produce efectos iniciáticos que redundan en la alienación del sistema jurídico, respecto a la sociedad que lo produce.

Sólo en aquellas ocasiones que el teórico del derecho se torna en analista crítico del ordenamiento es posible predicar de él que ha trascendido con su actitud y sus pretensiones los límites dogmáticos. Fuera del horizonte cuadrado de la doctrina utilitaria, la teoría se hace mucho más libre, aunque definitivamente también menos funcional.

c) *La construcción de un enfoque integral.* A diferencia de Kelsen, que se esmeró por construir un enfoque específico para el conocimiento de los órdenes jurídicos, si bien reconoció el ámbito alternativo de los encuadres sociológicos, Hart propone una manera de conocer el derecho que respete la complejidad de su objeto; se trata, según esto, de no disociar las perspectivas —interna y externa— del conocimiento, sino de integrarlas en una visión unitaria que pueda atender, al mismo tiempo, los aspectos de validez y los de la eficacia; que ambicione asimismo, lograr la correlación entre los enfoques causales y los normativos. De otra suerte, la opción alternativa por cualquiera de las disposiciones llevará como sino la parcialidad.

²¹ *Loc. cit.*

En el plano de la construcción cognoscitiva la solución esgrimida por Hart sugiere establecer una especie de relación dialéctica entre la dogmática y la crítica. La intención de un análisis integral no tiene por qué dirigirse totalmente a la desmitificación de los dogmas, sus pretensiones pueden orientarse también a una reconstrucción precisa de la operación del sistema jurídico, desde la perspectiva de la función que el derecho juega en los respectivos contextos sociales. Este punto de vista no abandona la solución interna, sino que la coteja críticamente con sus resultados sociales. Asimismo, un enfoque de esta naturaleza, no soslaya las regularidades fácticas que se consiguen a partir de las referencias jurídicas, sino que se orienta a subrayar la influencia del derecho en el sentido y en las tendencias de los comportamientos colectivos.²²

Conocer un determinado instituto jurídico a partir de sus reductos dogmáticos, como es el caso del derecho subjetivo, implica tanto el afianzamiento de los argumentos técnicos de la categoría normativa que se visualiza, como un distanciamiento intencional que establezca conclusiones sin demandar el compromiso del intérprete con las premisas convencionales sobre las que se basa la obligatoriedad de las disposiciones jurídicas. Tratando de hacer la tesis más explícita, hay que agregar que, cualquier análisis que pretenda integralidad en la revisión de la categoría de los derechos subjetivos debe, primero, subir la espiral de abstracción que trazó la construcción dogmática de este concepto, pero enseguida, tendrá que desandar el camino para recuperar las vertientes concretas en las que dicha categoría expresa su función.²³

Para ilustrar algunas de las posiciones clásicas sobre el tema del derecho subjetivo, se deben traer a colación las obras de Ihering y Windsheid, como muestra de los intentos que ha efectuado la jurisprudencia para explicar dogmáticamente dicha categoría normativa. Como propuesta crítica de tipo endógeno, cabe citar la obra de Kelsen, quien intentó desacreditar los planteamientos dualistas y propuso una explicación exclusivamente desde el punto de vista

²² *Ibidem*, p. XII (Introducción)

²³ Cfr., FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad. de Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayan Terradillos y Cantarero; Prol. Norberto Bobbio), ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 905 y ss.

del derecho objetivo. Los planteamientos kelsenianos no pretendieron trascender la dogmática sino rectificarla. Frente a este tipo de posturas endógenas, la escuela realista escandinava ha propugnado por una revisión crítica de los derechos subjetivos que parcialmente se coloque al margen de la interioridad del sistema. Los juristas escandinavos plantean la crítica del carácter normativo y valorativo del derecho a partir de la dimensión fáctica; por eso, su revisión inmiscuye elementos sociológicos que desorbitan los cánones habituales del trabajo dogmático, pero que constituyen una referencia obligada para la crítica contemporánea de la noción de derecho subjetivo.

Es tanto lo que se ha escrito a la fecha sobre el derecho subjetivo, que lo único que justifica la persistencia en el tema es la posibilidad de plantear un enfoque que unifique en un mismo curso analítico los sesgos dogmáticos y los tamicos críticos. Al respecto, los trazos básicos de la jurisprudencia escandinava constituyen un valioso principio.

1.5 Breve digresión sobre el papel de la dogmática

La dogmática jurídica se coloca por sus pretensiones más cerca de la técnica que de la ciencia, aunque casi nunca sus practicantes pronuncian una abjuración completa en torno de ésta última. La dogmática consiste en un cuerpo de categorías analíticas que reúnen un gran potencial sistematizador. Sus contornos admiten versiones muy variadas que van, desde concepciones tan elementales como la exégesis, hasta propuestas tan elaboradas como la tópica o la lógica deóntica. En todos los casos, sin embargo, la dogmática se caracteriza por la prioridad que otorga a su función. La guía del trabajo dogmático no es autónoma, sino que se encuentra imbricada en una situación de codependencia respecto del orden jurídico positivo.²⁴ La dogmática no es, en síntesis, una modalidad de la libre elucubración, sino que su sentido apunta invariablemente a la maximización de los aspectos operativos del ordenamiento jurídico. Entre las vertientes funcionales de la dogmática se pueden apuntar las siguientes:

²⁴ *Op. cit. supra* nota (2), pp. 321-322.

a) *Elaboración del material jurídico.* La dogmática, desde este punto de vista, es una forma de construir las piezas del derecho. La generalización y la síntesis aplicadas al tratamiento de casos, soluciones, normas escritas o dictámenes son sólo algunas de las tareas constructivas que realizan los juristas dogmáticos con enorme destreza. A este nivel se prepara el material abstracto de la ley y las sentencias. Se afinan y pulen los enunciados y principios en torno de los cuales se agrupan y construyen los productos normativos. El desarrollo de la dogmática cumple una función unificante del material jurídico a través, precisamente, del establecimiento de los dogmas básicos que acompañan sustancialmente la suerte del sistema.²⁵ La validez del ordenamiento depende de su homogeneidad, o más precisamente, de la posibilidad de verificar el material normativo de una manera uniforme, a partir de la proyección unitaria de los principios básicos del sistema.

La dogmática supone un campo de prohibiciones que deben quedar a salvo de cualquier cuestionamiento; al respecto, el primer dogma de un sistema jurídico es el de la obligación que se impone a sus destinatarios de obedecer sus disposiciones. En este sentido, como lo afirma Luhmann, "el sistema depende de no tener que fundamentar su fundamentación".²⁶ El derecho trabaja sobre la asunción de algunos presupuestos básicos, como es, desde luego, el de su propia obligatoriedad. La dogmática, con su actitud de no disputar sobre los principios del sistema y elaborar sus desarrollos conceptuales bajo el presupuesto de la obediencia, colabora a reproducir a través de cada una de las categorías que construye, el mensaje de la obligatoriedad del derecho.

b) *Sistematización y control.* El conocimiento dogmático ha desarrollado un gran poder de catalogación y jerarquización del material jurídico; sus categorías conforman el trazo principal de las codificaciones modernas y de las leyes contemporáneas.

²⁵ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, (trad. Jorge M. Seña), ed. Gedisa, Barcelona, 1991, p. 17.

²⁶ *Op. cit. supra* nota (6), p. 99.

Sin el previo trabajo de sistematización dogmática la producción legislativa resultaría inentendible. El presupuesto de unidad que construye este tipo de enfoque, se ofrece como un instrumento privilegiado de control para mantener la coherencia de los ordenamientos jurídicos. La dogmática consigue aislar los procesos del derecho y verificar sus criterios de validez sin tener que atender de inmediato a la eficacia de las disposiciones que lo integran. Es un enfoque que impide el contraste directo entre el ordenamiento jurídico y las partes más agresivas del contexto al que se debe; la "doctrina" constituye, desde este punto de vista, una especie de pseudoexterioridad que favorece el ajuste del derecho a través de un sistema de conceptos asentados con anterioridad.²⁷

c) *Intermediación y extensión.* La dogmática es una técnica interpretativa que prohija el incremento de soluciones jurídicas a partir de una oferta limitada de opciones normativas; o dicho de otro modo, el ejercicio dogmático hace rendir la ley por encima de sus pretensiones originales, abriendo sus contornos a un número de posibilidades adicionales a aquellas que constituían el objeto primario de la regulación.²⁸ Más allá de las analogías y de las posibles extrapolaciones del sentido de la ley a las variantes que ofrece la realidad, sólo queda el recurso extremo de la reforma legislativa y, en muchas ocasiones, aún ésta se encuentra condicionada por los desarrollos previos de la dogmática, que, en situaciones límite, llega a pronunciarse por la insuficiencia de la ley, otorgando opciones viables de remplazo, pero siempre bajo el criterio de mejorar las condiciones prescriptivas del ordenamiento en cuestión.

Los ejercicios interpretativos que se producen bajo los influjos dogmáticos constituyen una forma de reacción de los especialistas del derecho ante el carácter poco flexible de la ley escrita. La ponderación desde distintos escenarios de solución confiere a los preceptos legales una posibilidad adicional de extensión;

²⁷ *Op. cit. supra* nota (11), p. 84.

²⁸ *Ibid.*, p. 32-36.

una posibilidad que por cierto no procede de sí mismos, sino de la apertura que consiguen darle los intérpretes a fuerza de resolver conflictos prácticos.

Algunas tareas dogmáticas promueven la incorporación de ciertas situaciones novedosas al cuerpo del derecho positivo; la tipificación de conductas sociales dentro de los cauces normativos supone casi siempre un tratamiento preliminar a partir de categorías conceptuales.²⁹ Los hechos no suelen ingresar de una vez en los moldes prescriptivos en los que se habrá de operar su valoración jurídica; previamente reciben un baño conceptual que los categoriza y los hace manejables desde la dimensión abstracta en la que se verifica el proceso de reducción de la diversidad. Así, los acontecimientos, antes de ser encuadrados y enjuiciados, son nombrados en términos jurídicos; sólo hasta que son rebautizados con las claves semánticas del derecho, los hechos sociales se consideran a punto para su aprehensión normativa.

II. EL PERFIL CONTEMPORÁNEO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

2.1. Primer acercamiento

Una aclaración pertinente que debe efectuarse es que el término *derecho subjetivo* no denota una categoría intemporal. Aunque con antecedentes en Roma y en la segunda escolástica, la noción es en realidad moderna. La idea del derecho subjetivo se vincula de manera obvia a la reivindicación de la condición individual de los agentes sociales frente a la organización política; se trata, por una parte, de una reacción contra el sofocamiento corporativo y, por otra, de la expresión de los propósitos garantistas y valorativos que el pensamiento liberal atribuye como finalidad al orden jurídico positivo. La noción de derecho subjetivo fue acuñada para precisar situaciones o posiciones jurídicas de las personas individualmente consideradas. Es una categoría que aunque supone ciertos vínculos sociales, obnubila el carácter relacional específico del que proceden los conceptos *derecho* y *deber*.

²⁹ *Op. cit. supra* nota (4), p. 51.

A pesar de que la noción de derecho subjetivo no fue pensada exclusivamente para ser funcional al mercado, es difícil localizar otro instituto jurídico con una vocación tan manifiesta para las relaciones de intercambio. La concepción abstracta de los sujetos y del objeto implicado, pero principalmente el papel que se atribuye a la voluntad autónoma, encajan a la perfección con la idea del contrato en sus versiones modernas. El intercambio garantizado por la coacción y la probabilidad de apoyo que brinda el aparato jurídico a los intereses materiales de los sujetos, particularmente de aquellos que se encuentran en el papel de propietarios, son los dos rasgos que más llamaron la atención de Max Weber en torno a los derechos subjetivos; su interés se hizo manifiesto al exponer el tema de las relaciones entre el orden jurídico y el orden económico. Para Weber, el instituto dogmático del derecho subjetivo reviste un interés especial en cuanto funciona como regulador de las expectativas futuras que se desprenden de las relaciones de intercambio.³⁰

Dentro de la dogmática jurídica la noción de derecho subjetivo representa el papel de gran articulador de las posiciones de los agentes que fungen como beneficiarios de las ventajas subjetivas que otorgan las normas generales al individualizarse. Se trata de una categoría de uso intensivo, en la que se refleja de un modo fiel la inversión del sentido de las relaciones de dominación que se realiza en el derecho. El sentido básico de una relación social de poder en la que se produce la postración de uno de los agentes, aparece completamente reformulada en el plano de las apariencias jurídicas; a este nivel lo más relevante es la definición abstracta de las potestades que corresponden al titular del derecho. Y tanta presencia tiene esta noción que prácticamente no hay obra de teoría del derecho que no se encargue exhaustivamente de este asunto.

Para poder aislar correctamente el campo específico en el que opera el concepto de derecho subjetivo, hay que dirimir cuando menos dos cuestiones, a saber:

- a) *Que el derecho subjetivo se define en contraposición al derecho objetivo*; es decir, forma parte de una mancuerna de con-

³⁰ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, (trad. Echavarría, Roura, Ímaz, García Máynez y Ferrater), ed. FCE, México, 1964. pp. 254-266.

ceptos, por cierto no reconocida de manera unánime, cuya extensión abarca las dos tradiciones jurídicas más importantes del mundo occidental: en los países agrupados por el *common law* la dualidad se manifiesta en los conceptos *law* y *right*; en los países de la tradición románica, la contraposición se encuadra en la pareja ley y derechos, que en más de un sentido corresponde a la antigua dicotomía entre *ius* y *lex*.

- b) *El reconocimiento del sujeto como portador del derecho.* Para quienes aceptan la existencia de los derechos subjetivos hay una premisa básica de la que no pueden apartarse: el reconocimiento de la existencia autónoma de los sujetos a quienes se identifica, ya sea como portadores o como destinatarios de las ventajas subjetivas que establecen las normas objetivas. La noción de derecho subjetivo queda, bajo este punto de vista, prefigurada por el concepto de sujeto. Los agentes sociales son concebidos, en términos del pensamiento moderno, como personajes autónomos que enarbolan una voluntad sin determinaciones materiales.³¹ La tesis kantiana del hombre-fin representa la expresión más racionalizada de un tipo de vida en el que se privilegia el protagonismo individual y el ejercicio autónomo de la voluntad.

La época postmoderna no comparte los perfiles personalistas del periodo histórico anterior. En las sociedades actuales la dimensión sistemática del derecho ha terminado por diluir las referencias subjetivas. Los agentes sociales ya no son convocados como los protagonistas singulares de los procesos jurídicos, sino que su existencia queda subordinada a los criterios de relevancia del sistema. A diferencia de la época moderna, donde la finalidad de la ley era garantizar la efectiva atribución a los sujetos del disfrute del *ius*, en las sociedades postmodernas, al *ius* se le confiere sólo la categoría de un efecto reflejo de la *lex*.

Una de las reflexiones luhmannianas más impactantes pone de manifiesto que la noción de persona, con la que trabajan habitualmente los órdenes jurídicos, ha sido utilizada desde la antigüedad,

³¹ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, (trad. Manuel Martínez Neira; Present. Clara Álvarez Alonso), ed. Trotta, Madrid, 1996. pp. 35-46.

siempre con la intención de soslayar las condiciones materiales de los sujetos sociales.³² El concepto de persona obviamente no colma su significado aludiendo a las características de los agentes que designa, sino que es el producto de la interpelación genérica del sistema a los agentes a los que se dirige. El término persona se acuña en el sistema, no en la parcela que corresponde a los sujetos; por ello, su función consiste en reducir las posibilidades de acción de los agentes al tipificar en roles restringidos sus movimientos probables.

El ordenamiento jurídico se garantiza a sí mismo cuando encuadra la libertad y la reduce al ámbito de posibilidades que concede el propio aparato jurídico. La persona no es entonces el sujeto ideal de la libertad irrestricta, sino el referente mediato de la tipificación de las conductas autorizadas dentro del marco del ordenamiento regulador.

2.2 *El derecho subjetivo y las técnicas de protección*

- a) *El derecho subjetivo como técnica de aseguramiento.*- Para ubicar la noción *derecho subjetivo* en la amplitud del universo dogmático hay que tener claro que el concepto alude a una técnica específica de aseguramiento jurídico, mediante la cual se garantizan ciertas ventajas a favor de los sujetos que se definen como titulares, ya sea contra el poder público, o bien contra cualquiera que se coloca en un plano de ilicitud al bloquear la realización del derecho. En último análisis, la técnica del derecho subjetivo expresa una modalidad de protección que brinda al titular del derecho la posibilidad de activar los mecanismos coactivos del poder público en favor de sus intereses protegidos.³³ El instituto en cuestión concreta la idea de hacer participar a la fuerza pública como aliado del titular con el propósito de que éste pueda colmar las ventajas de la situación jurídica que define una norma objetiva a su favor.

³² LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, (ed. y trad. Joesetxo Beriain y José María García), ed. Trotta, Madrid, 1998. pp. 236 y 242.

³³ Vid. PEÑA FREIRE, Antonio M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (prol. Tomás-Ramón Fernández), ed. Trotta, Madrid, 1997. p. 130-131.

La titularidad del derecho subjetivo funciona como un halo protector de las ventajas que concede el ordenamiento objetivo y, por ello, juega como un factor que incrementa las posibilidades de disfrute individual y las posibilidades de cálculo en general.

- b) *Relevancia de la forma de protección.* La segunda idea útil para la localización del concepto *derecho subjetivo* consiste en entender que no son los contenidos materiales o volitivos de un derecho los que le dan sustento a esta categoría. Para ejemplificar, no puede buscarse la sustancia de una noción funcional como la que nos ocupa en el contenido de un derecho como en el caso de la propiedad; el ordenamiento jurídico sólo efectúa el posicionamiento del sujeto titular a través de una interpelación normativa que garantiza una situación de ventaja a favor del derechohabiente. Pero lo específicamente jurídico del derecho subjetivo no está en los rasgos peculiares de las prerrogativas que confiere sino en la forma en que coloca al sujeto, permitiéndole activar los mecanismos de protección que el derecho define a su favor.

Uno de los aspectos que otorgan más fuerza a la noción de derecho subjetivo es la funcionalidad que tienen este tipo de soluciones para albergar el sentido de los actos futuros manteniendo su próxima realización en una situación potencial. El derecho subjetivo, como otras tantas piezas de los ordenamientos jurídicos, visto desde una perspectiva institucional, remite a una sociedad donde el conflicto forma parte fundamental del cálculo que realizan quienes tienen a su cargo la organización. Los derechos subjetivos previenen contra los comportamientos que impiden la realización de expectativas personales protegidas por el aparato coactivo del sistema. Las conductas que impiden la consumación de una ventaja garantizada son calificadas *ipso facto* como proceder ilícitos; de ello se sigue que tales conductas quedan identificadas como condiciones para la aplicación de sanciones, actos represivos, compensatorios o simplemente de abstención, según sea el caso de la consecuencia prevista en la norma de derecho objetivo que regula la situación. Como es obvio, la efectividad de

la norma que confiere el derecho subjetivo a su titular no depende completamente de la actualización de la coacción, sino que también abunda en su favor el conjunto de móviles éticos, políticos, psicológicos o de otra índole que determinan a los sujetos obligados para adoptar la decisión de respetar los derechos de otro.

El tema de la efectividad de los derechos subjetivos, reverdece a su paso el asunto del ocultamiento parcial de la noción de deber y de la obnubilación del carácter relacional de la situación subjetiva que protege el ordenamiento jurídico. Y ello es así, porque la cuestión de la efectividad es un asunto fáctico, como fácticos son también los aspectos que el derecho oculta al utilizar una noción que atiende exclusivamente al polo positivo, de ciertas relaciones que generan desigualdades reales entre los agentes sociales.³⁴

El concepto de derecho subjetivo conecta mejor con el resto de las piezas dogmáticas por el lado de su enorme poder de síntesis. El grado de abstracción al que se construye esta categoría le confiere una gran capacidad envolvente que lo mismo le permite albergar prerrogativas surgidas de los contratos, que permisiones o potestades. Pero precisamente la gran diversidad que cabe en esta noción es la que obliga a distinguir subgrupos y tipos de prerrogativas, porque en su sentido más general dicha categoría se torna inmanejable.

2.3. Consideración sobre los vacíos axiológicos del concepto de derecho subjetivo

- a) *Los vacíos axiológicos.* Como en el caso de cualquier categoría funcional, el derecho subjetivo es un concepto que presenta problemas mayúsculos para ser aprehendido desde el punto de vista de su contenido material. La encrucijada que se ha abierto por la pérdida paulatina de los contenidos axiológicos en favor de los rasgos técnicos de los derechos subjetivos, entronca con la paradoja aún mayor de la dogmática, que habiendo necesitado siempre para sus desarrollos de una noción fija de lo justo,

³⁴ Cfr., KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, (trad. de la 2a. ed. alemana de Roberto J. Vernengo), ed. UNAM, México, 1986. pp. 143-144.

en sus vertientes analíticas, dominantes por cierto en el momento actual, ha dejado completamente de lado los referentes morales del derecho. Por supuesto que esto ha motivado una reacción mayúscula entre quienes no se resignan a ver disociados derecho y moral. Hoy, la teoría de los derechos fundamentales surge como el antídoto a la amoralización del ordenamiento jurídico. Los esfuerzos por acreditar que los derechos fundamentales tienen una justificación teórica distinta a la de los tradicionales derechos subjetivos, se encamina justamente a reivindicar los contenidos morales del derecho. Pero estos intentos prueban, al mismo tiempo, que los mecanismos constructivos y teóricos de los derechos subjetivos no ofrecen un horizonte viable para intentar desde allí la moralización de los ordenamientos jurídicos.

Si se piensa en los móviles políticos que estuvieron presentes en las primeras declaraciones de derechos individuales del mundo moderno, es indudable que los desarrollos teóricos sobre el derecho subjetivo, a partir de *La teoría pura* y hasta desembocar en la escuela *realista* escandinava, representan un disloque con relación al origen. Las primeras declaraciones de derechos se enarbolaron como estandartes de un individualismo que pretendía reorientar los referentes axiológicos de la organización política. La apuesta principal consistía en resituar al hombre *en singular* por encima del grupo al que pertenecía. Por ello, los fuertes condicionamientos sistemáticos de los ordenamientos jurídicos de hoy en día, son absolutamente incompatibles con las pretensiones axiológicas que datan de los orígenes iusnaturalistas de la institución. Hoy, el condicionamiento que ejercen las necesidades del aparato jurídico fuerza a diluir las finalidades subjetivas que orientaron el viejo discurso liberal. La mecanización del derecho es un factor desfavorable a la pervivencia de sus contenidos morales; y todo, porque dentro de las sociedades complejas es más fácil confiar en el automatismo de los aparatos que en la diversidad de los valores.³⁵

³⁵ *Op. cit. supra* nota (18), p. 103.

La neutralización axiológica del derecho es un dato que ayuda a su comunicabilidad en términos técnicos, porque simplifica el esquema del funcionamiento sistemático del ordenamiento jurídico. Si, como lo plantea Alf Ross, es posible pasar directamente de ciertos hechos que funcionan como condiciones para la titularidad de un derecho, a las consecuencias jurídicas que consisten en la posibilidad de activar los mecanismos de protección procesal, realmente resultan superfluos los contenidos valorativos y materiales de los derechos subjetivos que autoriza tal situación. Para aprovechar el ejemplo que invoca el mismo Ross; si se considera que alguien adquirió la propiedad en términos legítimos, tiene derecho a que, si se le despoja, pueda recuperar la posesión.³⁶ El enlace entre ciertos hechos que operan como condición y las consecuencias que el orden jurídico les atribuye hace innecesario cualquier contenido adicional que se quiera atribuir al concepto de propiedad. Bajo esta perspectiva, el derecho subjetivo es sólo la representación simbólica y sintética del entramado hipotético de la norma.

A estas alturas del siglo puede ya sostenerse la idea de que la funcionalidad de los derechos subjetivos no depende de sus contenidos morales. Técnicamente es admisible hablar de tales derechos como mecanismos específicos de protección de situaciones sin comprometer un rumbo axiológico específico. La *razón sistemática* del ordenamiento, si vale esa expresión, condiciona a tal grado la función del derecho, que éste cada vez se muestra en un grado mayor de alejamiento respecto del contexto en el que se produce.

Si hoy el discurso de los derechos fundamentales, que también persigue la protección de situaciones subjetivas, se aparta tanto de la justificación habitual que acompaña a los derechos subjetivos, es justamente porque los intereses que han sido protegidos por esta institución, hoy se encuentran en descrédito, al menos como intereses universales. Nadie puede ya seguir moralizando en torno del derecho de propiedad, por citar el ejemplo más drástico, después de constatarse la infuncionalidad de este derecho para generar condiciones sociales de mayor equidad. Cualquier discurso

³⁶ Ross, Alf, *Tú-tú*, (trad. Genaro R. Carrió), ed. Aheledo-Perrot, Buenos Aires, 1976. pp. 36 y ss.

sobre los derechos fundamentales tendrá que seguir una vía post-moderna; es decir, una orientación que reconozca que la promesa liberal original sobre la universalidad de los valores modernos, es ya insuficiente; sobre todo, porque nunca fue cabalmente cumplida.

2.4 La vía de la abstracción

a) *El proceso de formalización.* La noción del derecho subjetivo no interpela hechos en particular. Sólo a través de un rodeo crítico muy extenso podría llegarse a establecer una correspondencia confiable entre las normas objetivas que otorgan derechos y las prerrogativas que efectivamente disfrutaban ciertos agentes sociales en un contexto histórico determinado. El grado de abstracción de la noción de derecho subjetivo es tan elevado que en su estructura prácticamente no quedan rastros de los sujetos sociales en concreto. La subordinación que se produce en las diversas facetas de las relaciones que ocurren en una sociedad de mercado, como las que se traban por ejemplo entre empleados y trabajadores asalariados, o entre propietarios y no propietarios, es algo que la noción de derecho subjetivo definitivamente no trasluce. La versión jurídica de las distintas modalidades de obediencia es el sometimiento genérico de los individuos a la idea del deber. En este sentido, como correlato de la noción del deber, el derecho subjetivo se convierte en una fórmula abstracta para organizar la obediencia. La abstracción es la vía por la que el derecho se desentiende de sus causas, o si se prefiere, deviene uno de los procedimientos fundamentales para establecer la clausura parcial del sistema en demérito de la factualidad específica.³⁷

El derecho no se aleja del curso concreto de los acontecimientos sociales con fines necesariamente extralógicos; no, la distancia que el ordenamiento asume tiene que ver con el cumplimiento de las funciones ordenadoras que le atribuye el propio contexto.

³⁷ *Op. cit. supra* nota (11), pp. 20-23.

Para expresar esta misma idea, es posible acudir a otra formulación: una sociedad; es decir, un contexto específico de relaciones, sólo puede ordenarse a nivel institucional a través de criterios homogéneos: la diversidad no se cataloga ni se clasifica a partir de su estricta pluralidad; el derecho como cualquier otro factor de orden, tiene que reducir la complejidad y establecer clases y categorías de sujetos y de actos.³⁸ La noción de derecho subjetivo sigue precisamente este designio.

Desde la perspectiva de la abstracción, se puede afirmar que la noción de derecho subjetivo es la expresión dogmática —es decir, funcional— de un sistema de relaciones formales en el que los sujetos —en cuanto referentes abstractos— sólo se hacen visibles cuando su voluntad da curso a la protección que otorga genéricamente el ordenamiento objetivo, y que consiste en la posibilidad de obtener el concurso del aparato coactivo estatal para conseguir el cumplimiento de una prestación, o simplemente la omisión de actos obstruyentes de ciertas ventajas o libertades. Este tipo de enlace entre sujetos tiene una naturaleza formal, o sea, normativa; la prestación o el disfrute de una libertad se presenta en todo caso como una atribución genérica y, por último, los agentes involucrados como destinatarios de las normas sólo son identificados a través de roles institucionales del propio sistema, nunca por medio de sus cualidades materiales.

La abstracción y la condensación del sentido de los comportamientos en tipos normativos se encamina precisamente a reducir la diversidad de posibilidades que pueden abrirse a partir de la libre situación relacional de los agentes. Como lo afirma Luhmann, el derecho subjetivo propende a mantener la asimetría; es decir a preservar la ventaja conferida al titular.³⁹ La reducción de posibilidades es algo que redundo, como se dijo, en el incremento de las probabilidades y en la disminución de la contingencia. El encauzamiento jurídico de los actos sociales significa volverlos calculables. El contrato, por ejemplo, que es por cierto una de las fuentes más fértiles en materia de derechos subjetivos, se presenta también como una institución que colabora con gran eficiencia a de-

³⁸ *Op. cit. supra* nota (1), p. 155.

³⁹ *Op. cit. supra* nota (11), pp. 107-108.

terminar las posibilidades sobre el curso próximo que habrán de tener ciertas situaciones relacionales entre los sujetos pactantes. El control en el tiempo de los comportamientos futuros es algo que exige un contexto de relaciones mercantiles; por eso Weber entiende la previsibilidad del sentido de ciertos actos de intercambio como factor de racionalidad en las sociedades modernas.

Las opciones que se descartan en virtud de una solución jurídicamente protegida se consideran ilícitas; o más allá de esto, se parte de la base de que las justificaciones que pudieran alegarse para actuar en forma contraria a la norma nunca son suficientes, puesto que la solución protegida por el ordenamiento tiene a su favor todo el proceso institucional y participativo en virtud del cual fue creada. La razones genéricas para obedecer una norma no tienen que ser invocadas a cada momento, las ventajas de la institucionalización consisten precisamente en la sobreposición de una razón o justificación unitaria y estabilizada a las diversas derivaciones casuísticas que pudieran presentarse. No importa porque alguien se encuentra en posesión de un bien, lo jurídicamente relevante consiste en que, si cualquier poseedor es exigido a devolver la cosa que tiene en su poder en virtud de la reivindicación que ejerce el propietario, aquel jamás podrá encontrar una razón suficiente para vencer el interés protegido del titular del derecho de propiedad, por lo que tendrá que devolver la cosa. La protección jurídica de situaciones subjetivas refuerza su efectividad justamente en la formulación abstracta de los criterios de preminencia que define del ordenamiento jurídico, por que en ellas encuentra además su justificación.

b) *El desvanecimiento del sujeto.* Giovanni Tarello expresa los derroteros del proceso de abstracción en relación con el sujeto en los siguientes términos referentes al proceso europeo de codificación: "los códigos modernos asumieron la estructura de sistemas de normas de sujeto único, aun dejando persistir aquellas desigualdades que no se referían directamente a la organización jurídica de clase". Más adelante Tarello explica que el haber transferido las diferencias de los sujetos a los predicados de las proposiciones jurídicas es algo que compagina con la forma de

obrar de la ideología jurídica", que para él consiste en el *objetivismo*; es decir, en la idea de ciertos juristas modernos de que el derecho no reglamenta al hombre, sino a sus actividades.⁴⁰ Esta cita es coincidente en su sentido con toda la elaboración del sujeto abstracto de derecho.

Para Kelsen, como tanto se ha explorado, la noción de sujeto sólo es relevante como referencia subjetiva de las normas; las interpelaciones jurídicas a los agentes sociales nunca involucra sujetos en particular, sino tipificaciones genéricas de conducta. El sujeto no tiene significado jurídico propio, a no ser que alguien ponga en práctica determinados actos que pueden llegar a ser coincidentes con el contenido de una norma.⁴¹ Al igual que la noción de persona, la noción de órgano, que es el referente subjetivo de los procesos de creación y aplicación de las normas, tiene una vocación estrictamente funcional en relación con el sistema. El derecho deviene la regulación abstracta o formal del comportamiento de los agentes; su substancia no comprende ni a los agentes ni a sus comportamientos. Para mantener la validez de estas aserciones hay que aceptar el difícil extremo de que las normas no son hechos sociales; sino sólo la formulación formal de su sentido. Pero, se rechaza o no el concepto de sujeto de *La teoría pura*, lo que es innegable es que describe de un modo impecable la forma en que el derecho moderno de las grandes codificaciones se apartó de las determinaciones concretas de los agentes sociales.

También en la misma dirección, Pietro Barcellona expone: "el orden artificial del derecho se sostiene sobre los individuos que lo producen; pero éstos son sujetos de derecho porque vienen reconocidos como tales por una norma". Y en otro pasaje igualmente claro sostiene: "la abstracción del sujeto es decisiva para mantener unida la constitución contradictoria de coacción económica y de libertad jurídica".⁴² Ambas citas abundan en la funcionalidad tanto sistemática como extrasistemática de la abstracción; ambas dejan ver que la reproducción interminable de la forma jurídica está ligada al aplazamiento del análisis de su verdadero contenido.

⁴⁰ *Op. cit. supra* nota (16), pp. 50-51.

⁴¹ *Op. cit. supra* nota (34), pp. 179-181.

⁴² *Op. cit. supra* nota (18), p. 47.

El velo que el derecho tiende sobre el carácter opresivo de las relaciones sociales es de naturaleza simbólica y, precisamente la abstracción, es una de las primeras condiciones para la construcción de símbolos.

En la distancia que se establece entre el sentido simbólico del discurso jurídico y las funciones reales que cumple el ordenamiento es donde la categoría del derecho subjetivo adquiere su mayor sentido; a través de ella es posible transportar las situaciones relacionales concretas al ámbito formal de la protección normativa que las acompaña. Cuando una norma de derecho positivo otorga ventajas genéricas a sus eventuales destinatarios, no alude, como bien lo establece Rolando Tamayo, a cualidades humanas de los agentes en cuestión, sino que se refiere a *capacidades*; esto es, a posibilidades de actuar, ya sea en posición activa o pasiva, respecto a las vías de protección que el ordenamiento jurídico define en cada caso.⁴³

La forma en que los sistemas jurídicos modernos y contemporáneos se refieren a los sujetos no implica desde luego la supresión del concepto de agente social. Lo que se suscita en esencia es una reubicación en virtud de la cual el sujeto se desplaza del interior del sistema al exterior. Así, los hombres de carne y hueso quedan situados en el entorno del ordenamiento; dentro, el sistema sólo trabaja con las referencias modélicas de los comportamientos.⁴⁴

La consecuencia necesaria de la expulsión del sujeto al exterior del sistema es que a los agentes sociales concretos no se les puede ver más como portadores de prerrogativas naturales: en adelante, sólo el orden jurídico positivo podrá ser identificado como fuente de otorgamiento de atribuciones jurídicas. Así, como no hay sujeto fuera de las interpretaciones normativas, tampoco puede haber derechos al margen del ordenamiento. Los derechos naturales de la persona, que tan persistentemente son reivindicados por los autores iusnaturalistas, quedan relegados jurídicamente y se les reconoce exclusivamente la calidad de pretensiones morales.

⁴³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "El sujeto del derecho" en (ed. de Ernesto Garzón Valdés y Fco. J. Laporta), *El derecho y la justicia*, ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 299.

⁴⁴ Cfr. LUHMANN, "La comunicación jurídica" en *Confluencias. Órgano de difusión de la reforma democrática*, Xalapa, vol. 1, núm. 1, septiembre de 1996, p. 25.

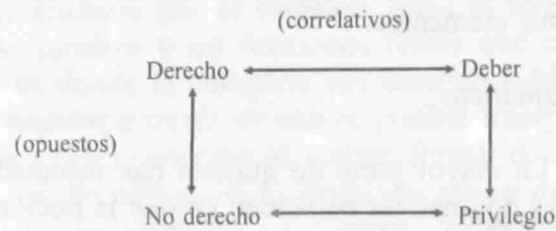
Un derecho, sin sujetos de carne y hueso, sin prerrogativas posesivas que reconocer, sin determinaciones morales y, en general, sin aspiraciones metafísicas, se orienta al final del camino sólo por la razón técnica y, de acuerdo con ella, efectúa la caracterización funcional de sus elementos.

2.5 Los usos dogmáticos

a) *Generalidades*. La mayor parte de quienes han estudiado este tipo de categorías dogmáticas coinciden en que la noción *derecho subjetivo* encubre una serie de situaciones heterogéneas que difícilmente podrían ser reconducidas a un sentido unitario. Entre los aspectos que suelen abarcarse con este concepto caben: situaciones subjetivas, prerrogativas, facultades, atribuciones, privilegios, competencias, potestades, derechos, permisiones, autorizaciones, libertades, derechos públicos subjetivos, etcétera. La sistematización de este vasto conjunto de conceptos ha sido emprendida de muy diversas maneras; quizás quien ha llegado más lejos hasta el momento en el intento de categorización de este material sea Robert Alexy, quien asume como rubros básicos: a) *los derechos a algo*, que incluyen: los derechos a acciones negativas, al no impedimentos de acciones, a la no afectación de propiedades y afectaciones, a la no eliminación de posiciones jurídicas y a acciones positivas; b) *las libertades* que a su vez comprenden: las libertades protegidas y las no protegidas, y c) las competencias que se subdividen en las de los ciudadanos y las del Estado.⁴⁵ La clasificación de Alexy tiene como antecedente la obra de Hohlfeld, quien realiza una propuesta de sistematización en torno a los conceptos de derecho y deber, distinguiendo con claridad los usos comprendidos en relación con las diversas situaciones subjetivas a que pueden dar lugar las relaciones jurídicas. Hohlfeld emplea un sistema de contraposiciones cruzadas y correlaciones que permite entender los nexos y el sentido específico

⁴⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 183 y ss.

de cada una de las situaciones jurídicas individuales, aludidas en el lenguaje de los jueces.⁴⁶ A continuación se muestra un ejemplo:



De este esquema básico se desprende que el derecho tiene nexos lógicos tanto con la *ausencia de derecho* (opuesto), como con la noción de *deber* (correlativo). El *deber*, por su parte, tiene como posición opuesta la *ausencia de obligación* y como correlativo al *derecho*. Tanto el derecho como el *privilegio* definen espacios de acción lícita; el derecho es un campo acotado por la extensión de su ámbito de ejercicio y, el *privilegio*, por no estar vinculado al cumplimiento de una obligación específica; en cambio, la pareja *deber* y *no derecho*, remiten, en un caso, a la necesidad de actuar en el sentido preciso de la obligación y, en el otro, a la ausencia de atribución normativa para llevar a cabo una conducta.

Para ubicar la noción de derecho subjetivo y de deber jurídico, Genaro Carrió, en la nota preliminar a la traducción que hace de la obra de Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, explica que este tipo de categorías, a las que él llama "*expresiones B*", se sitúan en un nivel intermedio entre (A) los términos deónticos más generales (jurídicamente prohibido, obligatorio, permitido) y (C) las expresiones que los juristas emplean para aludir a las situaciones específicas de que se ocupan las disciplinas en que se divide la ciencia dogmática del derecho.⁴⁷ Para ilustrar éstas últimas,

se hace alusión a expresiones como "hipoteca", "arrendamiento", "obligación solidaria", "avalista", "legítima defensa", etcétera. Las expresiones intermedias, como la de derecho subjetivo, o la de *ius in rem*, según Carrió, para "abrir e identificar situaciones de un género", que avanzan por su mayor grado de abstracción los límites específicos de los tipos tradicionales del derecho.⁴⁸

Aunque existan diferencias entre los distintos usos del concepto derecho subjetivo, estas discrepancias no desbalancean su tratamiento dogmático, basta con que se conserve una adecuada distinción técnica de las situaciones, las que de todos modos admiten un tratamiento referencial relativamente uniforme. Los desequilibrios explicativos mayores vienen con el surgimiento de los *derechos sociales* y de los llamados *intereses difusos*; en estos casos, la construcción técnica de los derechos subjetivos resulta insuficiente por lo que su explicación amerita la construcción de un complejo dogmático de otras características.

b) Usos particulares.

b.1) *Derechos subjetivos en sentido estricto*. Su atribuciones —léase facultades— que el legislador confiere de manera expresa a los destinatarios del contenido de una norma para autorizar su propia conducta, o bien para exigir cierta prestación de otro sujeto. En estos casos, se trata de una relación tripartita en la que A puede exigir de B la prestación C.⁴⁹ Este tipo de sentencias pertenecen a dos sujetos entre sí y en la relación con un objeto. Lo común es que en estas situaciones exista un deber correlativo que se encuentre sustancialmente enlazado a la relación base; hay incluso quien afirma que el dato primario de la relación es la noción de deber y no la de derecho; sobre esto se habrá de abundar más adelante.

Las facultades de los titulares de los derechos subjetivos en sentido estricto, según el tipo de facultamiento que los favorezca,

⁴⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁹ MORINEAU, Oscar. *Los derechos reales y el subyacente en México*, coedi. UNAM-FCE., México, 1997. pp. 159 y ss.

⁴⁶ HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales, tal como son aplicados en el razonamiento judicial*, (trad. Genaro R. Carrió), ed. Fontamara, Col. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N. 2, México, 1991. pp. 44 y ss.

⁴⁷ Vid. CARRIO, R. Genaro, la nota preliminar del libro de HOHFELD, *Ibid.*, p. 7.

pueden hacer efectivas sus atribuciones, bien frente a deudores específicos, como sucede con los derechos de crédito, o bien, como en el caso de los derechos reales, frente a una pluralidad indeterminada de agentes, sobre los que recae una obligación general de respeto relativa al ejercicio de las atribuciones del titular.

En la estructura de los derechos subjetivos en sentido estricto se distinguen dos fases bien diferenciadas: la atribución directa de la norma, que es la que integra de manera expresa la titularidad, y la protección del derecho, que se refiere a la acción procesal que el titular puede activar para conseguir el concurso de la fuerza coactiva del Estado, con objeto de obligar a quien ha dejado de cumplir el deber correspondiente a su realización forzosa, o cuando menos a la compensación patrimonial por el incumplimiento.

Cabría preguntarse si el derecho subjetivo y el derecho de acción que concreta la garantía del primero, constituyen estructuras autónomas, o si se encuentran vinculadas de manera sustancial a un mismo módulo operativo del ordenamiento jurídico. Debe señalarse que las opiniones al respecto son disímbricas y que juristas como Kelsen niegan la importancia de la fase atributiva, reconociendo sólo relevancia jurídica a la protección procesal de las situaciones lícitas correlativas a ciertos deberes; es decir, para él sólo el derecho de acción con el que se protege al titular de un derecho, es lo que tiene un verdadero significado jurídico. No es la voluntad de decidir, ni el interés protegido lo que aporta el dato jurídico relevante a esta técnica de protección, sino la forma peculiar en la que el derecho desarrolló dicha protección.

b.1.1.) *Derechos reales*. Las codificaciones modernas al efectuar el desarrollo de los llamados derechos reales o derechos patrimoniales, otorgan prioridad a las facultades del titular del derecho —*facultas agendi*—, al grado que son las únicas que reciben un trato expreso en los enunciados contenidos en las normas. En cambio, la obligación correlativa queda normalmente sólo en la inferencia. Sin embargo, cuando alguien violenta las prerrogativas del titular del derecho, se hace manifiesto que éste tiene a su favor la posibilidad de exigir respeto a sus prerrogativas sobre la cosa. Pero la *facultas exigendi* en este caso transcurre sólo como el correlato lógico de la obligación universal de respeto que

deben los sujetos en general al derechohabiente de la cosa. El facultamiento a los titulares de derechos reales se efectúa de forma directa desde la norma objetiva que sirve de fundamento a la titularidad. En estos casos el modelo de protección lo proporciona la acción *real* o acción reivindicatoria, en virtud de la cual el propietario o el usufructuario de una cosa pueden recuperar la posesión del bien en caso de haberla perdido.

b.1.2.) *Derechos personales*. Los derechos de crédito, en cambio, depositan todo el énfasis de su estructura en la *facultas exigendi*; su esencia está compuesta por la capacidad que tiene el titular del derecho de pedir al sujeto que se ha obligado al cumplimiento de la prestación, que concrete el objeto del derecho. Hay que ser precavido para no confundir la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación con el ejercicio del derecho de acción que tiene por objeto actualizar su cumplimiento forzoso. En el caso del derecho subjetivo *estricto sensu*, la atribución del sujeto consiste en la *posibilidad* de solicitar la prestación a que está obligado el deudor o sujeto del deber. En la segunda situación —la del derecho de acción— se da paso a la activación del mecanismo protector de la atribución original por parte de su titular.

Los derechos personales colocan a la *facultas exigendi* en el centro de su definición, mientras que la *facultas agendi* queda parcialmente visible en la potestad original del titular, cuya voluntad es la que determina tanto el ejercicio de la exigencia ordinaria del cumplimiento de la obligación, como, en su momento, la activación del mecanismo procesal de protección.

La discusión dogmática sobre los derechos personales siempre ha dejado abierto el tema relativo a si el derecho subjetivo en sentido estricto es la facultad, o bien ésta última es en realidad el objeto del derecho. Los enfoques realistas sobre la cuestión consideran irrelevante este problema, porque lo único que importa para el ordenamiento jurídico es el nexo entre ciertos hechos o situaciones que fungan como condición de la aplicación de una norma, y las consecuencias que el orden jurídico determina para los casos de un incumplimiento.

Si en los derechos reales era manifiesto que el derecho objetivo facultaba a la propia conducta, es obvio que con los derechos per-

sonales el facultamiento que se concede es a exigir el cumplimiento de la conducta ajena.

b.2.) *Libertades*. El pensamiento liberal propuso un concepto de libertad que tasó para lo sucesivo las discusiones sobre el tema, para Montesquieu, por ejemplo, “la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten”.⁵⁰ Se trata de un ejercicio autónomo de la voluntad de acción pero acotado dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Si esta afirmación principal hubiera que reformularla en los términos de la teoría jurídica, se tendría que invertir su formulación y presentarse como un enunciado de sentido negativo: la libertad es aquello que la leyes no prohíben, o más específicamente, la capacidad de realizar aquello que no se encuentra proscrito por el ordenamiento vigente.

Robert Alexy identifica el concepto de libertades en su acepción jurídica más estrecha con la noción de *permisión*; es decir, con la capacidad que tiene el sujeto de derecho de decidir alternativamente si ha de realizar o no una conducta para la que lo faculta el orden jurídico. A esta libertad de elegir Alexy la denomina *libertad negativa*, mientras que se refiere a la *libertad positiva* cuando el objeto es una acción que alberga algún potencial de ser obstaculizada. Para asegurar la libertad jurídica en cualquiera de sus vertientes no se requiere la realización de alguna presentación sino sólo un derecho de defensa a favor del titular.⁵¹

A diferencia de los iusnaturalistas, que entienden las libertades como prerrogativas prejurídicas y como atributos naturales de las personas, cualquier enfoque positivista piensa en ellas como un ámbito jurídicamente otorgado; las libertades son jurídicas precisamente porque fueron conferidas a los sujetos por el derecho vigente. Para el positivismo, la *libertad en sentido negativo* consiste en la ausencia de prescripción obligatoria, mientras que la *libertad en sentido positivo* es la que define el ordenamiento dentro de un catálogo especial en el que se contienen, como dice Kelsen, “los

derechos más importantes e indiscutidos, esto es, aquellos que han sufrido históricamente los más enojosos y desagradables ataques del orden estatal”.⁵² Frente al ámbito de las *libertades negativas*; es decir, el de las conductas tácitamente permitidas, los órganos públicos definen su competencia a través del principio de atribuciones expresas, según el cual sólo pueden actuar en aquellas situaciones para las que están precisamente habilitados por una norma.

En consecuencia, con los postulados de la noción de derecho subjetivo en sentido técnico, Kelsen no considera auténticos derechos subjetivos a las llamadas libertades fundamentales; en primer lugar, porque sólo podrían llevar ese nombre las acciones procesales concedidas para protegerlas y, en segundo término, porque se requiere que, para que sean consideradas como auténticas garantías, el legislador ordinario tenga un veto total para modificarlas. Esto último sólo se logra cuando existe un sistema constitucional semirígido.⁵³

b.3) *Competencia o potestad de actuar*. Alexy se refiere a las competencias como *poder* o *poder jurídico*. Se trata de aquellas investiduras normativas que reciben los sujetos para poder celebrar actos que modifican situaciones jurídicas. Existen tanto competencias públicas como privadas; la potestad del juez para dictar una sentencia es un ejemplo de las primeras; la capacidad para hacer testamento ilustra las segundas.⁵⁴

Jellinek produjo en torno a las competencias una afirmación que hasta la fecha es motivo de agrio debate pero que resulta gráfica para entender este tipo de situaciones subjetivas: “las competencias agregan a la capacidad de acción del individuo algo (...) que no posee por naturaleza”.⁵⁵ Se trata por tanto de un conferimiento *expreso* de capacidades de acción.

⁵² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, (trad. Luis Legaz Lacambra), ed. Labor, Barcelona, 1934, p. 203.

⁵³ *Op. cit.*, supra nota (34), pp. 152-156.

⁵⁴ *Op. cit.*, supra nota (45), pp. 227-229.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 230.

⁵⁰ MONTESQUIEU, C.L., *Del espíritu de las leyes*, (trad. Nicolás Estévanez), ed. Porrúa, col. Sepancuantos, N. 191, México, 1980, p. 103.

⁵¹ *Op. cit.*, supra nota (45), pp. 212-215.

Desde la perspectiva kelseniana, la competencia quedaría reservada para la acción subjetiva en los procesos de creación y aplicación normativos. Se trata de la investidura de los órganos jurídicos; función que, como sabemos, puede jugar cualquier sujeto, ya sea público o privado. Convergente con esta idea, Alexy afirma que la manera de distinguir cuándo un acto que modifica situaciones jurídicas es producto del ejercicio competencial, consiste en qué, en estos casos, las acciones subjetivas tienen un carácter *institucional*. Con esta última idea Alexy quiere significar que se trata de acciones que se llevan a cabo sobre la base de capacidades expresamente otorgadas por reglas de derecho que son constitutivas de la situación.⁵⁶

c) *El caso especial de la "permisión (administrativa) positiva"*. Kelsen trata un tipo especial de situaciones jurídicas a las que dedica una explicación autónoma: es el caso de lo que llama la *permisión positiva*, a la que caracteriza como el *condicionamiento* para la realización de cierta actividad "al otorgamiento de una concesión o licencia, que debe ser concedida por determinado órgano de la comunidad".⁵⁷ El otorgamiento de la autoridad puede estar regulado por el orden positivo, o bien, corresponder a una atribución discrecional del órgano en cuestión. La *permisión positiva* se distingue de otras situaciones subjetivas porque no se trata del derecho reflejo de un deber, sino de la autorización expresa que funciona como condición para realizar, por parte del sujeto, un acto que sin la habilitación específica se consideraría prohibido.

El planteamiento kelseniano no va más allá de lo expuesto; sin embargo, estas ideas tienen una carga de sugerencias que obviamente desbordan los bocetos apuntados. Si a la noción de *permisión positiva* se la proyecta sociológicamente, remite a un ámbito de exclusión de las relaciones de tipo mercantil. Cuando los órganos públicos otorgan capacidades de acción, evidentemente no existen libertades para llevar a cabo de forma espontánea tales actividades. Hay sociedades donde la precariedad de los contextos

⁵⁶ *Ibid.*, p. 231.

⁵⁷ *Op. cit. supra* nota (34), p. 150.

mercantiles impone un desarrollo agudo de las *permisiones positivas*. En tales ámbitos, cobra una especial relevancia el análisis de la distribución del espacio social entre los derechos derivados de concesiones y licencias por un lado, y las libertades subjetivas, por el otro.

2.6. *Las edades de los derechos subjetivos*

a) *La edad de la inocencia*. A pesar de que existen algunas ideas sobre los derechos naturales de la persona en el pensamiento medieval, no es sino con el humanismo y con las grandes convulsiones que origina en Europa la Reforma protestante que toma un auge singular el tema del reconocimiento jurídico a las prerrogativas personales que derivan de la reevaluación del individuo frente a los procesos autoritarios y corporativos. Sin embargo, el planteamiento propiamente moderno del tema de los derechos subjetivos proviene de Hobbes; la siguiente cita es ya una referencia clásica en esta materia:

Los nombres *lex* y *ius*, es decir ley y derecho, se confunden a menudo y, sin embargo, rara vez pueden encontrarse dos palabras de significación más opuesta. Derecho es la libertad que la ley nos permite; y leyes son esas limitaciones mediante las cuales acordamos mutuamente restringir nuestras libertades recíprocas. Ley y derecho son, por consiguiente, tan diferentes como prohibición y libertad que son opuestos.⁵⁸

De lo transcrito se observa que en el origen existe una clara identificación de la noción de derechos personales con la idea de libertades de acción frente al poder público. No es por cierto Hobbes quien se encargará de darles a dichas libertades personales un sentido positivo, para eso hubo que esperar la maduración del pensamiento liberal; sin embargo, en el planteamiento hobbesiano se refleja con nitidez el dilema de los años por venir: los procesos deliberativos son una razón suficiente para pensar en el orden ju-

⁵⁸ HOBBS, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, (trad. Dalmacio Negro), ed. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, col. Clásicos políticos, p. 364.

ridico como sistema de aseguramiento individual; la respuesta es positiva, pero el precio que debe pagarse por la seguridad consiste en limitar de raíz las posibilidades de acción personal, constriñéndolas a la ley general a la que se ha prestado asentimiento.

Los historiadores del derecho y de las instituciones occidentales coinciden en que la *libertad* que sirvió de tipo para la construcción de los nuevos modelos de garantía fue precisamente la libertad de creencias. La relativización de la fe a partir de la consolidación de la disidencia potestante, generó la necesidad de abolir la intolerancia en materia de cultos; ello obligó a desarrollar un sistema que garantizara la abstención de los órganos públicos en esta materia.⁵⁹ Asimismo, parece haber acuerdo en que las declaraciones de derechos estadounidenses fueron los primeros documentos que plasmaron estas aspiraciones, acariciadas previamente en el continente europeo, particularmente en Francia.

En el mundo anglosajón el garantismo apuntó con mayor fuerza hacia el binomio *liberty-property*; estos dos contenidos básicos fueron considerados la parte toral de las libertades "civiles". Frente a éstas, surgió paulatinamente un movimiento paralelo del que emergieron los derechos en sentido *positivo*; es decir, las prerrogativas políticas del ciudadano para participar en los procesos de integración de la voluntad general. Los derechos políticos definen atribuciones de ejercicio e invisten a sus titulares de las consecuencias de la ciudadanía. En cambio, las llamadas libertades "civiles" son siempre un reducto defensivo; en conjunto, conforman un complejo de zonas de inhibición para el poder público. Las libertades "civiles" constituyen el ámbito predilecto del liberalismo autocrático; las libertades públicas o derechos políticos, se identifican como el producto de las aspiraciones jacobinas.⁶⁰

La edad de la preminencia de las libertades "negativas" se caracteriza por la obsesión de fijar límites objetivos a la acción del Estado, al respecto Jellinek expresa:

⁵⁹ Vid, JELLINEK, BOUTMY, et al., *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, (ed. de Jesús Amuchastegui; trad. Adolfo Posada), ed. Nacional, Madrid, 1984. p. 105.

⁶⁰ Cfr., *op. cit.*, supra nota (31), pp. 41-43.

La Declaración de Derechos pretende trazar la línea de separación entre el Estado y el individuo, línea que debe tener siempre el legislador ante su vista, como el límite que se le impone de una vez por todas por los "Derechos del hombre, naturales, inalienables y sagrados."⁶¹

El aterrizaje práctico de esta idea en los textos constitucionales modernos, se convierte en el presupuesto jurídico que trata al espacio social como escindido en una vertiente pública y otra privada.

La evolución de las libertades negativas se encaminó paulatinamente a la construcción de un nuevo concepto de libertades basado en el ejercicio de la autonomía del sujeto. Bobbio afirma que, en el último periodo de preminencia de este tipo de concepciones, "se comenzó a entender por 'libertad' no ya solamente el no ser impedido por normas externas, sino el darse normas a sí mismo".⁶² Esto significa comprender la libertad no sólo como instancia defensiva sino también como investidura para poder actuar orientado por la propia voluntad.

b) *Los derechos "sociales": primera confrontación.* Pasados los años del liberalismo ingenuo, fue necesario dar una respuesta orgánica a la irrupción de los agentes sociales colectivos que, desde mediados del siglo pasado, reivindicaban una presencia en la arena política y, además, una participación efectiva en los beneficios del desarrollo material de la sociedad. Para concretar obligaciones públicas de carácter prestacional, los derechos subjetivos clásicos resultaban francamente estrechos, ya que sus perfiles *excluyentes* contrariaban las demandas apremiantes de las masas de asalariados, cuyo propósito central era precisamente la *inclusión*.

El surgimiento de los llamados "derechos sociales" es una prueba muy difícil de refutar acerca de la inextensibilidad de los derechos subjetivos de corte clásico. Las situaciones subjetivas tradicionales no funcionan como garantías de acceso masivo al disfrute de ciertos bienes o intereses; por el contrario, constituyen

⁶¹ *Op. cit.*, supra nota (59), p. 71.

⁶² BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, (trad. Rafael de Asís), ed. Sistema, Madrid, 1991. p. 43.

un coto relativamente cerrado que se vuelve tierra de conquista a partir de las acciones redistributivas. La existencia de los derechos prestacionales sistematiza la insuficiencia de los mecanismos de justificación de los derechos subjetivos, puesto que abre nuevos derroteros en el ámbito de la legitimidad. En adelante, sólo se justificarán eficientemente los derechos que se construyen sobre la idea de la *nivelación*. La antigua igualdad formal de los sujetos pierde crédito definitivamente en el contexto providencial del Estado benefactor.

Los derechos sociales surgieron como la primera gran advertencia de que la técnica de los derechos subjetivos se encontraba cerca de su desplazamiento parcial. Junto a esta modalidad de protección a las situaciones subjetivas, pronto habrían de evidenciarse otras técnicas de garantía, ahora encaminadas a asegurar el acceso de los nuevos agentes colectivos a la vida pública y a ciertos beneficios elementales del bienestar. Más adelante, los mecanismos de protección de intereses difusos, como los que se perfilan en torno a los temas ambientales, revelarían también las insuficiencias del sistema de protección de cuño estrictamente subjetivo.⁶³

En general, los derechos sociales acusan cierto grado de inmadurez en el desarrollo de sus técnicas específicas de protección. Incuestionablemente, los años de evolución que hay detrás de la técnica del derecho subjetivo es algo que se echa de menos en las formas que los ordenamientos jurídicos tienen de garantizar los intereses colectivos. Las acciones populares o de clase son todavía cauces procesales en ciernes y, por tanto, expuestos a la rectificación coyuntural a través del criterio de ciertos órganos jurisdiccionales, proclives a una visión conservadora del mundo, la cual guía sus resoluciones hacia los derroteros del liberalismo aristocrático.

c) *La edad de la razón técnica*: Si el pensamiento burgués de ascenso fue el que proporcionó los argumentos de justificación para los derechos subjetivos modernos, su desarrollo dogmático provino, sobre todo, de la jurisprudencia alemana de la segunda mitad del siglo XIX. La construcción conceptual de los dere-

63 *Op. cit.*, supra nota (33), p. 157.

chos subjetivos tuvo dos vertientes principales: Windscheid y Ihering, además de una serie de planteamientos eclécticos que pretendieron acoplar las dos propuestas básicas en una sola línea de argumentación.

Lo que destaca de la etapa del desarrollo técnico de la noción de derecho subjetivo es la dilución paulatina de los argumentos de justificación procedentes de la época de la Europa revolucionaria. En el siglo XIX, se consuma la idea sistemática del derecho y con ella la asimilación de los argumentos políticos y morales a los reductos de la técnica normativa. La dogmática ubica los valores morales como presupuestos constructivos del propio sistema; no hace por volverlos a justificar. Vistas las cosas desde un ángulo más crítico, se podría afirmar que, a la postre, la dogmática termina por desentenderse de los valores morales de forma incluso intencional, con objeto de abrir un espacio pleno a las determinaciones de la razón técnica.

c.1.) *El derecho subjetivo como poder de voluntad*. Para Windscheid y en ello cuenta la influencia de Savigny, el sentido de los derechos subjetivos se condensa en la capacidad decisoria del sujeto de derecho. La relevancia jurídica de la institución proviene del papel que se concede a la voluntad del titular. La función primordial del derecho, desde este enfoque, consiste en fijar las normas para regular un entramado de relaciones interindividuales, dentro del cual la voluntad de cada sujeto tendrá un carácter determinante para los otros. El poder de voluntad no es sin embargo un atributo externo al ordenamiento, sino que tiene su origen precisamente en el otorgamiento que efectúa el derecho objetivo.⁶⁴

La voluntad, entendida bajo la perspectiva de Windscheid, no es una capacidad irrestricta de querer lo que sea; se trata por el contrario, de una capacidad acotada que sólo vuelve elegibles las opciones que se consideran lícitas dentro del horizonte del dere-

⁶⁴ *Vid.* DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*, (trad. Fco. Javier Osset), ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 70 y ss.

cho objetivo. En este marco, el poder de voluntad del beneficiario del derecho; es decir, su facultad de hacer o no uso de la norma que protege su decisión es lo que determina la puesta en marcha de la ejecución de la regla. Este mismo poder de voluntad se desdobra en otra faceta del derecho cuando se le observa desde el punto de vista de los atributos que concede, en relación con un objeto; es el caso por ejemplo del propietario, que tiene a su favor un complejo de facultades para aprovechar la cosa en los más diversos sentidos. Así las cosas, para Windscheid el derecho subjetivo puede ser tanto potencia como soberanía de la voluntad; o dicho de otro modo; poder de la voluntad *reconocido y garantizado* por el orden jurídico.⁶⁵

Las dificultades endógenas más evidentes de la teoría de Windscheid provienen de la imposibilidad de explicar satisfactoriamente, cómo los incapaces pueden ser portadores de derecho, una vez que se reconoce que su voluntad se encuentra disminuida por la condición particular en la que se encuentra el sujeto. Los inconvenientes de esta laguna llevan las tesis de Windscheid a terrenos resbaladizos en los que deben efectuarse divisiones artificiosas entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de los sujetos en cuestión.⁶⁶

c.2.) *El derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido.* En contraposición al planteamiento de Windscheid, Ihering sostiene que “los derechos no existen para realizar la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines”.⁶⁷ En el planteamiento transcrito corre implícita la idea de que la parte determinante del derecho es su función, o más precisamente, su *utilidad*. Ihering reconoce dos elementos como integrantes de lo que denomina “el principio del derecho”: uno *sustancial*, que es el fin práctico del

⁶⁵ *Ibid.*, p. 78.

⁶⁶ Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. (Desarrollos con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, (trad. Wenceslao Roces; notas y present. Ulises Schmill), ed. Porrúa, México, 1987. p. 510.

⁶⁷ Ihering, R. Von, *El espíritu del derecho romano*, (Abreviatura de Fernando Vela), ed. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 319.

derecho, y otro *formal*, que es el medio para la consecución del fin. Con ambos factores queda armado el concepto: “los derechos son, pues, intereses jurídicamente protegidos”.⁶⁸

Los dos elementos a los que se refiere Ihering están imbricados en la sustancia del derecho; sin embargo, la nota característica la proporciona la noción de interés, porque formas de protección jurídica hay muchas pero, en este caso, la relevancia de la distinción consiste en que el mecanismo protector se orienta específicamente a garantizar el goce del titular del derecho. La fuerza coactiva del ordenamiento y los cursos técnicos para ejecutarla adquieren sentido específico a través del fin que persiguen.

Kelsen hace notar que Ihering no se refiere en realidad a un interés concreto en su teoría, sino que a fin de cuentas su premisa apunta al interés promedio; ello porque existen circunstancias en las que no queda más que reconocer que la ausencia de un interés específico o de una utilidad, no elimina la hipótesis de la existencia del derecho subjetivo. Lo que el legislador valora como digno de protección es el interés “existente en la generalidad de los casos”; dígame, el interés promedio, como lo han calificado en su momento los epígonos de esta teoría.⁶⁹

III. ELEMENTOS CONTEMPORÁNEOS PARA UNA TEORÍA DEL DESENCANTO

3.1. *El ambiente.* Las primeras crisis generalizadas del mercado; la zozobra que trajo el impulso bélico de la primera mitad del siglo y, en general, la crisis de credibilidad del discurso moderno, fueron factores decisivos para que los teóricos del derecho, en el periodo de entreguerras, repensaran muchas de las explicaciones tradicionales de la organización jurídica. Sobre todo, puede hablarse del descrédito de la voluntad como eje articulador de todas las relaciones sociales, y de un concomitante afianzamiento de los mecanismos estatales, que a todas luces resultaban más eficientes como elementos de organización social. El viejo discurso burgués

⁶⁸ *Loc. cit.*

⁶⁹ *Op. cit.*, *supra* nota (66), pp. 499-500.

del periodo revolucionario, al institucionalizarse, fue perdiendo frescura y cada vez fue más evidente su parcialidad en términos sociales. La reacción de las masas, especialmente de los trabajadores asalariados defraudados por las promesas del bien común y de las bondades del mercado, tomaron un cariz cada vez más apremiante, lo cual obligó a rectificar las reglas de acceso al ámbito político y a redefinir los criterios de distribución de beneficios en las sociedades industrializadas. Las nuevas reivindicaciones exhibieron la insuficiencia de las instituciones jurídicas de origen burgués para generalizar los beneficios del desarrollo. De la revisión crítica de los cuestionamientos clásicos éstos no salieron ilesos. Instituciones como la del derecho subjetivo fueron presionadas para forzar sus moldes y hacerlos más inclusivos; pero, ante sus limitaciones, esas instituciones sufrieron un desplazamiento relativo que culminó en el reconocimiento de otro tipo de derechos, menos comprometidos con una opción exclusiva por los beneficios de tipo individual. El marco político de estos cambios fue el Estado providente europeo y el New Deal estadounidense.

El presente siglo ha sido escenario de la rectificación de la mayor parte de los postulados del liberalismo ingenuo; aunque las últimas décadas también han acogido su reevaluación. En el pensamiento jurídico, los postulados kelsenianos se convirtieron en un parteaguas necesario para dividir el tiempo de la teoría. Con Kelsen, la noción de sistema se fija de un modo definitivo; en adelante, nadie se referirá al derecho sin atender a sus enlaces formales y a su sentido orgánico. Con *La teoría pura*, los criterios de validez jurídica adquieren una connotación específicamente normativa que los deslinda de una vez, tanto de la moral como de la política; la teoría del derecho conquistó una perspectiva peculiar de análisis al expulsar de los enfoques jurídicos todos los elementos externos al sistema.

La depuración kelseniana alcanzó desde luego a las concepciones del derecho subjetivo; el joven Kelsen dedica más de la tercera parte de su primera obra madura a la devastación de las teorías del derecho subjetivo que expresaban, bien la importancia de la voluntad, o bien el papel medular de los intereses protegidos. Además, Kelsen sostuvo una intensa polémica con Jellinek, con

quien en vida sostuvo una interlocución fértil en torno a su noción de derechos públicos subjetivos.

En el trasfondo de la crítica kelseniana se percibe un profundo escepticismo en relación a los presupuestos modernos de la teoría jurídica. Kelsen no cree que la libertad o la justicia, consideradas como valores, deben cruzar el sentido de las explicaciones jurídicas. La función básica de las normas es obligar; por lo tanto, la categoría jurídica básica ha de ser la de *deber* no la de *libertad*. Los derechos subjetivos no pueden entenderse sino como referencias mediatas de la imposición de deberes. Si no hay sujetos, tampoco debe haber facultades de los sujetos independientes del ordenamiento objetivo. El sistema jurídico se basta a sí mismo a partir de la organización de lo obligatorio; su finalidad es el control de los comportamientos, no la apertura irrestricta de posibilidades conductuales.

Más o menos por las mismas fechas en que corren los años juveniles de Kelsen, León Duguit, utilizando ideas de Augusto Comte, produjo una crítica sobre la noción de derecho subjetivo, cuyo propósito principal era mostrar el carácter prescindible de esta categoría. El razonamiento, en sus aspectos básicos, planteaba una revaloración de la idea de la *función* del derecho, desde una perspectiva solidarista que postraba el interés individual de los sujetos, colocándolo en un escaño inferior al de los valores grupales. Desde esta óptica, el derecho subjetivo no existe; su lugar lo ocupa el concepto de *situación jurídica* —activa o pasiva— del sujeto, que en todo caso depende de la definición que otorga la regla objetiva.

Duguit despacha la noción de derecho subjetivo por considerarla poco menos que una entelequia de los juristas burgueses, elaborada en los excesos de su individualismo. Los únicos datos objetivos con los que se puede realmente contar son: el derecho vigente, la situación activa o pasiva del sujeto y los objetos materiales sobre los que recae la acción del sujeto, cuando se trata de derechos sobre cosas. A partir del reconocimiento de estos elementos positivos surge la idea de vincularlos a la función que el derecho debe cumplir en relación con el grupo. Bajo esta tesis, los dere-

chos devienen responsabilidades: sus titulares deben ejercer sus atribuciones en un sentido que favorezca la acción grupal.⁷⁰

La propuesta de Duguit se encuentra impregnada de un sociologismo tosco que le impide registrar las sutilezas reales del funcionamiento del derecho; su visión no otorga respuesta al proceso de autonomización del ordenamiento jurídico, ni es capaz de explicar los vericuetos sistemáticos del derecho; sin embargo, este tipo de crítica deja en evidencia la falta de compromiso grupal que radica en la visión clásica del derecho subjetivo, al tiempo que constata el carácter artificial de la categoría en cuestión. Aquí, sin embargo, hay que ser cautos porque de la artificialidad de algo no se puede deducir su inexistencia; el derecho subjetivo existe como categoría dogmática y el uso que hacen los juristas de esta noción es un fenómeno real que merece ser explicado.

La última vertiente crítica contra el derecho subjetivo proviene de la escuela realista escandinava. De los discípulos de Hägerström quizás los más influyentes en el resto de Europa sean Alf Ross y Karl Olivecrona; en la obra de ambos se perfila en relación con este tema una tesis principal: los derechos subjetivos son categorías funcionales que sirven como expresiones sintéticas para expresar de forma condensada la conexión que existe entre ciertos hechos que tienen su origen en situaciones subjetivas, y las consecuencias que las normas les atribuyen. Pero en todo caso, el derecho subjetivo es una categoría sin referencias semánticas propias.

3.2. *El embate kelseniano*

3.2.1. El joven Kelsen

- a) *Generalidades.* Kelsen aparece ya como un jurista maduro con la publicación a los treinta años de los *Problemas Capitaless de la teoría jurídica del Estado*; esta obra, como ninguna de las posteriores, muestra a su autor como un brioso polemista, ca-

⁷⁰ DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. (trad. Carlos G. Posada), ed. Francisco Beltrán (Librería española y extranjera), Madrid, 1920, pp. 31 y ss., 40 y 176 y ss.

paz de rastrear hasta los más nimios argumentos de sus interlocutores, con la intención de llevar a cabo una refutación implacable de las tesis que inmiscuyen elementos extrajurídicos a la explicación del derecho. A las teorías del derecho subjetivo les destina más de cien páginas en las que embiste sin descanso contra las concepciones metafísicas del derecho natural, pero especialmente, contra las tesis que explican al derecho subjetivo como poder de voluntad y como interés garantizado. El punto de partida no deja lugar a dudas: “el comportamiento humano sólo interesa al jurista (...) si constituye o no una premisa para que entre en funciones la voluntad del Estado de castigar o aplicar medidas de ejecución”. Un poco más adelante define a la norma jurídica como la “formulación de los requisitos a que se halla sujeta la voluntad del Estado no el mandato encaminado hacia un fin y emanado de un poder”.⁷¹ Las normas son juicios hipotéticos cuya formulación abreviada puede asumir la forma siguiente: “si te comportas así, el Estado obrará de este modo”.

La conducta contraria a derecho es entendida como la premisa para actualizar el sentido de la norma, o como lo expone Kelsen, de la voluntad del Estado orientada a castigar, anular o restituir los efectos de un acto ilícito. La conducta que la norma impone como obligatoria no es el contenido de dicha disposición sino la condición para actualizar la voluntad del Estado. Detrás de esta forma de entender las cosas prevalece una idea genérica del deber como abstención; si un sujeto viola el deber genérico de actuar ilícitamente en un caso particularmente tipificado como prohibido, se actualiza la condición para que el Estado reaccione imponiendo penas o medidas de ejecución.

La mancuerna derecho-deber ha sido parcialmente tratada por la doctrina tradicional, la cual ha omitido referirse al concepto de deber con la amplitud que este concepto merece; especialmente, hay insuficiencia al no explicar como de la noción objetiva de deber, deriva una noción subjetiva del mismo. Según afirma Kelsen, todos los esfuerzos teóricos se han dirigido al análisis de la deriva-

⁷¹ *Op. cit. supra* nota (66), p. 196.

ción de derechos subjetivos a partir de las normas vigentes. La omisión es, desde todo punto de vista injustificada, ya que la función esencial de una norma jurídica es *statuere un deber*.⁷²

El deber moral y la idea de un sentimiento de lo obligatorio como móvil psicológico de la acción son fórmulas explicativas igualmente rechazadas por Kelsen, porque considera inadecuadas para proporcionar las notas específicas del deber jurídico. Para el derecho sólo tiene significado relevante la idea del deber cuando el derecho se infringe; entonces sucede que se quebranta el deber. Aquí, ante la infracción, se hace visible la reacción contra los comportamientos antijurídicos.⁷³

Para Kelsen, es posible hablar de un deber jurídico subjetivo sólo cuando una norma general se individualiza; es decir, cuando se expresa "la capacidad de subjetivación" de la norma. El deber subjetivo no es más que la proyección de la disposición general cuando se aplica.⁷⁴ En años posteriores Kelsen, siguiendo a Verdross, expuso: "es exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto que se le individualiza".⁷⁵ Con esta aserción, Kelsen penetra en el problema de cómo la norma desde su dimensión formal, alcanza la realidad; se trata de un proceso de concretización que, desde el punto de vista del sistema jurídico, se percibe como un movimiento de derivación descendente, en virtud del cual la norma genérica se aplica a las situaciones de hecho. La idea del deber subjetivo deviene, en este sentido, concretización de las consecuencias de la infracción a lo obligatorio, en un caso específico.

Kelsen, en sus planteamientos juveniles, fue proclive a aceptar una completa autonomía de la norma jurídica en relación con el contexto en que se produce. Si la norma es un juicio hipotético que liga ciertas condiciones a determinadas consecuencias, el concepto de destinatario es prescindible. "La ley jurídica, dijo Kelsen, se asemeja —exteriormente— a la ley natural en que no va

⁷² *Ibid.*, p. 272.

⁷³ *Ibid.*, p. 299.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 303.

⁷⁵ *Op. cit.*, supra nota (52), p. 327.

dirigida personalmente a nadie y en que rige sin necesidad que se le conozca o se la reconozca".⁷⁶ De esta suerte, la cuestión de la eficacia y de la legitimidad del ordenamiento quedan absolutamente excluidas. De igual forma, una noción del derecho subjetivo, en un ambiente explicativo en que el concepto de destinatario es contingente, está encaminada a declararse superflua, tal como lo que hizo en momentos posteriores. El problema del destinatario es en realidad un pseudoproblema, el *quid* de la cuestión está en indagar cómo se deriva el llamado derecho subjetivo de la norma objetiva; es decir, "como una norma jurídica del orden objetivo se convierte precisamente en un deber *mío*".⁷⁷

La lucha para caracterizar correctamente el derecho subjetivo supone abatir los conceptos del *deber* y trabajar exclusivamente con la noción de *facultad*, que no es ni con mucho la categoría determinante para el análisis de esta cuestión. La desviación del sentido de lo jurídico se debe al influjo iusnaturalista; esta corriente, al identificar el concepto derecho con el de libertad, impidió avizorar los alcances genuinos del ordenamiento jurídico, cuya directriz básica apunta a las ideas de ordenación, vinculación y sujeción. La visión eufemística del iusnaturalismo denominó *libertad*, lo que en realidad debió haberse conceptuado como *deber*.⁷⁸ Se trata de una inversión ideológica, ya que la finalidad última de este tipo de representaciones del derecho, se encamina a disimular el peso del conflicto en las sociedades modernas.

Los términos de *libertad* y *protección* que la doctrina tradicional conjuga como piezas de la noción de derecho subjetivo, corresponden a otro tipo de expresiones en la obra kelseniana; dentro de la *Teoría Pura* el que alguien resulte obligado a un acto o a una abstención constituye el *reflejo* material del deber jurídico. A este efecto de reflexión es al que se denomina normalmente como derecho subjetivo. Para Kelsen, a lo que tendría que darse pero desde la perspectiva jurídica es al "lado formal"; es decir, a la noción objetiva del deber; sin embargo, lo que la doctrina tra-

⁷⁶ *Op. cit.* supra nota (66), p. 343.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 493.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 495.

dicional coloca por delante es el *reverso material* de la noción de deber; o sea, la facultad de un sujeto de exigir determinada conducta o abstención con base en una norma.⁷⁹

b) *Postulados contra Ihering*. Las objeciones más importantes que Kelsen dirige a Ihering se pueden sintetizar así:

- la teoría del interés *jurídicamente protegido* privilegia el fin que persigue el derecho, y es el caso que la finalidad es un factor *material* que no puede ser parte de un concepto jurídico *formal*;⁸⁰
- el concepto de *interés* equivale al que enarbó la teoría iusnaturalista bajo el signo de la "libertad"; y que fue la base para concebir el contenido del derecho como algo distinto a la norma positiva;⁸¹
- en aquellos casos en que, aún habiendo protección del orden jurídico, no hubiera *interés* por parte del titular del derecho en actualizar la protección, no cabría la posibilidad de seguir hablando de un derecho subjetivo como efectivamente Jellinek lo hace;⁸²
- el interés es un hecho psíquico; o sea, natural y, por ende, ajeno al ámbito jurídico;⁸³
- el legislador no otorga derechos subjetivos; lo más que puede hacer es estatuir una protección y condicionar la existencia de un interés; *el derecho subjetivo es una creación dogmática* no obra del legislador;⁸⁴
- la protección y no lo protegido es lo que realmente tiene un significado trascendente para el derecho.⁸⁵

c) *La crítica a Windscheid*. Agotados los argumentos para refutar la teoría del interés, Kelsen emprende la demolición de la tesis

⁷⁹ *Ibid.*, p. 496.

⁸⁰ *Loc. cit.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 497.

⁸² *Ibid.*, p. 498.

⁸³ *Ibid.*, p. 499.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 500.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 506-507.

de Windscheid, según la cual derecho subjetivo es un poder de la voluntad otorgado por el orden jurídico. En términos genéricos, Kelsen apunta que las críticas contra la teoría del interés valen también para las propuestas de Windscheid, porque éste suplanta con el concepto de voluntad la función que Ihering reservó para el interés, en síntesis:

- también vale la crítica de la insuficiencia porque no existe en esta propuesta una respuesta razonable al problema que plantean los sujetos con una voluntad afectada o disminuida por razones peculiares. El hecho es que, en estos casos, el derecho subsiste y sin embargo la voluntad no puede ser invocada como referencia central de la existencia del derecho;⁸⁶
- la crítica de la ajenidad, dirigida contra el interés por ser un dato externo al derecho, cobra vigor también en el caso de la voluntad, a la que Kelsen considera un hecho psicológico y no un elemento normativo con relevancia para las explicaciones del ordenamiento jurídico. El único flanco significativo de la voluntad se suscita cuando ésta queda situada como condición activadora de la intervención estatal para sancionar o para imponer alguna medida de ejecución. La voluntad puede ser aprehendida como un dato ético-jurídico; sin embargo, Windscheid no logra abordarla así y esto impide que su propuesta mantenga la coherencia en el ámbito jurídico.⁸⁷

d) *Boceto para una reconstrucción*. Tratando de expresar en proposiciones breves las propuestas kelsenianas para la reconstrucción del análisis de los derechos subjetivos; se puede decir que:⁸⁸

1. El error de base del que parten las explicaciones tradicionales consiste en plantear la existencia del derecho subjetivo en forma independiente al derecho objetivo.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 510-511.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 513.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 539-546.

2. El derecho es *forma*, no *contenido*; por lo tanto lo que tiene relevancia para el análisis jurídico es *como* el derecho otorga protección a ciertas situaciones subjetivas, y no cuál es el *contenido* o la sustancia de la protección.
3. Lo que al derecho atañe en una situación subjetiva particular es la norma jurídica, si bien en estos casos se la contempla desde la perspectiva de su relación (o referencia) especial con un sujeto.
4. Existe *derivación* de la norma objetiva al sujeto cuando la voluntad estatal que la norma expresa está condicionada a que un sujeto en particular la active.
5. Cuando la norma jurídica entraña la imposición de una sanción o de una medida de ejecución, correlativamente establece deberes para los súbditos; que son, a su vez, la condición para que, aquél que resiente el acto ilícito, pueda mover a su favor la voluntad del Estado normativamente expresada.
6. El derecho definido a favor de alguien es siempre el derecho a que otro cumpla con su deber.
7. La norma jurídica *stricto sensu*; es decir, la que se refiere a la imposición de una pena o una medida de ejecución, contiene un doble deber: el de la generalidad de los destinatarios de no actuar de forma ilícita y el del órgano estatal que debe aplicar la consecuencia en caso de incumplimiento del sujeto obligado.
8. La incorporación de la *actio* a la norma jurídica como un hecho que condiciona la voluntad del Estado, hace posible la subjetivación o derivación de la norma.
9. *El derecho subjetivo es la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama.*
10. La existencia del derecho subjetivo implica dos elementos: el conjunto de condiciones que constituyen el hecho antijurídico y la acción judicial del titular del derecho.

Amén de estos rasgos genéricos para la reconstrucción kelseniana del concepto de derecho subjetivo, el autor plantea dos proble-

mas adicionales, ambos con gran poder de sugestión: primero, el problema del tiempo: los derechos subjetivos implican la derivación de la norma objetiva a una situación individual definida como condición de aplicación; pero ya individualizada la disposición genérica, la duración de la norma general y de la situación subjetiva no coinciden; el derecho subjetivo sólo puede hacerse efectivo cuando se produce el acto que funge como condición; antes, el derecho subjetivo mantiene sólo una situación *potencial*. En el caso de las normas que establecen derechos correlativos a deberes de abstención, el estado *potencial* del derecho se dilata en el tiempo y abarca todo el lapso que dura la vigencia del deber correlativo.⁸⁹

El segundo problema que ocupa la atención de Kelsen, es si el Estado debe ser considerado como titular de derechos subjetivos; esto sólo es imaginable cuando media un desdoblamiento normativo y, por esa razón, se contempla la organización estatal como acreedora de todas las personas a quienes obliga una norma jurídica.⁹⁰ Esta afirmación kelseniana, a todas luces exagerada, tiene como propósito mantener la unidad de las nociones de deber y derecho, con objeto de no ceder al sentido de la división tradicional entre situaciones de derecho público y de derecho privado. El argumento tiene una dedicatoria especial contra Jellinek quien distingue los derechos públicos subjetivos por la mediación de la idea de *poder*, mientras coloca a los derechos subjetivos privados bajo el rubro de la *licitud*. Kelsen se opuso toda su vida a someterse a esta distinción, para él, el sistema jurídico mantuvo siempre una lógica unitaria y sólo reconoció la existencia de algunas diferencias secundarias de posición con respecto a la forma en que los órganos públicos participan en los procesos de creación y aplicación de las normas.

3.2.2. Las nociones modernas

a) *El peso del tema.* El proceso de maduración de las tesis kelsenianas es al mismo tiempo el periodo de su pulimiento en un

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 547-548.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 577-578.

texto de asombrosa coherencia. Si se comparan las conclusiones sobre el tema del derecho subjetivo en su obra juvenil, con los postulados de la segunda edición de *La teoría pura*, casi cincuenta años después, indudablemente se percibirán algunos cambios, pero también una continuidad muy clara en los presupuestos centrales de las tesis. El Kelsen maduro tiene una preferencia más definida por el carácter integral de su teoría, al tiempo que se abandona menos a la polémica monográfica. Ello se traduce en una disminución drástica del número de páginas que dedica al derecho subjetivo; éstas apenas alcanzan para insistir en el carácter primario del *deber* respecto a la noción de derecho. El concepto del *deber*, mucho mejor trabajado en la obra de madurez, surge como el articulador básico de la teoría, propiciando los enlaces de los conceptos de obligación, responsabilidad, norma y, por ende, validez. Casi a vuela-pie retoma algunos de los señalamientos críticos contra la teoría del interés y contra la teoría de la voluntad pero, en realidad, utiliza su crítica a esta última como ocasión para plantear el aspecto más trascendente de su nueva formulación: la noción de derecho subjetivo *en sentido técnico*.

Desde luego, hay cambios que merecen por lo menos alguna mención: la noción de norma ya no se recarga con tanta insistencia en el concepto de voluntad del Estado, ahora se da paso a la plena identidad de estado y ordenamiento jurídico; el Kelsen maduro acepta más fácil la división entre derechos reales y personales, así sea porque su difundida referencialidad le facilita la exposición; hay ahora un reconocimiento de la denominación *competencia* para referirse a las potestades públicas y privadas, concepto al que antes mostró gran reticencia; existe, asimismo un desarrollo de la idea de permisión, que en la obra juvenil no aparecía; el concepto de relación jurídica como relación normativa, queda mucho más depurado en *La teoría pura*; fuera de estos tópicos, las tesis básicas desplantadas en los años juveniles generalmente se sostienen.

La noción kelseniana de derecho subjetivo en sentido técnico parece haberse beneficiado de un conocimiento mayor acerca del derecho anglosajón. En especial, la noción de *pretensión (claim)*

de tan clara raíz dentro del *Common Law* aparece como una nueva referencia. “La conducta del individuo, correspondiente a la conducta obligatoria de otro individuo, es designada, con usos lingüísticos más o menos consistentes, como contenido del “derecho”, en cuanto objeto de una “pretensión” correspondiente a la obligación”.⁹¹ Como se aprecia, hay una identificación más clara de que la exigencia de la conducta debida es, en sí, el ejercicio de un derecho, si se trata de facultades sobre las cosas, correlativas a un deber genérico de respeto, en estos casos es adecuado utilizar el concepto de *goce*. El goce es a la pretensión como el deber de cumplir una prestación a favor de otro al deber universal de no intervenir en el “disfrute” de una cosa.⁹² Con estas equivalencias se puede construir un concepto unitario de derecho subjetivo, aunque Kelsen va más allá: lo que pretende es demostrar que la noción de deber y derecho no son más que dos fases de un mismo complejo normativo, compuesto de una obligación y de sus derivaciones subjetivas. El derecho, y esto recuerda los *Problemas capitales*, no es sino reflejo o proyección de la obligación a la que se hipostasía.⁹³

Kelsen dedica una apostilla a la explicación de la situación de los sujetos en torno al derecho subjetivo. Para él, sólo es sujeto el que tiene que ejecutar la conducta obligada; el derechohabiente, en cambio, no tiene otra función que la de objeto del cumplimiento de la obligación del primero. Si esta idea la extrapoláramos al ámbito político, cabría decir que la organización de las sociedades es una forma de distribuir obediencia, no de otorgar libertad.

b) *Derecho subjetivo en sentido técnico*. Cuando Kelsen comenta la tesis de Windscheid sobre el poder de voluntad, profundiza en la situación del agente de la voluntad y descubre que lo que el orden jurídico le otorga es una facultad para acudir al órgano de aplicación de la norma con la finalidad de pedir el cumplimiento forzoso. En este caso, la norma establece como condición para su aplicación existencia de la demanda o querrela de

⁹¹ *Op. cit.*, supra nota (34), p. 140.

⁹² *Loc. cit.*

⁹³ *Ibid.*, p. 141.

quien pretende obtener el cumplimiento por parte de quien se encuentra obligado a cumplir su petición. La norma provee al titular del derecho reflejo de una obligación una potestad jurídica que consiste en la posibilidad de demandar o querrellarse para obtener el cumplimiento por la vía judicial.⁹⁴

Kelsen considera que la potestad para demandar es un elemento distinto a la obligación que llega a ser exigible a través de ese medio. Y sólo se puede hablar de titularidad de un derecho distinto a la obligación en relación con la *actio*; es decir, refiriéndose a la potestad de plantear pretensiones por la vía del órgano de aplicación de la norma. Esto es lo que constituye el sentido técnico del derecho subjetivo en la exposición kelseniana.⁹⁵

El ejercicio del derecho de acción puede variar según el tipo de derecho subjetivo de que se trate, en el caso de los derechos personales, consiste en una petición de cumplimiento forzoso; en el supuesto de alguno de los derechos reales, básicos, la técnica de protección consiste en el ejercicio de la acción reivindicatoria. La potestad de ejercer la acción procesal es también un atributo normativo; o dicho de otro modo, una condición establecida en una norma objetiva para su aplicación. El derecho de acción con el derecho reflejo forman una unidad técnica; el derecho reflejo, por su parte, es la referencia que guía el ejercicio del derecho de acción. Pero en todo caso, la condición básica para cualquier activación procesal es que exista incumplimiento de la obligación principal por parte del sujeto que debe cumplir su contenido.

Para Kelsen, el dato medular del derecho subjetivo en el sentido técnico "reside en que el orden jurídico no confiere el poder jurídico a un órgano determinado de la comunidad, sino a un individuo, designado (...) como persona de derecho privado".⁹⁶ A éste le corresponde activar la maquinaria de cumplimiento y obtener el respaldo del aparato ejecutor en los términos que establece la propia norma.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 147.

⁹⁵ *Loc. cit.*

⁹⁶ *Ibid.*, p. 149.

La noción *técnica* a la que se refiere Kelsen es realmente la culminación de una larga búsqueda; por fin el autor de *La teoría pura* consigue encontrar una categoría que le permite explicar la función protectora del derecho, sin tener que inmiscuirse con los *contenidos* —ya axiológicos, ya materiales— de las normas jurídicas. Una noción de este tipo no podía, por razones obvias, localizarse entre los institutos del derecho sustantivo, sino que fue menester sustraerla del ámbito procesal; sólo entre las normas que regulan la aplicación del derecho pudo identificarse una pieza con textura axiológica y semántica absolutamente neutra.

En el ámbito de los derechos políticos, al que por cierto pertenecen las libertades básicas, se establecen prohibiciones al órgano legislativo al que se impide proyectar las disposiciones que produce, cuando éstas entrañan un sentido que restrinja ciertos tipos de conducta autorizados como una prerrogativa de los ciudadanos. Tales derechos funcionan como garantías efectivas sólo cuando concurren dos factores: primero, que la Constitución no pueda modificarse sino a través de procedimientos extraordinarios y, segundo, que se conceda a los destinatarios de las facultades o libertades el derecho de querrellarse en caso de que exista menoscabo o restricción. En este caso, la acción tiene como propósito suprimir la ley que afecta negativamente la prerrogativa del sujeto.⁹⁷

La relación jurídica es un vínculo entre el deber impuesto por una norma y la potestad conferida a un sujeto para poder reclamar ante el órgano aplicador su cumplimiento. Dicha relación es un factor que se constituye por el propio orden jurídico. No se trata, según Kelsen, de una forma de vestir ciertos hechos, sino del sentido normativo que se atribuye a determinados comportamientos normativamente vinculados. La relación jurídica, en síntesis, no es una relación entre individuos, sino entre situaciones normativas. Este enfoque deja definitivamente de lado los referentes iniciales: voluntad e interés.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 150-151.

3.3. El derecho subjetivo como función de lenguaje

3.3.1 Algunas tesis de Alf Ross

a) *El dominio invisible*. Siguiendo la huella de Hägerström, Alf Ross desarrolla una búsqueda realista en torno a los usos de la noción de derechos subjetivos dentro del derecho. Su punto de arranque lo constituye una dicotomía básica: de una parte se coloca la idea tradicional que ve en los derechos subjetivos poderes, potestades o libertades reconocidas por el derecho y, por la otra, la jurisprudencia analítica que, con grandes reservas, acepta una noción funcional u operativa del derecho subjetivo, en el que no ve más que el producto de la racionalización práctica de la idea del deber.⁹⁸

Ross renuncia a un enfoque exclusivamente normativo del tema y de entrada asume que, “como fenómeno jurídico, el derecho subjetivo es la realidad objetiva del derecho considerado de acuerdo a su alcance en cuanto a las posibilidades de conducta individual”.⁹⁹ Sobre este tipo de premisa es fácil después situar las explicaciones dentro de un horizonte empírico, acogiéndose a la influencia que el orden jurídico mantiene como motivo concreto de la acción de los individuos.¹⁰⁰ Bajo esta perspectiva, el influjo jurídico puede ser bien restrictivo de la actividad del sujeto, o bien, expansivo. El derecho se convierte en móvil de la acción, ya por que implique la forma de perseguir determinados intereses, o ya porque se asuman sus argumentos de validez. En todo caso se opera una *sugestión ideológica* sobre la voluntad del individuo que finalmente mueve sus actos. Ross acepta que el concepto de lo obligatorio es la noción primaria del derecho, porque las probabilidades de que la coacción se aplique, generan en los destinatarios de la norma la expectativa de que efectivamente habrá de aplicarse.¹⁰¹

⁹⁸ Vid, Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, (trad. Julio Barboza), ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961. pp. 186-187.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 193.

¹⁰⁰ *Loc. cit.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 194.

“La obligación es la restricción de la conducta que se funda al mismo tiempo en el interés (riesgo de compulsión) y en la validez”.¹⁰² Validez en este caso quiere decir: *expresión racionalizada de ciertos impulsos desinteresados de acción*. La motivación conductual obedece a dos vertientes complementarias: la del apercibimiento por la probabilidad compulsaria y el reconocimiento del carácter obligatorio del orden jurídico, al que se llega por consideraciones de tipo racional. En la concurrencia de interés y validez radica la posibilidad de entender al derecho como factor del mundo fáctico. Sin la noción de interés el derecho se despega irremisiblemente de la realidad.

Los derechos subjetivos proceden de racionalizaciones que se efectúan dentro del derecho; los deberes jurídicos, por su parte, conllevan una relativa certidumbre de su cumplimiento, debida al mecanismo de protección que se les asocia. Todo esto produce en el titular del derecho un “sentimiento peculiar de *poder, seguridad y confianza*, rodeado e iluminado por el *deber* que prohíbe a los otros menoscabar su posición jurídica, y por lo tanto otorga a la posesión de los derechos algo de lo sacrosanto que caracteriza al deber”.¹⁰³ Lo que Ross describe es la forma en que se efectúa la vivencia social de una situación protegida por el derecho; el ordenamiento jurídico reduce de manera importante la aleatoriedad sobre la base de la idea del deber garantizado. El derecho subjetivo es una apuesta segura por la eficacia de las garantías y un sentimiento que refuerza la confianza, sobre todo en las relaciones de intercambio. Para Ross, el problema dinámico; es decir, el de la circulación de los derechos es algo que ocupa un lugar central de la explicación: no se trata sólo de entender qué es y cómo opera un derecho subjetivo, sino que también debe explicarse cómo se realiza la transmisión de las facultades que derivan del derecho, a través de las transacciones cotidianas.

Ross nos deja ver un derecho subjetivo que cumple una función concreta en el mundo de los hechos, pero más adelante que la validez objetiva de esa situación jurídica es independiente de la si-

¹⁰² *Loc. cit.*

¹⁰³ *Ibid.*, p. 209.

tuación fáctica que garantiza. Se trata, según Ross, de un *control invisible* y directo sobre una cosa, y la compulsión legal no es más que la consecuencia de dicho *dominio*.¹⁰⁴ El anverso de cualquier situación subjetiva de dominio (facultad, libertad o competencia) es la noción racionalizada de deber.

La racionalización del concepto del derecho subjetivo es estructuralmente coincidente con la perspectiva iusnaturalista, ya que ambos reconocen: un *sujeto* como fuente principal de las fuerzas inmateriales que genera la situación subjetiva; un *objeto*, sobre el que se ejerce el control y, finalmente, una *protección* procesal que garantiza el dominio del sujeto. Para Ross, la diferencia de su enfoque con el del iusnaturalismo, consiste en que, desde su perspectiva, no hay diferencia de fondo entre la conducta que el agente elige como preferida y el contenido del derecho. Se trata de una situación protegida que permite hacer lo que se prefiere; dicha preferencia, en virtud de la protección jurídica, se revela como una forma de *control*.¹⁰⁵

b) *El derecho subjetivo como vacío semántico*. Los conceptos jurídicos fundamentales como el de derecho subjetivo, no aluden a algo en particular, son de categorías sin contenido semántico; su función consiste en describir el derecho. La idea del derecho subjetivo está ligada a la necesidad de ordenar el material jurídico; específicamente al requerimiento de establecer módulos conceptuales que simplifiquen la diversidad de las directivas de conducta y de sus posibles efectos. Este tipo de categorías funcionan como conectores entre determinadas situaciones fácticas y las consecuencias jurídicas que las normas les atribuyen.¹⁰⁶

En el ejemplo de Ross, ser propietario puede significar cosas muy diversas, sin embargo, en concreto, si alguien adquiere algo por prescripción, por compraventa, por herencia, o por cualquier otra forma lícita, puede disponer de ella, recuperarla, percibir sus

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 210.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 224.

¹⁰⁶ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, (trad. Genaro Carrió), ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1963. pp. 164-167.

frutos y, en todas las sentencias en las que se discuta la procedencia de una de sus consecuencias, el juez deberá sentenciar en favor de quien pueda acreditar que satisface la conectividad entre ciertos hechos generadores y las consecuencias que las normas atribuyen a esos hechos. Las normas jurídicas a final de cuentas son directivos que se dirigen, directa o indirectamente, a la conducta de los jueces.

El derecho subjetivo, para Ross, no designa fenómeno alguno; es una noción servil cuya transparencia semántica facilita la función de conexión entre "cierta pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas".¹⁰⁷ La función del teórico del derecho no puede encaminarse a indagar el contenido semántico de los derechos; lo que corresponde al especialista, es clasificar los usos del concepto; es decir, precisar las condiciones en las que se aplica. Así se puede establecer que se le usa para designar ventajas y, en este caso, el derecho se podría definir desde la perspectiva del sujeto al que favorece; otras veces se le utiliza para referirse a la posibilidad de acción de un sujeto y, entonces, funciona como sinónimo de *libertades en sentido negativo*.¹⁰⁸ Como quiera que el concepto se use, hay que considerar que es siempre el correlato de un deber o una restricción al prójimo, como lo expresa Ross. El derecho subjetivo incluye una facultad adicional: la posibilidad de demandar al sujeto obligado por la vía judicial el cumplimiento de su obligación.

A todos estos presupuestos les sigue un concepto de derecho subjetivo que resalta el uso del término "para indicar *una situación* en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses. El concepto (...) indica la autoafirmación autónoma del individuo".¹⁰⁹

Fuera del contexto de la ciencia jurídica, donde los esfuerzos de depuración llevan a reconocer las nociones fundamentales como herramientas expresivas, la comprensión de los derechos subjekti-

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 168.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 170.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 171.

vos sigue aún presa en el influjo del pensamiento primitivo. Querer buscar una realidad o un fenómeno en el interior de un concepto que se refiere a un derecho subjetivo, equivale a buscar el soporte de los hechos en una realidad suprasensible que, desde luego, evoca el ambiente premoderno de la magia. Ross utiliza una fórmula muy clara para describir este fenómeno: se trata, dice, del poder del lenguaje sobre el pensamiento.¹¹⁰ O, dicho más explícitamente, del poder que confiere al lenguaje su capacidad de objetivación y encuadramiento de las concepciones cognoscitivas.

El mito del derecho subjetivo, por llamarlo de algún modo, se construye sobre dos premisas: que se trata de una unidad simple que corresponde a un sujeto específico, y que dicho sujeto debe ser un ser humano.¹¹¹ Existe una idealización en ambos supuestos, porque el derecho se representa como unidad sólo en virtud de las necesidades expresivas y para ejemplificar una pluralidad de situaciones; por otro lado, cuando aparentemente identifica al ser humano, la norma interpela solo a un destinatario funcional. Como bien expresa Ulises Schmill, "las personificaciones son siempre parciales, pues sólo destacan una o varias relaciones condicionales, las que están en la base de ella".¹¹² Podemos afirmar que Juan es propietario, arrendador, fumador o estudiante; en cada caso, la referencia no incluye las cualidades personales íntegras del interpelado, sino sólo una forma de actuar relevante para punto de vista desde el que se considera la situación. Los conceptos intermedios como el de derecho subjetivo, según el mismo Schmill, generalmente son alcanzados por "errores categoriales", es decir, por la práctica habitual de suplantar su carácter sistemático por hechos de la realidad natural.¹¹³

Visto a distancia, el planteamiento de Ross parece incompleto, pues a pesar de que descubre con precisión el desfase entre el concepto realista del derecho subjetivo y su enfoque metafísico, se queda corto en la explicación del papel que juegan en la construc-

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 172.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 173.

¹¹² SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, ed. Themis, México, 1997, p. 64.

¹¹³ *Ibid.*, p. 61.

ción y, sobre todo en los usos posibles de dicha categoría, ambas perspectivas. No queda claro cómo una noción analíticamente depurada de derecho subjetivo tiene que habérselas con un contexto en el que los usos se encuentran en buena medida dominados por los influjos metafísicos. Falta quizás distinguir un punto de vista externo de otro interno para poder referir en mejores condiciones ambos alcances.

3.3.2 *Las precisiones de Olivecrona*

a) *El derecho subjetivo como signo de comunicación.* Algunos de los aspectos faltantes en la teoría de Ross son puntualmente suplidos por los planteamientos de Olivecrona. Cabe decir que, este jurista, asume por completo la idea del vacío semántico en el derecho subjetivo, pero, a diferencia de Ross, ubica con mucha precisión la forma en que acontece el uso del término en las prácticas sociales. Para Olivecrona, dentro de los grupos sociales, existen valores entendidos; se trata de ideas en torno al sentido básico de ciertos conceptos, los cuales se comparten y son asumidos por los miembros del grupo con entera naturalidad. Todo mundo sabe que tener derechos o deberes implica un conjunto de ideas que remiten a una situación de respeto recíproco, "consideramos como obvio que nosotros respetaremos los derechos de los demás y que cumpliremos nuestras obligaciones."¹¹⁴

La idea del deber se presenta como una referencia compartida incluso antes de cualquier racionalización. Se trata de un sentimiento recíproco cuya difusión en el grupo garantiza la aceptación del sentido básico de las normas. La fuerza del Estado complementa la idea de lo obligatorio, ejemplarizando con actos coactivos que van dirigidos a hacer cumplir las normas contra quienes excepcionalmente las infringen. Sólo bajo la base común en torno a la idea general de lo obligatorio ciertas palabras se pueden emplear como signos para comunicar sintéticamente ciertas directivas

¹¹⁴ OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, (trad., Luis López Guerra), ed. Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pp. 180-184.

de conducta. Para este efecto no es preciso que tales signos posean un contenido semántico específico, puesto que su invocación remite a la idea genérica del reconocimiento de lo obligatorio en todas aquellas situaciones en las que es preciso utilizarlos.¹¹⁵

El derecho en general tiene un poder comunicativo innegable, lo peculiar es que, para concretar la transmisión de información, no es necesario que sus conceptos tengan un contenido semántico específico. Saber que alguien es propietario de una cosa, conlleva al mismo tiempo, el presupuesto de que la adquirió legalmente, de que la puede enajenar, de que sólo ha de ser enajenada con su consentimiento, etcétera. En el caso del derecho subjetivo, queda implícita la información adicional sobre todas las proyecciones posibles de la conducta autorizadas a partir de la situación especialmente reconocida por la ley a un sujeto.¹¹⁶

Olivecrona no participa en absoluto de la idea iusnaturalista de la preexistencia de los derechos con respecto a la ley; sin embargo, sí expresa la probabilidad de que una idea compartida acerca de los deberes y derechos a nivel del conocimiento cotidiano, preceda la expedición de las disposiciones legales.¹¹⁷ Sin la predisposición de sus destinatarios la ley estaría condenada a la ineficacia. La noción de derecho subjetivo tiende un puente comunicativo entre la existencia de un determinado derecho, establecido por el orden positivo, y las consiguientes formas de adquirirlo. Alumbra, en todo caso, las circunstancias de acceso a las situaciones subjetivas previstas en la norma, facilitando la identificación de las consecuencias que se proyectarían sobre los sujetos interesados en determinada posición.¹¹⁸ La función "vinculante" del derecho subjetivo resulta más clara si se piensa que, en un sistema jurídico, "la técnica apareció sin premeditación"; es decir, primero hubo una idea acerca de los derechos y luego otra sobre sus formas procesales de garantía.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 185.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 188.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 190.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 191.

b) *La función valorativa.* Los tribunales, al sentenciar un caso, no hacen sino negar o afirmar la existencia de un derecho subjetivo. Los derechos no se crean a partir de la resolución judicial; su existencia es anterior al inicio del litigio; lo que sucede es que la sentencia reemplaza las antiguas bases fácticas de los derechos, otorgando un nuevo punto de referencia a partir de la forma en la que queda confirmado el sentido *correcto* de la situación preexistente.¹¹⁹ El juez es una especie de legislador para el caso en disputa, pero su función no es contemplativa, sino que modela específicamente la situación de las partes a partir de su participación en el procedimiento. Los tribunales "pueden formar ideas de derechos sobre el modelo de las ideas generales expresadas en las normas".¹²⁰ A su vez, el juez, cuando resuelve una controversia, actúa imbuido por los valores de los que participa. Los valores que se comparten forman "el espíritu del derecho, que anima la expresión verbal de las normas".¹²¹

Olivecrona utiliza las perspectivas de interioridad y exterioridad para el análisis del derecho que Ross desdeñó, atribuyendo el primer tipo de enfoque a quienes comparten un código mínimo de ideas y valores sobre los derechos y deberes. El aspecto interno conlleva una perspectiva subjetiva del ordenamiento jurídico, sin la cual no se podría mantener la tesis de la naturaleza fáctica del derecho. Retomando la idea de Austin acerca de *cómo hacer cosas con las palabras*, Olivecrona encuentra que los enunciados sobre los derechos preparan una forma de sedimentación imperativa del lenguaje. A través de lo que llama las *expresiones ejecutivas jurídicas*, se entabla la mediación entre el mundo natural y la esfera del derecho y, bajo este punto de vista, es válido afirmar "que *hacemos cosas con palabras* cuando realizamos matrimonios, bautizamos o establecemos derechos mediante palabras pronunciadas en ciertas circunstancias".¹²²

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 191 y ss.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 204.

¹²¹ *Loc. cit.*

¹²² *Ibid.*, p. 233.

La palabra derecho subjetivo cumple bajo estos parámetros dos funciones básicas: denota que el término se usa siempre bajo ciertas reglas y que también supone algunas ideas que rigurosamente acompañan al concepto, como la de la conducta correcta y obligatoria, a la que corresponde la idea básica de que alguien es titular de un derecho.¹²³

IV. ALGUNOS PROBLEMAS EN BOCETO

Una revisión panorámica del tema de los derechos subjetivos siempre deja la sensación de haber cubierto apenas los aspectos abarcables en una mirada provisional. La vastedad del panorama inhibe en ocasiones los impulsos analíticos, sin embargo, en este ensayo han surgido algunas cuestiones que merecen por lo menos el esfuerzo de un planteamiento preliminar. A continuación se hará el intento de esbozar —y nada más que esbozar— tres asuntos: el de la situación del concepto de derecho subjetivo con los de: norma de competencia; derechos fundamentales e intereses difusos.

4.1. *Derecho subjetivo y normas de competencia*

a) *La noción de Hart.* Cuando Hart efectúa la crítica al modelo básico de Austin, destaca la existencia de reglas jurídicas que no tienen posibilidades de encuadrarse en la estructura de los órdenes respaldados por amenazas. Por la importancia del pasaje hartiano es necesario hacer la siguiente transcripción:

Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades dentro del cuadro coercitivo del derecho.¹²⁴

¹²³ *Ibid.*, pp. 233-234.

¹²⁴ *Op. cit. supra* nota (1), p. 35.

La idea de que existen reglas (o normas) cuya función es ampliar la esfera de acción de los agentes sociales, proviene, como ya se indicó, de Jellinek, quien expuso que el orden jurídico, por este medio, agrega capacidades de acción a los individuos por encima de aquellas posibilidades que la naturaleza les ha conferido.

Según la concepción expuesta, el derecho aparece como un ordenamiento facultador de la conducta social; esto es así particularmente dentro del ámbito de las construcciones artificiales que están en el origen de las instituciones modernas. Bajo esta lógica, el derecho proporciona una especie de contraseña formal a los sujetos para que éstos puedan desenvolverse como agentes de los contratos o de los otros mecanismos articuladores de la voluntad. La particularidad de este tipo de "habilitaciones" regulativas, es que detrás de las intenciones del sujeto, si éstas son coincidentes con el sentido de la norma, se encuentra el respaldo coactivo del ordenamiento vigente.

Si las normas primarias en sentido hartiano tienen como función la imposición obligatoria de ciertos sentidos de conducta, las normas secundarias lo que aportan son cauces jurídicos flexibles que sus destinatarios acomodan para funcionalizar la coactividad del ordenamiento y dirigirlo al logro de sus propios intereses, siempre que sus actos se logren mantener en el marco de licitud establecido por el propio derecho. De este modo el ordenamiento consigue un doble propósito: por una parte, inhibe las conductas prohibidas y, por la otra, estimula la utilización de sus mecanismos lícitos. Dicho de otro modo, pone al alcance genérico de sus destinatarios una serie de instrumentos útiles para garantizarles el sentido positivo de su acción. Con ello, el derecho logra encuadrar dentro del seno de sus moldes normativos la mayor parte de los comportamientos lícitos.

b) *La objeción kelseniana.* En los *Problemas capitales*, Kelsen se había opuesto a la idea de que el ordenamiento jurídico expande las posibilidades de comportamiento, argumentando que el orden jurídico sólo protege los efectos de ciertos actos pero:

Con ello, *no se amplía* (...) la capacidad humana o natural de obrar, no se agranda su radio de acción o su extensividad, sino que se aumenta su *in-*

tensidad, añadiendo a los efectos naturales de los actos otros efectos, que son los jurídicos.¹²⁵

Como se observa, la postura kelseniana precisa que el derecho no es la causa eficiente para incrementar el radio de acción de los sujetos, sino solo una técnica de protección que mejora la probabilidad de los efectos deseados. Desde la perspectiva de Jellinek, el derecho otorga a los agentes sociales la seguridad y la amplitud que sus acciones no tenían en el estado de naturaleza; desde el punto de vista de Kelsen, el derecho confiere protección en la medida y en el grado que el propio ordenamiento lo define.

c) *Arribo preliminar*. El punto más interesante de la discusión planteada en los incisos anteriores no consiste en saber si el derecho amplía o restringe la capacidad de acción de los sujetos; lo relevante es tener en cuenta que el derecho define cauces de acción que son coherentes con el tipo de expectativas institucionales gestadas a partir de la modernidad. Desde este punto de vista, el derecho se ofrece como salvoconducto del interés individual. El otorgamiento de cauces funcionales para conseguir los fines propios se realiza en forma genérica, y los sujetos mejor adaptados a las claves institucionales del derecho, son los que pueden beneficiarse en mayor grado de la competencia que se plantea por el uso óptimo de los instrumentos jurídicos disponibles.

d) *El caso de la permisión positiva*. Con este nombre se refiere Kelsen a los derechos que derivan de la concesión o la licencia que otorga un órgano de la comunidad. De este postulado, extrapolando la tesis a un ámbito abierto, se puede afirmar:

1. Los derechos atribuidos mediante concesión se oponen en su sentido a la extensión de las libertades.
2. Un mercado desarrollado implica un uso excepcional de las *permisiones positivas*; por el contrario, un mercado incipien-

¹²⁵ *Op. cit.*, supra nota (66), p. 567.

te, conlleva al incremento en el uso de este tipo de situaciones subjetivas.

3. En una sociedad donde el mercado se encuentra en desarrollo, pueden suceder dos cosas:

- 3.a) El desplazamiento de las *permisiones positivas*; o
- 3.b) la utilización de los ámbitos de acción que otorgan los derechos que derivan de las *permisiones positivas*, para generar burbujas de mercado, haciendo circulares los derechos derivados de las concesiones.

La *permisión positiva* define un cauce de acción privada subordinado en su espacio a los lineamientos que impone la autoridad que otorga el acto constitutivo del derecho. Sometiendo al control público ciertos ámbitos acotados de mercado se logra un cierto tipo de intervencionismo regulatorio que puede compatibilizarse con las nociones neoliberales que hoy dominan los enfoques económicos.

4.2. *Derechos subjetivos vs. derechos fundamentales*

4.2.1. *La confrontación*

La crisis de legitimación que acusan la mayor parte de las instituciones y valores de origen liberal plantea problemas serios en el discurso de justificación de los derechos subjetivos. Ante los conflictos que resienten las sociedades contemporáneas por una distribución inequitativa de los recursos apropiables, el mercado ha dejado de tener prestigio moral. Asimismo, las instituciones y categorías jurídicas vinculadas a la mecánica del intercambio se encuentran, en general, bajo sospecha. En el caso de los derechos subjetivos en particular, el distanciamiento entre el derecho y la noción de justicia acarrea desbalances insuperables que dañan irremisiblemente su legitimidad. Las propuestas sistemáticas del liberalismo en sus distintas vertientes han aportado interpretaciones de enorme valor sobre el funcionamiento de los órdenes jurídicos contemporáneos, pero el tipo de discurso altamente formalizado que manejan no opera bien como justificación hacia el

conjunto de la sociedad. Las expectativas sociales en torno al derecho, ingenuas o no, continúan alimentándose con la idea de la justicia; la razón técnica, en cambio, es un ámbito para especialistas y operadores que no permea fácilmente su sentido hacia el contexto. El razonamiento especializado distingue con enorme precisión la especificidad de los fenómenos jurídicos, pero, al mismo tiempo, aísla al derecho, alienándolo respecto del grupo social donde se produce.

Para justificar la idea de la existencia de un cuerpo de derechos fundamentales, que debieran fungir como garantía mínima y universal para resguardar la condición personal de los individuos en cualquier contexto social en el que se encuentren, la legitimidad del discurso de los derechos subjetivos parece insuficiente. Las nuevas propuestas sobre los derechos fundamentales se ligan por eso al viejo tronco iusnaturalista y buscan su factor de legitimación fuera de los contornos normativos del orden jurídico. Se produce así una especie de reconquista moral desde el derecho. La revaloración de los orígenes iusnaturalistas es hoy patente en autores como Dworkin, quienes plantean un auténtico desafío a las distintas clases de positivismo, habiendo ganado para su causa numerosísimos adeptos en el intento.

4.2.2. *El parteaguas de la igualdad.*

Uno de los esfuerzos mejor logrados por encontrar hoy un fundamento externo a los derechos fundamentales, es el que desarrolló Ferrajoli en sus escritos sobre el garantismo. Para este autor, los derechos fundamentales fungen como *condición* general de validez jurídica de toda la actividad del Estado.¹²⁶ Bajo esta intención, el derecho vuelve a ser un factor de valoración moral de la conducta estatal. Los derechos fundamentales equivaldrían en su función a un código de calificación moral, muy similar al derecho natural, tal como lo concebían los primeros pensadores modernos. El campo de las disposiciones iusfundamentales no se registra como un segmento ordinario del ordenamiento, sino como una condición básica de legitimidad.

¹²⁶ *Op. cit.*, supra nota (23), p. 905.

La idea central de Ferrajoli se construye a partir del reconocimiento de una doble versión de la igualdad: la igualdad jurídica, que incluye las *diferencias personales* pero excluye las *diferencias sociales*, y la igualdad económica y social, que se convierte en un propósito permanente de abatir las circunstancias diferenciales de los sujetos, para garantizarles a todos un potencial similar de desarrollo. Una idea útil en el planteamiento de Ferrajoli consiste en la asunción de un hecho básico: “no todas las desigualdades jurídicas son intolerables; lo son sólo aquellas que *obstaculizan* la vida, las libertades, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas.”¹²⁷ Extrapolando estas ideas básicas, se puede afirmar que: existe una igualdad que exige *considerar* a los individuos como iguales, y otra que apunta a *hacerlos* iguales en sentido efectivo. La tensión entre las aspiraciones y los procesos reales se resuelve en fórmulas que expresan gradientes y nunca plenitudes. La desigualdad siempre se conserva como un dato y, muchas veces, es el propio ordenamiento el que apunta a sostenerla. Sin embargo, el derecho vive en tensión: por un lado conserva disposiciones que de hecho tutelan las diferencias, mientras, por otro, sostiene otras que tienden a compensarlas.¹²⁸

Bajo las premisas anteriormente referidas, Ferrajoli puede inferir que, mientras el discurso clásico de los derechos subjetivos es un factor de mantenimiento de las diferencias, los derechos fundamentales son situaciones jurídicas que apuntan a realizar la igualdad. La diferencia práctica entre, por ejemplo, los derechos patrimoniales clásicos como la propiedad —ejemplo de un derecho que genera diferencias— y un derecho como la libertad de expresión, es que el primero requiere un título específico para constituirse, mientras que el otro ofrece lisa y llanamente una condición generalizada de disfrute a sus destinatarios.¹²⁹

Aun los derechos fundamentales, en cuanto afianzan el valor singular de las personas, admiten la constitución de diferencias, pero debe existir una distinción entre lo que es una diferencia y lo

¹²⁷ *Ibid.*, p. 906.

¹²⁸ *Loc. cit.*

¹²⁹ *Ibid.*, p. 910

que son las desigualdades. La primera es el efecto lógico de la personalización de ciertos valores comunes en cada sujeto; la segunda, es una condición que escinde a los sujetos desde el punto de vista de las oportunidades económicas y políticas.¹³⁰

La tesis de Ferrajoli consigue logros importantes en cuanto a la explicación del proceso de positivización de la moral en el ordenamiento jurídico, particularmente dentro del segmento que corresponde a los derechos fundamentales, pero conlleva todos los riesgos que acompañan normalmente a las tesis moralizadoras: la probable falta de consenso en torno a los contenidos. Como quiera que sea, lo cierto es que la lucha contemporánea por terrenalizar las promesas burguesas, plasmadas de diversa manera en los órdenes jurídicos, no encuentra un cauce cabal de expresión en las técnicas jurídicas de protección tradicionales, como es el caso de la que se asocia a los derechos subjetivos.

4.3. *El desafío de los intereses difusos.*

Si contemplamos la escena contemporánea y, en especial, la forma que ha adoptado la defensa de ciertos intereses, como por ejemplo los urbanísticos o los ambientales, ha de reconocerse que los mecanismos procesales desarrollados para ese efecto —acciones populares o de clase— poco tienen que ver con las *actio* tradicionales, encargadas de actualizar la protección de los derechos subjetivos. La defensa de intereses que no se encuentran en lo inmediato dentro de la esfera personal o patrimonial del sujeto que formula la reclamación, es algo que violenta el carácter individualista de los diseños procesales clásicos. Desprender la acción procesal de lo que Kelsen denomina un *derecho reflejo*, implica una modificación radical a la idea de asociar la protección de un derecho a la prerrogativa sustancial que concede. Y no se trata de conceder cauces procesales para defender lo incierto, sino para obtener la protección de aquello que no puede tipificarse dentro de las matrices patrimoniales clásicas, o bien, dentro de los parámetros del daño personal directo.

¹³⁰ *Loc. cit.*

Stefano Rodotà en alguno de sus trabajos sobre la propiedad, dejó constancia del problema que aquí se aborda:

Ahora se hace visible una nueva trama determinada por el argumento y la difusión de intereses de naturaleza colectiva, que no plantean tanto la cuestión tradicional de la atribución subjetiva o de los criterios de gestión de los bienes en propiedad, sino que ponen en duda la aptitud misma de las técnicas dominiales para afrontar y resolver los nuevos problemas de uso y distribución de los recursos.¹³¹

El interés difuso redefine los cánones sobre la titularidad de los derechos y sobre la posesión de ciertos bienes, como por ejemplo, los recursos naturales. Este tipo de bienes, por encima de cualquier otro criterio jurídico que los envuelva, inclusive la propiedad, se vuelven objeto de protección a través de acciones que puede ejercer cualquier interesado en la sustentabilidad del ambiente, aunque no resienta de forma inmediata, en su persona o en sus bienes, una agresión conculcatoria.

¹³¹ RODOTÀ, Stefano, *El terrible derecho*. Estudios sobre la propiedad privada, (trad. y prolog. Luis Díez Picazo), ed. Civitas, Boloña, 1986. p. 30.

SENATUSCONSULTUM IUVENTIANUM
APUNTES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN LITIGIO
FISCAL EN LA ÉPOCA DE ADRIANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La reconstrucción del litigio y el escolio 7 a Bas. 42.1.20*. III. *La querela inofficiosi testamenti*. IV. *Efectos de la sentencia emitida en la querela*. 1. *Indignidad a suceder*. 2. *Pertenencia de las partes caducae en la época del senadoconsulto Juvenciano*. V. *La vindicatio caducorum*. 1. *Los sujetos*. 2. *Desarrollo del procedimiento*. VI. *Apelación de la sentencia*. VII. *Contenido de la sentencia de apelación*.

I. INTRODUCCIÓN

El senadoconsulto Juvenciano emanado en el 129 d.C bajo el imperio de Adriano deriva su nombre del jurista Juvencio Celso, que durante su segundo consulado¹ hizo la respectiva propuesta al senado junto al colega Quinto Julio Balbo. De su análisis se ha ocupado la doctrina romanística bajo diversos enfoques² trascurándose, a

¹ Que Juvencio Celso hubiese ocupado el cargo de cónsul dos veces se desprende del texto de Pomponio, *libro singulari enchiridii* D.1.2.2.53. Sobre la fecha del segundo consulado ver en doctrina Fritz Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, (trad. italiana Guglielmo Nocera, Firenze, La Nuova Italia, 1968), p. 190.

² El estudio del senadoconsulto *Iuventianum* ha sido realizado por la doctrina principalmente bajo su aplicación analógica a la *petitio hereditatis*, al respecto ver: W. Franke, *De hereditatis petitione*, (s/e, Goettingen, Buchhandlung, 1864) pp. 149, 198, 201, 221; Charles Appleton, "Le vrai et le faux sénatus-consulte Juvencien", *RHD*, v.9 (1930) pp. 1 a 19; Giannetto Longo, *L'hereditatis petitio*, (s/e, Cedam, Padova, 1933), pp. 81 a 105; Joseph Dénoyez, *Le défendeur á la pétition d' hérité privé en Droit Romain*, (s/e, Recueil Sirey, París, 1953) pp. 112 a 116; Santi di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, (s/e, Giuffrè, Milano, 1954) pp. 79 a 119; Max Kaser, "Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio", *ZSS*, vol. 72 (1955) pp. 90 a 126; Martina Mueller Ehlen, *Hereditatis petitio*, (s/e, Verlag Boehlau, Koeln-Weimar-Wien, 1998) pp. 333 a 385. Bajo el enfoque de la *vindicatio caducorum* ver: Giuseppe Provera, *La vindicatio caducorum*, (s/e, Torino, Giappichelli, 1964), pp. 32-47; como sentencia de apelación

nuestro parecer, la reconstrucción de la *lis* que lo originó; por tal motivo, hemos considerado oportuno realizar un primer estudio que se centre específicamente sobre tal aspecto, a partir de la exégesis de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.20.6a. El desarrollo de la investigación iniciará con la comparación de este texto con el escolio 7 a Bas.42.1.20 para determinar si el caso ahí tratado sea idéntico y si por lo tanto resulta posible su utilización en la presente reconstrucción; el estudio de tal punto nos llevará a examinar el procedimiento de la *querela inofficiosi testamenti* interpuesta por uno de los herederos, evaluando los consecuentes efectos de la sentencia emitida en cuanto fundamento para el ejercicio de la acción fiscal de la *vindicatio caducorum*; en este ámbito, asume relevancia no marginal el problema de establecer cuál entidad de la administración tributaria, el fisco o bien el erario, intervino. Considerándose que la *vindicatio caducorum* sufrió una evolución a lo largo de la historia jurídico-romana, nos enfocaremos únicamente a la época en que se efectúa la *lis*, identificando las partes de la misma así como su actuación procesal; por último trataremos la cuestión de si este senadoconsulto haya sido emanado como sentencia de apelación en el ejercicio por parte del senado de su competencia jurisdiccional. Comencemos a continuación con la exégesis del texto de Ulpiano arriba mencionado.

II. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA LIS Y EL ESCOLIO 7 A BAS.42.1.20

En D.5.3.20.6a se hace una breve referencia a una *lis* que gira en torno a la herencia de una persona llamada Rústico:

...Cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas...

ver: Franca de Marini Avonzo, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, (s/e, Giuffrè, Milano, 1957) p. 47; Francesco Arcaria, *Senatus censuit*, (s/e, Giuffrè, Milano, 1992) p. 224.

El texto expresa que, antes de que el fisco hubiese pedido las partes caducas de los bienes de Rústico, los que se estimaban de ser herederos vendieron la herencia; respecto a tal hecho el Senado³ emitió una decisión articulada en diversos puntos entre los cuales decidió que no debían ser exigidos los intereses del precio de las cosas vendidas.⁴

Lo que podemos identificar claramente es: 1) la existencia de un litigio que ocasionó la intervención del Senado; 2) que al litigio participaron, por un lado el fisco, que consideraba como propias las porciones caducas de los bienes de Rústico y, por el otro, los que creían ser herederos y que vendieron la herencia antes que fuera pedida por el fisco; 3) que el Senado fue llamado a pronunciarse sobre la cuestión si la pretensión del fisco hacia los vendedores incluía las *usurae* del precio. Ésta es la única mención de la *lis* que se encuentra en el Digesto, mientras que mayores noticias resultan del escolio 7 a Bas.42.1.20; sin embargo, sobre la posibilidad de utilizarlo para la reconstrucción de esta *lis* la doctrina está dividida; una parte considera que el caso planteado en D.5.3.20.6a es totalmente ajeno a la interpretación que establece el texto bizantino, al contrario otra parte se propone como fundamental tomarlo en consideración.⁵ Para decidir sobre la presente *quaestio* es necesario antes que nada conocer el contenido del presente escolio, de modo que nos sea permitido exponer nuestra postura al respecto. A continuación lo presentamos bajo su traducción latina de la edición Heimbach:⁶

Quidam nomine Rusticus tres heredes instituerat, quorum unus querelam inofficiosi adversus testamentum instituerat,

³ Que el verbo *placere* se refiera a una decisión del Senado puede derivarse de D.5.3.20.6pr.

⁴ Los otros puntos en los que se articulaba la decisión del senado están incluidos en D.5.3.20.6b,6c,6d que consideraremos en el § VII.

⁵ En el primer sentido ver: Antonio Carcaterra, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, (s/e, Cuore di Maria, Roma, 1948) v. 2 p. 96; atribuyéndole a los justinianos tal interpretación ver: Di Paola, *Saggi ...op. cit.*, p. 82 n. 10; entendido como una confusión de los Basilicos ver: Dénoyez, *Le défendeur ...op. cit.*, p. 111. En el segundo sentido ver: Longo, *L'hereditatis petitio, op. cit.*, p. 83, n. 1; De Marini Avonzo, *La funzione...op. cit.*, p. 47, n. 111; Arcaria, *Senatus censuit, op. cit.*, p. 224.

⁶ Ver Tá Basiliká, ed. Heimbach, n. 4, *Lipsiae*, 1846, p. 209.

hoc agens, ut illud infirmaretur, et ita ab intestato universam defuncti hereditatem possideret. Querela autem instituta victus est. Nosti autem, partem heredis scripti, qui de inofficioso egit et victus est, quasi indigno ablatam fisco cedere. Pars igitur heredis Rustici fisco competebat. Quae cum ita essent, coheredes eius, qui de inofficioso egit et superatus est, partem eius possidentes et existimantes, universam hereditatem ad se pertinere, eam distraxerunt.

(Un tal de nombre Rústico había instituido tres herederos de los que uno había instaurado una *querela inofficiosi* contra el testamento, haciendo eso para que fuese anulado, y así poseyese *ab intestato* la herencia del difunto en su totalidad. Luego instaurada la *querela* fue vencido. Sabes que la parte del heredero instituido que ejercitó la *querela inofficiosi* y fue vencido le es sustraída como indigno y es atribuída al fisco. Por lo tanto la parte del heredero de Rústico pertenecía al fisco. Siendo las cosas así, los coherederos del que ejercitó la *querela inofficiosi* y fue vencido, poseyendo su parte y estimando que toda la herencia les perteneciera, la vendieron).

El caso es el siguiente: Rústico había instituido tres herederos, de los que uno ejercitó la *querela inofficiosi* contra el testamento, para anularlo y en este modo poseer la totalidad de la herencia del muerto *ab intestato*; pero instituido el juicio lo perdió, y su parte de herencia fue reclamada por el fisco; sin embargo, los otros coherederos que estimaban les pertenecía todo el patrimonio hereditario lo vendieron.

En el ámbito de la doctrina que niega la relación entre el esolío y el caso indicado en el senadoconsulto de D.5.3.20.6a, se destaca sobre todo la posición de Carcaterra, según la cual en el primer texto la hipótesis planteada correspondería a un caso de *bona ereptoria*, mientras que por el contrario Ulpiano hablaría de *bona caduca*; en efecto, los Basílicos habrían tratado un caso actual para su tiempo, basándose sobre el hecho de que Justiniano había abolido en el 534 d.C los *caduca*, como es establecido en la constitución incorporada en C.6.51 bajo la rúbrica '*De caducis tollendis*', dejando todavía en función la figura de los *ereptoria*. El pensamiento de Carcaterra por

lo tanto tiene como punto central una rígida distinción entre *bona ereptoria* y *caduca*, entendiéndose con la primera expresión los bienes pertenecientes al fisco a causa de la indignidad del heredero y con la segunda los bienes atribuidos al fisco por motivo de las leyes caducarias (*lex Iulia* y *Papia Poppea*).⁷

Aunque la mencionada reforma de Justiniano haya eliminado la legislación anterior sobre los *caduca*, no alterando la permanencia de los *ereptoria*, el presupuesto de una rígida distinción entre los dos tipos de bienes no nos parece compatible, puesto que a nivel terminológico ya en la jurisprudencia clásica se observa una aplicación amplia del concepto de *caduca* que se extiende a ambos tipos de bienes.⁸ Esto no significa naturalmente la negación de la diferencia entre la incapacidad a suceder ocasionada por las leyes caducarias y la indignidad, sino simplemente que ya desde el siglo II d.C el término *caducum* podía asumir un sentido general incluyendo a los dos conceptos. Tal empleo por ejemplo, es observable en los textos de Gayo, libro septimo decimo ad edictum provinciale D.29.5.9; Marcelo, libro vicesimo nono digestorum D.28.4.3.pr; y Paulo, libro quadragensimo quarto ad edictum D.29.6.2.2, que lo utilizan no sólo con referencia a los bienes sustraídos a los *incapaces* según las leyes caducarias, sino además a los indignos.

Gayo, al mencionar: *Cum fisco caduca bona defuncti addicantur propter inultam mortem...* (cuando al fisco son asignados los bienes caducos del difunto a causa de su muerte no vengada), demuestra que el término *caduca* es utilizado para atribuir al fisco

⁷ Sobre tales diferencias remito a la doctrina clásica: Carlo Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, (s/e, Luigi Piirro, Napoli, 1900) v. 1, p. 137; Pietro Bonfante, *Corso di diritto romano. Le successioni*, (s/e, società editrice del foro italiano, Roma, 1930) v. 6, pp. 281 a 285; Enzo Nardi, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, (s/e, Milano, Giuffrè, 1937) pp. 49 a 50; Biondo Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, (seconda edizione, Milano, Giuffrè, 1955) pp. 175 y 176; Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano*, (seconda edizione, Milano, Giuffrè, 1967) v. 1, pp. 430-488.

⁸ Sobre el empleo del término *caducum* en ambas figuras ver: Riccardo Astolfi, "I beni vacanti e la legislazione caducaria", *BIDR*, v.68 (1965) p. 333; así también del mismo autor en: *La lex Iulia et Papia*, (terza edizione, Cedam, Padova, 1995) p. 295. Considerando inapropiada tal terminología en lo que respecta a los casos de indignidad ver Nardi, *op. cit.*, pp. 22-24.

los bienes del difunto por falta de persecución de su muerte por parte de los herederos, encuadrándose así en un caso de indignidad.⁹

La misma constatación emerge en el caso citado por Marcelo, en donde son relevantes las siguientes palabras: *proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur...* (recientemente en el conocimiento del príncipe habiendo un tal borrado los nombres de los herederos y siendo sus bienes vindicados por el fisco como caducos). El jurista presenta un rescripto del emperador Marco Aurelio sobre la validez de los legados y las libertades concedidas en el testamento a los esclavos, si el testador, al tachar los nombres de los herederos, los transformó en indignos, implicando que sus bienes fuesen reivindicados al fisco como caducos.¹⁰

⁹ Las sospechas de interpolación del presente texto manifestadas por Danilo Dalla, *Senatus consultum Silanianum*, (s/e, Milano, Giuffrè, 1980) pp. 148 a 149 a través de la confrontación con otro del mismo Gayo, *libro undecimo ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.14, no afecta la expresión *caduca bona* que interesa para nuestro discurso actual. Los dos textos presentarían una aparente contradicción en lo que concierne si con base en el senadoconsulto Silaniano vengan o no respetadas las libertades y los legados en el testamento independientemente de que el heredero sea indigno. Dicha contradicción hizo pensar a Dalla que nuestro texto tratado pudiese estar interpolado en alguna de sus partes, bien sea en *propter inultam mortem* o en *eorum scilicet qui senatus consulto excipiuntur*. Sin ocuparnos de los aspectos extraños a la presente parte de nuestra investigación, según nuestro punto de vista, Dalla no indicó ninguna razón para borrar de D.29.5.9 la expresión *propter inultam mortem*, que eliminaría la referencia a la indignidad. Cabe notar que el criterio interpolacionista seguido por Dalla fue expresado anteriormente por *Jacobus Cujacius, Opera Omnia*, (s/e, Neapoli, ex typographia Moriana, 1758) v. 8, p. 432; también por Emilio Albertario, "I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacius", *ZSS*, v. 31, (1910) p. 170; el mismo artículo en: *Studi di diritto romano*, v. 6 (1953), p. 13. No obstante, los autores antes mencionados dejan intacto el término *caduca*, haciendo notar Cuiacius que Gayo al utilizarlo se refiere a: *ex qua tamen bona non fiunt proprie caduca, sed sunt ereptitia*. (Sin embargo, en esta situación los bienes no son hechos propiamente caducos, sino son erepticios). Una visión general que ocasiona la hipótesis de indignidad en el presente caso puede verse en Giuseppe Ignazio Luzzatto, "Sull' obbligo degli eredi di vendicare l' uccisione dell' ereditando", *Studi in memoria di Umberto Ratti*, (1934) pp. 545-589, aunque el autor dude que el texto tratado en un origen se hubiera referido al senadoconsulto Silaniano.

¹⁰ Nardi, *op. cit.*, p. 23 resuelve el problema considerando que, al traducirse *et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur* como "i beni del testatore venivano rivendicati dal fisco allo stesso modo dei caduca", se observa una analogía con la *vindicatio caducorum* fiscal, sin que la palabra *caduca* asuma el significado de *bona ereptoria*; sin embargo, según nuestra opinión, el término *ut* podría traducirse con el significado de "como", con la consecuencia que podríamos pensar que efectivamente Marcelo utiliza el concep-

En fin el texto de Paulo se expresa del siguiente modo: *Si fidei eius, qui dolum admisit, commissum est, ut hereditatem restitueret, ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet...* (Si fue atribuido a la confianza del que cometió dolo de entregar la herencia, aquella herencia será hecha caduca con sus cargas). Estas palabras se

to de *caduca* para atribuirlo a un caso de indignidad. El fisco reivindica los bienes de los demás herederos como *caduca*, porque el propio testador tachó el nombre de los mismos considerándose por lo tanto como indignos (confrontar Papiniano, *libro sexto decimo quaestionum* D.34.9.12). Ya Voci, *op. cit.*, p. 482 n. 88 había observado que la palabra *caducum* opera también en casos de indignidad. También ver a Provera, *La vindicatio caducorum*, *op. cit.* p. 116 n. 14 que considera en el presente texto una extensión de la hipótesis de indignidad al régimen caducario. En sentido contrario encontramos a Miroslav Boháček, "Il problema della revoca non formale del testamento nel diritto classico e giustiniano", *Studi in onore di Pietro Bonfante*, (1930) v. 4, p. 327 el cual se fundamenta en el principio establecido por Ulpiano, *libro quadragensimo quarto ad edictum* D.38.6.1.8: *si heres institutus non habeat voluntatem... vel quia (tabulae) cancellatae... dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt* (Si el heredero instituido no tenga la voluntad —de pedir la posesión de los bienes hereditarios— ...o porque el testamento fue borrado... debe decirse que quienes recibieron la posesión de los bienes obtendrán el patrimonio *ab intestato*). La aparente contradicción entre este último texto, que admite la sucesión *ab intestato* y el texto de D.34.9.12, en que se considera válido el testamento aunque los nombres de los herederos hayan sido borrados, en verdad no existe porque las hipótesis son distintas; en D.38.6.1.8 el heredero no pide la posesión de los bienes hereditarios, porque el *de cuius* en varios modos manifestó su intención de fallecer intestado, mientras que en D.34.9.12 tal elemento subjetivo no resulta. El texto bajo el aspecto de la validez del testamento y de la reivindicación de los *bona* al fisco ver: Pietro de Francisci, "Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette", *BIDR*, v. 27 (1914), pp. 14-15. Considerando que los bienes son caducos no por razones de indignidad, sino porque al ser tachados los nombres tales se convierten en vacantes ver: Cesare Sanfilippo, "Studi sull' hereditas", *Annali Palermo*, v. 17 (1937), pp. 86-87-170 a 174, sobre todo ver p. 170, n. 2. La idea del autor se basa sobre la interpolación en D.34.9.12 de las palabras *ut indignis*, porque la mención de indignidad se presenta sólo en el presente texto y no en otros: sin embargo, tal aseveración despierta ciertas dudas, puesto que en el texto de Papiniano D.34.9.16.2 si bien no se expresa la palabra *indignitas*, ésta es presupuesto y fundamento de la adjudicación al fisco de los bienes del *de cuius*. La otra razón, manifestada por San Filippo pp. 86 y 87 de que en D.28.4.3.pr. si se hubiera hablado de indignidad, el texto habría dicho: *hereditas eius ad eos qui scripti fuerit ut indignos pertinere non videtur* en lugar de: *hereditas eius, secundum divi Patris mei constitutionem, ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur*, resulta no fundamentada, porque sería lógico pensar que Marco Aurelio utilizara como fundamento jurídico una constitución de Antonino Pio que tratase de un problema de indignidad. También sobre el presente texto ver: Siro Solazzi, "Attorno ai *caduca*", *Scritti di diritto romano*, v. 4 (1963) pp. 330 a 332 donde el autor considera alteradas ciertas

refieren al caso del heredero fiduciario que actuó dolosamente para impedir a los testigos del testador presentarse, conforme a lo que se dice en el *pr.* del texto.¹¹

Dicho comportamiento ocasiona que la herencia se considere *caduca* con sus cargas, presentándose una vez más un caso de indignidad.¹²

El empleo de la expresión *bona caduca* en un sentido conceptual que puede a veces incluir también los *ereptoria* no sólo es demostrado con los textos anteriormente citados, sino además se encuentra en los *Tituli ex corpore Ulpiani* 17.1, en donde se dice: *quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur...* (Lo que le fue dejado a alguien en un testamento, así como lo puede tomar con base en el derecho civil, si no lo haya tomado con base en alguna causa, es llamado caduco). En el presente texto al término *caducum* es atribuido un valor más amplio de lo que concierne a las leyes caducarias, puesto que se extiende a todos los casos en donde el beneficiario de una disposición testamentaria, que pueda obtenerla con base en el derecho civil por cualquier causa no la obtiene; esto implica que, en el concepto de *caducum* se incluían los bienes hereditarios no conseguidos por indignidad o cualquier otra causa.

partes que tienen importancia secundaria en cuanto al problema que analizamos; cabe hacer notar, sin embargo, que dentro de las posibles interpolaciones que trata Solazzi deja intacta la parte del texto que se refiere al concepto de *caduca*. Una explicación detallada del caso ha sido realizada por Manuel Amaya Calero, "Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio", *Labeo*, v. 34 (1988) pp. 18-42, que sobre el problema de la indignidad comparte la idea de Boháček que ya tuvimos oportunidad de criticar.

¹¹ *Si quis dolo malo fecerit, ut testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi, denegandae sunt actiones ei qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit sive priore testamento scriptus* (si alguien haya hecho con dolo malo, que no lleguen los testigos, y por eso falte la facultad de hacer testamento, deben ser denegadas las acciones a quien haya hecho el dolo, o bien sea heredero legítimo o bien sea instituido en el precedente testamento).

¹² Sobre la aplicación en el texto del término *caducum* para referirse a un caso de indignidad ver: Voci, *op. cit.*, v. 1, p. 482, n. 88. No parece, a nuestro parecer, compartible la objeción de Nardi, I casi... *op. cit.*, p. 24, según el cual se mencionaría "impropiamente" el término *caduca*, a causa de una confusión terminológica entre casos de indignidad y de incapacidad establecidas por las leyes caducarias. Los tres textos que acabamos de examinar por el contrario prueban que el empleo del término *caduca* no es fruto de una confusión teniendo un sentido conceptual más amplio de lo que opina Nardi.

La posible objeción del carácter postclásico del principio afirmado por los *Tituli ex corpore Ulpiani* parece superable gracias a los testimonios del empleo de tal término por la jurisprudencia clásica expresados en los textos D.29.5.9; D.28.4.3.pr; D.29.6.2.2 analizados anteriormente.

A la luz de los resultados de las fuentes apenas expuestas no sólo emerge claramente la insuficiencia de la postura manifestada por Carcaterra y aquella parte de la doctrina que sigue su opinión, sino también, en ausencia de otros argumentos válidos, encuentra una evidente confirmación la posibilidad de usar el escolio 7 a Bas.42.1.20 para la reconstrucción de los aspectos jurídicos de la *lis* de que tratamos.

Por el contrario, si prescindiésemos de la consideración conjunta de D.5.3.20.6a y del escolio a los Bas. 42.1.20 mencionado, en primer lugar sería difícil explicar la causa por la que el fisco pide las *partes caducae* de los bienes de Rústico. En efecto, si el designado como heredero no pudiese recibir por causa de las leyes *Iulia* y *Papia Poppea*, deberíamos entender forzosamente que a la herencia de Rústico era instituido solamente un heredero, porque, como sabemos, en el año 129 d.C., época de nuestro senadoconsulto, quienes tenían derecho a las porciones caducas eran los demás coherederos (o colegatarios) capaces y no el fisco, según lo que testimonia, por ejemplo, el texto de Gayo 2.286a. Este texto, al hablar de los *orbi* que por efecto de la ley *Papia* pierden la mitad de la herencia y de los legados, menciona que, con base en el senadoconsulto *Pegasiano*, tampoco podían obtener fideicomisos y que los mismos fueron transferidos a quienes en aquel testamento tenían hijos, o si ninguno los hubiera tenido, al pueblo (es decir cajas públicas), *sicut iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt* (con base en el mismo derecho de los legados y de las herencias, que en el mismo caso o en casos similares se hacen caducos). Tal situación fue en parte cambiada solamente en la época del emperador *Caracala*, que como veremos mejor en el §IV.2, estableció la pertenencia al fisco de todos los bienes caducos, respetándose el derecho anterior para los ascendientes y descendientes, como se afirma en el texto 17.2. de los *Tituli ex corpore Ulpiani*, que dice: *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco*

vindicantur, sed servato iure antiquo liberis et parentibus. (Hoy, con base en una constitución del emperador Antonino todos los bienes caducos son atribuidos al fisco, pero hecho salvo el derecho antiguo para descendientes y ascendientes).

En segundo lugar, admitiéndose también la existencia de un solo heredero designado, no se entendería la razón por la cual el senadoconsulto haya hecho referencia a *partes caducae* y no a *hereditas caduca*. Si también se superase esta objeción, no podría de todos modos aceptarse, por total carencia de base textual, la otra hipótesis que quedaría, consistente en que existiese un bien en copropiedad con más personas, de las cuales una, habiendo fallecido sin que su heredero tuviese la capacidad de heredar por motivo de las leyes caducarias, hubiese ocasionado la pretensión del fisco sobre su porción después de la venta de la cosa común por parte de los otros copropietarios.

De lo anterior deriva la debilidad de la tesis que excluye la relación entre el caso considerado en el escolio 7 a Bas. 42.1.20 y el de D.5.3.20.6a, con la consecuencia que parece preferible relacionarlos para el pleno entendimiento de la *lis*. Eso implica por lo tanto la necesidad de entrar en el estudio del procedimiento de la *querela inofficiosi testamenti* en cuanto presupuesto inicial que originó la intervención del fisco en el presente caso.

III. LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

Uno de los tres herederos designados por Rústico en el testamento lo impugna mediante la *querela inofficiosi*:¹³ (*Quidam nomine Rusticus tres heredes instituerat, quorum unus querelam inofficiosi adversus testamentum instituerat...*); la finalidad que se había propuesto el querellante era la de conseguir la declaración de anulación del testamento para pedir la posesión de la totalidad de la herencia como heredero intestado (*hoc agens, ut illud infir-*

¹³ Sobre la *querela inofficiosi testamenti* se encuentran las siguientes monografías: E. Renier, *Etude sur l'histoire de la Querela inofficiosi en Droit Romain*, (s/e, Impr. de l'Académie, Liège, 1941) pp. 19-346; Matteo Marrone, *Querela inofficiosi testamenti*, (s/e, Manfredi, s/ciudad, 1962) pp. 5-216; Voci, *op. cit.*, v. 2, pp. 670-726; Luigi Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti*, (s/e, Jovene, Napoli, 1972) pp. 2 a 256.

maretur, et ita ab intestato universam defuncti hereditatem possideret). Tal finalidad nos hace deducir que éste era no sólo un familiar del *de cuius*, sino el más cercano de los herederos instituidos, que de acuerdo con el orden de prelación sucesorio de la herencia legítima y de la prohibición de la *successio graduum et ordinum*, venciendo el juicio, habría podido poseer el entero patrimonio hereditario. Teóricamente es posible pensarse en un hijo, padre o también hermano de Rústico,¹⁴ aunque con referencia a este último familiar en doctrina se haya negado su facultad de interponer la *querela* en base a una constitución postclásica del año 319, emanada por Constantino e incluida en C.3.28.27, la cual fijaría tal prohibición siguiendo criterios clásicos.¹⁵

Sin embargo, esta objeción no tiene en cuenta un texto literario de Valerio Máximo 7.8.4 y uno de Ulpiano, *libro quarto decimo ad edictum* D.5.2.1, de los que se desprende que también un hermano podía servirse de dicho remedio. Más genérico es el testimonio del primero, que muestra el siguiente caso: un testador designó herederos a otras personas, excluyendo a su hermano de nombre Pompeo Regino (*cum testamento fratris praeteritus esset*), que, aunque hubiese podido impugnar el testamento frente a los centunviro, no lo hizo, (*quod ad hastae iudicium adtinuit, cineres fratris quietos esse passus est...* por lo que respecta al juicio centunviral 'Pompeo Regino' dejó tranquilas las cenizas del hermano también si la falta de su institución como heredero habría

¹⁴ La ausencia de referencias textuales precisas hace posible, también si menos probable, que la *querela* fuese interpuesta por terceros, como sería el caso de la actuación del padre natural o adoptivo a nombre del hijo (Trifonino, *libro septimo decimo disputationum* D.5.2.22. pr; 1 y 3); la realizada por el tutor (Marciano, *libro quarto institutionum* D.5.2.30.1; Trifonino, *libro quinto disputationum* D.34.9.22; Inst. 2.18.5); por el heredero del querellante que murió antes de que se dictase la sentencia (Trifonino, *libro septimo decimo disputationum* D.5.2.22.2). Aunque no se mencione la *auctoritas tutoris*, no se puede excluir que el querellante fuese un menor de edad, porque únicamente en el inicio del III siglo d.C los emperadores Severo y Antonino lo excusaron por medio de rescripto de las consecuencias de la indignidad.

¹⁵ Tal aseveración ha sido realizada por Marrone, *op. cit.*, p. 143, con respecto a la parte de la constitución en que se dice: *Fratres vel sorores uterini, ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur...* (Los hermanos o hermanas uterinos, del todo sean excluidos de la acción de inoficiosidad contra el testamento del hermano o bien de la hermana).

sido...), considerada un acto del *de cuius* escandaloso a los ojos suyos y de la sociedad romana. En el texto de Valerio Máximo no hace expresa mención de la *querela*, no obstante, la referencia al procedimiento centunviral parece de todos modos admitir la posibilidad de ejercitarla por parte de un hermano.

Más puntual es la afirmación de Ulpiano, que a los cognados de grado más lejano de un hermano aconseja de no ejercitar tal medio de impugnación para evitar gastos inútiles no teniendo ninguna esperanza de ganar el juicio: *sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas... cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent* (se debe saber que son frecuentes las querellas de inoficiosidad... en efecto los propios cognados que son más lejanos que el hermano harían mejor si no soportasen gastos inútiles, no teniendo esperanza de ganar). Como se observa, hablando de cognados más allá del hermano, el jurista confirma que no existían limitaciones para este último al ejercicio de la *querela*.

Con base en los dos textos que acabamos de examinar, es más probable que la constitución de Constantino haya modificado la orientación clásica que autorizaba la posibilidad de que los hermanos pudiesen interponer el presente medio de impugnación.¹⁶

Veamos en este momento las posibles razones sobre las que el familiar de Rústico habría podido fundamentar su impugnación. Éstas claramente deberían tener referencia a la cuota de la herencia que el *de cuius* designó a su favor que evidentemente no satisfacía sus expectativas, pues mediante el procedimiento se proponía conseguir la posesión de la herencia en su totalidad.

El esolío a los *Basilícos* no especifica las cuotas de la herencia correspondientes a los tres herederos designados por Rústico, ocasionando en línea teórica respecto al querellante dos hipótesis: la primera, que su cuota equivaliese a la cuarta parte de los bienes, denominada *portio debita*,¹⁷ a la que tenían derecho los familiares

¹⁶ En favor de tal posibilidad se expresa ya parte de la doctrina actual, ver v.g. Alberto Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, (5a. ed. UTET, Torino, 1996) pp. 670 a 671.

¹⁷ Demostrando que antes del 129 d.C. época del senadoconsulto Juvenciano ya se hacía referencia a la *portio debita* consistente en la cuarta parte del patrimonio heredita-

más cercanos, o bien a una porción mayor; y la segunda hipótesis, que su porción fuese menor. En el primer caso, sin embargo, parecería extraño que el actor hubiese realizado una *querela* temeraria, sabiendo desde un inicio la probable pérdida del pleito con consecuente riesgo de atribuir su porción testamentaria al fisco; en efecto, como es notorio, la institución de una cuota igual o mayor a la *portio debita* excluía la posibilidad de éxito de una impugnación de inoficiosidad, como claramente se afirma en la jurisprudencia.¹⁸

Mayormente posible resultaría la segunda hipótesis, consistente en que al heredero le fuese designada una cuota menor a la *portio debita*, haciendo surgir la cuestión de la contrariedad o no de la disposición testamentaria al *officium pietatis*.¹⁹ En tal caso, en efecto, existiría un fundamento para la interposición de la *querela*, manifestándose un conflicto entre el deber moral del heredero con referencia a la cuota del patrimonio que se le dejaba en el testamento, y el deber de gratitud de Rústico hacia sus familiares más cercanos designados como herederos.

rio por analogía con la *lex Falcidia de legatis* (ver Burdese, *Manuale*, op. cit., p. 671), está el texto de Plinio, ep. 5.1.9. que dice: *Convenimus in aedem concordiae, ibi ego: Si mater inquam te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego augebo* (Nos encontramos en el templo de la Concordia ahí yo digo: si la madre te ha designado como heredero de la cuarta parte, ¿puedes tal vez lamentarte? ¿Qué cosa habrías hecho si te hubiese instituido como heredero de todo el patrimonio pero te hubiese gravado de legados de modo que te quedara no más que la cuarta parte? por lo tanto te debe bastar si desheredado por la madre recibas por sus herederos la cuarta parte, que sin embargo, yo incrementaré). También tal principio se expresa en los siguientes textos tardoclásicos: Ulpiano, *libro quarto decimo ad edictum* D.5.2.8.8: *Quoniam autem quarta debita portio sufficit ad excludendam querellam...* (Puesto que la cuarta parte de la porción debida es suficiente para excluir la querella); refiriéndose al contenido de la misma ver del mismo jurista D.5.2.8.9; y sobre la posibilidad de cumplirla mediante una donación *mortis causa* D.5.2.8.6. Así también ver la constitución de Caracala del 212 en C.3.28.6.

¹⁸ Cfr. v.g. los textos mencionados en la nota precedente.

¹⁹ Sobre el *officium pietatis* que debe existir recíprocamente entre padres e hijos ver ejemplificativamente los siguientes textos literarios: Cicerón, *Pro Sex Roscio Amerino Oratio* 19.53; Valerio Máximo, 7.7.2-5; 7.8.2. Por analogía pudo haberse extendido tal criterio a los hermanos del *de cuius*, como lo demostraría el texto de Valerio Máximo 7.8.4 analizado anteriormente. Así también ver: Papiniano, *libro quarto decimo quaestionum* D.5.2.15.pr; *idem*, *libro vicensimo nono quaestionum* D.38.6.7.1.

Una vez analizado el fundamento, se pone la cuestión de cuál tipo de procedimiento se haya podido adoptar para realizar la *querela*, puesto que en la época de nuestro senadoconsulto, el actor tenía la facultad de optar entre el *iudicium centumvirale* iniciado mediante el ejercicio de la *legis actio sacramenti* y la *cognitio extra ordinem*.²⁰

Sin embargo, también respecto a tal cuestión, carecemos de elementos textuales que nos puedan informar, haciendo posibles ambas soluciones. En el primer caso la parte *in iure* del procedimiento se había desarrollado frente al pretor, en un único juicio o bien en juicios separados para cada uno de los demás coherederos, con la

²⁰ Con referencia al empleo del proceso frente a los *centumviri* aun en el II siglo d.C. fundamental es el testimonio de Gayo 4. 95.; en lo que respecta a la *cognitio extra ordinem* encontramos el texto de Suetonio, *Vesp.* 10: *Litium series ubique maiorem in modum excreverant, manentibus antiquis intercapedine iuris dictionis, accedentibus novis ex condicione tumultuque temporum, sorte elegit per quos rapta bello restituerentur quique iudicia centumviralia, quibus peragendis vix suffectura litigatorum videbatur aetas, extra ordinem diiudicarent redigerentque ad brevissimum numerum* (La serie de litigios en todo lugar había crecido en una medida al cuanto grande permaneciendo los antiguos a causa de la interrupción de la jurisdicción y añadiéndose los nuevos con base en la situación y el desorden de los tiempos, eligió por suerte mediante quienes las cosas robadas en guerra fuesen restituidas y quienes juzgasen *extra ordinem* y reduciesen a un número muy breve los juicios centumvirales para cuya conclusión casi no resultaba suficiente la vida de los litigantes). Excepcionalmente ya Augusto conoció de la materia como lo demuestran los textos de Valerio Máximo 7.7.3 y 4. La doctrina ha tratado de determinar las razones que podrían ocasionar la decisión de que se actuase en uno u otro órgano: Voci, *op. cit.*, v. 2, p. 710, ha pensado acertadamente que a los *Centumviri* recurrían personas que correspondían a una clase elevada, que podrían utilizar los servicios de un gran abogado, mientras que la gente común utilizaba la *cognitio*; sobre la utilización de la gran oratoria que existió en los juicios frente a los *Centumviri* ver a Tácito, *de Oratoribus* 38.2. No es posible afirmar si las personas que intervinieron en el juicio entablado contra la herencia de Rústico perteneciesen a una clase elevada, y que por lo tanto actuasen frente a los *Centumviri*, ya que el apellido *Rusticus*, si bien pudo haber tenido un origen popular, caracterizó también personas de abolengo, como era Junio Aruleno Rústico condenado a muerte por Domiciano en el año 94 por haber elogiado a Peto Trasea, si el Rústico mencionado en el senadoconsulto Juvenciano hubiese sido descendiente de la familia de Junio Aruleno, podríamos pensar si bien con pocas bases, que era una persona de abolengo y que por lo tanto el familiar que impugnó lo realizó frente a los *Centumviri*. La *querela* mediante el proceso cognitorio facilitó, según Marrone, *Querela*, *op. cit.*, p. 69, que los ciudadanos romanos residentes en provincia pudiesen ejercitarla fuera de Roma frente a un magistrado o funcionario imperial, y no se tuvieran que trasladar a Roma. Esta última afirmación podemos comprobarla gracias a la Constitución de los emperadores Carino y Numeriano del año 284 C.3.28.17, que hace referencia a la posibilidad de que el presidente de provincia conociese de los presentes casos.

interposición de la correspondiente *sponsio* prejudicial, que en la época de Gayo, con base en la ley Crepereia de fecha desconocida, tenía por objeto ciento veinticinco ases.²¹ Fijada la *controversia frente al pretor, el procedimiento habría pasado a la fase apud iudicem* frente a los *Centumviri*, que pronunciaron la falta de fundamento de la acción.²²

En el caso que el querellante hubiese optado por la *cognitio extra ordinem*, después de la citación en juicio mediante la *litis denuntiatio*, con la intervención de la autoridad, a cada uno de los demandados se habría entregado el mismo *libellus* ya presentado al funcionario, para que hiciesen su *contradictio*; la autoridad judicial competente eran probablemente los *Septemviri*, frente a los cuales las partes comparecían en un día determinado, alegando lo que a su derecho conviniera, y al final se dictaba la sentencia, que en nuestro caso fue desfavorable para el actor.²³

²¹ Sobre la *sponsio praeiudicialis* en el proceso centumviral ver Gayo, 4.95: *Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem; sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertium cxxv nummum fit scilicet propter legem Crepereiam* (Pero si se actúa frente a los *centumviri*, la suma de la promesa no se pide con la fórmula, sino con la *legis actio*; por ello, al demandado lo provocamos con la apuesta, y la relativa promesa tiene lugar por ciento veinticinco sestercios, se entiende por efecto de la ley Crepereia)

²² Las decisiones de los *centumviri* podían ser diferentes para cada uno de los demandados, como lo demuestra el caso de Attia Viriola mencionado por Plinio, *ep.* 6.33.2-5. Así también ha sido expresado por Ulpiano, *libro quadragesimo octavo ad Sabinum* D.5.2.24. al decir: *circa inofficiosi querellam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur...* (en lo referente a la querrela de inoficiosidad en muchos casos suele suceder, que en un único y mismo litigio sean emitidas diversas sentencias). Ver también: Juliano, *libro singulari de ambiguitatibus* D.28.6.31.pr; Papiniano, *libro quarto quaestionum* D.5.2.15.2; *idem*, *libro secundo responsorum* D.5.2.16.pr; Ulpiano, *libro secundo disputationum* D.5.2.25.1; así como la constitución de Gordiano, del año 239 en C.3.28.13.

²³ Que la autoridad competente fuesen los *septemviri*, puede ser comprobado con la obra de Paulo *libro singulari de septemviralibus* incorporada en el título segundo del libro quinto del Digesto: Adriano conoció directamente mediante decreto en los casos en que faltase un regular presupuesto en la *querela*, como sucedía cuando la madre no hubiese señalado en el testamento al hijo por creer falsamente que había muerto; ver al respecto Paulo, *libro singulari de septemviralibus* D.5.2.28. En provincia conocían los presidentes de provincia como ya lo manifestamos al final de la nota 19. Sobre la *denuntiatio* específicamente en nuestra materia ver Paulo, *libro singulari de septemviralibus iudiciis*, D.5.2.7; Marrone, "Sulla...", *op. cit.*, p. 99; en todos los casos: A. J. Boyé,

Independientemente del procedimiento que hubiese elegido el actor, cabe destacar que la sentencia no fue apelada; al respecto se ha relevado en doctrina²⁴ que, en el caso de *iudicium centumvirale*, no se encuentran textos que hablen de la apelación de la sentencia, aunque fuese sin duda posible, mientras que este medio es frecuente en el procedimiento cognitorio sobre todo a partir de la época de Antonino Pío que, como demuestran algunos textos jurisprudenciales, extendió su aplicación en favor de los legatarios y esclavos manumitidos.²⁵

Por el contrario, en la hipótesis de que el querellante del testamento de Rústico hubiera vencido, habría podido interponer, como es notorio, una *petitio hereditatis* contra los compradores del patrimonio hereditario.²⁶

IV. EFECTOS DE LA SENTENCIA EMITIDA EN LA QUERELA

Siguiendo el análisis del escolio 7 a los Basílicos 42.1.20, resulta que el querellante vencido en juicio fue privado de su cuota en cuanto indigno, atribuyéndose la misma a la administración tributaria (*nosti ... partem heredis scripti, qui de inofficioso egit et victus est, quasi indigno ablatam fisco cedere*). Dos son por lo tanto los problemas relacionados con la pronunciación de la sentencia conclusiva de la *querela*: la indignidad a suceder y la pertenencia de las *partes caducae* en la época del senadoconsulto Juvenciano.

La denuntiatio introductive d'instance sous le principat, (s/e, Imprimerie de l'Université, Bordeaux, 1922) pp. 1-335; Paul Collinet, *La procédure par libelle*, (s/e, Recueil Sirey, Paris, 1932) pp. 1-470.

²⁴ Ver Marrone, *Querela...* p. 69, aceptando correctamente la idea de Eisele, "Zur *Querela inofficiosi*", ZSS, v. 15 (1894) p. 278 en "Sulla natura della *querela inofficiosi testamenti*", SDHI, v. 21 (1955) pp. 112-113.

²⁵ Ver los textos de Marciano, *libro primo de appellationibus* D.49.1.5.1; Ulpiano, *libro quarto decimo ad edictum* D.49.1.14.pr., *idem libro sexto opinionum* D.5.2.27.3; *idem, libro quinto opinionum* D.5.2.29.pr.

²⁶ La venta de las cosas hereditarias realizada por los demandados en buena fe, forzosamente debió haberse efectuado antes del ejercicio de la *querela*, porque si la herencia se hubiese vendido una vez iniciado el proceso, se habrían vendido bienes litigiosos, hipótesis no contemplada en el texto; y si se hubiese efectuado con posterioridad, intencionalmente se habrían vendido bienes ajenos que correspondían parcialmente al fisco.

1. Indignidad a suceder

Las consecuencias de una sentencia en contra en un procedimiento de impugnación del testamento por inoficiosidad se desprenden claramente de un notorio texto de Ulpiano, *libro quarto decimo ad edictum* D.5.2.8.14, que así se expresa: *Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improbata perseveraverit: ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est* (Necesitará también acordar que quien dijo injustamente que el testamento es inoficioso y no ganó, pierde lo que recibió en el testamento y esto se reivindica al fisco porque le es sustraído como indigno. Pero al final es sustraído lo que fue dado en el testamento a quien haya perseverado en el litigio injusto hasta la sentencia de los jueces; por el contrario, si antes de la sentencia haya desistido o fallecido no le es sustraído lo que fue dado).

En la primera parte del texto se considera como indigno y merecedor de perder su cuota en favor del fisco quien haya impugnado injustamente el testamento como inoficioso y haya sido vencido en el respectivo litigio. En efecto, la interposición no fundamentada de la *querela* era vista como una afrenta a la última voluntad de Rústico; una ofensa a su memoria, acusándolo implícitamente de haber realizado un testamento *quasi furiosus*.²⁷ Al sentido común y jurídico le repugnaba la idea de que el querellante temerario pudiese obtener parte de la herencia que impugnó, y ca-

²⁷ La *querela inofficiosi testamenti* que logra una sentencia favorable y que por lo tanto anula el testamento hace considerar que la última voluntad del *de cuius* fue realizada como por un *furiosus*, como lo testimonian los siguientes textos jurídicos: Marce-lo, *libro tertio digestorum* D.5.2.5: *...ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse...*; Marciano, *libro quarto institutionum* D.5.2.2: *...quasi non sanae mentis fuerunt...*; Paulo, en una anotación a Escévola, *libro tertio responsorum* D.5.2.13: *...quasi a demente*; Paulo, *libro secundo quaestionum* D.5.2.19: *...quasi furiosae...*; Claudio, *Apud Scaevolam, libro octavo decimo digestorum* D.32.36: *...quasi furiosus...*; así también con la misma terminología ver los siguientes literarios: Valerio Máximo 9.7.8.2; Plinio, *epist.* 5.9.7; Quintiliano, *Inst. oratoriae* 9.2.9;34;35; por el contrario, en nuestro caso el seguimiento del juicio hasta el final ocasionó que se confirmase el sano juicio del *de cuius*.

lificándolo como indigno²⁸ se ocasionaba que su porción testamentaria se convirtiese en *caduca*, y correspondiese al fisco en ausencia de un heredero sustituto.²⁹

La segunda parte del texto precisa que la indignidad y la consecuente sustracción de la cuota testamentaria tenían lugar sólo en caso de que el querellante hubiese perseverado en un litigio injusto hasta la sentencia de los jueces, mientras que, en caso de su desistencia o muerte, no habría sufrido tales consecuencias.

En doctrina se vió una contradicción entre el *non optinuit* de la primera frase del texto y la precisión de la segunda respecto al comportamiento procesal del querellante, dividiéndose sobre el punto si la simple sentencia en contrario ocasionase la indignidad, o si fuese necesario que el actor realizase el correspondiente impulso procesal hasta haberla obtenido.³⁰ En el primer caso se miraría únicamente al hecho objetivo de la pronunciación de la sentencia desfavorable, siendo irrelevante que el querellante hubiese desistido de la acción, o fallecido antes de la sentencia para obtener el carácter de indigno, mientras que en el segundo se tendría en cuenta el aspecto subjetivo de la actuación procesal del querellante hasta la emanación de la sentencia. La primera postura es sostenida en particular por Biondi,³¹ según el cual, resultando la indignidad del *non optinere* y no del hecho de perseverar en juicio, se debe considerar interpolada la segunda fra-

²⁸ Son indignos porque realizan actos contra la voluntad testamentaria, como se afirma en vía general en *Pauli sententiae* 3.5.13 *Omnibus, qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis aufertur hereditas...* (A todos, que hacen contra la voluntad del difunto, les es sustraída la herencia en cuanto indignos). Tal afirmación corresponde a una idea clásica de acuerdo a los textos citados en el §II y conforme al que será analizado a continuación.

²⁹ La asignación de la parte *caduca* correspondería al heredero sustituto en caso de su existencia y no al fisco, como se desprende una vez más de *Pauli sententiae* 4.5.10: *Heres institutus habens substitutum si de inofficioso dixerit nec obtinuerit, non id ad fiscum, sed ad substitutum pertinebit* (el heredero instituido que tiene un sustituto, si haya ejercitado de la inoficiosidad y haya perdido, eso —su cuota de herencia— no pertenecerá al fisco, sino al sustituto) en base a precedentes clásicos.

³⁰ En el primer sentido Biondi Biondi, "Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano", *Studi in onore di Pietro Bonfante*, (1930), v. 4 pp. 52 y 53 n. 96; en el segundo Nardi, *I casi...op. cit.*, p. 86 n. 2.

³¹ BIONDI, *op. cit.*, p. 52 y sig.

se de D.5.2.8.14, porque las palabras *sed ei demum* presentarían contraste con la afirmación de la parte anterior. En verdad, a nuestro parecer, no existe dicha contradicción, porque en la segunda mitad del texto simplemente se aclara la idea precedente, explicándose que, para la atribución del carácter de indigno, no era suficiente la sola sentencia desfavorable, sino necesitaba además un constante impulso procesal del querellante hasta tal pronuncia, otorgándole así la posibilidad en todo momento de retractarse de su acción y de evitar los consecuentes efectos perjudiciales.³²

Existe además un texto de Paulo, *libro septimo ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.13.9 que, al negar al indigno por motivo de inoficiosidad o por haber impugnado el testamento como falso el derecho con su autodenuncia al premio del beneficio de Trajano, confirma también la necesidad de perseverar en el juicio hasta el final para que el querellante tuviese el carácter de indigno: *eos, qui quasi indigni repelluntur, summovendos esse ab eiusmodi praemium: id est eos, qui de inofficioso egerunt vel falsum dixerunt testamento, qui usque ad finem litis obpugnauerunt testamentum* (los que son rechazados como indignos, deben ser privados de tal premio: es decir los que ejercitaron de la inoficiosidad de un testamento o lo afirmaron falso y que combatieron el testamento hasta el final del litigio).³³

³² Giuseppe Lavaggi, "L' indegnità a succedere per soccombenza nella *querella inofficiosi testamenti*", *SDHI*, v.5 (1939), pp. 76 a 100, complementando la idea del texto D.5.2.8.14 y fundado en Cuiacio, *Opera*, *op.cit.* v.7, p. 293 pensaría que la sola muerte del querellante *ante sententiam* no ocasionaría las consecuencias correspondientes como lo mencionaría el texto, sino que además sería necesario de que sus herederos no persistiesen en el juicio. De tal afirmación, Lavaggi, p. 79, n. 8, manifestaría que la segunda parte fuese un glosema, porque no hizo mención a los herederos que también se encontrarían obligados a no continuar con el impulso procesal de la *querela*. Tal afirmación despertaría ciertas dudas, porque si bien es documentada textualmente la posibilidad de que los herederos del querellante pudiesen proseguir con el juicio (ver Trifonino, *libro septimo decimo disputationum* D.5.2.22.2), no significaría que ellos tuviesen que obligarse a la prosecución para evitar la indignidad, porque, en caso contrario, quienes asumirían el carácter de indignos serían ellos y no el querellante muerto. De lo anterior se deja sin sustento la posibilidad de encontrar una glosa en el presente texto. Aparte de la bibliografía señalada anteriormente ver: Voci, *op. cit.*, v. 1, p. 473 y v. 2, p. 700.

³³ Si bien Nardi (citado en la nota 30) es de la idea que tenga carácter clásico la necesidad de que el querellante persevere en el juicio, en la presente parte del texto obser-

Suponiendo tales principios válidos para la época de nuestro senadoconsulto, podríamos afirmar que el querellante de la herencia de Rústico continuó el procedimiento hasta la emanación de la sentencia desfavorable, y que en ningún momento se retractó de la acción, mereciendo la calificación de indignidad.

2. Pertenencia de las *partes caducae* en la época del Senado consulto Juvenciano

Como resultado de la sentencia desfavorable en contra del querellante, la *lis* se articula en un nuevo procedimiento finalizado a conseguir las partes *caducae* de los bienes de Rústico, la *vindicatio caducorum*. El problema radica en determinar quién tenga derecho a éstas en la época del desarrollo de nuestro caso: el erario o bien el fisco.

Son bien conocidas las dificultades de fijar las competencias originarias del fisco como aparato administrativo del imperio, y su desenvolvimiento a lo largo del principado paralelamente al *aerarium*. Esto ha ocasionado que parte de la doctrina reconozca la pertenencia de los *caduca* a este último, negándola al fisco antes del III d.C.³⁴ En esta corriente de pensamiento unos opinan que la

va una tarda glosa ejemplificativa, aportando como medios probatorios de su aseveración los términos *id est* en el aspecto formal, y en el sustancial el hecho de que los casos mencionados no son completos así como la falta de mención de la sentencia. Tal opinión parecería difícil de aceptar, porque si Nardi en D.5.2.8.14 estuvo de acuerdo en la idea clásica de la necesidad de la perseverancia en el juicio, no podría pensarse que la misma aseveración en D.49.14.13.9 no fuese clásica, aparte que la expresión *id est* pudo ser utilizada por el mismo Paulo y no por otra persona, y los dos casos que menciona de indignidad son simplemente ejemplificativos y no limitativos. La falta de referencia a la sentencia desfavorable no nos debe extrañar, porque esta se encuentra sobreentendida.

³⁴ Si bien carecemos de fuentes que hagan referencia al fisco como caja única central bajo Augusto, comúnmente se pone su origen en tal época, ya que como expresa Francesco de Martino, *Storia della costituzione romana*, (s/e, Jovene, Napoli, 1975), v. 4 parte 2, pp. 892 a 913, el ordenamiento financiero viene transformado, con la intervención activa del emperador, negándose las entradas de las provincias imperiales al senado. El proceso de formación como caja central puede ser observado durante los primeros emperadores de la casa julio-claudia y tal proceso se concluye con los Flavios. Gérard Boulvert, *Esclaves et affranchis impériaux*, (s/e, Jovene, Napoli, 1970) pp. 101-107 y "Aerarium dans les constitutions impériales", *Labeo*, v. 22 (1976), p. 152; "Le fiscus dans Sénèque de beneficiis 4.39.3", *Labeo*, v. 18 (1972), p. 202, encuentra en Claudio

referencia al *fiscus* en D.5.3.20.6a sea una interpolación, puesto que el término utilizado en el 129 d.C era *aerarium*; otros le atribuyen la sustitución de la terminología al propio Ulpiano que la habría actualizado; porque, si bien en la época del senadoconsulto el *aerarium* realizaba la *vindicatio*, en la época del jurista el que actuaba era el *fiscus*.³⁵

Por el contrario se manifiesta una postura por la que en el momento de aprobación del senadoconsulto ya el *fiscus* se había sustituido al *aerarium*, en lo referente a tal pretensión.³⁶ Veamos a continuación cada una de estas ideas para determinar cuál resulte, a nuestro parecer, la más fundamentada respecto a la presente *quaestio*.

el momento en que el fisco es constituido como una administración dirigida a la unidad de las diferentes cajas del príncipe; aceptando tal postura ver: Tullio Spagnuolo Vigorita, "Bona caduca e giurisdizione procuratoria agli inizi del terzo secolo d.C.", *Labeo*, v. 24 (1978), p. 140. Sobre el fisco y su desenvolvimiento junto al erario en los primeros siglos del imperio ver: A. H. M. Jones, "The *aerarium* and the *fiscus*", *The Journal of Roman Studies*=*JRS*, v. 40 (1950), pp. 22-79; Fergus Millar, "The *fiscus* in the first two centuries", *JRS*, v. 53 (1963), pp. 29-42; P. A. Brunt, "The *fiscus* and its development", *JRS*, v. 56 (1966), pp.76-91; Alberto Burdese, *vox "Fiscus"*, *ED*, v. 17 (1968), pp. 673-676; Riccardo Orestano, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, (s/e, Giappichelli, Torino, 1968), pp. 232-262; Albino Garzetti, "Aerarium e fisco sotto Augusto: storia di una quaestione in parte di nomi", *Athenaeum*, v. 41 (1969), pp. 298-327; Spagnuolo Vigorita, "Bona caduca... *op. cit.*", pp. 131-168.

³⁵ La primera postura ha sido considerada por A. Fliniaux, "Le Sénatusconsulte Juventien et la *litis contestatio*", *RHD*, v. 2 (1923), p. 84; Carcaterra, *op. cit.*, p. 96; Provera, *La vindicatio caducorum*, *op. cit.*, p. 34, n. 35; la segunda postura por Arcaria, *op. cit.*, pp. 224-225; sin tomar posición al respecto Charles Appleton, "Le vrai et le faux sénatus-consulte Juventien", *RHD*, v. 9 (1930), p. 1.

³⁶ En lo que respecta a tal postura algunos admiten que el pasaje de los *caduca* del erario al fisco se haya realizado antes de Caracala, pero en un periodo no exactamente determinable, al respecto; Nardi, *op. cit.*, p. 299 opina que el momento en que el fisco se convierte en eripiente sea la época de Antonino Pío, fundamentándose en Paulo, *libro singulari de tacitis fideicommissis* D.49.14.49, porque según el autor, tal emperador le atribuyó al fisco el mencionado derecho al momento de la creación del nuevo caso de indignidad, consistente en la hipótesis del fideicomiso tácito; pero, como veremos en el presente §, la mención del fisco en materia de indignidad es anterior a Antonino Pío. Según Provera, *op. cit.*, pp. 124-126 a pesar de la dificultad de determinación del momento en que el *fiscus Principis* se sustituye al *aerarium*, los textos de Ulp.28.7 y Gayo 2.286a; 2.150; 3.62 manifiestan que la devolución de los *caduca* y *vacantia* al fisco se dió seguramente entre la época de los Antoninos y la de Caracala. Su opinión despierta ciertas dudas, porque en lo referente a Ulp.28.7 no toma en consideración que la citación del *populus* corresponda efectivamente a la época de aprobación de la mencionada *lex Iulia* y no a la tarda referencia de los *Tituli ex corpore Ulpiani* como señala el autor. Lo mismo sucede con Gayo 2.286a, porque la citación se refiere a la época del senadocons-

Los autores que consideran interpolada la mención del fisco se fundamentan en una de las posibles interpretaciones del texto 17.2. *Tituli ex corpore Ulpiani*, que ya tuvimos oportunidad de citar en el inciso II, con base en la cual solamente a partir del emperador Caracala tal entidad tenía derecho a los bienes transformados en *caduca*, existiendo por lo tanto una anticipación histórica respecto a D.5.3.20.6a.

No obstante, una afirmación tan general no considera que la mención del *fiscus* no sólo se encuentra en el senadoconsulto *Iuventianum*, sino en otros textos de juristas casi contemporáneos a esta disposición, en donde se hace referencia al amplio concepto de *caduca* expresado por *Tituli ex corpore Ulpiani* 17.1 (citado §II). Como ejemplos se pueden mencionar Gayo, *libro undecimo ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.14 en materia de indignidad³⁷

sulto Pegasiano (69-70 d.C.) En cuanto a 2.150 y 3.62 es posible que todavía en la época de Antonino Pío, como menciona el autor, los *vacantia* se otorgasen al *populus*. Tiene razón Orestano, *op. cit.*, p. 238, en afirmar que determinados bienes pasaron del erario al fisco bajo el imperio de Adriano, como en el presente § trataremos de demostrar; difícil es de aceptar por el contrario la postura de Millar, *op. cit.*, p. 35, aceptada por Salvatore Puliatti, *Il de iure fisci di Calistrato*, (s/e, Giuffrè, Milano, 1992) pp. 214, que atribuye por primera vez al fisco los *caduca* en el imperio de Tiberio, porque el fundamento en que se basa, Tac. *Ann.* 2.48.1, podría entenderse, según la interpretación de Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, p. 141, como reivindicación a la propia caja privada del príncipe en calidad de pariente de la difunta. También en contra de la afirmación de Millar se encuentran De Martino, *op. cit.*, p. 905, n. 48, y Orestano, *op. cit.*, p. 238, n. 138; sin embargo, el fundamento de la crítica de que corresponde no a *caduca* sino a *vacantia* no puede ser aceptado, porque de acuerdo a *Tituli ex corpore Ulpiani* 17.1 los bienes vacantes entrarían en la amplia concepción de *caducos*; lo único que hacen los autores es cambiar de lugar el problema, aceptando implícitamente que el fisco pudiera exigir los bienes vacantes en la época de Tiberio, cuando todavía no se ha consolidado como caja central; los textos de Gayo 2.150 y 3.62 demuestran que el erario y no el fisco seguía teniendo derecho a tales todavía mucho tiempo después de Tiberio, por lo que la afirmación de Spagnuolo Vigorita parecería ser la más apropiada.

³⁷ *Dicitur, ex asse hereditates ex Siliano cum fiscus vindicasset, ut nec libertates nec legata tueatur. Quod aperte nullam habet rationem, cum ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus et libertates et legata maneant.* (Se dice que, cuando el fisco hubiese reivindicado la totalidad de la herencia en virtud del Siliano, no sean protegidos ni los legados ni las libertades. Lo que evidentemente no tiene ninguna razón, permaneciendo bien sea las libertades, bien sea los legados en cualquier otra causa en la que las herencias son reivindicadas al fisco).

e Inst. 2.285 en cuanto al fideicomiso en favor de los extranjeros.³⁸ Tales pasajes, y sobre todo el segundo que no puede ser sospechado de interpolación, son prueba suficiente para demostrar que ya antes de Caracala el fisco tenía la titularidad de bienes incluidos en una noción amplia de *caduca*. De eso deriva que una interpretación de Ulp. 17.2 puede únicamente realizarse después de haber analizado como haremos a continuación, las fuentes relativas al transferimiento de la competencia del erario al fisco en tal materia durante las épocas precedentes a Caracala.³⁹

La segunda posición encuentra fundamento en la existencia de textos que demuestran la sustitución o actualización por parte de algunos juristas del término *aerarium* por el de *fiscus* adecuándolo a las necesidades concretas del momento en que escribían.

Un caso evidente se puede ver en Calistrato, *libro primo de iure fisci* D.49.14.1.1,⁴⁰ que atribuye a Labeón una referencia al fisco, cuando en tal época difícilmente pudo haber actuado; en este caso, es lógico pensar que Calistrato haya utilizado el término *fiscus* en lugar de *aerarium*, que era la palabra probablemente adoptada por Labeón, con la única finalidad de encuadrar el problema de la *hereditas damnosa* dentro de su obra *de iure fisci*, teniendo en cuenta de la opinión, aunque ya superada, del jurista augusteo.⁴¹

³⁸ *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.* (Los extranjeros efectivamente podían obtener los fideicomisos; y fue tal vez este el origen de los fideicomisos. Pero después esto fue prohibido, y ahora, por una oración del divino Adriano, fue hecho un senadoconsulto, para que aquellos fideicomisos fueran reivindicados al fisco).

³⁹ Sobre algunas posibles interpretaciones de *Tituli ex corpore Ulpiani* 17.2 ver Fritz Schulz, *Die epitome Ulpiani des codex vaticanus* (s/e, Reginae 1128, Bonn, 1926) p. 41, así como Provera, *La vindictio caducorum*, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁰ *An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere...* (se preguntó si los bienes que no son solventes, pertenezcan de derecho al fisco. Labeón escribió que también las cosas que no son solventes pertenezcan de derecho al fisco).

⁴¹ Es opinión común de la doctrina la mencionada modificación de *aerarium* por *fiscus*, al respecto ver: Provera, *op. cit.*, p. 98; Astolfi, *op. cit.*, p. 285, n. 17; Puliatti, *Il de iure fisci op. cit.*, p. 196.

Sin embargo, existen también textos que, a diferencia del caso anterior, indican un respeto del término *aerarium* en las disposiciones comentadas por parte de los juristas actualizándose la terminología con la referencia al *fiscus*, únicamente para los efectos jurídicos correspondientes que tenían proyección en el momento en que ellos escribían. Al respecto se pueden recordar v.g. dos textos de Paulo, *libro septimo ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.13.pr en lo referente al beneficio acordado por Trajano a los que se autodenunciaban⁴² y *libro singulari de iudiciis publicis* D.48.13.11.6 en la cita que hace de Labeón, *libro trigensimo octavo posteriorum*.⁴³

A la luz de tales consideraciones, si Ulpiano hubiere realizado una actualización a su época de la mención del erario en el senadoconsulto Juvenciano, habría sustituido este término también en D.5.3.20.7, además del §6a, pero optó por dejar en ambos textos la referencia al fisco, y eso parecería explicarse solamente suponiendo que tanto en la época de Adriano como en la suya, el aparato administrativo que intervenía como actor en la *ereptio* era el propio fisco.

Un párrafo del texto de Mauriciano *libro tertio ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.15.3 ofrecería otra argumentación en favor de la postura que estamos examinando. En eso en efecto se hace la mención del *aerarium* en la época de Adriano como organismo que interviene en materia de *bona caduca* por causa de incapacidad subjetiva derivada de las leyes Julia y Papia: *senatus Hadriani temporibus censuit, cum quis se ad aerarium detulerit,*

⁴² *Edicto divi Traiani, quod proposui, significatur, ut, si quis, antequam causa eius ad aerarium deferatur, professus esset eam rem quam possideret capere sibi non licere, ex ea partem fisco inferret, partem ipse retineret.* (En un edicto del divino Trajano, que publicó, se expresa, que si alguno, antes que su causa fuese delatada al erario, hubiese manifestado que no le era lícito adquirir la cosa que poseía, entregará parte de ella al fisco, y él retendrá la otra parte).

⁴³ *...Labeo libro trigensimo octavo posteriorum scripsit. cum eo autem, qui, cum provincia abiret, pecuniam, quae penes se esset, ad aerarium professus retinuerit, non esse residuae pecuniae actionem, quia eam privatus fisco debeat, et ideo inter debitores eum ferri;...* (...Labeón en el libro treinta y ocho de los póstumos escribió. Mas contra el que al partir de una provincia hubiere retenido dinero, que estuviese en su poder, habiéndolo declarado al erario, no hay la acción por dinero de residuos, porque lo debe al fisco un particular, y por esto es considerado entre los deudores).

quod capere non potuerit, ut totum in aerarium colligatur et ex eo pars dimidia sibi secundum beneficium divi Traiani restitatur (decretó el senado en tiempos de Adriano, que cuando alguno se hubiere denunciado al erario porque no había podido adquirir, sea todo atribuido al erario, y a él se le entregue de aquello la mitad conforme al beneficio del divino Trajano). De tal texto derivaría por lo tanto que efectivamente los bienes caducos en la época de Adriano correspondían al *aerarium* y no al *fiscus*, implicando consecuentemente la interpolación de D.5.3.20.6a sobre el punto. Pero también podríamos pensar en otra posible explicación de la diferenciación de terminología en ambos textos, manejando la hipótesis que el propio emperador Adriano probablemente haya distribuido las competencias sobre los *caduca*, entendidos en la amplia acepción de *Tituli ex corpore Ulpiani* 17.1, entre fisco y erario, con la diferencia que el segundo obtuviese los *caduca* en el sentido estricto de la palabra, mientras que al fisco le correspondiesen los *bona ereptoria*; y que el mismo emperador haya comenzado a otorgar al fisco una competencia también para algunos casos de *caduca* derivantes de incapacidad subjetiva establecida en las leyes caducarias.

Esta afirmación puede comprobarse con las siguientes argumentaciones:

1. Después de Adriano en materia de indignidad las fuentes hacen referencia únicamente al fisco.⁴⁴
2. Según el testimonio de Gayo 2.285 con base en una *oratio* de Adriano se aprobó un senadoconsulto por el cual todos los fideicomisos en favor de extranjeros fueron atribuidos al fisco en cuanto *caduca*.⁴⁵

⁴⁴ Inmediatamente después bajo el imperio de Antonino Pio ver: Paulo, *libro singulari de tacitis fideicommissis* D.49.14.49; Gayo, *libro septimo decimo ad edictum provinciale* D.29.5.9; *idem*, *libro undecimo ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.14; en el siglo III ver: Marcelo, *libro vicesimo nono digestorum* D.28.4.3.pr; Marciano, *libro undecimo institutionum* D.34.9.2.pr.-1; Paulo, *libro primo de iure fisci* D.34.9.5.2.4;6.13; *idem*, *libro quinto sententiarum* D.34.9.21; Ulpiano, *libro quarto decimo ad legem Iuliam et Papiam* D.34.9.9.2; Papiniano, *libro trigensimo tertio quaestionum* D.34.9.14; *idem*, *libro quinto decimo responsorum* D.34.9.18. pr: 1.

⁴⁵ Este texto es mencionado *supra* n. 38.

3. Un texto de Paulo, *libro septimo ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.13.4, al referirse al autodelator en la *vindicatio caducorum*, confronta la situación anterior, cuando se negaba la transmisión a los herederos del premio al que se tenía derecho con base en el beneficio de Trajano, y la reforma introducida sobre el punto por Adriano, que con un rescripto decidió: *ut licet ante decessisset is qui se detulerat, antequam id quod detulerat fisco addiceretur, heredi eius praemium daretur* (que aunque el que se había delatado hubiese fallecido antes que fuese adjudicado al fisco lo que había delatado, se le diese el premio a su heredero); de las palabras del jurista parecería derivar que con Adriano el fisco llegó a ser titular también de *caduca* en sentido estricto, reformándose la situación anterior mostrada en D.49.14.15.3.
4. Una referencia, aunque genérica, a las nuevas atribuciones que Adriano otorgó al fisco, se desprende de las noticias de SHA *vita Had. 7.6: infinitam pecuniam quae fisco debebatur privatis debitoribus* (inmensidad de dinero que era debido al fisco por los deudores privados), que probaría el aumento del número de deudores privados del fisco en dependencia de éstas. Tales nuevas atribuciones ocasionaron también la necesidad por parte del mismo príncipe de la instauración de un defensor del aparato administrativo del imperio, al cual se le denominó *advocatus fisci*, como se observa en 20.6 de la misma fuente: *Fisci advocatum primus instituit*, que analizaremos en el § siguiente.

De todo lo anterior puede ser observado que nos inclinamos por la última postura, y que si bien a inicios del principado todos los *caduca* correspondían al *aerarium*,⁴⁶ en el desarrollo de los tres primeros siglos en el cuadro del fenómeno de la subrogación del fisco en sus derechos, comenzó a tener injerencia también sobre

⁴⁶ Observar la constatación de Gayo 2.286a que al referirse a la ley Papia menciona que en un tiempo los *orbi* podían recibir los fideicomisos, pero que con el senadoconsulto Pegasiano se prohibió tal facultad, otorgándose a los que en el testamento tenían hijos y si no al *populus*. En tal texto puede observarse que en el 69 d.C. el *populus* que de acuerdo a la posición unánime de la doctrina sería sinónimo del término *aerarium* todavía tenía la facultad de recibir los *caduca*, siguiéndose el mismo criterio en casos similares; en lo referente a la *lex Iulia* y la mención del *populus* ver: *tituli ex corpore Ulpiani* 28.7

tales bienes hasta llegar a la atribución definitiva de los mismos en su totalidad con Caracala. En efecto la expansión de las atribuciones del fisco en materia de *caduca* (según amplio criterio de *Tituli ex corpore Ulpiani* 17.1) respecto al erario es una constante que se intensifica fuertemente a partir del final del I siglo d.C. Ya Trajano por un rescripto establece la pertenencia al fisco de los bienes de los relegados, como nos informa Pomponio, *libro quarto ad Sabinum* D.48.22.1;⁴⁷ Comodo le asigna los bienes de los prisioneros, según lo que establece Marciano, *libro quarto institutionum* D.49.14.31,⁴⁸ de modo que la Constitución de Caracala mencionada en *Tituli ex corpore Ulpiani* 17.2 (cuyo texto se encuentra en el § II) no parecería hacer más que confirmar una situación ya existente, añadiendo únicamente los eventuales bienes caducos que todavía se encontraban en poder del erario, y respetando en ciertas situaciones de caducidad los derechos anteriores de padres e hijos.

Dentro de los bienes pertenecientes al fisco se incluyeron a los *vacantia* que, según noticias de Gayo 2.150⁴⁹ y 3.62⁵⁰ aun después de Adriano, en la época de los Antoninos, correspondían al *aerarium*

En conclusión, por lo tanto con referencia a las *partes caducae* de los bienes de Rústico, nos parece aceptable el dato textual de D.5.3.20.6a que las atribuye al fisco y no el *aerarium*.

⁴⁷ *Caput ex rescripto divi Traiani ad Didium Secundum: Scio relegatorum bona avartia superiorum temporum fisco vindicata...* (El inicio de un rescripto del divino Trajano a Didio Segundo: yo sé que los bienes de los relegados fueron reivindicados al fisco, por hambre de los tiempos pasados).

⁴⁸ *Divus Commodus rescripsit obsidum bona sicut captivorum omnimodo in fiscum esse cogenda.* (El divino Comodo ha establecido en un rescripto que, ocupados los bienes como de los prisioneros en todo modo deberán ser dispuestos al fisco).

⁴⁹ El texto está incompleto, por lo que lo presentamos según reconstrucción de Krueger, que se encuentra en: Arangio Ruiz, A. Guarino, *Breviarium iuris romani*, (settima edizione, Giuffrè, Milano, 1989) p. 84: <Sane> *lege Iulia <scriptis non aufertur hereditas, si bonorum> possessores <ex edicto constituti sint. Nam ita demum> ea lege bona caduca fiunt et ad populum deferruntur, si defuncto nemo <heres vel bonorum possessor existat.* (Naturalmente, con base en la ley Julia, los herederos inscritos no son privados de la herencia, si son constituidos poseedores con base en el edicto del pretor. En efecto, precisamente con base en esta ley los bienes se hacen caducos y se orienta a abandonarlos en provecho del *populus* si respecto al difunto no existiera ningún heredero o poseedor de los bienes).

⁵⁰ *Item si alter ex (is) patronis suam partem in hereditate civis Romani liberti spernat, vel ante moriatur quam cernat, tota hereditas ad alterum pertinet; bona autem La-*

V. LA *VINDICATIO CADUCORUM*

Como se aprecia en el esolio aquí examinado, el fisco por efecto de la indignidad del querellante, fue reconocido titular de su porción hereditaria (*pars igitur heredis Rustici fisco competebat*), pero sin poseerla. La situación es complicada por el hecho de que los coherederos del indigno estaban convencidos de la pertenencia a ellos de tal porción, realizando por lo tanto la venta de las cosas hereditarias (*quae cum ita essent, coheredes eius, qui de inofficioso egit et superatus est, partem eius possidentes et existimantes universam hereditatem ad se pertinere, eam distraxerunt*). Para afirmar su derecho el fisco se encuentra por lo tanto en la necesidad de ser parte del procedimiento fiscal de la *vindicatio caducorum*. En doctrina la razón de su legitimación procesal fue vista por Nardi⁵¹ en la validez de la disposición del de cuius independientemente de que el designado como heredero tuviese el carácter de indigno; tal validez en efecto, excluía la sucesión legítima y el acrecimiento a favor de los demás coherederos, determinando la correspondencia subsecuente de la porción caduca al fisco. Sin embargo, a pesar de estas consideraciones, necesitamos relevar que en la base de la legitimación al fisco se encuentra fundamentalmente una disposición imperial que le reconoce tal derecho, aunque nos falte en este caso su indicación precisa. Como observamos en el § anterior, así como la atribución de facultades al fisco fue realizada o bien mediante una *oratio* que provocó un senadoconsulto (Gayo 2.285), o un *rescriptum* (D.48.22.1 y D.49.14.31), o más generalmente una constitución (*Tituli ex corpore Ulpiani* 17.2), así también pudo haberse utilizado cualquiera de tales medios para otorgar al fisco los *ereptoria*.

tini pro parte (deficientis) patroni caduca fiunt et ad populum pertinent. (Así si en la herencia del liberto ciudadano romano uno de los patronos desprecia su parte, o muere antes de haber aceptado formalmente, toda la herencia espera al otro; por el contrario, los bienes del latino, por la parte del patrón que faltaría, se transforman en conductos y corresponden al *populus*).

⁵¹ NARDI, *op. cit.*, pp. 296 y 297.

1. Las partes de la *vindicatio caducorum* de la herencia de Rústico.a) El *delator*

Como es notorio, ya en esta época el fisco no podía ejercitar la *vindicatio* autónomamente, siendo fundamental el papel del *delator* como actor en el procedimiento, cuya ausencia impide que pueda iniciarse.⁵² Tal afirmación se encuentra en textos tardoclásicos que demuestran la necesidad de la denuncia por parte del mismo, como el de Calistrato, *libro primo de iure fisci* D.49.14.1.pr, que ejemplifica los casos en que es posible realizar la *nuntiatio ad fiscum* por motivo de indignidad: *Variae causae sunt, ex quibus nuntiatio ad fiscum fieri solet...vel quod mors ad heredibus non vindicatur: vel quod indignus quis heres nuntiatur...* (Son varias las causas por las que suele ser hecha la denuncia al fisco... o bien que no sea vengada la muerte por los herederos; o bien, que alguien es denunciado como heredero indigno); y de Paulo, *libro sexto decimo responsorum* D.29.5.22, que trata un caso de indignidad en que se cita al *delator*.⁵³

De lo anterior deriva que, aunque en nuestro caso falte su referencia, la intervención del *delator* fue indispensable para la instauración de la *vindicatio*; como sabemos, tal podía ser un *quavis de populo* motivado por un beneficio económico consistente en

⁵² Al respecto ver: Provera, *op. cit.*, pp. 11-24; 57-67; 85-91; Tullio Spagnuolo Vigorita, *Exsecranda perniciis*, (s/e, Jövene, Napoli, 1984), pp. 3-219; Puliatti, *op. cit.*, pp. 259-332.

⁵³ *Gaius Seius cum languesceret, questus est se veneno occidi a servo suo et sic exspiravit: cui heres exstitit Lucia Titia soror et mortem eius exsequi neglexit et ipsa post annum decimum decessit: exstitit qui bona nuntiaret Gaii Seii: quaero, an morte Titiae extinctum sit crimen. Paulus respondit causam de qua quaeritur, cum sit pecuniaria, morte ingratae heredis extinctam non videri.* (Estando Gayo Seyo muy enfermo suplicó de ser matado con veneno por un esclavo suyo y en este modo murió: de él fue heredera Lucia Titia hermana y dejó de perseguir la muerte de éste y la misma después del décimo año murió: existió quien denunció los bienes de Gayo Seyo; pregunto si con la muerte de Ticia se haya extinguido el crimen. Paulo respondió que la causa de la que se pregunta, siendo pecuniaria, no resulta extinguida con la muerte de la heredera ingrata).

una parte de los bienes denunciados,⁵⁴ que ejercitaba la acción, a nombre propio o mediante un mandatario.⁵⁵

Como quienes se autodenunciaban obtenían una ventaja económica,⁵⁶ la hipótesis de que el indigno hubiese sido el *delator* no puede admitirse, puesto que con base en D.49.14.13.9 (citado en el § IV.1) se niega que el indigno por motivo de inoficiosidad gozase con su autodenuncia del beneficio de Trajano con su relativo premio. No sería posible afirmar tampoco que los vendedores de los bienes hereditarios hubiesen actuado como *delatores* de los *caduca*, porque contra ellos se afirmó la prohibición de realizar la denuncia, según lo que testimonia Marciano, *libro singulari de delatoribus* D.49.14.18.9: *sed ne quidem is, qui aliquam vendidit rem, eandem deferre debet...* (pero ni tampoco quien vendió alguna cosa, debe denunciar la misma). Si bien tal prohibición esté enunciada en un texto posterior, puede razonablemente pensarse que valiese también en la época del senadoconsulto Juvenciano, porque de tal forma se trataría de evitar un doble enriquecimiento de los vendedores, consistente tanto en el precio de venta como en el premio respectivo.

El texto de Marciano al referirse a la cosa vendida y no al precio, nos haría pensar, que probablemente la jurisprudencia no limitase la facultad del vendedor de autodenunciarse respecto al segundo. Tal hipótesis, sin embargo, resultaría difícil en nuestro caso, porque la resolución del Senado como veremos en el §VII afectaba tanto a los vendedores, como a los compradores, haciéndonos pensar que el *delator* al denunciar a ambos, excluiría subsecuentemente a los primeros como actores en base a la prohibición de D.49.14.18.9.

⁵⁴ Los *delatores* tenían derecho a una cuota de los *caduca* que a partir de Nerón se redujo a un cuarto, como lo establece Suetonio, *Nero* 10.

⁵⁵ La actuación mediante mandatario es constatada en Calistrato, *libro segundo de iure fisci* D.49.14.2.5 y D.49.14.23. De acuerdo con el primer texto ya en la época de Adriano el *delator* mandatario se encontraba obligado a mencionar el nombre del mandante.

⁵⁶ Sobre el beneficio Trajano para los que se autodenunciaban consistente en la mitad del *caducum* ver: Mauriciano, *libro tertio ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.15.3; Valente, *libro quinto fideicommissorum* D.49.14.42.1; Paulo, *libro septimo ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.13.pr. Sobre los límites a la actividad de *deferre* ver Marciano, *libro singulari de delatoribus* D.49.14.18.pr.-10.

Mientras que parece excluirse que algunas de las personas anteriores hayan ocupado el papel de *delator*, una tal iniciativa habría podido realizarse por parte de uno de los compradores mediante autodenuncia en la esperanza de conseguir el premio *ex beneficio divi Traiani*.⁵⁷ Fuera de tal suposición, no queda que pensar en un *quivis de populo*, que pudo haberse enterado de la sentencia de inoficiosidad con base en infinidad de modos, o también a un *delator* "profesional" que hiciese de la actividad de *deferre* su *modus vivendi*.⁵⁸

b) Los legitimados pasivos a la acción

Del texto D.5.3.20.6a, en que el Senado decidió la falta de obligación del pago de los intereses del precio de las cosas vendidas (*placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas*), podemos constatar que los legitimados pasivos en el procedimiento de *vindicatio caducorum* eran no sólo los compradores de los bienes caducos, sino también a causa del precio recibido los vendedores de los mismos que se estimaban herederos (*hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint*).

Tal situación, que claramente resulta en el litigio fiscal relativo a la *pars caduca* de la herencia de Rústico, ha permitido afirmar a la doctrina⁵⁹ que la legitimación pasiva a la *vindicatio caducorum* tenía una mayor extensión respecto a la *reivindicatio*.

En nuestro caso es evidente que el querellante, que asumió el carácter de indigno, no fuese un legitimado pasivo de la acción, por carecer de la posición de poseedor o de vendedor de los bienes hereditarios; y conformemente dentro del contenido de la decisión del senado, que veremos en el §VII, falta una referencia al mismo.

⁵⁷ Sobre el cual ver *supra* n. 42.

⁵⁸ La hipótesis de que los *delatores* realizasen como profesión el *deferre* se podría fundamentar en las fuentes literarias a partir de Augusto en materia de leyes caducarias: ver Tácito, *Ann.* 3.25.1 y 4.30.3. El desprecio de la sociedad por los *delatores* en la época de Constantino se refleja en C.Th. 10.10.2 y C.Th. 10.10.1, al respecto ver Spagnuolo Vigorita, *Exsecranda...* *op. cit.*, pp. 3 a 21.

⁵⁹ Sobre la legitimación pasiva en la *vindicatio caducorum* con especial referencia al senadoconsulto Juvenciano, ver Provera, *op. cit.*, pp. 32 a 47. Cabe hacer notar que la aplicación analógica de nuestro senadoconsulto a la *petitio hereditatis* ha permitido observar con base en lo anterior una subrogación del precio respecto a la cosa, si bien es cierto que ya existía tal subrogación en la mencionada materia. Al respecto ver Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.pr y la exégesis que realizamos en *Propuesta...* *op. cit.*, pp. 85 a 87; *idem* D.5.3.16.5; Paulo, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.22.

Por el contrario, de D.5.3.20.6c desprendemos la existencia de otros legitimados pasivos en la *vindicatio caducorum*, por haberse encontrado en una situación de posesión respecto a los bienes pertenecientes al fisco. En efecto, el texto menciona: *Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent...* (Del mismo modo los que hubiesen invadido los bienes sabiendo que no les pertenecían, también si antes de la *litis contestatio* hayan hecho, de modo que no los poseyesen, igualmente deben ser condenados, como si poseyesen...). El mismo concepto se encuentra también en el escolio a los *Basilicos* D.42.1.20, en donde se afirma: *qui bona hereditaria invaserunt, cum scirent ad se non pertinere... etiamsi ante litem contestatam consulto desierint possidere, perinde condemnari, ac si possiderent...* (los que invadieron los bienes hereditarios, sabiendo que no les pertenecían... también si antes de la *litis contestatio* voluntariamente hayan cesado de poseer, son condenados como si poseyesen...).

Del análisis conjunto de estos dos textos observamos que la decisión del Senado hace referencia a personas que invadieron los bienes (el problema referente a la *litis contestatio* lo analizaremos en el §V.2 que corresponde al desarrollo del procedimiento), implicando que en nuestro caso fueron también demandados por el fisco personas extrañas a la compraventa de bienes hereditarios a causa de la ocupación ilegítima de los bienes caducos. La utilización en D.5.3.20.6c del verbo *invadere* hace pensar que la totalidad o una parte de los *caduca* consistían en fundos.

Por último, la segunda mitad del texto D.5.3.20.6c y el escolio a los *Basilicos* confirman la legitimación pasiva de los compradores de los *caduca*, haciendo mención, como veremos profundamente en el §VII a quienes hubieran tenido justas causas por las cuales estimasen que los bienes les pertenecían.

c) El abogado del fisco

Ya hemos manifestado en el § anterior que Adriano crea la figura del abogado del fisco para una mejor salvaguarda de los intereses del aparato administrativo del imperio. En la *vindicatio caducorum* de la que nos ocupamos aquí no se hace referencia al mismo, ocasionando

dos hipótesis: la primera, menos probable, que todavía no había sido creado por el emperador en el momento en que se realizó el senadoconsulto Juvenciano y que por lo tanto se prescindía de su participación; la segunda, es por el contrario, que haya intervenido. Esta última solución parecería más conforme a las numerosas reformas introducidas por Adriano, con la consecuente ampliación de las facultades otorgadas al fisco, como por ejemplo respecto a los *ereptoria*, que podían requerir la presencia del nuevo órgano en defensa de los intereses de la administración defendida.⁶⁰

⁶⁰ Del texto *SHA vita Had.* 20.6 no puede determinarse las funciones que en un inicio tuvo el abogado del fisco; sin embargo, en Calistrato, *libro tertio de iure fisci* D.49.14.3.9, es posible observar que con Adriano el *advocatus fisci* intervenía en *causae liberales*. Sobre el origen y función del abogado del fisco ver: Brunt, *op. cit.*, pp. 84-85; Provera, *op. cit.*, pp. 119-124; Puliatti, *op. cit.*, pp. 333 a 366, que critica correctamente en p. 359, n. 54, las posturas de Millar, *op. cit.*, p. 32 y M. De Dominicis, "In tema di giurisdizione fiscale nelle province senatorie", *Scritti romanistici*, (Padova, 1970) p. 142, según los cuales el *advocatus fisci* realizaba funciones de miembro del colegio judicial en los procesos fiscales, en base a una interpretación inexacta del rescripto de Alejandro Severo del 226 C.2.36.2, en que el procurador imperial y el *praeses* de la provincia forman el órgano colegial, y el abogado del fisco debe simplemente estar presente. Así también Puliatti, *op. cit.*, p. 361, rechaza la idea de Nardi, *op. cit.*, 313, de que su actuación consistiese en la representación y defensoría legal del fisco y la de Alberto Burdese, "Sull' origine dell' *advocatus fisci*", *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, (1975), pp. 88-90 y 102, de que en un inicio el abogado del fisco tuviera una tarea de defensa hasta llegar a la propia representación. El autor concluye que ninguna fuente prueba que el *advocatus fisci* actuase en juicio de representante de parte. Al contrario, existen los testimonios de su actuación como patrocinador en la defensa de los intereses del fisco y apoyo en la actividad procesal del delator. Sin embargo, siendo más que confirmada la actuación del abogado del fisco en el procedimiento de la *vindicatio caducorum* como asistente del delator y como sostenedor de la acusación del mismo, la idea de Puliatti de negar por ello su actuación de representante procesal de parte parecería un tanto extraña; sería en efecto como afirmar que el *advocatus fisci* actuase como coadyuvante en el procedimiento de *motu proprio* careciendo de un fundamento sustancial a causa de la falta de relación con el fisco y sin considerar que las pretensiones que defiende son las del propio aparato administrativo del imperio. La expresión *praesente fisci patrono* en C.2.36.2 es un claro ejemplo de que el abogado del fisco representa al mismo y vela por sus propios intereses, esto no quiere decir que actúa como actor, porque tal función correspondería al delator que, al iniciar la *lis con fines económico-personales subsidiariamente representa también en cierta medida al fisco*.

d) La autoridad judicial

En las fuentes relativas al procedimiento de *vindicatio* de las *partes caducae* de la herencia de Rústico falta toda referencia al órgano judicial, frente al cual se desarrolló. Como se sabe, la cuestión es discutida, puesto que, observando el contenido de los textos en dicha materia, se constata que tal autoridad no fue siempre la misma durante el transcurso de la época clásica.⁶¹

En el principado de Adriano facultado a conocer de las controversias fiscales parecería ser el *praetor fiscalis*, creado por el emperador Nerva y aún en función, como se desprende del *enchi-ridion* de Pomponio, jurista contemporáneo a Adriano.⁶²

Sin embargo, su testimonio no encuentra otras confirmaciones en las fuentes, conduciendo la doctrina a suponer su desaparición en la propia época de Adriano,⁶³ puesto que paradójicamente después del mencionado emperador se habla en materia de indignidad de una competencia de los *praefecti aerarii*.⁶⁴ Pero manejar la hi-

⁶¹ Antes de Adriano, cuando los *bona ereptoria* correspondían al erario el magistrado competente era en época de Augusto los *praefecti aerarii Saturni*, que después él mismo substituyó con dos *praetores aerarii*: ver al respecto Suet. *Aug.* 36; Tac. *Ann.* 13.29.1; Dio Cass. 53.2.1 y 53.32.2, y en doctrina Arcaria, *Senatus censuit, op.cit.*, p. 62 n. 79; Garzetti, "*Aerarium...*" *op. cit.*, p. 318. En la época de Tiberio se encuentra referencia a los *praetores aerarii* en el célebre caso del senador Pío Aurelio, en que ellos se opusieron a la indemnización de su casa dañada por la ampliación o construcción de una calle y un acueducto, al respecto ver Tácito, *Ann.* 1.75.2 y en doctrina Arcaria, *op. cit.*, pp. 60-63. Con Claudio se atribuyen a los procuradores imperiales funciones judiciales, como lo señala Tácito, *Ann.* 12.60 y 32.60; Suetonio, *Claud.* 12. En la época de Nerón se observan especiales colegios de *recuperatores*, como lo menciona Suetonio, *Nero* 17: *cautum ut... ab aerario causae ad forum et recuperatores transferrentur* (fue establecido que... las causas del erario sean transferidas al foro y a los *recuperatores*).

⁶² Pomponio, *libro singulari enchiridii* D.1.2.2.32: *...et adiecit divus Nerva qui inter fiscum et privatos ius diceret. ita decem et octo praetores in civitate ius dicunt* (y el divino Nerva añadió lo que entre el fisco y los privados pronunciase el derecho. En este modo dieciocho pretores en la ciudad pronuncian el derecho).

⁶³ En tal sentido Burdese, *op. cit.*, p. 676. Sobre el problema ver Spagnuolo Vigorita, "*Bona caduca...*", *op. cit.*, pp. 152 a 159 y Provera, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

⁶⁴ Ver al respecto el texto de Papiniano, *libro sexto decimo quaestionum* D.34.9.12 que cita un caso de indignidad en la época del emperador Marco Aurelio, donde los jueces eran los *praefecti aerarii* independientemente de que la autoridad competente fuese el fisco, como vimos anteriormente en el §IV.2. (Relacionarlo con D.28.4.3.pr citado en el §II).

pótesis de la eliminación del *praetor fiscalis* bajo el imperio de Adriano nos parece poco verosímil, porque si fuese así, no podríamos explicarnos la razón por la que en plena época de aumento de facultades del fisco, se aboliese un magistrado especialista en materia fiscal, transfiriendo sus atribuciones a un órgano del erario.⁶⁵

Brunt⁶⁶ hizo la hipótesis de la coexistencia del pretor fiscal con el prefecto del erario a inicios del siglo II d.C; el primero trataría problemas relativos a la administración de la propiedad del fisco y los segundos en materia de *bona caduca*. La presente idea, para ser verificada, debe matizarse en los siguientes aspectos:

- a) Como se supuso en el §IV.2 antes de las reformas de Adriano los *caduca* derivantes de las leyes Julia y Papia Poppea y los *ereptoria* correspondían al erario, determinando probablemente que la autoridad competente en materia fuesen los *praefecti aerarii*, como se observa en los textos de Mauriciano, *libro tertio ad legem Iuliam et Papiam* D.49.14.15.4 y 6 que verosímilmente hacían referencia a tal época, porque en los § .2 y .3 citan al mencionado emperador.⁶⁷
- b) Al atribuirse la pertenencia de los *ereptoria* y, en algunos casos por lo menos también los *caduca* en sentido estricto al fisco, Adriano habría transferido la competencia jurisdiccional en estas

⁶⁵ De Dominiciis, "*Sulle attribuzioni...*", p. 126, ha negado que los *praefecti aerarii* hubiesen tenido facultades en materia fiscal, y citando el texto de Ulpiano, *libro sexagesimo octavo ad edictum* D.43.8.2.4 consideraría que la referencia a los prefectos... *praefecti eorum iudices sunt* (los prefectos de éstos son jueces) no correspondería a los *praefecti aerarii* sino a la jurisdicción del *praefectus urbi*. Tal aseveración parecería difícil de aceptar, porque el texto D.34.9.12 citado en la nota anterior demostraría que los *praefecti aerarii* llegaron a conocer de materia fiscal.

⁶⁶ Brunt, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁷ D.49.14.15.4: *Quod si tribus edictis a praefecto aerario adesse delator iussus venire noluerit, secundum possessorem sit pronuntiandum...* (Que si con tres edictos bajo orden del prefecto del erario no haya querido presentarse el *delator*, según el poseedor debe ser pronunciado). El texto. 6 dice: *Si quis arguetur falsas rationes detulisse, de eo praefectus aerarii cognoscat...* (Si se prueba que alguien haya denunciado falsas cuentas, conozca el prefecto del erario). El texto. 2 hace referencia a Adriano de la siguiente forma: *Divus Hadrianus rescripsit...* (El divino Adriano ha decidido en un rescripto) y en. 3 *Senatus Hadriani temporibus censuit...* (el senado en los tiempos de Adriano decidió).

materias al *praetor fiscalis*, siguiendo los *praefecti aerarii* a juzgar en aquellas que todavía conservaba el erario.⁶⁸

- c) La posible desaparición de la figura del *praetor fiscalis* después de Adriano, por motivos que desconocemos, condujo a otro cambio. Las funciones que tal autoridad tenía en materia de *ereptoria* tuvieron que corresponder a los *praefecti aerarii*, cuyas competencias evidentemente fueron reordenadas, puesto que, a tal cambio de competencia, no correspondió un regreso de atribución sobre estos bienes al erario. De tal forma podría explicarse un texto de Papiniano, *libro sexto decimo quaestionum* D.34.9.12, que cita un caso de indignidad en la época del emperador Marco Aurelio, donde los jueces eran los *praefecti aerarii*.⁶⁹

A la luz de tales argumentaciones resultaría que la autoridad judicial en la presente *vindicatio* haya sido el *praetor fiscalis* en caso de que la controversia hubiese sido conocida en Roma, mientras habrían sido los *procuratores provinciae*, en caso del desarrollo del procedimiento en una provincia. Esta última noticia, como se sabe, se deduce de Tácito, *Ann.* 12.60, según el cual, a partir de la época de Claudio, un senadoconsulto atribuyó a dichos procuradores funciones judiciales,⁷⁰ con inclusión también de la competencia en materia fiscal originada por causa de indignidad. Dicha competencia puede observarse en diferentes fuentes jurídicas, como la constitución

⁶⁸ Ver al respecto el §IV.2.

⁶⁹ Citado en § II nota 6 en relación a D.28.4.3.pr. Además es posible observar una competencia concurrente con los *procuratores hereditatium*, al respecto ver la nota 63.

⁷⁰ *Eodem anno saepius audita vox principis parem vim rerum habendam a procuratoribus sui iudicatarum ac si ipse statuisset ac ne fortuito prolapsus videretur, senatus quoque consulto cautum, plenius quam antea et uberius.* (En el mismo año más a menudo fue oída la voz del príncipe que la fuerza de las cosas juzgadas por sus procuradores debía considerarse igual como si él mismo hubiere juzgado y para que no resultara una afirmación casual también con un senadoconsulto fue establecido que más ampliamente y que antes más fructuosamente.) Así también ver Suet. *Claudio* 12: *...utque rata essent quae procuratores sui in iudicando statuerent precario exegit* (...basándose en peticiones afirmó que fuese ratificado lo que sus procuradores establecieran juzgando).

de los emperadores Severo y Caracala a *Arista* del año 207 C.3.26.2, que afirmándola, aclara que las controversias en donde: *non de crimine aut poena mortui, sed de bonis quaerendum est* (no se debe indagar sobre el crimen o pena del muerto, sino de sus bienes) correspondan a los procuradores imperiales (*ad officium procuratorum nostrorum pertinentem*); y un texto tardoclásico de Ulpiano, *libro primo de officio proconsulis* D.1.16.9.pr: *nec quicquam est in provincia quod non per ipsum expediatur. Sane, si fiscalis pecuniaria causa sit, quae ad procuratorem principis respicit,...* (ninguna cosa está en la provincia que no sea resuelta por lo mismo. Ciertamente, si sea una controversia pecuniaria del fisco la cual respecta al procurador del príncipe,...).⁷¹ Mayor dificultad presentarían la Constitución de los emperadores Severo y Antonino a *Dioscoro* del año 197 C.3.26.1⁷² y la del emperador Alejandro Severo a *Antiochiano* del año 222 C.6.35.3,⁷³ pues no podemos afirmar con certeza si se ha-

⁷¹ Sobre los *procuratores* ver: Provera, *op. cit.*, pp. 112-119; Spagnuolo Vigorita, "Bona caduca..." *op. cit.*, pp. 159 a 168; Mario de Dominicis, "Sulle attribuzioni dei procuratores imperiali nelle province senatorie", *Scritti Romanistici*, (Padova, 1970) pp. 101-132 e *idem* "In tema...", *op. cit.*, pp. 133-144. Es opinión de Provera, p. 117 que los textos citados en las notas precedentes hiciesen referencia a los *procuratores provinciae*, que tendrían las mismas funciones de los *praefecti*, pero en diferente ámbito territorial.

⁷² *Non defensae mortis quaestionem apud procuratores nostros non oportere tractari, nec bona a fisco peti posse, quam si de crimine constiterit apud eum, cui convictis poenam irrogare licet, quis ignorat? Plane defunctis homicidii reis apud procuratores quoque cusam agendam esse, ratio permittit.* (¿Quién ignora que el procedimiento de muerte no investigado no debe tratarse frente a nuestros procuradores ni los bienes pueden pedirse por el fisco que si el crimen resultará frente a él al cual es lícito aplicar la pena a los culpables? Ciertamente con referencia a los reos de homicidio muertos, la razón permite que deba ejercitarse la causa también frente al procurador).

⁷³ V.g. Constitución del emperador Alejandro Severo *A. Antiochiano* del año 222 C.6.35.3: *Si ea quaestio infertur filiis eius, quam consobrinam tuam dicis, quod tabulae testamenti patris eorum, qui a familia interfectus dicebatur, priusquam quaestio de servis haberetur, apertae et recitatae sunt, propter amplissimi ordinis consultum hereditas a fisco vindicatur, et ideo agi causa apud procuratorem meum debet, quia non eo tempore pupilli fuerunt.* (Si este procedimiento es conducido contra los hijos de la que dices que es tu prima porque las tablas del testamento de su padre que se decía asesinado por su familia de esclavos, antes de que fuese instaurado el procedimiento contra los esclavos, fueron abiertas y leídas, en base a un senadoconsulto del orden amplísimo, la herencia es reivindicada por el fisco y por eso debe ejercitarse la causa frente a mi procurador porque ellos en aquel tiempo no eran pupilos).

ga referencia a los mencionados *procuratores provinciae* o a los denominados *procuratores hereditatium*, que según fuentes tardo-clásicas llegarían también a tener competencia en la presente materia.⁷⁴

2. Desarrollo del procedimiento

La doctrina comúnmente observa que la aplicación de la *vindicatio caducorum* a los casos de indignidad utiliza el esquema procesal de la *cognitio extra ordinem* con las características propias que se encuentran en la presente época,⁷⁵ por lo que seguiremos este modelo para entender la *lis* de D.5.3.20.6a.

El procedimiento se inicia mediante la *denuntiatio* o *evocatio litteris vel edictis*, como lo menciona el propio senadoconsulto en D.5.3.20.6d: *Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset*

⁷⁴ Al respecto ver el texto de Marciano, libro cuarto decimo institutionum D.49.14.32 que hace referencia a los procuratores hereditatium, así también observar que un rescripto de Caracala sin año que inicia con el siguiente enunciado: *Imp. Antoninus A. Procuratoribus hereditatium fisci...* Sobre la concurrencia de actuación entre los *praefecti aerarii* y procuratores hereditatium ver: Spagnuolo Vigorita, "Bona caduca...", op. cit., pp. 152-159, dice que en particular para los *bona caduca, vacantia, ereptoria, obsidum* que correspondían al fisco, se puede razonablemente afirmar que fue ejercitada la competencia en el siglo II d.C tanto por los *praefecti aerarii* como por los *procuratores hereditatium*. La primera afirmación la hemos tratado de explicar en el presente §, pero en lo que respecta a los *procuratores hereditatium* no encontramos fuentes que demostrasen su actuación en la época de Adriano, determinando nuestra postura de no considerar a los mismos como posibles autoridades que interviniesen en la presente *lis*.

⁷⁵ Fundamentados en los siguientes textos: Marcelo, *libro vicesimo nono digestorum* D.28.4.3.pr citado en el §II y nota 6; Calistrato, *libro primo de iure fisci* D.49.14.1.pr citado en el §V.1. Al respecto ver: Nardi, op. cit., pp. 309-318; Provera, op. cit., pp. 134-140; Astolfi, op.cit., (2a edic.) pp. 271-276; Puliatti, op. cit., p. 137, que realiza también un análisis sobre el procedimiento fiscal anterior a Adriano en las pp. 126-135. Es posible afirmar que en la época de Tiberio para resolver las controversias entre el aparato administrativo y los particulares se siguiesen las reglas del *ordo iudiciorum privatorum*, al respecto ver: Tac. *Ann.* 4.6; todavía con Nerva y Trajano pueden identificarse las mismas reglas en Plinio, *Paneg.* 36.3-4. Con Adriano podemos observar claramente la aplicación de la *cognitio extra ordinem*, sobre todo por la referencia que se hace a la *denuntiatio* y *evocatio* medios de citación propios del mencionado procedimiento.

censuerunt... (Y dictaminaron que se ha de considerar pedida por el fisco la herencia desde aquel momento en que primeramente hubiere sabido alguno que a él se le pedía, esto es, cuando se hubiese recibido la *denuntiatio* o *evocatio litteris* o *edictis*).⁷⁶ Ulpiano en D.5.3.20.11, refiriéndose a nuestro senadoconsulto, precisa que el Senado exigió que la denuncia fuese notificada personalmente al demandado: *Senatus ipsi denuntiari exigit*. (El Senado exige que se le denuncie a él mismo), mientras que no importaba quien hubiese efectuado la notificación: *a quo denuntiatum est, Senatus non exigit; quicumque ergo fuit, qui denuntiavit, nocebit* (el Senado no exige por quién se hizo la denuncia; por lo tanto, cualquiera que haya sido el que denunció, perjudicará). Por otra parte, la *denuntiatio* o la *evocatio* eran modos de citación oficiales, ordenados en el presente caso por el *praetor fiscalis* o el procurador de provincia, según lo afirmado en el §V.1.d, fundamentándose en su *imperium*. Cabe hacer notar que carecemos de noticias en lo referente al término de prescripción de la *vindicatio caducorum* en materia de indignidad en nuestra época, pudiéndose afirmar que hasta los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero (161-169 d.C) era establecido, según testimonio de Marciano, *libro secundo de publicis iudiciis* D.48.17.3, uno no mayor de veinte años en los problemas que no tuviesen un plazo propio.⁷⁷

El *delator*, a partir del ejercicio de la acción, se encontró obligado a realizar el impulso procesal a la *vindicatio caducorum*, por lo que en caso de su ausencia, no era posible condenar a los demandados (D.49.14.2.4);⁷⁸ el magistrado, a instancia del abogado del fisco, emi-

⁷⁶ Casi con las mismas palabras recurre al respecto el escolio 7 a Bas. 42.1.20.

⁷⁷ *quicumque enim quaestionem apud fiscum, si non alia sit propria praescriptio, viginti annorum silentio praescribi divi principes voluerunt* (Los divinos príncipes quisieron en efecto que cualquier controversia frente al fisco, si no tiene otra prescripción propia, sea prescrita con un silencio de veinte años); así también Calistrato, *libro primo de iure fisci* D.49.14.1.3. En materia de *bona vacantia* el término era de cuatro años a partir de la época de Antonino Pío según testimonio del mismo Calistrato en la misma obra D.49.14.1.2; no obstante, careceríamos de fundamento para afirmar una extensión de la presente regulación a la materia de indignidad.

⁷⁸ *Quotiens tamen delator adesse iussus cessat nec hoc fraude possessoris factum esse probabitur, divus Hadrianus rescripsit secundum possessorem pronuntiarum oportere...* (No obstante, todas las veces que el *delator* ordenado a comparecer no comparezca y esto no se pruebe que haya sido hecho por fraude del poseedor, el divino Adriano estableció en un rescripto que deba ser pronunciado en favor del poseedor...)

tía un triple edicto para exigir su comparecencia de oficio, y a la falta de ambas partes *triplicis edictis evocatis* el procedimiento se habría extinto permaneciendo los demandados en el estado en que se encontraban, y perdiendo el *delator* la facultad de proponer en un futuro nuevas delaciones (D.49.14.2.3).⁷⁹

Después de la comparecencia de las partes frente al magistrado, el mismo procedía a la verificación de los presupuestos procesales, así como a la determinación de las respectivas razones y excepciones, realizándose la *litis contestatio* y el sucesivo desahogo de los medios de prueba. El propio senadoconsulto hace referencia a la *litis contestatio* en D.5.3.20.6c, mencionándola en lo referente a los invasores de los *caduca* que debían ser condenados aunque antes de tal etapa procesal hubiesen cesado de poseerlos.⁸⁰ En su comentario al senadoconsulto Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.25.7 también cita tal acto del procedimiento⁸¹ para calificar a los poseedores.

⁷⁹ *Senatus censuit, ut si neque delator neque possessor tribus edictis evocati adfuerint, delatoris quidem fideiussores teneantur et ei postea publicam causam deferendi ius adimatur, possessoris autem ius idem esset, quod si delatus omnino non esset.* (El senado ha establecido que si ni el *delator* ni el poseedor citados con base en tres edictos han comparecido, ciertamente sean obligados los fiadores del *delator* y a éste después sea quitado el derecho de defender la causa pública, y de otra parte se conservase el mismo derecho del poseedor, como si no fuera del todo delatado).

⁸⁰ El texto de tal pasaje se encuentra en este mismo § inciso b.

⁸¹ *Si ante litem contestatam, inquit, fecerit: hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. quamquam enim litem contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur.* (Si antes de la *litis contestatio*, dijo, lo haya hecho: esto fue añadido por este motivo, porque después de la *litis contestatio* todos comienzan a ser poseedores de mala fe, mejor dicho después de la promoción de la controversia. En efecto aunque en el senadoconsulto se haga mención de la *litis contestatio*; sin embargo, también después de promover la controversia todos los poseedores son iguales y son considerados como ladrones). El análisis del texto en su contenido no será tratado en la presente investigación porque corresponde a la interpretación que Ulpiano realiza del contenido del senadoconsulto y que realizaremos en el próximo número de la revista, por el momento basta identificar la mención de la *litis contestatio* en la presente *vindicatio*. Aislada queda en doctrina la idea de Fliniaux, *op. cit.*, pp. 82-117, de que la referencia a la *litis contestatio* fuese una interpolación motivada por el remplazo de terminología particular del derecho público al derecho civil. La interpolación según el autor radicaría en dos razones: una formal y la otra material. La primera consistiría en el empleo de la palabra *autem* (término adversativo) seguido de una referencia a la petición de herencia en el siguiente texto 5.3.20.6d, haciendo pensar al autor que de tal hecho en el texto anterior

En lo referente a la fase probatoria, la doctrina considera, en base a una constitución posterior a nuestra *lis* de Septimio Severo citada por Ulpiano, *libro nono decimo ad Sabinum* D.49.14.25, que la carga de la prueba en la *vindicatio caducorum* correspondía indiscutiblemente y totalmente al *delator*: *delatorem probare debere quod intendit*.⁸² Tal principio, si bien haya sido expresado en una fuente posterior, parecería tener plena aplicación en tal época, conformemente a la exigencia procesal que quien demanda debe probar.

En el caso específico, las pruebas de la pretensión del fisco son básicamente la sentencia condenatoria de la *querela inofficiosi testamenti* y cualquier medio que demostrase la realización de la venta de las cosas hereditarias. En el primer caso, el *advocatus fisci* pudo haber pedido el original⁸³ de la sentencia a la autoridad respectiva, y en el segundo, probablemente se procedió a la citación del banquero para que exhibiese sus libros contables, en caso de que hubiera servido como intermediario, o a la solicitud de los libros tanto del vendedor como del comprador.⁸⁴ Ciertamente es que tam-

D.5.3.20.6c se hablase también de la petición de herencia y no de la *litis contestatio*, posición que parecería difícil de aceptar porque ambos textos tienen independencia entre sí. La segunda razón consistiría en que en el proceso fiscal no existiese la *litis contestatio*, opinión que no es correcta, porque como ha sido observado por Provera, *op. cit.*, pp. 100-102 en el procedimiento fiscal también existía la *litis contestatio* diferente tanto en su estructura como en sus efectos a la del procedimiento formulario.

⁸² En lo correspondiente a la materia probatoria ver: Gérard Boulvert, "La preuve en matière fiscale", *Sodalitas, scritti in onore di Antonio Guarino*, v. 3, pp. 1131-1147; Puliatti, *op. cit.*, pp. 312-332. La necesidad del documento original puede desprenderse de Paulo, *libro quinto sententiarum* D.22.4.2=PS 5.12.11.

⁸³ La necesidad del documento original puede desprenderse de Paulo, *libro quinto sententiarum* D.22.4.2=PS 5.12.11: *Quicumque a fisco convenitur, non ex indice et exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico conveniendus est et ita si contractus fides possit ostendi...* (Cualquiera que es demandado por el fisco, no debe ser demandado en base a un índice y copia de alguna escritura, sino por el auténtico y en este modo, si se pueda mostrar como prueba el contrato).

⁸⁴ Hemos afirmado Yuri González Roldán, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, (s/e, México, D. F., *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, 1997) p. 229, que era habitual el uso de un banquero como intermediario en las ventas de cosas hereditarias con base en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.pr, exégesis en la misma obra pp. 85-86. Puliatti, *op. cit.*, pp. 328-329, es de la idea de que en caso de que el *delator* no pudiera exhibir los medios de prueba porque estuvieran en posesión del demandado, visto que no era posible que se sacrificasen los derechos del fisco era permitido que se hiciera de forma tal que los obtuviera independientemente de introducir un derecho singular para el fisco.

bién los demandados pudieron haber intervenido en la constitución de la prueba; por una parte, los herederos, al alegar la falta de posesión de los *caduca* con base en la celebración de la venta, admitían la disposición de los *caduca*, mientras que, por la otra, los compradores confirmaban la realización del negocio e indicaban la invasión de los mencionados bienes por terceros.

VI. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

La doctrina está de acuerdo con que las sentencias en materia de *vindicatio caducorum* hubiesen podido apelarse frente al Senado,⁸⁵ sin embargo, la inclusión de principios generales despierta ciertas dudas sobre el carácter de sentencia de apelación del senadoconsulto Juvenciano.⁸⁶ No obstante, si negásemos tal carácter, deberíamos explicar la razón por la cual los *patres* llegaron a conocer de un problema jurídico fiscal que giraba en torno a la herencia de una persona llamada Rústico, cuando en la época de Adriano una autoridad judicial específica era competente en la respectiva materia.

Tampoco sería aceptable la hipótesis de que esta autoridad judicial, teniendo dudas en su forma de actuar en el presente caso, solicitase al príncipe una decisión al respecto, y que éste a su vez delegase en el Senado tal facultad, invitándolo a concretizarla en una disposición normativa.⁸⁷ Dicha hipótesis, en efecto, carece de bases textuales o de indicios que puedan fundamentarla.

⁸⁵ Al respecto Nardi, *op. cit.*, p. 317; De Marini Avonzo, *op. cit.*, p. 47; Arcaria, *Senatus consulti*, *op. cit.*, pp. 11-323, que hace un estudio profundo de la apelación frente al Senado, tratando sobre nuestro senadoconsulto específicamente en las pp. 223-229; también ver: Riccardo Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, (seconda edizione, Giappichelli, Torino, 1953) pp. 1-443; Robert Villers, "Appel devant le prince et appel devant le sénat au premier siècle de l'empire, *Studi De Francisci*, v. I (1956), pp. 375-391.

⁸⁶ La duda corresponde a Provera, *op. cit.*, p. 104, que si bien no se opone a la apelación frente al Senado duda de que el senadoconsulto Juvenciano fuese una sentencia de apelación sin presentar argumentos al respecto.

⁸⁷ Al respecto ver el prefacio del senadoconsulto en que Adriano propone al Senado y éste a su vez decide en D.5.3.20.6pr: *Pridie idus martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus Consules verba fecerunt de his, quae imperator Caesar, Traiani Parthici filius, divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus imperator maximusque princeps proposuit quinto nonas martias, quae proximae fuerunt, libello complexus esset, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt...* (El día antes del

Por el contrario, en favor de que efectivamente el senadoconsulto Juvenciano tuvo como origen una sentencia de apelación, se presentan los siguientes argumentos:

- a) En los primeros siglos del imperio existen fuentes literarias que demuestran la facultad del Senado de conocer controversias jurídicas en grado de apelación.⁸⁸
- b) En la época de Adriano se observa una *oratio* realizada por el príncipe, citada en Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2, que dice lo siguiente: *Sciendum est appellari a Senatu non posse Principem; idque Oratione divi Hadriani effectum*. (Se ha de saber que, el príncipe no puede ser apelado por el Senado, y esto se dispuso en una oración del divino Adriano). En el texto se niega la posibilidad de apelación de las sentencias del príncipe por parte del Senado, deduciéndose que, fuera de tal situación, el Senado podía ser llamado a funcionar como autoridad de apelación.
- c) El contenido de la presente exégesis ha girado en torno a la reconstrucción de un caso práctico, identificándose incluso el nombre de la persona fallecida y obteniéndose mayores datos de la interpretación que hicimos del esolío 7 a Bas.42.1.20. Ocasionando tal *lis* en un determinado momento una *vindicatio caducorum*, puede compartirse la opinión dominante en doctrina, según la cual era posible la apelación de las sentencias de tal materia frente al Senado.

quince de marzo, Quinto Julio Balbo y Publio Juvencio Celso, Ticio Aufidio, Eno Severiano, cónsules, hablaron sobre aquellas cosas que el emperador César, hijo de Trajano Pártico, nieto del divino Nerva, Adriano Augusto emperador y príncipe máximo, propuso el día quinto de las nonas de marzo, próximas pasadas, habiendo incluido en un libelo lo que les parezca bien que se haga. Sobre cuyo asunto así dictaminaron...)

⁸⁸ Las fuentes respectivas en orden cronológico anteriores a Adriano son v.g. las siguientes: Dio Cass.55.34.2 donde Augusto le otorga al Senado la tarea de juzgar, pareciendo que se refiriese a sentencias de apelación según interpretación de Arcaria pp.47 a 54; Tácito, ann. 4.6.2 y Suetonio, Tib. 30; un caso práctico en la época de Tiberio puede verse en Tácito, ann. 1.75.2; respecto a Calígula ver: Tácito, ann. 14.28.1: Suetonio respecto a Nerón recuerda en Nero 17: *omnes appellationes a iudicibus ad senatum fierent*.

d) Como veremos más adelante en el siguiente §, es posible observar que la resolución del Senado tiene las características propias de una sentencia.⁸⁹

De lo anterior, si aceptamos la mencionada hipótesis, deberíamos considerar forzosamente la emisión de una sentencia de primera instancia en la *vindicatio caducorum*, que haya causado agravio a alguno de los demandados. Sin duda, debe excluirse que los terceros que invadieron los *caduca* habrían podido impugnar, porque carecían de alguna pretensión válida. Los compradores de los bienes hereditarios también resultan privados de argumentaciones para justificar una impugnación suya, habiendo celebrado un negocio que tenía un grado de riesgo íncito en su propia naturaleza.⁹⁰ En conclusión, parecería que los únicos que hubieran podido apelar la sentencia, serían los vendedores, probablemente, porque en la primera instancia se les condenó al pago del precio de los *caduca* así como los intereses de los mismos, situación que motivó la interposición de la apelación para evitar el pago de los correspondientes intereses.

Las fuentes concernientes a nuestro senadoconsulto no nos indican la forma de apelación utilizada, implicando diversas suposiciones sobre el posible medio empleado. Si bien la apelación oral fuese posible,⁹¹ parecería difícil pensar que la parte afectada en el mismo momento en que tuvo conocimiento de la sentencia, hubiese establecido el objeto y motivo de la impugnación de forma ins-

⁸⁹ Puede observarse que en nuestro senadoconsulto el Senado decidió respecto a aquellos a quienes se hubiese pedido la herencia, a los que invadieron los bienes y a los que se hubiesen estimado que los bienes les pertenecían; su contenido será analizado en el § siguiente.

⁹⁰ Sobre el riesgo que corre el comprador de bienes hereditarios en cuanto universalidad ver: González Roldán, *op. cit.*, pp. 141-144 y 242-244.

⁹¹ Como puede observarse en un texto tardoclásico de Macer, *libro primo de appellationibus* D.49.1.2 que dice: *Sed si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat "appello"*. (Pero si alguien haya apelado frente a la resolución, será suficiente si dice "apelo"), pudiéndose efectuar el mismo día del conocimiento de la sentencia, de acuerdo con Marciano, *libro primo de appellationibus* D.49.1.5.4: *Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit*. (Si alguien en el mismo día en el tiempo de la resolución apeló de palabra, esto le es suficiente).

tantánea, renunciando a la posibilidad de realizar un estudio detallado de la sentencia, para apelarla a los dos o tres días siguientes; por ello, nos inclinaremos por la apelación escrita mediante un *libellus* dentro del plazo respectivo.⁹²

El *libellus* fue presentado frente a la autoridad que emanó la sentencia, mencionándose en el escrito, de acuerdo con Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.1.1.4⁹³ los siguientes datos: el nombre de los vendedores de los *caduca* que desconocemos; la indicación del nombre de la parte contra la cual se apeló, que en este caso fue el fisco y no el *delator*, por ser la autoridad a la cual se le otorgaron los bienes así como los respectivos intereses, la sentencia impugnada y posiblemente los agravios o *causa appellandi*.⁹⁴ La autoridad de primera instancia determinó la proceden-

⁹² Según Orestano, *L'appello, op. cit.*, p. 230 y misma p. n.1, observa la dificultad de que en un mismo momento el apelante pudiese enunciar con precisión los motivos de la apelación, por lo que la apelación oral debió haberse utilizado en los casos más simples y en particulares circunstancias. Tal estudioso ha observado que después de los Severos parecería decaer la apelación oral señalando que en una Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 294 C.7.62.6.5 se habla sólo de la forma escrita. La apelación escrita requería de un *libellus* como se expresa en un texto de Calistrato que hace referencia a la época de nuestro senadoconsulto, *libro quinto cognitionum* D.42.1.33: *Divus Hadrianus, aditus per libellum...* (El divino Adriano, interpelado por *libellus*) en un plazo de dos o tres días, al respecto: Marciano, *libro primo de appellationibus* D.49.1.5.4: *...ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est* (...a los escritos de apelación que tienen que darse deben ser calculados dos o tres días); Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.4.1.5: *Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit*. (Dos o tres días de la apelación del día de la sentencia emitida deberá ser computado). Juliano, jurista contemporáneo a Adriano citado por Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.4.1.14, establece tres días: *...appellare eum intra triduum debere Iulianus libro quadragesimo digestorum scripsit...* (...éste debe apelar entre los tres días escribió Juliano en el libro cuadragésimo de los digestos).

⁹³ *Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellet, et adversus quem et a qua sententia*. (Los escritos apelatorios que son dados de este modo deben contener: que teniesen escritos y por quien sean dados, esto es el que apelase, y la contraparte y contra cuál sentencia).

⁹⁴ No era necesario mencionar la *causa appellandi*, bastaba una indicación genérica al respecto como lo indica Ulpiano, *libro secundo responsurum* D.49.1.13.pr; si bien, podríamos pensar que independientemente la falta de obligatoriedad de la misma fuese una costumbre mencionarla, y que incluso en el desarrollo del juicio de apelación se pudiesen ampliar. Al respecto Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.1.3.3.

cia de la apelación,⁹⁵ sobre todo observó si se realizó en tiempo y no fue efectuada con la única finalidad de suspender la ejecución de la sentencia; procedió a la realización de las *litterae dimissoriae* que recibidas por el apelante las mandó al príncipe y éste a su vez mediante un *libellus* delegó la competencia al Senado.⁹⁶ Al llegar al Senado el presente juicio, conforme a la reconstrucción de Arcaria en materia de apelación⁹⁷ podríamos pensar que los cónsules Quinto Julio Balbo y Publio Juvencio Celso Ticio Aufidio Oeno Severiano (el jurista Celso) se encargaron de la fase de instrucción preliminar del juicio transmitiéndolo a la asamblea;⁹⁸ el agraviado procedió al depósito de la cuarentésima parte del valor de la *lis* y asumió la obligación de pagar una penal en caso de juicio temerario;⁹⁹ los vendedores de los *caduca* se hicieron defender de sus abogados, mientras que el fisco por medio del *advocatus fisci* el día de la audiencia.¹⁰⁰ El Senado actuó no en asamblea plenaria sino mediante comisiones, realizándose la votación *per discessionem*.¹⁰¹

⁹⁵ Sobre la procedencia de la apelación ver el capítulo 7 de la obra de Orestano, *op. cit.*, pp. 364 a 392, en una constitución de Constantino Theo. 11.30.4 se desvaloriza la función de la autoridad de primera instancia señalándose su obligación de otorgar la procedencia a todas las apelaciones interpuestas; sobre la redacción de las *litterae dimissoriae* ver el texto de Modestino, *libro singulari de praescriptionibus* D.50.16.106 y sobre la remisión a la autoridad de segunda instancia Marciano, *libro secundo de appellationibus* D.49.6.1.

⁹⁶ El juicio fue remitido al emperador y éste al Senado de acuerdo con el prefacio de nuestro senadoconsulto en D.5.3.20.6pr (ver nota 75). Probablemente el apelante debió haber otorgado una *cautio*, Orestano, *op. cit.*, p. 377, observa que los indicios son vagos y que con base en la constitución de Diocleciano y Maximiano del 294 C.7.62.6, que exige al apelante de toda caución, haría pensar que anteriormente era obligado a otorgarla. Sobre la delegación de funciones que realiza el emperador al Senado En materia judicial ver Arcaria, *op. cit.*, p. 75.

⁹⁷ La presente parte corresponde a la reconstrucción hecha por Arcaria, *op. cit.*, p. 125.

⁹⁸ Sobre la fase de instrucción por parte de los cónsules ver: Tac. *ann.* 3.63.1-2; 14.17.1-2; 13.4.2.

⁹⁹ Sobre el depósito de dinero y penal en caso de juicio temerario: Suetonio, *Gai.* 40 y Tácito *ann.* 14.28.1.

¹⁰⁰ La utilización de abogados puede ser observada en Plinio, *epist.* 4.12.1-4 y 5.4.1.

¹⁰¹ Sobre la votación *per discessionem* ver Séneca, *de vita beata* 1.5-2.1.

VII. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE APELACIÓN

La característica más importante del senadoconsulto Juvenciano consiste en el hecho de que al mismo tiempo se solucionó en grado de apelación un caso práctico y se establecieron principios generales. En esta fase de nuestra investigación nos limitamos únicamente a una breve exposición de los diversos *capita* en que se articuló la sentencia. El criterio seguido por los senadores en dicha articulación se refiere a las diversas categorías de los demandados en el juicio de la *vindicatio caducorum*, y el mismo criterio adoptamos en nuestra exposición.

1. Los vendedores de los bienes hereditarios

Siguiendo la hipótesis que afirmamos en el § anterior, podríamos pensar que la sentencia del Senado benefició a los vendedores apelantes, porque los eximió del pago al fisco de los intereses del precio de venta de los *caduca*. Tal parte de la resolución se encuentra en D.5.3.20.6a: *placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas* (se decide que no deban ser exigidos los intereses del precio de las cosas vendidas) refiriéndose al caso específico y en D.5.3.20.6b como disposición normativa general, diciendo: *Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere.* (También es decidido que aquellos a quienes se hubiese pedido la herencia, si contra ellos se hubiese juzgado, deban restituir los precios que a poder de ellos hubiesen llegado de los bienes vendidos procedentes de la herencia, aunque hubiesen perecido o se hubiesen disminuido antes de pedida la herencia). La razón por la cual pensaríamos que tal parte del texto tratase de generalizar a todos los casos la decisión referente a los vendedores, radicaría en que, mientras en D.5.3.20.6a se restringe la decisión a los *caduca* (...*cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur*), en D.5.3.20.6b se habla genéricamente de aquellos a quienes se hubiese pedido la herencia (*a quibus hereditas petita fuisset...*),

no limitándose la disposición solamente a las *partes caducae*. También es posible observar que en D.5.3.20.6a se habla del precio, y en D.5.3.20.6b se utiliza el término en plural *pretia*, implicando por ello que no importaría que en la venta de los bienes se recibiesen uno o varios precios por la realización de una o varias ventas efectuadas en diversos momentos. Por último, al final de D.5.3.20.6b se afirma la irrelevancia que los bienes hubiesen perecido o disminuido antes de pedida la herencia, significando que el precio de los mismos que deberá entregarse al fisco será el acordado en el negocio, independientemente de estas circunstancias.

2. Los compradores de los bienes hereditarios

La resolución que vincula a los compradores de los bienes hereditarios se encuentra, como afirmamos en el §V.1.b, en la segunda mitad del texto D.5.3.20.6c, decidiendo el Senado que solamente responderán por aquello por lo que se hubieran hecho más ricos. Nos podríamos preguntar el significado del enriquecimiento como grado de responsabilidad de los compradores; según nuestra opinión, tal afirmación significaría que de la totalidad de las cosas compradas, únicamente las *partes caducae* incorporadas en el negocio determinarían el mencionado enriquecimiento.

3. Los invasores de los *caduca*

También tuvimos oportunidad de citar en el §V.1.b la parte del texto D.5.3.20.6c que trata la resolución referente a los invasores, los cuales deberán ser condenados, como si todavía poseyesen los *caduca*. Sería difícil pensar que la presente afirmación los constriñese a devolver los bienes cuando con el abandono habían dejado de poseerlos; haciendo por el contrario la decisión referencia sobre todo a la responsabilidad del daño por la posesión ilegítima.

Del desenvolvimiento del procedimiento que comenzó con una *querela inofficiosi testamenti*, donde el actor se transformó en indigno, pasamos al análisis de la *vindicatio caducorum* donde el actor fue el *delator*, llegando a una sentencia de apelación en que los actores fueron los vendedores de los *caduca*. No tenemos no-

ticia del momento en que el *delator* pudo haber pedido el premio por su actuación, pareciendo probable que después de la apelación pudiese exigir al fisco el correspondiente premio al que tenía derecho. El contenido de la sentencia, su proyección y aplicación analógica tuvo una gran importancia en la jurisprudencia clásica, estudio que formará parte de una investigación posterior que realizaremos en el próximo número de nuestra revista.

EL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Rodrigo LABARDINI

En el orden internacional, tanto universal como regional, siempre se han dado zancadas gigantes en materia de Declaraciones y sólo breves pasos en materia de cumplimiento.¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los derechos del hombre.* III. *Antecedentes del protocolo de San Salvador.* IV. *Análisis del protocolo adicional a la convención americana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, protocolo de San Salvador.* *Generalidades.* *Preámbulo.* Artículo 1. *Obligación de adoptar medidas;* Artículo 2. *Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno;* Artículo 3. *Obligación de no discriminación;* Artículo 4. *No admisión de restricciones;* Artículo 5. *Alcance de las restricciones y limitaciones;* Artículo 6. *Derecho al trabajo;* Artículo 7. *Condiciones justas equitativas y satisfactorias de trabajo;* Artículo 8. *Derechos sindicales;* Artículo 9. *Derecho a la seguridad social;* Artículo 10. *Derecho a la salud;* Artículo 11. *Derecho a un medio ambiente sano;* Artículo 12. *Derecho a la alimentación;* Artículo 13. *Derecho a la educación;* Artículo 14. *Derecho a los beneficios de la cultura;* Artículo 15. *Derecho a la constitución y protección de la familia;* Artículo 16. *Derecho de la niñez;* Artículo 17. *Protección de los ancianos;* Artículo 18. *Protección de los minusválidos;* Artículo 19. *Medios de protección;* Artículo 20. *Reservas;* Artículo 21. *Firma, ratificación o adhesión entrada en vigor;* Artículo 22. *Incorporación de otros derechos y ampliación de los reconocidos;* V. *Conclusiones: Listado de los Artículos del protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, protocolo de San Salvador.*

¹ RABASA, Emilio, CJI-Res. II-3/88 en OEA/Ser. G. CP/doc. 1925/88, 12 de septiembre de 1988, p. 52.

I. INTRODUCCIÓN²

Desde su concepción original hasta su evolución moderna y contemporánea, los derechos humanos han sido constante foco de atención para juristas, filósofos y la sociedad en general. Se trata, en última instancia del aseguramiento y protección de los valores y principios más perennes y trascendentales de la Humanidad. A tal grado se les ha considerado siempre como puntos y aspectos tan pivotaes que prácticamente en todo pasaje histórico las jornadas más cruentas se encuentran relacionadas con estos valores, sea el derecho a la vida, creencia religiosa o alguna libertad. Muchas personas han perecido en pro de estos derechos. Por ello, cualquier instrumento, nacional o internacional, que verse sobre ellos requiere de la mayor atención de los juristas y de la población en general.

La materia de derechos humanos³ se ha desarrollado día con día en forma constante. Esto ha permitido fortalecer la estructura para su protección jurídica. Varios son los instrumentos internacionales en que se recogen y que les dan expresión y conformación jurídica. Entre estos documentos podemos mencionar la Declara-

² A fin de facilitar la lectura y evitar constantes repeticiones de los diferentes órganos e instituciones que se mencionan en el presente opúsculo, habremos de utilizar las siguientes siglas y abreviaciones, además de las expresamente indicadas en el curso del trabajo: CADH: Convención Americana de Derechos Humanos; CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte Interamericana: Corte Interamericana de Derechos Humanos; CIJ: Consejo Interamericano de Jurisconsultos; ONU: Organización de las Naciones Unidas; OEA: Organización de los Estados Americanos; SG: Secretaría General; AG: Asamblea General.

³ Por derechos humanos nos referimos esencialmente a los derechos y facultades de que goza todo individuo en forma inherente y que los Estados han reconocido y se encuentran obligados a respetar. Para una delimitación más precisa del concepto puede consultarse, entre otros, a MERON, Theodor, *On a Hierarchy of International Human Rights*, en *Ameritan Journal of International Law*, January 1986, vol. 80, No. 1. Cabe destacar que si bien el término "derechos humanos" es una forma acuñada en tiempos modernos, la preservación y garantía de los derechos del hombre ha ocurrido prácticamente durante todas las épocas. Al respecto puede consultarse, entre otros, a BURNS, J.H., *The Rights of Man Since the Reformation: An Historical Survey*, en VALLAT, Francis (editor), *An Introduction to the Study of Human Rights*, Europa Publications, Londres, 1970. PORRUA, FRANCISCO, *El Respeto de los Derechos Humanos*, en *Excelsior*, 11-13 de octubre de 1988. LABARDINI, Rodrigo, *Orígenes y Antecedentes de Derechos*

ción Universal de los Derechos Humanos (en adelante pudiendo denominarsele DUDH)⁴ de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU),⁵ la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)⁶ de la Organización de los Estados Americanos (OEA),⁷ la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamenta-

Humanos hasta el Siglo XV, en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 19, 1989-1990, México, D.F., LARA PONTE, *Génesis de los Derechos Humanos*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 1984, PALUMBO, Michael, *Human Rights: Meaning and History*, Robert E. Krieger Publishing Company, Malabar, Florida, 1982, PECES-BARBA, HIERRO, ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO y LLAMAS, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, y VASAK, Karel (editor en general), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Editorial del Serbal, S.A. y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Barcelona, 1984.

⁴ Fue elaborada por la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1947 y 1948. Se aprobó por la Asamblea General (AG) de ONU el 10 de diciembre de 1948 mediante Resolución 217 (III).

⁵ Organización mundial intergubernamental fundada el 24 de octubre de 1945 por los 51 gobiernos de las naciones unidas en la II Guerra Mundial contra los países del Eje. Es la sucesora legal de la Sociedad de las Naciones Unidas (disuelta en 1946). Para mayor abundamiento véase SEARA, VÁSQUEZ, Modesto, *Tratado General de la Organización Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

⁶ Fue adoptada por unanimidad por la XI Conferencia Internacional Americana el 30 de marzo de 1948. La DADDH comprende 28 derechos y 10 deberes. Para mayor abundamiento véase URIBE VARGAS, Diego, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972, GARCÍA BAUER, Carlos, *Derechos Humanos en América*, Tipografía Nacional, Guatemala, Guatemala, 1987.

⁷ Es la organización regional del hemisferio occidental. Fue establecida por la Carta de la Organización de los Estados Americanos o Carta de Bogotá, suscrita el 2 de mayo de 1948 durante la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia. Fue modificada por los Protocolos de Buenos Aires y de Cartagena de Indias. México firmó el Protocolo de Buenos Aires, el 27 de febrero de 1967, lo ratificó el 22 de abril de 1968 y entró en vigor el 27 de febrero 1970. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), el 26 de octubre de 1968. México suscribió el Protocolo de Cartagena de Indias el 5 de diciembre de 1985, lo ratificó el 11 de octubre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre del mismo año. DOF: 6 de abril de 1989. Los miembros originarios de la OEA son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

tales⁸ y la Carta Africana sobre Derechos del Hombre y de los Pueblos⁹ obtenido en el seno de la Organización para la Unidad Africana.¹⁰

Las disposiciones normativas de estos instrumentos internacionales de derechos humanos tienen un carácter netamente sustantivo y, cuando mucho, sólo apuntan al aspecto adjetivo de las mismas. Por este motivo, en otras convenciones internacionales¹¹ se han consignado los mecanismos y medios de defensa de los diferentes derechos recogidos en tales Declaraciones. Ejemplo de estas convenciones son el Pacto Internacional de

⁸ La Convención se adoptó en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Para mayor abundamiento véase ROBERTSON, A. H., *The European Convention on Human Rights*, en LUARD, Evans (editor), *The International Protection of Human Rights*, Thames and Hobson, Londres, 1961, ROBERTSON, A. H., *Human Rights in the World*, Manchester University Press, Londres, 1972.

⁹ También conocida como Carta de Banjul. Fue adoptada en junio de 1981, en Nairobi, Kenya, en ocasión de la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, como consecuencia de la Decisión 115 (XVI) de dicho órgano que se reuniera en Monrovia, Liberia.

¹⁰ Esta organización fue fundada el 25 de mayo de 1963 en Addis Abeba, Etiopía, con sede en la misma ciudad. Fue precedida por diversos proyectos de unidad regional, entre los cuales cabe mencionar: la Unión de Ghana y Guinea, acordada el 23 de noviembre de 1958, ampliada a Mali el 29 de abril de 1961; la Conferencia Panafricana en Accra, la capital de Ghana (1958); el establecimiento del Grupo de Brazzaville en 1960, el Grupo de Casablanca (1961) y el Grupo de Monrovia. Los órganos principales de la OUA son: la Conferencia (anual) de los Jefes de Estado, la Reunión (semestral) de los Ministros de Relaciones Exteriores, de la cual dependen las Comisiones de Defensa, Económico-Social y Científica, Educativa y Cultural, y el Secretariado, con sede en Addis Abeba.

¹¹ Recordemos que en el medio internacional, los acuerdos de voluntad entre sujetos de derecho reciben diversas denominaciones, tales como convenciones, pactos, protocolos, acuerdos, convenios, memorándum de entendimiento, etcétera, que genéricamente podemos agrupar bajo el concepto de "tratados" sin que existan diferencias sustantivas entre estas voces y los instrumentos jurídicos que representan. La denominación que recibe un acuerdo deriva muchas veces de las formalidades del evento internacional en que se celebraron, así como de su importancia. Todos son tratados, aun cuando tengan diferente denominación. Artículo 2-1-a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (firmada en Viena el 23 de mayo de 1969; México se adhirió el 25 de septiembre de 1974 y entró en vigor el 27 de enero de 1980; *DOF*: 14 de febrero de 1975). Para mayor abundamiento confróntese a PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados: Legislación y Práctica en México*, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2a. edición, México, D.F., 1986, MOYANO, César, *La Interpretación de los Tratados Internacionales*, Editorial M.B.A., Montevideo, 1985.

Derechos Civiles y Políticos (PDCP),¹² el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC),¹³ el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PFPDCP),¹⁴ la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)¹⁵ y los cinco protocolos a la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Estos instrumentos van definiendo cada vez más los derechos del hombre y les dan mayor protección y efectividad. Así, el PFPDCP resulta más amplio que la DUDH pues incluye normas sobre el no encarcelamiento por deudas, trato humanitario a prisioneros y la prerrogativa de todo niño a adquirir una nacionalidad.

Otros instrumentos internacionales se han abocado a tratar temas específicos como pueden ser: a) la tortura, con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes¹⁶ de ONU y la Convención Interamericana para Preve-

¹² Adoptado por Resolución 2200 (XXI) de la AG de ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. México se adhirió al PDCP el 23 de marzo de 1981, formulando dos declaraciones y dos reservas. Entró en vigor para México el 23 de junio de 1981; *DOF*: 20 de mayo de 1981.

¹³ Se adoptó conjuntamente con el PDCP (*supra* nota 12). Entró en vigor el 3 de enero de 1976. México se adhirió el 23 de marzo de 1981 y formuló una declaración interpretativa al efecto. Entró en vigor para México el 23 de junio de 1981. *DOF*: 12 de mayo de 1981.

¹⁴ Se adoptó conjuntamente con el PDCP y el PDESC (*supra* notas 12 y 13). Entró en vigor en la misma fecha que el PDCP. El PDCP, el PDESC y el PFPDCP constituyen lo que se denomina el Estatuto Internacional de Derechos Humanos o *International Bill of Rights*. México no es parte del Protocolo Facultativo.

¹⁵ Firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. México se adhirió el 24 de marzo de 1981, formuló dos declaraciones y una reserva y entró en vigor para México en la misma fecha. *DOF*: 7 de mayo de 1981. Para un análisis más detallado de esta Convención, véase, entre otros a SZÉKELY, Alberto, *México y los Instrumentos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos*, en *La Protección Internacional de los Derechos del Hombre, Balances y Perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1983, LABARDINI, BRITO y GONZÁLEZ, *La Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"*, Revisitada, en *El Foro*, órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Octava Época, núm. 4, 1988, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, D.F.

¹⁶ Mediante Resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984 de AG-ONU, se aprobó y abrió la Convención a la firma, ratificación y adhesión. México la firmó *ad referendum* el 18 de marzo de 1985 y depositó el instrumento de ratificación el 23 de enero de 1986. *DOF*: 26 de junio de 1987.

nir y Sancionar la Tortura¹⁷ de OEA; b) los derechos de la mujer, con la Convención Internacional para la represión de la trata de Mujeres y Menores¹⁸ y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer;¹⁹ y c) la esclavitud, con la Convención relativa a la Esclavitud²⁰ y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y las Prácticas Análogas.²¹ De esta forma, el sistema internacional de protección y respeto de los derechos humanos ha ido reafirmando las normas substantivas de la materia. Ante estos documentos internacionales pocas dudas puede tenerse que la protección de los derechos humanos queda inscrita dentro de las tareas más importantes de las organizaciones internacionales y que incluso les han dado gran prestigio internacional por la constante lucha en su defensa.

Muestra de estos esfuerzos es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San

¹⁷ Aprobada por la AG-OEA el 9 de diciembre de 1985 en Cartagena de Indias, Colombia. México la firmó el 10 de febrero de 1986 y la ratificó el 22 de junio de 1987. *DOF*: 11 de septiembre de 1987.

¹⁸ Firmada en Ginebra el 30 de septiembre de 1921. México se adhirió el 10 de mayo de 1932. Entró en vigor para México en la misma fecha y se publicó en el *DOF* el 25 de enero de 1936. Las disposiciones de la Convención del 21 de marzo de 1950 (de la que México es parte desde el 21 de febrero de 1956) para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena reemplaza entre las partes las disposiciones de la Convención de 1921. La Convención de 1921 se encuentra en vigor únicamente entre México y los Estados que no sean Partes de la Convención de 1950. La Convención de 1921 fue enmendada por el Protocolo que modifica el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, el cual fue firmado en definitiva por México el 12 de noviembre de 1947 y entró en vigor en igual fecha. *DOF*: 19 de octubre de 1949.

¹⁹ Firmada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. México se adhirió el 23 de marzo de 1981. Entró en vigor el 13 de noviembre de 1981. *DOF*: 12 de junio de 1981; fe de erratas: 18 de junio de 1981.

²⁰ Firmada en Ginebra el 25 de noviembre de 1926. México se adhirió el 8 de septiembre de 1934. *DOF*: 13 de septiembre de 1935. Esta Convención fue enmendada por el Protocolo, del 7 de diciembre de 1953, que enmienda la Convención sobre la Esclavitud, suscrito en Nueva York, y que México firmó en definitiva el 3 de febrero de 1954. *DOF*: 11 de mayo de 1955.

²¹ Firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entró en vigor el 30 de marzo de 1957. México se adhirió el 30 de junio de 1959. *DOF*: 24 de junio de 1960.

Salvador (en adelante pudiendo denominarse el Protocolo o PSS). El Protocolo destaca en el foro americano pues especifica y delimita el alcance de las normas que genéricamente fueron expresadas en la DADDH y que se recogen en el artículo 26 de la CADH: los derechos económicos, sociales y culturales.

II. LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Ha ya mucho tiempo que se reconoce que los individuos tienen ciertos atributos inherentes simplemente por su condición de "ser humano". En otras palabras, los derechos del hombre son tan antiguos como el hombre mismo.²² Estas cualidades normalmente se entienden referidas al perfeccionamiento del hombre y protección de su vida. Se considera que la autoridad, sea moral, pública o de cualquier otro tipo, debe respetar al hombre como ser humano. Dichas facetas son derivadas directamente de la condición del hombre, es decir, de su propia naturaleza. Estas nociones nacen de la idea, un tanto tautológica, de que no hay derechos humanos de los animales o cosas sino sólo del hombre.²³

En el ámbito interno primero surgieron los derechos civiles y políticos. En este rubro se exige del Estado una obligación de no hacer:²⁴ no atentar contra la vida humana, no restringir la libertad, no suprimir la propiedad, etcétera. La exigencia de estos derechos nace como consecuencia y lógica reacción al absolutismo de los

²² Para mayor abundamiento, ver *supra* nota 3. Otras fuentes bibliográficas para una aproximación del concepto de derechos humanos son los Artículos de EVANS, Sydney Hall, *Christianity and Human Rights*, y CASSIN, René, *Man and the Modern State*, en VALLAT, Francis (editor), *An Introduction to the Study of Human Rights*. Europa Publications, Londres, 1970.

²³ Compartimos opinión con el profesor Hübner Gallo en el sentido de que si bien se ha difundido la expresión "derechos humanos", la misma resulta redundante pues todo derecho necesariamente habría de ser humano. "Con mayor propiedad filosófica y jurídica se ha hablado de los 'derechos innatos' o 'congénitos' o 'derechos fundamentales de la persona humana'". HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Panorama de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), 1977, p. 1.

²⁴ Son tres los tipos de obligaciones: dar, hacer y no hacer. *Cfr.* BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, S.A., 10a. Edición, México, 1985, pp. 68-76.

Siglos XVII y XVIII. Los individuos exigen que se les respete en su integridad y no sean meros peones en un ajedrez de poder. Estas exigencias hallarían eco en el ámbito internacional: no intervención, libre autodeterminación de los pueblos, etcétera. Esta "generación" de derechos se exigen como parapeto frente a todo tipo de organización política totalitaria, nacional o internacional.²⁵

Al transcurrir el tiempo y progresar los Estados en su desarrollo económico y social, la población tiene acceso a fuentes laborales, y a salud, ciencia y cultura. En consecuencia se vuelve necesario que a los derechos civiles y políticos se les agregue un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales (segunda generación). Se hizo patente que los primeros no podrían tener plena vigencia si no eran complementados por los segundos. Ahora se demanda que el Estado en lugar de tener una actitud pasiva, asuma una activa, cumpla una obligación de hacer: crear las condiciones materiales y jurídicas para un ingreso adecuado y protegido al trabajo, a la salud, a la ciencia y a la cultura.

Este tipo de derechos no tienen aplicación exacta e igual en todos los Estados. Su realización y protección depende en gran medida del mayor o menor desarrollo económico individual de los países. Su aplicación debe ser, por tanto, gradual y progresiva. La ejecución de las obligaciones asumidas, donde la primera generación consiste en abstenciones (no hacer) y la segunda en actos positivos (hacer), se encuentra vinculada al progreso material del Estado.

En el ámbito internacional esto se correlacionó con el derecho al desarrollo (el Nuevo Orden Económico Internacional [NOEI]) donde los Estados exigen respeto, consideración y oportunidades iguales de la comunidad internacional para participar en la esfera económica mundial y respeto y consideración en favor de los países en desarrollo, que en gran medida continúan batallando por su existencia. La vigencia de estos derechos no depende tanto de los esfuerzos de un Estado por sí solo, sino que se encuentran basa-

²⁵ Cfr., URIBE VARGAS, Diego, *La Troisième Génération des Droits de l'Homme et la Paix*, Coopérative et d'Édition Mutualiste, París, 1985, DÍAZ MÜLLER, Luis Miguel, *América Latina, Relaciones Internacionales y Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1986 y OEA, CJI/Res. II-3/88 en OEA/Ser.G. CP/doc. 1925/88, 12 septiembre 1988, pp. 45-46.

dos en la comunidad internacional como un deseo de ayudar a todos sus miembros sin perjuicio de interés alguno.

Es en este sentido que se habla de la "tercera generación" de derechos humanos. Estas prerrogativas no se orientan a la ejecución particularizada de las facultades de los seres humanos sino que engloba a los pueblos como una colectividad.²⁶ Éstos serían los "derechos de solidaridad" o un "derecho común de la comunidad".²⁷ Esta generación de derechos humanos abarcaría a los derechos ecológicos, a la alimentación y un trato económico internacional justo y equitativo.

Ahora bien, no obstante que los derechos humanos han sido recogidos en forma diversa desde tiempos remotos, su expresión jurídica en estatutos positivos nacionales o internacionales y, más importante, los mecanismos efectivos de protección, corresponden a etapas más recientes.²⁸ Por ello, debemos tener en mente qué tan importante es combatir los síntomas, es decir las violaciones a los derechos humanos, cómo atacar las causas que les motivan y que según algunos,²⁹ pueden ubicarse en "la falta de participación política, por una parte, y a la negación del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, por otra".

Documentos de indudable importancia histórica en la evolución internacional son la Carta Magna,³⁰ la Declaración de Derechos de Virginia³¹ y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciu-

²⁶ Estamos utilizando el término "pueblo" en su sentido sociológico y no en sentido jurídico que pudiera equipararse a Estado o nación. Así, un pueblo sería un grupo de seres humanos que poseen un idioma, lengua, religión similares que une a sus miembros integrantes.

²⁷ VASAK, Karel, citado en DÍAZ MÜLLER, *op. cit.*, supra nota 25.

²⁸ Véase, entre otros, DÍAZ MÜLLER, *op. cit.*, supra nota 25 y PECES-BARBA, *et al.*, *op. cit.*, supra nota 3.

²⁹ MÁRQUEZ, Edith (Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos), *Informe de Trabajo, 16 de octubre de 1987*, en OEA/Ser. G, CP/doc. 1861/87, 20 de octubre de 1987, pp. 239-240.

³⁰ Constituye la base de las libertades inglesas. Juan sin Tierra la concedió en 1215 al clero y nobleza. Se incluyen, entre otros, diversos derechos de legalidad.

³¹ Emitida el 12 de junio de 1776. Este documento decretó la independencia del Edo. de Virginia.

dadano.³² Estos instrumentos estaban primordialmente enfocados a los derechos civiles y políticos de poblaciones específicas. Pero con el transcurrir del tiempo se determinó que para dar plena vigencia a estos derechos también resultaba necesario reconocer y vigorizar los derechos económicos, sociales y culturales.

Otros grandes hitos son las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos que expresan valores y derechos similares y establecen que todos los hombres nacen libres e iguales en su dignidad. Por cuanto hace a derechos económicos, sociales y culturales, los artículos 22 al 27 de la DUDH y XI a XVI de la DADDH les dan respaldo jurídico y reconocimiento contemporáneo en nuestro siglo. La importancia de este último instrumento en el ámbito americano es tal que, según algunos,³³ resulta ser un "código moral más que una convención regional".

En 1966 se aprueban el PDCP y el PDESC. En este último, ya en un estatuto internacional *ex profeso*, se establecen los derechos al trabajo, al desarrollo familiar, a la situación de la mujer, a la educación, a la salud, a la cultura y al progreso científico.

En el contexto nacional, los derechos "sociales" fueron reconocidos en primera instancia en la constitución política mexicana del 5 de febrero de 1917.³⁴ Con posterioridad también se expresaron en otros países, como en la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Expoliado³⁵ y la Constitución de 1919 de la República Alemana de Weimar.

³² Aprobada por la Asamblea francesa el 26 de agosto de 1789. Es considerada por varios autores como la primera declaración de derechos humanos.

³³ Comité Jurídico Interamericano. *Cfr.* OEA-CJI/Res. II-3/88 y OEA/Ser. G. CP/doc. 1926/88, 12 de septiembre de 1988, p. 45. Vale señalar que la DADDH se adoptó 9 meses antes que la DUDH.

³⁴ Los derechos sociales recogidos más destacados son el del trabajo (artículo 123) y el relativo a la tierra (artículo 27).

³⁵ Aprobada el 12 de enero de 1918 después de la revolución rusa.

III. ANTECEDENTES DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

En el ámbito americano un importante paso en materia de derechos humanos fue la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que se celebró en 1969 en San José, Costa Rica. Dicha Conferencia aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la cual entró en vigor casi 10 años después.³⁶

Como se ha expresado, los pueblos se han resuelto a "promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad", porque, "como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".³⁷ Pero la CADH comprende no sólo a la definición y contenido de los derechos protegidos sino que incluye además dispositivos precisos para procurar la eficacia de esos derechos mediante mecanismos de exigibilidad y garantía encomendados a sus dos órganos principales: la CIDH y la Corte.

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, dispone en su artículo 77, en conjunción con el artículo 31, que cualquier Estado parte³⁸ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)³⁹ podrán someter a la consideración de los Estados Parte de la CADH, reunidos en ocasión de la Asamblea General de OEA, proyectos de protocolos

³⁶ Se firmó el 29 de octubre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1979.

³⁷ Punto 13 de la Proclamación de Teherán. Reiterado en OEA/Ser. G. CP/CAJP-622/85 add. 2, 27 junio de 1986.

³⁸ Al 31 de agosto de 1997 los Estados Parte de la CADH eran: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

³⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es órgano principal de la OEA conforme a la Carta de Bogotá, reformada por los Protocolos de Buenos Aires y de Cartagena de Indias. A mayor abundamiento *cfr.* PIZA, Rodolfo y TREJOS, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Editorial Juricentro, San José, C.R., 1989, y GARCÍA BAUER, *op. cit.*, *supra* nota 6.

adicionales a la propia Convención, con la finalidad de incluir progresivamente otros derechos y libertades en el régimen de protección. Por otra parte, en el artículo 26 de la CADH los Estados parte se comprometieron, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional (especialmente económica y técnica), a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y que sobre educación, ciencia y cultura se encuentran contenidas en la Carta de Bogotá.⁴⁰

En 1982, durante el XII periodo ordinario de sesiones, la Asamblea General de OEA, al considerar el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reafirmó que la protección efectiva de los derechos humanos debe abarcar también a los derechos sociales, económicos y culturales y señaló la responsabilidad que tienen los gobiernos de los Estados miembros en el proceso de promover la cooperación para el desarrollo hemisférico.⁴¹ De esta forma, la Asamblea recogió en su Resolución 619 (XII-0/82) la propuesta del gobierno de Costa Rica para que se elaborara un Protocolo Adicional al Pacto de San José. En esta Resolución, la Asamblea encargó a la Secretaría General de la OEA la elaboración de un Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana que definiera los derechos sociales, económicos y culturales a que se refería el párrafo dispositivo 9 de la Resolución 618 y estableciera los órganos apropiados para su protección. Este anteproyecto debía elaborarse y remitirse oportunamente a los gobiernos de los Estados miembros y a la Co-

⁴⁰ Esto es, debido a la interdependencia y estrecha vinculación que existe entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, la protección nacional e internacional de los derechos humanos debe ser integral y abarcar todas las facetas que surgen de la inalienabilidad del ser humano, aunque sujeto a las modalidades propias a cada uno de los correspondientes derechos.

⁴¹ La CIDH recomendaba en su Informe Anual: "3. Que para reafirmar la importancia de los derechos sociales, económicos y culturales; celebrar los veinticinco años de la creación, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los quince del "Pacto de San José", se convoque durante 1984, para realizarla en el año 1985, a una conferencia Especializada que apruebe el Protocolo Adicional a la Convención Americana que defina los derechos sociales, económicos y culturales; señale los órganos competentes para la protección de estos derechos y establezca los mecanismos adecuados para promover su vigencia".

misión Preparatoria para que presentaran sus observaciones y recomendaciones, con el fin de que fuera considerado por la XIII Asamblea General.

La Comisión Preparatoria presentó su informe a la Asamblea General y solicitó que el Secretario General también debía enviar el Anteproyecto a la CIDH y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴² para que presentaran sus observaciones y recomendaciones a los Estados parte en la CADH⁴³ en la reunión que se convocara para tal efecto.⁴⁴

En cumplimiento de los expresados encargos, la Secretaría General elaboró un Anteproyecto muy amplio y completo. El Anteproyecto se basó en trascendentales instrumentos internacionales que existían sobre la materia, entre ellos, la DUDH, la DADDH, la Carta Interamericana de Garantías Sociales, el PDESC, el Pacto de San José y la Carta de Bogotá. La Secretaría se basó también en un Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que fuera aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en el año de 1959.⁴⁵ Este último hecho resalta el interés que el tema ha despertado a través del tiempo en el medio americano.

El Anteproyecto de la SG contenía 25 artículos referidos fundamentalmente a los aspectos substantivos de los derechos al trabajo, familia, alimentación, vivienda y vestido, educación y ciencia y cultura. También contemplaba algunas normas sobre los medios de protección de esos derechos. Al efecto establecía un sistema de informes periódicos que los Estados parte en el Protocolo se comprometían a transmitir a la CIDH sobre las medidas que hubieren adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el mismo.⁴⁶

⁴² Para materiales sobre la Corte Interamericana confróntese INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 1986, PIZA y TREJO, *op. cit.*, supra nota 39, y GARCÍA BAUER, *op. cit.*, supra nota 6.

⁴³ Vale la pena recordar que no todos los Estados Miembros de OEA son partes en la CADH, siendo el caso más notorio el de EUA. *Cfr. supra* notas 7 y 38.

⁴⁴ Resolución 657 (XIII-0/83).

⁴⁵ Cuarta Reunión en Santiago de Chile durante agosto y septiembre.

⁴⁶ El artículo 20 del Anteproyecto incluso establecía que las normas del Protocolo Adicional debían insertarse como artículos adicionales e integrarse al Capítulo III, par-

*Este Anteproyecto fue remitido para observaciones y comentarios a la CIDH y la Corte Interamericana⁴⁷ y a los gobiernos de los Estados parte de la CADH. También se contó con las opiniones de la Organización Internacional del Trabajo OIT⁴⁸ y la Organización Panamericana de la Salud OPS.⁴⁹

Las opiniones pusieron de manifiesto el consenso de las partes sobre la necesidad de elaborar el Protocolo que comentamos. Las diferencias versaban más bien en torno a si la materia debía ser comprendida en un solo documento o en varios. Otras discrepancias ocurrían en derredor al sistema de protección de los derechos que quedarían consagrados.⁵⁰

Por ejemplo, México sostuvo en primera instancia que, sin hacer una discriminación o graduación de los derechos económicos, sociales y culturales, sino más bien una separación, debiera existir

te I de la CADH, es decir la única sección que se refiere a los derechos sociales, económicos y culturales y que consta de un solo artículo.

⁴⁷ Mediante la AG/RES (XV-0/85), adoptada el 9 de diciembre de 1985, la AG solicitó a la Corte nuevas observaciones sobre el Proyecto.

⁴⁸ Organismo especializado de ONU fundado el 11 de abril de 1919 en la Conferencia Paz, como Organismo autónomo, asociado a la Sociedad de Naciones. Tiene Órganos principales: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo. La Conferencia se reúne una vez al año y asisten a ella unos 1,000 delegados, consejeros y asesores de los Estados miembros, representantes de ONU y otros Organismos especializados, así como de ciertas asociaciones internacionales interesadas en las cuestiones del trabajo. Cada Estado envía cuatro delegados, dos gubernamentales y sendos delegados representantes de empleadores y trabajadores, estos últimos dos pueden sostener y expresar puntos divergentes a los de sus gobiernos. La Conferencia adopta convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, así como resoluciones tendientes a elevar las normas de trabajo en el mundo entero.

⁴⁹ Organismo intergubernamental establecido en enero de 1902 en la Cd. de México por la II Conferencia Internacional Americana con el nombre de Oficina Sanitaria Internacional y que en 1923 fuera cambiado por Oficina Sanitaria Panamericana. La OPS tiene un doble carácter: es organismo especializado de OEA en el marco de la salud pública y es el organismo regional en América de la Organización Mundial de la Salud. Su objeto es la promoción y coordinación de los esfuerzos de los países del hemisferio occidental para combatir las enfermedades, prolongar la vida y estimular el mejoramiento físico y mental de sus habitantes. La autoridad suprema es la Conferencia Sanitaria Panamericana.

⁵⁰ RABASA, CJI-Res. II-3/88 en OEA/Ser. G, CP/doc. 1925/88, 12 de septiembre de 88, p. 47.

una convención para aquellos derechos de corte progresivo que habrían de instrumentarse en forma paulatina, y otra para los derechos cuya aplicación y exigibilidad fuere inmediata.⁵¹ Por contra, Uruguay se adhirió a la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos; opinión que afirma que los derechos humanos no deben sujetarse a clasificaciones o jerarquizaciones que pudieran interpretarse en el sentido de otorgar mayor importancia a algunos derechos en menoscabo de otros.⁵² La Corte Interamericana llegó a secundar esta última opinión pero añadió que los caracteres diferenciales de los derechos "pueden exigir sistemas o mecanismos de protección distintos".⁵³

Estas diferencias sobre criterios metodológicos quedaron resueltas en forma implícita ya que el proyecto que elaboró la CIDH, y sobre el cual estuvo laborando el Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente, optó por reunir en un solo documento a los dos grupos de derechos. Este proyecto resultó medular pues sobre él habrían de pronunciarse los Estados Miembros. Fue en este momento cuando también se solicitó la ayuda del Comité Jurídico Interamericano.⁵⁴

En 1985, en Cartagena de Indias, Colombia, la AG de OEA adoptó la Resolución 781. A raíz de esta resolución se solicitó al Consejo Permanente que formulase recomendaciones específicas

⁵¹ OEA/Ser.G, CP/CAJP-622/85 add. 6, 18 de agosto de 1986. La Corte Interamericana también pensó como México originalmente, es decir que sería conveniente que hubiera dos pactos para los derechos económicos, sociales y culturales, uno para los de aplicación progresiva y otro para los de exigibilidad inmediata. *Cfr.* OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2, 26 junio 1986.

⁵² OEA/Ser.G, CP/CAJP-622/85 add. 7, 31 de marzo de 1987.

⁵³ OEA/Ser.G, CP/CAJP-622/85 add. 2-a, 27 de junio de 1986. La Corte dijo que los derechos económicos, sociales y culturales debían quedar en un Protocolo Adicional y no en una Convención autónoma (*cfr.* artículos 31 y 77 de la CADH) si lo que se deseaba era incluir "otros derechos" en el régimen de protección de la CADH.

⁵⁴ Desde 1942, año de creación del Comité Jurídico Interamericano (órgano consultivo de OEA en asuntos jurídicos; su principal finalidad es promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en el continente), México ha estado representado por 11 personas: Roberto Córdoba, Pablo Campos Ortiz, Francisco Ursúa, Francisco González de la Vega, Alfonso García Robles, Antonio Gómez Robledo, Sergio González Gálvez y Emilio O. Rabasa. Sin embargo, en 1993 fue la primera ocasión en que un mexicano ocupó la presidencia del órgano: el licenciado José Luis Siqueiros.

en lo que se refiere a la definición de los derechos objeto de protección y los mecanismos institucionales que deberían establecerse para lograr la adecuada protección de los derechos que habrían de incluirse en el Protocolo Adicional.⁵⁵ En consecuencia se creó un Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente para llevar a cabo los estudios y trabajos respectivos.

El Grupo de Trabajo, en conocimiento de que la CIDH presentaría un proyecto específico sobre la materia, dedicó sus primeras sesiones a debatir la metodología que habría de seguirse y a escuchar las opiniones de la OIT, la OPS, la CIDH y la Corte Interamericana. Estas reuniones resultarían de gran utilidad para sus labores posteriores.

Así, en uso de las facultades contempladas en el artículo 77 de la CADH, la CIDH sometió en 1986 a la Asamblea General de la OEA, reunida en Guatemala, un proyecto de Protocolo Adicional a la CADH sobre derechos económicos, sociales y culturales. El 17 de diciembre de 1986, el Consejo Permanente remitió el aludido proyecto⁵⁶ a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y a los gobiernos de los Estados parte en la CADH para observaciones y comentarios. Dicha información debía ser remitida para que el Consejo Permanente la considerara, al igual que cualquier otra información que estimara apropiada, y de esa forma pudiera presentar propuestas sobre la materia a la Asamblea General en su decimoséptimo periodo ordinario de sesiones. La Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, acordó reconstituir el mismo Grupo de Trabajo que había funcionado en 1986, integrado por las delegaciones de los gobiernos de Argentina, Barbados, Costa Rica, El Salvador, México, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela.⁵⁷

El Grupo de Trabajo de 1987 adoptó como base de sus trabajos el proyecto de la CIDH y procedió a discutir cada uno de

⁵⁵ OEA/Ser. G. CP/doc. 1861/87. 20 de octubre de 1987, p. 241.

⁵⁶ Resolución AG/Res. 836 (XVI-0/86).

⁵⁷ Sesión celebrada el 20 de enero de 1987. Una delegación de Guatemala se incorporaría al Grupo de Trabajo con posterioridad. Asimismo asistieron como observadores las delegaciones de Bolivia, Brasil y Estados Unidos de América. OEA/Ser.G CP/doc. 1861. 20 de octubre de 1987, p. 247.

los artículos. Otros instrumentos que consideró fueron: la Carta de Bogotá, la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la DUDH (1948), la DADDH (1969), el PDESC (1966), el PDCP (1966), y las observaciones y propuestas formuladas por los gobiernos mencionados. Sin duda, el documento que más importancia tuvo fue el PDESC.⁵⁸

El Grupo de Trabajo no alcanzó en sus 14 sesiones a revisar los 22 artículos propuestos por la CIDH. Sin embargo, en una primera lectura aprobó los 20 primeros, sobre los derechos substantivos establecidos en el proyecto. Únicamente quedó por resolver lo relativo a la protección de tales derechos; en otras palabras, el aspecto normativo adjetivo. Esto resultaba bastante desafortunado, pues uno de los aspectos fundamentales del Protocolo Adicional debía estar constituido por los medios institucionales para la tutela y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. En esta ocasión, el Grupo de Trabajo sólo adelantó observaciones generales, pero no logró concluir.⁵⁹

Por otra parte, a propuesta del doctor Emilio O. Rabasa, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) aprobó, en sesión del 2 de febrero de 1987, la inclusión del Protocolo como tema en su agenda. El propio Doctor Rabasa quedó encomendado para desarrollarlo, y elaboró un proyecto de "opinión general" para que se presentara a AG de OEA en su XVIII periodo ordinario de sesiones. El Doctor Rabasa hizo un análisis de los derechos del hombre, tanto en el ámbito internacional como en el americano,⁶⁰ y destacó

⁵⁸ El Grupo de Trabajo también recibió observaciones y comentarios formulados por los gobiernos de Colombia, México, Perú, Venezuela y Uruguay, así como las opiniones de la OIT, la OPS y la Corte Interamericana.

⁵⁹ El Grupo de Trabajo quiso elevar el proyecto a la firma de la Asamblea General que se celebraría en San Francisco. Para efectos de precisar el sentido y alcance de las disposiciones del proyecto y así facilitar su interpretación normativa, el Grupo de Trabajo elaboró su informe de trabajo como *travaux preparatoires*. En adición, los gobiernos del Ecuador, Perú, México, Colombia, Argentina y Venezuela presentaron informes sobre el Proyecto de la CIDH. OEA/Ser.G CP/doc. 1861, 20 de octubre de 1987, p. 246.

⁶⁰ Para estos fines, el doctor Rabasa estudió, a manera de "antecedente", los siguientes documentos: DADDH, la Carta de Bogotá y el Protocolo de Buenos Aires, CADH, el Anteproyecto de la SG de OEA, el Proyecto de la CIDH, así como comentarios que sobre este último realizaron la Corte Interamericana, algunos Estados miembros de OEA y Or-

las llamadas "tres generaciones" de derechos humanos.⁶¹ Asimismo indicó que era tardío pronunciarse sobre si los derechos económicos, sociales y culturales debían contenerse en una o varias convenciones, ya que los proyectos de la CIDH y del Grupo de Trabajo habían optado por una sola convención.

Sin embargo, aún se encontraba pendiente la definición y estructuración de los sistemas de protección de los derechos abordados por el PSS, ya que unos eran de aplicación y exigibilidad jurisdiccional inmediata,⁶² en tanto que otros deberían ser instrumentados paulatinamente.⁶³ Sugería el Doctor Rabasa que para los primeros se recurriera a los órganos ya establecidos en el Pacto de San José (CIDH y Corte Interamericana). Para los segundos recomendó instituir un procedimiento que comprendiera a los Consejos Técnicos de OEA⁶⁴ auxiliados por grupos de expertos *ad-hoc* y organismos especializados y que, por conducto de la SG de OEA, en estrecha comunicación con la Corte Interamericana, recibieran informes periódicos de los Estados Miembros y emitieran las recomendaciones que estimaran procedentes.⁶⁵

El proyecto final se aprobó por los Estados parte en la CADH,⁶⁶ en la decimotercera sesión ordinaria de la Asamblea General. Para estos fines se constituyó un nuevo grupo de trabajo, compuesto de las delegaciones de varios Estados,⁶⁷ para elaborar la versión final del proyecto.

ganismos especializados (OIT y OPS) y el documento elaborado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente.

⁶¹ Cfr. URIBE VARGAS, Diego, *La Troisième...*, *supra* nota 25.

⁶² La mayor parte de los laborales.

⁶³ Los relativos a la educación, cultura, familia, etcétera.

⁶⁴ El Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

⁶⁵ Este sistema sería parecido al que se lleva a cabo en ONU por conducto del ECO-SOC.

⁶⁶ Resolución AG/Res. 887 (XVII-0/87).

⁶⁷ Este Grupo de Trabajo se integró con delegaciones de los gobiernos de Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela. En el grupo de trabajo se encontraban como observadores representantes de Estados no miembros de la CADH: Brasil, Estados Unidos de América y Paraguay. Hay que destacar que Paraguay ratificó la CADH hasta el 24 de agosto de 1989, y Brasil hasta el 25 de septiembre de 1992, por lo que en estas sesiones sólo tenían el carácter de observador. EUA no es parte de CADH.

Finalmente, el 17 de noviembre de 1988, los Estados parte del Pacto de San José aprobaron el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador, dado que la Asamblea General se encontraba reunida en esta ciudad.

El Protocolo permanece abierto a firma y ratificación o adhesión de cualquier Estado parte de la CADH y entrará en vigor cuando sean depositados los instrumentos de ratificación o adhesión respectivos de once Estados. Catorce Estados han firmado el Protocolo, y sólo tres lo han ratificado: Ecuador (25 de marzo de 1993), México (16 de abril de 1996) y Suriname (10 de julio de 1990).⁶⁸

El Protocolo de San Salvador consta de un preámbulo y 22 artículos que, entre otros, cubren los siguientes derechos y obligaciones: derecho al trabajo y en condiciones justas y equitativas, derechos de sindicalización, derecho a la seguridad social, a la salud, a la alimentación, a la educación y de especial protección para ancianos y minusválidos y obligación de no discriminar.

Los derechos que consigna el PSS son de los denominados de "segunda generación", dentro del esquema de las llamadas tres generaciones de derechos humanos.⁶⁹ Siguiendo un orden cronológico, los derechos de primera generación son los civiles y políticos, los de segunda generación son los sociales, económicos y culturales; en tanto que los de tercera generación son los llamados "derechos de solidaridad".

⁶⁸ Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁶⁹ Cfr. *supra* texto que acompaña a las notas 22 a 27.

IV. ANÁLISIS DEL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

GENERALIDADES

La elaboración y ulterior suscripción de un instrumento internacional como el Protocolo de San Salvador fue una labor encomiable, fruto de múltiples esfuerzos y trabajos elaborados por los Estados que participaron y derivado, en específico, del Proyecto de Protocolo que elaboró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estos denuestos son aún más alentadores porque la promoción y protección de los derechos económico, sociales y culturales integran junto con los derechos civiles y políticos el reconocimiento de la dignidad humana.

El Protocolo de San Salvador hace evidente la voluntad política de los Estados americanos de reconocer que los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos humanos fundamentales, tienen la misma categoría que los derechos civiles y políticos. Esto refuerza la indivisibilidad e interdependencia de ambas categorías de derechos.⁷⁰

A pesar de ello es necesario recordar que las distintas condiciones socioeconómicas que prevalecen en los países americanos dificultan la realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Por los mismos motivos, y agravados por las diferentes crisis y trastornos económicos que varios países de la región han atravesado,⁷¹ es sumamente difícil establecer mecanismos internacionales de control que garanticen la efectiva vigencia

⁷⁰ El gobierno de la República Argentina asimismo expresó esta opinión: véase, COMISION DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS, CONSEJO PERMANENTE DE LA OEA, *Observaciones al Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Argentina*, OEA/Ser. G., CP/CAJP-622/85 add. 10, 1 de octubre de 1987.

⁷¹ México registró un crecimiento económico de sólo el 0.5% de 1982 a 1988, con un incremento anualizado del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) del 180% (?) en 1985 (?). SALINAS DE GORTARI, *I Informe de Gobierno, Anexo Estadístico*, México, D.F., 1989, pp. ? Por su parte, Argentina registró ?, Brasil ?, Nicaragua ? *Vid.* Banco Mundial, *Informe Anual 198?*, Washington, D.C., 1990 (?). Perú declaró una moratoria al pago de intereses en 1987 (?). Asimismo no hay que olvidar los graves proble-

de los derechos amparados por el Protocolo, que en gran medida no son de aplicación y exigibilidad inmediata sino de instrumentación progresiva y paulatina.

PREÁMBULO

El Protocolo de San Salvador es un instrumento internacional de carácter intrarregional⁷² que sólo tiene efectos limitados previsibles para Estados Miembros del Pacto de San José de Costa Rica.⁷³ Esta consideración en principio parece contradictoria ya que por un lado se limita el acceso sólo a los Estados parte en la CADH, pero por el otro se busca "consolidar en el continente americano" los derechos consignados. No parece congruente del todo que estos derechos puedan consolidarse si algunos de los Estados americanos carecen de una vía de acceso inmediata. No obstante lo anterior, pareciera que el objetivo es lograr la uniformidad, por lo menos entre los Estados Parte en la CADH.

En el preámbulo del PSS aparecen las razones que justifican y motivan a los Estados para adoptar un Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos, junto con los civiles y políticos, constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Por ello es que ambas categorías de derechos exigen una tutela y promoción permanente con el objeto

mas de créditos y pagos internacionales que enfrentaron, y continúan afrontando, varios países de la región. Más importante aún fue la crisis financiera que atravesó México en diciembre de 1994 y cuyos efectos resintió fuertemente durante 1995.

⁷² Instrumentos universales son aquellos que buscan establecer uniformidad en todo el mundo jurídico internacional como sería la Organización de las Naciones Unidas y la extinta Sociedad de las Naciones. De carácter regional son los que buscan tener aplicación en zonas geográficas específicas como la Organización de los Estados Americanos, la Unión Europea y la Liga Árabe. El Protocolo de San Salvador, en principio de carácter regional, de hecho es de acceso restringido pues no sólo es para Estados Americanos sino que sólo está abierto a firma de quienes formen parte de la CADH; es decir, no todo miembro de OEA puede suscribir el Protocolo, pues antes debe firmar la CADH.

⁷³ La vigencia espacial del Protocolo claramente se expresa en el primer párrafo preambular y es reiterado en el artículo 21 indicando que queda abierto a la firma y a la ratificación o adhesión de cualquier Estado Parte de la CADH.

de lograr su vigencia plena sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.⁷⁴

Así, los Estados americanos tienen como propósito el consolidar en el continente un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Conforme al párrafo segundo del Preámbulo, ello se encuentra enmarcado “dentro del cuadro de las instituciones democráticas”. En este punto vale la pena destacar las posibles vaguedades de lo que el término “instituciones democráticas” puede implicar y preguntarnos si los Estados parte del Protocolo y del Pacto de San José entienden lo mismo por dichos vocablos.

Para lo anterior debemos ubicar la frase dentro del contexto hemisférico. Recuérdese que Cuba fue excluida del sistema interamericano el 14 de febrero de 1962, después de la Octava Reunión de Consulta.⁷⁵ En dicha Reunión se indicó, entre otras cosas, que la “adhesión de cualquier miembro de la Organización de los Estados Americanos al marxismo-leninismo es incompatible con el sistema interamericano y el alineamiento de tal gobierno con el bloque comunista quebranta la unidad y la solidaridad del Hemisferio”. En consecuencia, lo menos que puede afirmarse es que en el sistema americano el marxismo-leninismo y el alineamiento con el bloque comunista son posiciones ideológicas y formas de organización político-sociales que no pueden congeniar con las instituciones democráticas en el continente americano,⁷⁶ las que entonces deben revestir un carácter especial.⁷⁷

En el cuarto párrafo preambular del PSI se indica que “CONSIDERANDO la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las *diferentes* categorías de dere-

⁷⁴ OEA/Ser. G, CP/doc. 1861/87, 10 de octubre de 1987, p. 243.

⁷⁵ Celebrada en Punta del Este del 22 al 31 de enero de 1962.

⁷⁶ Aquí vale apuntar hacia la posible contradicción con la “libre autodeterminación de los pueblos” ya que se permitirá a los pueblos decidir libremente sus destinos siempre que no escojan el marxismo-leninismo ni alinearse con algún bloque comunista.

⁷⁷ Vale recordar que el artículo 3, II, a) de la CPEUM entiende a la democracia no sólo como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural de la población.

chos...”⁷⁸ Como señalamos, el Proyecto originalmente señalaba las *dos* categorías de derechos, redacción que se modificó ya que la intención del párrafo era destacar el concepto generalmente aceptado de que los derechos humanos constituyen un todo indivisible. Sin embargo, el PSS destaca la existencia de las “diferentes” categorías de derechos humanos lo que podría indicar que posiblemente debieran jerarquizarse tales categorías. Por este motivo el Grupo de Trabajo quiso hacer constar que “los derechos económicos, sociales y culturales forman parte, conjuntamente con los derechos civiles y políticos del concepto más amplio que son los derechos fundamentales de la persona humana”.⁷⁹

Los párrafos preambulares segundo y tercero son idénticos a los párrafos preambulares segundo y tercero del Pacto de San José. Esto parecería ser innecesario,⁸⁰ pero creemos que más bien resulta una firme reiteración de la voluntad de los Estados. No sólo se reconocen los derechos, sino que se reafirman para darles mayor vigor. Por otra parte hay que considerar que si no se recogieran de esta forma en el PSS, por lo menos habría que hacer referencias a la CADH. Esta situación podría provocar problemas de interpretación en la remisión a normas de otros instrumentos, incluidos los nacionales, lo que restaría posibilidades para que el individuo conociera con certeza jurídica sus derechos y deberes.

En el tercer párrafo preambular, los Estados parte conciben que los derechos esenciales del hombre son immanentes a todas las personas; son características inherentes a los individuos. Esto se debe a que los mismos “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado”, sino que su fundamento son los atributos propios de la persona humana. En consecuencia consideran que debe dárseles protección internacional mediante el acuerdo conjunto de las Partes y que sea de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria a la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Los Estados implican que la protección internacional es sólo para

⁷⁸ El *italico* es mío.

⁷⁹ OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987, p. 3.

⁸⁰ Incluso el gobierno de Argentina así lo expresó. Véase OEA/Ser. G., CP/CAJP-622/85 add. 10, 1 de octubre de 1987, p. 110.

reafirmar la que ya brindan los sistemas jurídicos internos y que ambos regímenes naturalmente no habrán de oponerse entre sí.⁸¹

Con posterioridad los Estados parte del Protocolo señalan que los derechos humanos se componen de diferentes categorías pero indisolubles en un solo cuerpo, es decir que los derechos pueden distinguirse entre ellos pero que de ninguna forma consideran que posean naturaleza distinta ni que pertenezcan a calidades diversas. Las categorías de derechos son económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,⁸² pero punto fundamental es la afirmación del PSS en el sentido de que "jamás (puede) justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".⁸³

El Protocolo asimismo reitera en su sexto párrafo preambular⁸⁴ que para realizar el ideal del ser humano libre es necesario erradicar el temor y la miseria y crear condiciones que permitan a cada persona gozar no sólo de los derechos civiles y políticos sino también de sus derechos económicos, sociales y culturales. Se reconoce de esta forma que si bien los derechos civiles y políticos han tenido mayor vigencia en su respeto y cumplimiento, no menos deben realizarse los económicos, sociales y culturales. Puede incluso decirse que los derechos civiles y políticos podrían quedar limitados en cuanto a su efectividad si no se crearan ni promovieran las condiciones necesarias en el seno de la comunidad que facilitarían una vida digna y decorosa o por lo menos las condiciones insoslayables para vivir y respirar como ser humano.

⁸¹ El proyecto original señalaba, en forma aparentemente limitativa, que reconocía los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales por lo que implícitamente excluía otras áreas de cooperación internacional que carecen de ese carácter.

⁸² Cfr. MERON, *op. cit.*, *supra* nota 3, HÜBNER, *op. cit.*, *supra* nota 23, URIBE, *op. cit.*, *supra* nota 25.

⁸³ Cuarto párrafo preambular PSS. La legislación mexicana también considera que el uso de un derecho no es justificación para violentar otros. Artículo 20 del Código Civil para el Distrito Federal: "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse un perjuicio y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fue entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad entre los interesados".

⁸⁴ Prácticamente idéntico al quinto párrafo preambular de la CADH.

En el séptimo párrafo preambular se indica que los pueblos tienen derecho "a disponer libremente de sus riquezas y recursos materiales". Originalmente se destacaba que esa libre disposición sería "con arreglo del derecho internacional". Ahora bien en el seno del Grupo de Trabajo de 1987 se recordó que "el papel del derecho internacional consiste en reconocer la soberanía de los Estados sobre la materia, sin entrar a determinar las modalidades que conlleva la disposición de tales riquezas y recursos".⁸⁵ Por este motivo surgieron dudas e incluso objeciones acerca de que la libre disposición de dichas riquezas y recursos debiera conformarse al derecho internacional. En consecuencia, se retiró esta frase.

Así, resulta muy satisfactorio que el PSS haga mención expresa del derecho al desarrollo, en especial si tomamos en cuenta la realidad socioeconómica de los países de la región y sobre todo la circunstancia de que este derecho ha sido reconocido en el marco de ONU con el fuerte apoyo de la mayoría de los países latinoamericanos y del Caribe. Si bien hubiera sido tal vez deseable llegar a avanzar alguna propuesta en el articulado, la idea sólo se concretó en el preámbulo.⁸⁶

El séptimo párrafo señala que el objetivo del Protocolo es reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales en forma consolidada en América. Lo anterior es motivado porque aún cuando tales derechos han sido reconocidos en instrumentos internacionales de ámbito universal y regional, es necesario subrayar su importancia y protección en el continente. En este párrafo se eliminó del proyecto la referencia al mandato de la Asamblea General para la elaboración del PSS.⁸⁷ Se estimó que no poseía suficiente importancia para ser incluido pues el preámbulo de un instrumento internacional debía circunscribirse, en esencia y principalmente, a los propósitos y filosofía política del respectivo acuerdo y no a otras consideraciones.

⁸⁵ Cfr. OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 octubre 1987.

⁸⁶ El gobierno de Argentina se expresó en este sentido, pidiendo se considerara esta posibilidad y evaluaran las distintas reacciones de los Estados al respecto. Cfr. OEA/Ser.G., CP/CAJP-622/85 add. 10, 1 de octubre de 1987 p. 110.

⁸⁷ Originalmente leía: "Considerando que la Asamblea General de la Organización reiteradamente ha expresado su voluntad de elaborar un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos a fin de definir los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección y establecer los mecanismos institucionales para lograr la adecuada protección de tales derechos".

En resumen, el PSS tiene por objeto lograr el reconocimiento y vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con los artículos 26, 31 y 77 de la CADH.⁸⁸ Por su naturaleza, muchos de los aspectos tratados por el PSS caen dentro del campo de la OIT y son tema de convenciones adoptadas por la misma organización.⁸⁹

Artículo 1o. *Obligación de adoptar medidas*

El Protocolo consigna varios derechos que deben ser protegidos y promovidos en el ámbito americano. Estos derechos requieren de actos jurídicos específicos para que queden plenamente en vigor y funcionen adecuadamente al interior de los países firmantes. Por este motivo, los Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias a fin de progresivamente lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Protocolo.

Estas medidas contemplan las de orden interno y la cooperación entre los Estados, en especial de carácter económico y técnico. De esta forma se busca que los compromisos de los Estados tengan una real aplicación comprendiendo tanto la adopción de medidas individuales como las provenientes de la asistencia y la cooperación internacionales, a fin de facilitar la aplicación progresiva de los derechos humanos reconocidos en el Protocolo.⁹⁰

La cooperación entre los Estados, de conformidad con el Protocolo, será "hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo".⁹¹ Si bien esta frase tiene cierta generalidad e imprecisión sobre qué recursos estarán disponibles, debemos recordar que se trata de normas programáticas, *et ergo*,

⁸⁸ El PSS debía reconocer en su parte preambular la existencia del derecho al desarrollo, al medio ambiente ecológicamente sano y equilibrado, derecho a la paz y derecho a disfrutar del patrimonio común de la humanidad y destacar el carácter individual y colectivo de estos derechos. OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 3, 9 julio 1986.

⁸⁹ OEA/Ser.P/AG/1656/83.

⁹⁰ Cfr. OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987. p. 5.

⁹¹ "Desarrollo" que parece estar restringido a aspectos exclusivamente económicos, sin comprender otras facetas cualitativas de la vida de los Estados, v. gr., cultura, sociedad, etcétera.

de difícil aplicación en cualquier circunstancia. Debemos destacar que los Estados, conscientes del carácter progresivo y la obligatoriedad de los derechos, hacen mención expresa del grado de desarrollo de que gocen y sujetan el logro progresivo de los mismos a que se encuentre "de conformidad con la legislación interna" de los diversos países. Debido a que el artículo se refiere a medidas tanto de orden interno como a las de cooperación entre los Estados, creemos que el PSS alude a que los Estados se encuentran comprometidos a realizar diversos actos pero que en ninguna forma se les puede exigir obligaciones excesivas pues deben contemplarse como limitantes la legislación interna y la cuantía de los recursos disponibles. Un problema al respecto es que el PSS no ofrece una definición sobre lo que signifique "disponible". Esto es, podemos suponer que en determinado Estado existan suficientes fondos pero no necesariamente que estén "disponibles" para estos fines. De esta forma, la exigibilidad de esta norma se diluye ya que los Estados podrían argüir que no existen recursos disponibles para cumplimentarla debidamente.

Debemos señalar, sin embargo, que cuando la CIDH presentó su proyecto original, se comentó que el compromiso para "adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que dispongan" debía ser entendido en forma limitada pues podría parecer implicar que los Estados deben efectuar prácticamente cualquier actividad para lograr la plena efectividad de los derechos consignados. En efecto se indica que la frase era más orientada a medidas de orden legislativo por parte de los Estados que a la disposición de recursos económicos o financieros.⁹² La razón de ello derivaba del hecho de que cada Estado es soberano en la asignación de prioridades y la aplicación de tales recursos. Por lo tanto, no resultaba aceptable en principio la exigencia en el sentido de obligarles a adoptar medidas "hasta el máximo" de sus recursos disponibles para cumplir con los compromisos que llegaran a asumir en el futuro.

Un problema paralelo es también el concepto de "recursos" toda vez que podría quedar circunscrito a los de naturaleza material o

⁹² OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987, pp. 4 y 23.

bien abarcar además los humanos, políticos, jurídicos, históricos y otros. El origen de este artículo lo encontramos en el artículo 2o., del PDESC del cual se extrajeron dos conceptos fundamentales; a saber: el de "el máximo de los recursos de que dispongan" y el de "progresivamente". Es el Estado quien asume el compromiso y el que en definitiva va a determinar y disponer el nivel y naturaleza de los recursos para lograr la vigencia progresiva de los derechos consagrados, para lo cual debe tomar en cuenta las diversas obligaciones que le competen. Por tanto, el término "recursos" debe entenderse en su concepción más amplia y no sólo limitado al carácter material.⁹³

Este artículo, y gran parte del PSS, se refiere a derechos humanos de realización y aplicación progresiva. Esto genera la necesidad de distinguir entre las diferentes categorías de derechos por razones de índole jurisdiccional; es decir, unos de aplicación progresiva y otros de exigibilidad inmediata.

Artículo 2o. *Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.*

El presente artículo está en íntima relación con el previo. Los Estados parte se comprometen a modificar su sistema jurídico interno a fin de adecuarlo a las disposiciones del Protocolo. Esto en caso que el ejercicio de los derechos consignados en el Protocolo no estuviera garantizado con anterioridad. Esta norma da mayor precisión al artículo previo pues se refiere expresamente a todas las medidas internas incluyendo las disposiciones legislativas y las administrativas. Es decir, todo el cuerpo normativo nacional debe ajustarse al PSS.

Otro aspecto del artículo es que alude al aspecto adjetivo de los derechos,⁹⁴ es decir, el PSS se refiere al *ejercicio* del derecho y no al derecho mismo. Esta posición exige que si los derechos se contemplaban en la legislación local deben hacerse efectivos y por ende se requiere adoptar las disposiciones necesarias para estos efectos. Igualmente, si no estaban contemplados los derechos, de-

⁹³ OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987, p. 5.

⁹⁴ Pues el aspecto sustantivo se encuentra consignado, en sus principios, en la CADH.

berá instrumentarse lo conducente a fin de que existan en el orden jurídico interno y adicionalmente proveer lo necesario para su eficacia real. De esta forma podemos decir que en tanto el artículo 1 se refiere a la expresión de voluntad de los Estados de adoptar medidas para cumplir con el Protocolo, el artículo 2 identifica entre tales medidas a las disposiciones legislativas y de otro carácter.

Así, no basta disponer de facultades, gozar nominalmente de derechos humanos y que los Estados los reconozcan y se obliguen a respetarlos. Resulta imperativo, a fin de impedir que se vuelvan nugatorias las normas que los reconozcan, que existan medidas viables y efectivas que permitan la plena vigencia de tales derechos. Esto obviamente va acompañado de que las medidas que se adopten sean libremente accesibles a todos los sujetos pues de lo contrario no se logrará el objetivo de las propias medidas. Anticipamos de una vez que la norma aquí consignada constituye lo que podemos denominar como el propósito general del articulado del PSS establecer medios de ejecución de los derechos humanos.

El artículo 2 tiene adicionalmente otro problema derivado de la estructura de los Estados-federación. Si bien los signatarios asumieron el compromiso de adoptar disposiciones de orden interno, la distribución de competencias en las federaciones está definida por la legislación interna, lo que podría provocar situaciones especiales. Si algunos ámbitos jurídicos son de competencia estatal, la federación se encontrará jurídicamente imposibilitada de efectivamente realizar lo necesario para la ejecución de sus compromisos internacionales pues carecerá de facultades para instrumentarlos. Es decir, la federación podrá actuar en materias federales, o incluso en materias concurrentes, pero no podrá hacerlo en aquellas de exclusiva competencia estatal. Al efecto recordemos el pacto federal contenido en el artículo 124 de la CPEUM, por el que todo lo no expresamente otorgado a la federación se entenderá reservado a los estados de la República.⁹⁵

El empeño por respetar los derechos y libertades y garantizarles su libre y pleno ejercicio constituye una importante obligación de

⁹⁵ A mayor abundamiento, *cfr.* comentarios al artículo 28 de la CADH en LABARDINI, BRITO, GONZÁLEZ, *op. cit.*, *supra* nota 15.

los signatarios, pero no es el único deber al que se encuentran sujetos. En esta norma se contempla el compromiso de los Estados por superar su situación legislativa interna y elaborar las disposiciones pertinentes a fin de instrumentar adecuadamente los derechos que aún no se encontraran garantizados en el ámbito interno. Es el compromiso de los Estados por perseverar en los esfuerzos para robustecer a los derechos humanos.

Artículo 3o. *Obligación de no discriminación*

Los Estados reafirman aquí el principio de la igualdad entre los sujetos y la obligación de no distinguir entre las personas por causa alguna.⁹⁶ Los motivos que se enuncian, en concordancia con lo establecido en la CADH, son los siguientes: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.⁹⁷ A nuestro parecer, esta lista debe considerarse meramente enunciativa y de ninguna forma limitativa, es decir que debe abarcar cualquier otro prejuicio o distingo no previsto, a fin de evitar discriminación alguna. En otras palabras, esta disposición parece recoger claramente los derechos de igualdad entre las personas pues los derechos no pueden ser ejercidos discriminadamente. Por ello, los vocablos "sin discriminación alguna" deben ser entendidos como un concepto global que abarca todos los elementos o factores envueltos en la discriminación.

Originalmente compuesto de dos párrafos, este artículo fue modificado para ajustarse a lo indicado en la CADH y otros instrumentos de derechos humanos sobre no discriminación. Inicialmen-

⁹⁶ Esto ya ha sido expresado en la DUDH, DADDH, PDCP, PDESC, CADH y convenciones específicas como la de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979; ratificada por México el 23 de marzo de 1981, *DOF*: 12 de mayo de 1981).

⁹⁷ Vale indicar que el Proyecto de Protocolo presentado por la CIDH en 1986 no indicaba los motivos que se enuncian, sino sólo que los "Estados parte... se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna".

te señalaba que no debiera existir la discriminación y en su segundo párrafo original indicaba que los Estados se comprometían a asegurar a mujeres y hombres igual título para gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el PSS. Así, el proyecto de PSS marcaba que no podría haber distingos en razón del sexo ("hombre y mujer"), pero implícitamente dejaba abierta la posibilidad para algunos de los otros criterios mencionados en el párrafo previo, situación más restringida que lo prescrito por el artículo 1 de la CADH.⁹⁸ De hecho se llegó a considerar que el entonces segundo párrafo debiera ser redactado como un artículo independiente. Sin embargo, al homogeneizarse con la redacción empleada en la CADH se hizo innecesario enunciar un artículo nuevo que además de mantener la concordancia entre la CADH y el PSS, correspondía al enfoque previamente adoptado por el PDESC y en diversas convenciones de OIT, incluida la Convención sobre Discriminación (Empleo y Ocupación) de 1958 (No. 111) que contiene una garantía redactada en términos amplios contra la discriminación.

Vale la pena destacar que el punto central es nuevamente el ejercicio de los derechos humanos. La obligación de no discriminar existe ya en diversos instrumentos, pero siguiendo el impulso del Protocolo, lo que se desea subrayar es el ejercicio de los mismos.

Artículo 4o. *No admisión de restricciones*

El PSS señala que no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

⁹⁸ Artículo 1o. *Obligación de respetar los derechos*. 1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Si bien las leyes integran un cuerpo general normativo, éstas son relativamente independientes unas de otras. En consecuencia, no puede prevalerse de interpretaciones restrictivas en la aplicación de los derechos humanos, pues las disposiciones en una ley son supletorias de otra. Igual ocurre con las convenciones internacionales; cada una suple a otra en lo que adolece, formando de esta suerte un cuerpo integral de derecho.

Pero el artículo viene a resaltar que si bien existe el principio general de derecho de que ley posterior deroga a ley anterior, no cabe esa posibilidad en materia de derechos humanos pues haría nugatorias las facultades y derechos ya reconocidos. Esta situación incluso provocaría que cada nuevo instrumento internacional en la materia tendría que enumerar todos los derechos fundamentales que se hubieran recogido con anterioridad. En consecuencia, las disposiciones internas e internacionales sobre derechos humanos no deberán dejar de ejecutarse o restringirse en su aplicación valiéndose de la excusa de que el PSS no las reconoce.

Esta norma encuentra su origen en el artículo 5, párrafo 2 del PDESC. Consideramos que las disposiciones de este artículo podrían haber quedado mejor definidas y complementadas si se hubiera incluido alguna disposición similar a las expresadas en los artículos 5, párrafo 1 del PDESC y 29 de la CADH, en el sentido de impedir que interpretación alguna vaya en detrimento de los derechos consignados.

Artículo 5o. Alcance de las restricciones y limitaciones

Este artículo llama la atención pues faculta a los Estados parte a fijar restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el PSS. De hecho, parece una puerta abierta para fijar obstáculos a las disposiciones del Protocolo. [En este sentido seguramente sería permisible la formulación de reservas y declaraciones interpretativas que tuvieran el mismo efecto.] Las restricciones y limitaciones establecidas mediante leyes promulgadas sólo pueden ser hechas con el objeto de "preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática".⁹⁹

⁹⁹ ¿Bajo los cánones de una "sociedad democrática" o sólo al interior de una socie-

Así, las restricciones a los derechos consignados en el Protocolo sólo pueden fijarse, pero en provecho del bienestar general. Sin embargo, creemos que dicha limitación nunca debe atentar contra la del propósito y razón de las normas consignadas.

Hay que denotar que el término "sociedad democrática" provoca inquietudes y dudas acerca de su verdadero sentido. El concepto debe ser estudiado a la luz de la realidad y del momento político en que se adoptó (1988). En las discusiones para adoptar el PSS se manifestó la necesidad de aclarar el concepto y que le incorporaran elementos como democracia efectiva, participación plena y pluralismo ideológico, así como el proceso de consolidación y fortalecimiento de la democracia.¹⁰⁰

El presente artículo está basado en los artículos 30 de la CADH y 4 del PDESC. Sin embargo, con el fin de dar mayor concreción al concepto de bienestar general dentro de una sociedad democrática, la CIDH estimó prudente agregar que las restricciones serían permitidas "en la medida que no contradiga el propósito y razón de los mismos, la salud pública o la moral".¹⁰¹

El GT-1987 modificó la redacción del artículo al eliminar la mención "a la salud pública o la moral" al final del texto original. Al respecto, estimó que al señalarse en esta norma que las restricciones a los derechos protegidos sólo podrían establecerse en la medida que no contradijeran el propósito y razón de los mismos, el concepto era lo suficientemente amplio y comprensivo como para necesitar un desarrollo adicional referido a la salud pública o la moral.¹⁰²

dad democrática? Como hemos visto, la expresión "dentro de una sociedad democrática" desafortunadamente puede traducirse en calificación de aspectos que pueden corresponder exclusivamente a la esfera interna de los Estados Soberanos. *Vid. supra* texto que acompaña a las notas 75-80.

¹⁰⁰ Diversas Delegaciones expresaron sus puntos de vista en los grupos de trabajo. Algunas se refirieron a la dificultad de definir o calificar el concepto de democracia, sujeto a una gran diversidad de acepciones e interpretaciones y destacaron los obstáculos para alcanzar una solución que satisficiera a todos los participantes. Otras Delegaciones expresaron sus propias apreciaciones del concepto de sociedad democrática. *Cfr. supra* notas 78-80.

¹⁰¹ OEA/Ser.G CP/CAJP-694/8, 7 2 octubre 1987, p. 8.

¹⁰² El GT-1987 consideró que el artículo cumplía el mismo propósito y conservaba el mismo alcance que tenía el texto originalmente propuesto. OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987, p. 8.

Artículo 6o. *Derecho al trabajo*

Preocupación fundamental del hombre siempre ha sido la forma en que pueda obtener su sustento. Por ello es necesario abrir las puertas y oportunidades para que todo ser humano esté en posibilidades de encontrar empleo sin definir el derecho al trabajo, el PSS lo concibe como un marco de posibilidades que permita el acceso a fuentes laborales, es decir "los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita debidamente escogida o aceptada". Por ello, *stricto sensu*, por trabajó se entiende aquél que permita una vida digna y decorosa.

Consecuencia de ello, no deben existir presiones sobre la persona cuando toma la decisión de emplearse. En otras palabras, no deben existir vicios del consentimiento, como error, violencia, dolo o mala fe.¹⁰³

Los Estados se comprometen en el PSS a adoptar las medidas que garanticen la plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las que se refieran a conseguir el nivel de pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-personal, en especial los orientados a minusválidos. Asimismo, los Estados parte se comprometieron a ejecutar y fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar de forma general que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Este artículo originalmente pretendía explorar la posibilidad de recoger en la misma norma el concepto por el cual el trabajo consiste tanto en un derecho como en un deber social. La idea tuvo como guía el artículo 2, a) de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948 donde se expresa que "el trabajo es una función social".

El artículo comenzaba diciendo que "El trabajo es un derecho y un deber social". La redacción no parecía ser la más adecuada. En cuanto al fondo, parecía redundante, ya que posteriormente se le definía mejor. Considerado como deber, la disposición podía en-

¹⁰³ Artículo 8, Convenios núm. 29 de 1930 y núm. 105 de 1957, y artículo 6, respectivamente.

trar en conflicto con las garantías internacionales vigentes contra el trabajo forzoso u obligatorio, contenidas en PDCP, las Convenciones de OIT sobre el Trabajo Forzado y en la propia CADH. La OIT consideró que hacer cumplir el deber de trabajar por medios legales sería contrario a la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio de las convenciones de OIT (que obligan a la mayoría de los Estados miembros de OEA).¹⁰⁴ Por ello, si con esta referencia sólo se buscaba señalar que se trata de un deber moral, no debería aparecer en un instrumento destinado a definir derechos, limitaciones y restricciones de orden legal y a brindar la base para la adopción de medidas legislativas por los Estados Parte.

La CIDH había también señalado que "Toda persona tiene derecho a trabajar"¹⁰⁵ pero el GT-1987 consideró que sería más apropiado utilizar la fórmula "derecho al trabajo". Conceptualmente es más atinente esta última redacción que se encuentra además en concordancia con distintas normas constitucionales de los Estados americanos y diversos instrumentos internacionales, entre ellos, el artículo 23 de la DUDH y el artículo XIV de la DADDH.

Adicionalmente el párrafo 1 originalmente indicaba que "toda persona tiene derecho a trabajar, es decir, a tener igual oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente aceptado". La frase "es decir" equiparaba el derecho al trabajo con la oportunidad a trabajar, lo que es de sentido más estrecho que lo previsto por el PDESC¹⁰⁶ que hace constar que el derecho a trabajar comprende tanto el derecho a la oportunidad de ganarse la vida como la libertad de contratar el trabajo que más convenga.

El párrafo 2 de este artículo fue adicionado pues, siguiendo el propósito contenido en el artículo 6, párrafo 2 PDESC, se consideró necesario complementarlo con una disposición que contemplara la responsabilidad o el compromiso de los Estados para adoptar medidas para garantizar la plena efectividad al derecho al trabajo.

¹⁰⁴ OEA/Ser.P/AG/1656/83. La mayoría de los Estados miembros de OEA son parte en el PDESC y la Convención de OIT No. 122 sobre Política de Empleo de 1964 que dispone la búsqueda de una política destinada a promover el empleo pleno, productivo y libremente escogido.

¹⁰⁵ OEA/Ser. G, CP/CAJP-694/87, 2 octubre 1987, p. 9.

¹⁰⁶ Artículo 6.

La mayoría de los Estados miembros de OEA son parte en el PDESC y la Convención de OIT No. 122 sobre Política de Empleo de 1964 que dispone la búsqueda de una política destinada a promover el empleo pleno, productivo y libremente escogido.

Artículo 7o. *Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo*

Como lógico corolario al artículo previo, para que el derecho al trabajo pueda ser efectivamente ejercido presupone que las personas habrán de gozar de él en las mismas condiciones. Dichas condiciones deben ser equitativas, justas y satisfactorias. Para estos fines, los Estados se comprometen a garantizar que en sus legislaciones nacionales existan de manera particular las siguientes garantías:

- a) Una remuneración que asegure como mínimo condiciones de subsistencia digna, decorosa y un salario equitativo e igual por trabajo igual;
- b) El derecho de todo trabajador a dedicarse a la actividad que desee, y a cambiar de empleo;
- c) El derecho a la promoción o ascenso;¹⁰⁷
- d) La estabilidad en el empleo;¹⁰⁸
- e) La seguridad e higiene en el trabajo;
- f) La prohibición de trabajo nocturno¹⁰⁹ o en labores insalubres o peligrosas¹¹⁰ a menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro la salud, seguridad o moral.

¹⁰⁷ Para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.

¹⁰⁸ De acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional.

¹⁰⁹ Relativo a las jornadas nocturnas, la constitución mexicana prescribe que la jornada máxima será sólo de siete horas y no ocho como la diurna, artículo 123, A, I y II. En el Anteproyecto de Protocolo no se incluía la disposición relativa a labores "nocturnas", término que fue añadido con posterioridad.

¹¹⁰ México es parte de diferentes convenciones de OIT relativas a la regulación de horas de trabajo en labores peligrosas o insalubres, v. gr., fabricación automática de vidrio, trabajo femenino subterráneo, trabajo en minas de carbón.

Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;

g) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales;¹¹¹

h) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

El Proyecto presentado por la CIDH en 1986 indicaba en el inciso a), que había de garantizar que los trabajadores percibieran "...un salario equitativo e igual por trabajo igual [con el mismo empleador], sin ninguna distinción". La expresión con el mismo empleador", que figuraba entre corchetes,¹¹² en principio resultaba innecesaria en tanto "igual trabajo" debe ser con el mismo patrón.¹¹³

En el inciso d), creemos que hubiera sido conveniente señalar que la indemnización a que se alude sería una retribución monetaria calculada conforme a la legislación interna de los Estados parte, a fin de evitar cualquier posible confusión en el sentido de que se pudiera contemplar como una indemnización internacional.

La prohibición de trabajo nocturno y de labores insalubres para menores de 18 años es más limitada que las leyes laborales mexicanas. El artículo 123, apartado A, fracciones II y III de la Constitución prohíben labores peligrosas y nocturnas para menores de dieciséis años e igualmente proscriben la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Adicionalmente, se indica que los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán seis horas como jornada máxima.

¹¹¹ Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

¹¹² En documentos internacionales es frecuente que el texto contenido entre corchetes se considere sólo una sugerencia y sujeto a aprobación.

¹¹³ En este sentido, el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción VII, dispone que para trabajo igual corresponde salario igual, por lo que México opinó que resultaba innecesaria la referencia al empleador.

El PSS dispone que las labores de menores de 16 años no deben perjudicar su asistencia escolar ni su capacidad para beneficiarse de la instrucción que, en su caso, estén recibiendo en escuelas. En este sentido hay disposiciones semejantes en la Convención sobre Edad Mínima de la OIT, de 1973 (No. 138). No ratificada por México. Adicionalmente, el PSS prohíbe a menores de 18 años el trabajo nocturno, insalubre o peligroso.¹¹⁴

En cuanto al día de descanso creemos que para equiparar las condiciones laborales entre los distintos tipos de empleados debía indicarse que se reconoce el derecho a un día semanal de descanso pagado y no solamente la garantía legislativa al descanso. Para los trabajadores que reciben su salario mensual o semanalmente, el descanso generalmente no afecta su remuneración. Sin embargo, para los trabajadores empleados eventualmente o por días, la remuneración correspondiente al día de descanso no se paga en la mayoría de los casos.

Artículo 8o. *Derechos sindicales*

Parte del derecho al trabajo es la posibilidad de los trabajadores de reunirse y organizar sindicatos que se orienten a preservar y mejorar las condiciones generales de trabajo, al igual que luchar por recibir mayores beneficios del capital. En este artículo los Estados, además de garantizar el derecho a libremente formar sindicatos, también se comprometen a permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen y actúen en plena libertad. Igualmente se garantiza el derecho a la huelga, como instrumento para la defensa y promoción de los derechos de los trabajadores. A fin de respetar cabalmente los derechos sindicales, se menciona que nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato.

El Protocolo establece que el ejercicio de estos derechos podrá ser limitado y restringido exclusivamente por las previsiones hechas

¹¹⁴ Las convenciones de OIT, de las que la mayoría de Estados miembros ya son parte, prohíben el trabajo peligroso que probablemente ponga en peligro "la salud, seguridad o moral" de las personas en cuestión.

en ley, pero siempre que tales obstáculos sean propios de una sociedad democrática¹¹⁵ y tengan por finalidad salvaguardar el orden público, proteger la salud o moral públicas y, más importante aún, los derechos y libertades de los demás.

El Protocolo destaca en específico que los derechos sindicales de los miembros de servicios públicos esenciales, incluidos expresamente policía y fuerzas armadas, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley. Esta disposición responde al hecho de que si un servicio de naturaleza esencial se ve afectado como resultado de huelgas, el trastorno que ocurriría en la vida nacional podría ser notable y de dimensiones muy grandes.

Cuando México suscribió el PDESC, formuló la siguiente declaración interpretativa al artículo 8, a) "Al adherirse... lo hace en el entendimiento de que el artículo del aludido Pacto se aplicará en la República Mexicana dentro de las modalidades y conforme a los procedimientos previstos en sus disposiciones aplicables a la Constitución Política y sus leyes reglamentarias". Debido a que la redacción del artículo 8, a) del PDESC corresponde al artículo 8, 1a. del PSS, en congruencia jurídica, México formuló una declaración interpretativa similar.

Artículo 9o. *Derecho a la seguridad social*

Objeto esencial del derecho a la seguridad es el concepto de la "protección". Esta circunstancia requiere especificar, por lo menos en sentido general, la forma y extensión en que se llevará a cabo, mínimas o bien incluir a la promoción del bienestar. Al analizar estas vías, en caso de adoptar el concepto de protección amplia, que supera la idea de necesidad, igualmente debe estudiarse el principio de subsidiariedad, en el sentido de que el hombre es el primer responsable de su vida y la comunidad le suple cuando las circunstancias y condiciones del lugar y época en que viva excedan a su capacidad de respuesta. Así el responsable primario

¹¹⁵ *Vid. supra* notas 75-76 y 109-111. La expresión "siempre que sean propias de una sociedad democrática" es nuevamente sujeta a interpretaciones antagónicas.

del bienestar individual es el propio sujeto y la comunidad supe sus deficiencias cuando ocurran.

En este sentido la incapacidad física o mental debe ser protegida cualquiera que sea la causa, pues el mantenimiento de la discriminación histórica relacionada con accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, constituye un anacronismo incompatible con la moderna seguridad social que se encuentra orientada y alerta para proyectarse al futuro mediante la protección e integración del discapacitado a un adecuado medio socio-económico.

El Protocolo define a la seguridad social como la protección "contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa". Cuando se trate de personas que estén laborando, esta protección cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional. Tratándose de mujeres también incluye licencia retribuida por maternidad antes y después del parto. Pero los derechos de seguridad social no quedan limitados ni se restringen exclusivamente a los trabajadores, sino que abarca a sus dependientes, a quienes habrán de aplicarse tales prestaciones en caso de muerte del beneficiario. Así, el PSS define los mínimos que debe comprender la seguridad social.

Para el PSS la seguridad social busca preservar las condiciones sociales y económicas de los trabajadores en el evento que ocurra algún suceso por el que tengan que retirarse de su actividad laboral, sea temporal o permanentemente. Detrás del esquema existe la convicción de auxiliar al ser humano cuando, por accidentes o enfermedades, se ve privado de su ingreso habitual y consecuentemente del sustento para él y su familia.

El Protocolo omite referirse a la solidaridad como principio de la seguridad social. Esta omisión podría llevar al error de confundir el derecho de seguridad social, definido como esencial de la persona humana, con la previsión privada, voluntaria e individual,¹¹⁶ en la medida que aquél es exigible por el solo hecho de ser hombre.

¹¹⁶ Ahorro, seguros privados, etcétera.

El PSS, siguiendo antecedentes nacionales e internacionales, distingue los derechos de seguridad social y a la salud, pese a que el primero resulta instrumental, en tanto que la salud es uno de los bienes a proteger. La diferenciación reduce el campo de aplicación de la seguridad y básicamente limita la protección al aspecto económico.

Artículo 10. *Derecho a la salud*

Este artículo resulta muy interesante pues no sólo es de carácter programático sino que apunta hacia la definición jurídica de "salud", que sigue muy de cerca a la que propusiera la OMS.¹¹⁷ La Constitución de la OMS define a la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".¹¹⁸ Este concepto integral de la salud fue aceptado por los Estados cuando establecieron a la OMS como organismo especializado de acuerdo con los presupuestos del artículo 57 de la Carta de ONU. La salud en estos términos va más allá de lo meramente físico para entrar en lo social. De acuerdo con esta noción integral, la posibilidad de gozar de una buena salud no depende exclusivamente de la estructuración de un sistema de prestaciones médico-asistenciales o pecuniarias, sino que está ligada a una multiplicidad de factores tales como la protección materno-infantil, la salubridad, la vivienda, las condiciones de trabajo, la protección familiar, etcétera.

La OMS propuso que los Estados reconocieran que la salud se considerara como un bien público, por lo que sería parte de los elementos que el Estado debe promover para realizar sus fines, y constituiría una responsabilidad compartida entre la comunidad y las instituciones de salud encaminada a lograr su conservación y restablecimiento.¹¹⁹

¹¹⁷ OEA/Ser.G/CP/CAJP-622/85 add. 5, 15 de julio de 1986.

¹¹⁸ Principios Básicos, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, adoptada por la Conferencia Internacional de La Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946. Documentos Básicos OPS/OMS, Documento Oficial No. 188/83, p. 23.

¹¹⁹ En este siglo, esta situación ha sido recogida en diversas constituciones, v. gr., Constitución de la República de El Salvador (1983, artículo 65) y Constitución de la República de Guatemala (1985, artículo 95).

Los Estados reconocen en el PSS al derecho a la salud como el disfrute del más alto bienestar físico, mental y social. [El artículo 4, cuarto párrafo, de la Constitución mexicana garantiza el derecho a la salud]. Para estos efectos deberán adoptar las siguientes medidas.

- a) Atención primaria de la salud;¹²⁰
- b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos;
- c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d) La prevención y tratamiento de enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y
- f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo, que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Dichas medidas tienen objetivos muy amplios y con expectativas de plazos bastante prolongados para lograr su cabal cumplimiento. En efecto, si bien puede resultar factible alcanzar tales metas es previsible que los provechos resultantes no sean disfrutados por todos en igual medida en un breve lapso. No por ello los Estados dejan de comprometerse al respecto.

Artículo 11. *Derecho a un medio ambiente sano*

El Protocolo es un instrumento de reciente elaboración y como tal, imbuido en un mundo cada vez más consciente acerca de los peligros presentes y latentes en el ambiente que nos rodea. En consecuencia dispone que es derecho de toda persona vivir en un medio ambiente sano.

¹²⁰ Entendida como la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad (PSS, artículo 10-2-a). La "atención primaria de salud", fue establecida por la Declaración de Alma Ata (párrafo VI) y comprende "la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, y puesta al alcance de todos los individuos y familias

Este ambiente sano requiere la aplicación de legislación de corte ecologista que conserve el medio y lo mantenga en forma sana. Para estos efectos será necesario, por lo menos, que la población cuente con servicios públicos básicos pues éstos complementan y hacen posible un medio ambiente humano. Así los Estados promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

El medio ambiente es una de las mayores preocupaciones de la Humanidad. Quien goza de un sano ambiente, en principio vivirá en mejores condiciones de vida. Además, tendrá mayor expectativa de vida y bienestar personal en aspectos difíciles de cuantificar en términos de beneficio personal, v. gr., menor contaminación por humos y vapores tóxicos, ruido, etcétera.

Artículo 12. *Derecho a la alimentación*

Entre las obligaciones que el Estado tiene con sus habitantes se encuentra el favorecer y crear condiciones para que más habitantes tengan medios y puedan proveer para su alimentación. En esencia se busca no obstaculizar el acceso a los alimentos ni se impida su adecuado consumo. Lo contrario atentaría contra la supervivencia de los individuos y del Estado mismo.¹²¹ Los Estados Americanos reconocen, en el PSS que todo sujeto tiene derecho a nutrirse, no sólo para sobrevivir sino que esa nutrición debe ser adecuada para que el individuo tenga asegurada la posibilidad de gozar de los más altos niveles de desarrollo integral, en específico sus aspectos físico, emocional e intelectual. Esta situación permitirá que la sociedad crezca firme y sólidamente.

de la comunidad, mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación". Formulado en estos términos, no constituye una definición técnica que podría convertirse en obsoleta e inaplicable con el transcurso del tiempo, sino que se trata de un concepto flexible capaz de ser adaptado a las necesidades y capacidad económica de la sociedad de que se trate.

¹²¹ Sin tratar de definir si es más importante el individuo o el Estado en la comunidad, no cabe duda que ambos se complementan y necesitan, sea que se trate de posturas personalistas o comunitarias. Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría Política*, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1980. Para una exposición más breve véase GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Fundamentación Filosófica de los Derechos Humanos, ¿Personalismo o Transpersonalismo?*, en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 19, 1988-1989.

Por ello, pareciera que el PSS apunta en el sentido de que los Estados americanos tienen el compromiso y la voluntad para aproximarse al Estado benefactor. Sin embargo, en la sociedad contemporánea, tan interdependiente en sus actividades, el derecho del individuo se volvería nugatorio si el Estado reconociera sólo la facultad de los sujetos sin aludir a las contraprestaciones que le deben la comunidad y el Estado. En nuestros días, resulta prácticamente imposible que un individuo pueda disfrutar del derecho a una adecuada nutrición si el Estado no cumple o ejecuta una política orientada a satisfacer las mínimas demandas y necesidades alimenticias.¹²²

Por este motivo, el compromiso de los Estados consiste en auxiliar en los procesos que se integran para la alimentación de los pueblos. Así, el Estado debe perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos. Este conjunto de medidas tienen por objeto en su conjunto erradicar la desnutrición. A fin de lograr este objetivo, los Estados buscan promover una mayor cooperación internacional para el apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

Artículo 13. *Derecho a la educación*

La educación facilita a la población el acceso a las fuentes de trabajo pues tiene mayor capacitación y ofrece mayor beneficio social al permitir más conocimiento e involucramiento de las personas en los asuntos de la comunidad.

En este artículo los Estados muestran su concepto de educación. Conforme al PSS, la educación se orientará hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad. La educación asimismo debe fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz.

¹²² Esto apunta también a la existencia de "derechos humanos", "sociales" o "comunitarios", o de los denominados de tercera generación. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 24-27.

Dicha educación deberá capacitar a las personas para que puedan participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista. Es decir, al estar la población más capacitada tendrá mayor facilidad para entender y modificar lo que ocurre a su alrededor fomentando mayor participación social. La educación deberá igualmente fortalecer y tender a lograr una subsistencia digna para el ser humano.

La cooperación y amistad internacionales son focos de atención de los Estados. Por ello, la educación también habrá de orientarse a fortalecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

Los Estados parte reconocen que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y, para que pueda ser asequible a todos, deberá ser gratuita.¹²³ El nivel básico de educación es en consecuencia el primer medio para erradicar el analfabetismo.

El PSS dispone que la enseñanza secundaria, incluida la técnica y profesional, no resulta obligatoria pero debe ser generalizada y fácilmente asequible a todos por cuanto medio y forma resulte apropiado. Los Estados parte se inclinan por proveerla gratuitamente pero no adquieren un compromiso definitivo y taxativo al efecto. Queda sólo como una norma programática.

La enseñanza superior sigue los principios establecidos en el punto anterior pues debe ser accesible a todos basado en la capacidad personal. Los Estados también deben tratar de implantarla gratuitamente en forma progresiva. Por estas circunstancias, dado que procura que todos los niveles educativos sean accesibles a toda la población, el PSS no sólo podría indicar que "toda persona tiene derecho a la educación" sino que podría añadir que goza de este derecho a lo largo de toda su vida.

Un aspecto importante del PSS es el relativo a desarrollar e intensificar los programas de instrucción de educación básica para las personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de educación primaria. Esto procura ampliar la cobertura de los siste-

¹²³ En este sentido, el artículo 3 constitucional dispone la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria y que la educación de este nivel será gratuita cuando la proporcione el Estado.

mas institucionales de instrucción y que se atienda por igual a todas las personas en un esfuerzo por mejorar la capacidad nacional.

El PSS establece el derecho de los padres a escoger la educación que habrá de darse a sus hijos siempre que el procedimiento respectivo se ajuste conforme a la legislación interna de cada Estado parte. En adición, la educación que lleguen a elegir los padres deberá adecuarse a los diversos principios enunciados previamente.

El Protocolo indica que ninguna de sus disposiciones debe interpretarse como "una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza". Sin embargo, esta frase, en principio muy amplia, es acotada inmediatamente para condicionarla a la legislación interna de los Estados parte.¹²⁴ Creemos que el PSS no restringe el método administrativo y pedagógico de la instrucción que pueden prestar los particulares y entidades sino que más bien indica que su contenido no se encuentra al completo albedrío de los educadores.

Los principios enunciados se convierten en parámetros de la educación a impartir en los Estados. Enseñanza que los individuos pueden elegir pero cuya importación debe ajustarse a los reglamentos y legislación en vigor en los Estados Parte. En este sentido el artículo 3 Constitucional presenta los siguientes lineamientos: "La educación que imparta el Estado Federación, Estados, Municipios, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia".¹²⁵

Artículo 14. *Derecho a los beneficios de la cultura*

El Protocolo presenta un concepto amplio de cultura sin llegar a definirlo. El término no sólo incluye las expresiones artísticas y culturales de la comunidad, que frecuentemente asociamos al concepto, sino que los Estados reconocen el derecho de toda persona

¹²⁴ Las limitantes fueron añadidas por los Estados a los incisos 4 y 5 del proyecto original.

¹²⁵ En el contexto de las normas programáticas que se enuncian, podría haberse considerado propuesta del gobierno Argentino para incluir un párrafo adicional que dijese que se debe fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la oferta educacional dentro y fuera de los sistemas educativos destinada a quienes deseen adquirir o perfeccionar conocimientos, habilidades, etcétera, a lo largo de toda su vida. Véase OEA/Ser. G., CP/CAJP-622/85 add. 10, 1 de octubre de 1987, p. 110.

a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. El término abarca no sólo expresiones artístico-culturales y folklóricas, sino que además incluye la ciencia y tecnología. Éstas constituyen también una viva expresión del conocimiento y actividad intelectual del hombre, que se les incluye en forma esporádica.

El Protocolo incluye el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas. Estas frases apuntan al campo de la propiedad intelectual. Creemos que los intereses morales se refieren al reconocimiento, seguramente exclusivo en favor del autor, de sus ideas y trabajos, en tanto que los materiales se relacionan con las transacciones que puedan realizarse sobre el uso, goce y disfrute de tales derechos. De igual forma consideramos que incluye la protección exclusiva para casos en que dichos intereses se vean afectados.

En el aspecto procedimental, el Protocolo dispone que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia (y tecnología), la cultura y el arte.

Los Estados parte reconocen que el espíritu humano requiere no estar restringido por lo que se comprometen a respetar y no perturbar la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora. Conforme al contexto, el término "indispensable" debe ser interpretado en el sentido de que la libertad es el elemento mínimo para la investigación científica y la actividad creadora y no en sentido que sólo habrá de respetarse la libertad mínima indispensable de la que no pueda dispensarse para tener investigación científica y actividad creadora.

Los Estados parte reconocen la interdependencia mundial y se comprometen a propiciar mayor cooperación internacional para gozar cada vez más de los beneficios derivados del fomento y desarrollo internacional en cuestiones científicas, artísticas y culturales. Los Estados se encuentran impulsados por el hecho de que el conocimiento humano no es exclusivo de un país o región. Por el contrario, el aislamiento intelectual de una sociedad tiende a volverla

anacrónica, y, en consecuencia, se requiere de exposición a otras culturas.

Artículo 15. *Derecho a la constitución y protección de la familia*

Toda comunidad se compone de personas con diversos orígenes y tradiciones. Cada una tiene sus raíces en la familia, que es el núcleo de la sociedad, la célula que le da fortaleza y solidez. Por este motivo, el PSS establece la obligación de velar por la situación moral y material de la familia y dar las seguridades necesarias para su existencia y preservación.

Como contrapartida está el derecho de toda persona a constituir familia conforme al PSS. Este derecho no es absoluto. Los Estados indican que el derecho a la familia se ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.¹²⁶

Los Estados no sólo brindan atención general a la célula familiar sino también a otros aspectos que requieren de especial cuidado. Entre éstos se encuentran el conceder atención y ayuda especiales a la madre, antes y durante un lapso razonable después del parto. Esta primera faceta normalmente se encuentra contemplada en legislación laboral. En el caso mexicano estos servicios son de carácter y aplicación más generalizados para gran parte de la población debido a las acciones del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

El Protocolo también busca garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como en la edad escolar, por lo menos la primaria conforme al artículo 13 PSS. Los Estados reconocen como etapas fundamentales en el desarrollo de los niños e integración de la familia.¹²⁷

¹²⁶ Entre las limitantes que podrían llegar a aducirse podrían estar razones de seguridad y sobrevivencia como sobrepoblación (China sólo permite un niño por pareja) e incapacidad manifiesta para acceder a niveles mínimos de alimentación, pero no motivos infundados cual pudiera ser un plan eugenésico. Por su parte, el artículo 4 CPEUM prescribe la libertad de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

¹²⁷ Por lo menos la primaria conforme el artículo 13 PSS.

La familia no sólo significa niños y padres. También incluye a personas en otras etapas de la vida. Los adolescentes quedan incluidos. Ellos son el futuro, deben tener oportunidad de formarse adecuadamente y de ser auxiliados en la mejor manera. Para este fin los Estados se comprometen a adoptar medidas especiales de protección a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral. En este sentido, los Estados habrán de desarrollar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el que los niños perciban y desarrollen valores orientados a la unidad y cohesión del grupo social, como son los valores de solidaridad, comprensión, respeto y responsabilidad.

Artículo 16. *Derecho de la niñez*

Derechos del menor son crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Ellos son los encargados en primera instancia de velar por él. El núcleo social se mantiene gracias a la cohesión familiar, la cual debe ser alentada y protegida; por ello el niño de corta edad "no debe ser separado de su madre".¹²⁸

El PSS indica que todo niño tiene derecho a recibir instrucción gratuita y obligatoria por lo menos en su fase elemental. Los Estados Parte parecen considerar que la educación primaria no resulta suficiente por lo que señalan que el menor debe tener derecho a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo. Esto puede parecer una falta de técnica jurídica pues está incorporando elementos ya contenidos en el Protocolo, en específico reiterando el tercer párrafo inciso a) del artículo 13. Sin embargo, los Estados desean reiterar que no sólo es una obligación del Estado el que la educación primaria deba prestarse gratuitamente y accesible a todos, sino que es uno de los derechos fundamentales del niño.

¹²⁸ PSS, artículo 16.

Artículo 17. *Protección de los ancianos*

La sociedad no se compone sólo de adultos y menores. Parte fundamental son las personas mayores. Los adultos proveen de sustento y dan insumos para mantener a la sociedad; los niños ofrecen la novedad, bullicio y alegría que imprimen gran vigor; las personas mayores proveen la sabiduría, solidez y robustez que requiere una organización social para no perder rumbo y mantener la continuidad.

En este artículo los Estados parte se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar a la práctica la protección a los ancianos. En específico, los Estados se enfocan a lo siguiente:

a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionárselas por sí mismas.

b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación y deseo.¹²⁹

c) Estimular la formación de organizaciones destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

Si bien resulta meritoria esta normatividad, es de prever que su instrumentación sea progresiva toda vez que implica esfuerzos que los Estados posiblemente no puedan aplicar de manera generalizada en momentos de crisis económica. Por ello, para algunos Estados, estas normas podrían considerarse *lege ferenda* y de desarrollo progresivo. En el caso mexicano se están llevando a cabo grandes esfuerzos para atender debidamente a la población de mayor edad del país, sobre todo a raíz del establecimiento del Instituto de la Senectud (INSEN).

Artículo 18. *Protección de los minusválidos*

El PSS reconoce que toda persona tiene derecho a alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Para algunas personas esto puede resultar más difícil que para otras.

¹²⁹ Esto representaría la instrumentación de programas semejantes a servicio social proporcionando una fuente alterna de ingresos.

Los minusválidos¹³⁰ gozan de especial atención. Los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas que resulten necesarias para ese propósito y en específico:

a) Ejecutar programas destinados a minusválidos, incluidos proyectos laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o sus representantes legales;

b) Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;

c) Incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo.¹³¹

d) Estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Artículo 19. *Medios de protección*

Posiblemente el artículo más importante del Protocolo de San Salvador sea éste sobre los medios de protección de los diferentes derechos que se consagran en el documento.¹³² Como hemos visto, muchos artículos tratan de recalcar el aspecto fáctico de los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados parecen indicar que estos derechos requieren de medios especiales para su protección. Es decir, no basta enunciar los derechos de que gozan los individuos. Es esencial señalar los mecanismos que los puedan hacer realidad.¹³³

¹³⁰ Definido por el PSS como toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales.

¹³¹ Lo que incluye aspectos infraestructurales y jurídicos, como son disposiciones orientadas a comercios e industrias para que tengan, entre otras cosas, rampas que faciliten el acceso a sus instalaciones.

¹³² El Grupo de Trabajo de 1987 expresa incluso esta opinión sobre los propuestos medios de protección. *Cfr.* OEA/Ser.G CP/doc. 1861, 20 de octubre de 1987, p. 245.

¹³³ Los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos consignaban derechos, y no tanto sobre medios de ejecución y aplicación. Con el tiempo, fueron recogiendo dichas medidas, *v. gr.* CADH y la Carta Europea. Estos últimos adicionalmente muestran la tendencia a expresar en el mismo documento tanto las normas sustantivas como las adjetivas.

Entre diferentes mecanismos para proteger derechos humanos consignados en instrumentos internacionales podemos mencionar que el Protocolo Facultativo del PDCP establece un procedimiento cuasi-judicial a aplicarse vía el Comité de Derechos Humanos cuya competencia aceptan los Estados parte en el propio Protocolo Facultativo. Por contra, el PDESC fija un sistema basado en la presentación periódica de informes sobre medidas adoptadas para proteger estos derechos, así como sobre los progresos realizados a fin de garantizar su efectiva vigencia. Los informes se presentan al SG de ONU para someterlos a consideración del ECOSOC. Grupos *ad-hoc* en cada materia asesoran al ECOSOC para examinar detalladamente estos informes.

El ECOSOC puede atraer la atención de otros órganos principales o subsidiarios y de los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas para que le asistan en cuestiones técnicas surgidas de los informes y sobre la conveniencia de adoptar medidas internacionales que contribuyan a una aplicación efectiva de las normas del Pacto. Finalmente, el ECOSOC está facultado para presentar a la AGONU informes que contengan recomendaciones de carácter general así como resúmenes de la información recibida de los Estados parte y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para avanzar hacia el cabal cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

Un punto a recordar es que el PSS incluye en razón a su naturaleza jurisdiccional, dos tipos diferentes de derechos.¹³⁴ Están los derechos de aplicación y exigibilidad inmediata como son casi todos los laborales. Existen otros derechos que son de aplicación paulatina como derecho a la educación, a un nivel de vida adecuado y otras disposiciones que se orientan a proteger instituciones o grupos sociales como son la familia, los niños, la juventud, la gente mayor y los minusválidos. Estos últimos derechos requieren para su real y plena instrumentación de ciertos factores y condiciones del nivel real comparativo de desarrollo de cada país; no sólo referido al desarrollo

¹³⁴ En el presente apartado habremos de recurrir en mucho a las opiniones expresadas por el Doctor Rabasa en CJI-Res. II-3/88 en OEA-Ser.G, CP/doc. 1925/88, 12 septiembre 88, pp. 46-52.

económico sino también al social y cultural.¹³⁵ Esto es de tal forma, que la exigibilidad de un mismo derecho podrá no ser la misma en dos Estados diferentes cuyos niveles de bienestar social podrían diferir entre sí.

Así, los mecanismos de la garantía o protección internacional, no pueden, en el campo de la aplicación práctica, ser iguales para los derechos civiles y políticos que para los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras razones, debido al grado de desarrollo de la comunidad regional y a las características propias de cada país. En base a lo anterior, el doctor Rabasa propuso¹³⁶ que el sistema de medios de protección se dividiera en dos partes. Si la exigibilidad fuera inmediata, con violaciones que fueren susceptibles de ser imputadas directamente a las autoridades, debería recurrirse a los procedimientos de la Parte II de la CADH y cuya aplicación está a cargo de la CIDH y la Corte Interamericana. Por otra parte, sugirió que en caso que los derechos fueran de aplicación y realización progresiva, debía establecerse un mecanismo similar al del PDESC. La anterior distinción se debía a que conforme a la CADH, la Comisión y la Corte tienen funciones cuasi o totalmente judiciales; en donde la CIDH es un "amigable componedor" y la Corte, un auténtico tribunal.¹³⁷

La CIDH examina presuntas violaciones de los derechos sustantivos consagrados en el Pacto de San José, evalúa los elementos probatorios aportados por el quejoso y por el Estado y formula sus conclusiones. Si la CIDH concluye que efectivamente se violó un derecho, promueve una solución amistosa del asunto, fundada

¹³⁵ Esto haría conveniente que en la definición de las metas de los programas de desarrollo, a las menciones del producto nacional per cápita y sistemas tributarios adecuados se añadiera lo relativo a un sistema equitativo de distribución de ingresos.

¹³⁶ CJI-Res. II-3/88.

¹³⁷ No sólo por la esencial unidad, interdependencia y recíproco condicionamiento de todos los derechos humanos, no sólo porque algunos derechos económicos, sociales y culturales pueden ser protegidos mediante el mismo sistema que el utilizado para los derechos civiles y políticos, en el que la Corte Interamericana debe desempeñar un necesario papel (artículos 61-63, CADH), sino también porque, para los restantes derechos económicos, sociales y culturales, el órgano que deberá tener una predominante intervención en su protección ha de ser la CIDH, órgano del Sistema Interamericano al que expresamente se refiere al Pacto de San José (artículos 33-51). La CIDH debía por tanto vigilar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales que no pudieran tener un régimen de protección igual al de los derechos civiles y políticos. Corte IDA, OEA/Serv. Gales., CP/CASP-622/85 add. 2-9, 27 de junio de 1996.

en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la CADH o formula las "recomendaciones pertinentes" y fija un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas para remediar la cuestión examinada. Se acude ante la Corte cuando se han agotado los procedimientos ante la CIDH y en donde las partes sólo pueden ser los Estados parte y la CIDH. Tanto por su nombre y el procedimiento a seguir (en cuanto que el fallo será definitivo e inapelable) realmente se trata de un proceso judicial. En opinión de la Corte cualquier ampliación del ámbito de los derechos protegidos por la CADH sólo era concebible si se cumplía en función del sistema de protección (CIDH y Corte), de forma que los derechos incorporados quedaran comprendidos en los mismos mecanismos de garantía.¹³⁸

En los términos arriba expuestos, resultaba lógico que los órganos cuasi-judicial (la Comisión) y judicial (la Corte) se dedicaran a derechos civiles y políticos, y a aquellos derechos económicos, sociales y culturales de aplicación y exigibilidad jurisdiccional inmediata.¹³⁹

¹³⁸ Para abundar más sobre las facultades y funciones de la Comisión y la Corte puede consultarse: PIZA y TREJOS, *op. cit.*, *supra* nota. 39; GARCÍA BAUER, *op. cit.*, *supra* nota 6; e INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 1986.

¹³⁹ Si bien la Corte también presentó observaciones a diversas partes del proyecto, sus comentarios se centraron en el procedimiento de protección de los derechos, con especial referencia a la competencia que pudiera llegar a tener, fuere contenciosa o consultiva. "Es decir que hay derechos económicos, sociales y culturales, como pueden ser la libertad sindical, el derecho de huelga, la libertad de enseñanza, etc., etc., que pueden ser objeto de un sistema de protección internacional igual al de los derechos civiles y políticos" (Corte IDH, OEA/Serv. G, CP/CAJP-622/85 add. 2-a, 27 junio 1986, parágrafo 8). En lo que respecta concretamente a la Corte, la protección de estos derechos podría hacerse valer ante ella de igual manera que con respecto a los otros derechos incluidos en la CADH. La Corte indicó que ella podía llegar a tener una importante función en la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía de su competencia consultiva referida a "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos" o a la "compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales" (artículo 64, 1) y 2), CADH). Esto es especialmente claro si se tiene en cuenta lo que respecto de la interpretación de la Convención establece su artículo 29. Todos los criterios de este artículo (a, b, c y d) son aplicables, pero merece destacarse el párrafo d, ya que la DADDH incluye los derechos económicos, sociales y culturales y la Carta Americana de Garantías Sociales es un acto internacional de tipo declarativo aprobado por el mismo órgano supremo del sistema que adoptó, en su momento, la Carta de la Organización y la DADDH.

Por el contrario, cuando se trata de derechos de realización y aplicación progresiva debería acudir a otros esquemas. La experiencia adquirida a través del funcionamiento del mecanismo de control previsto en el PDESC de ONU constituía una base aprovechable para fijar el mecanismo de protección de los derechos consignados en el PSS.

Por ello, el doctor Rabasa sugirió que para los derechos de aplicación gradual o progresiva se estableciera un procedimiento que comprendiera, por conducto de la SG de OEA, a los Consejos Técnicos de OEA,¹⁴⁰ los cuales, auxiliados por grupos de expertos *ad hoc* y organismos especializados, y en estrecha comunicación con la Corte Interamericana, recibieran informes periódicos de los Estados y emitieran las recomendaciones que se estimaran procedentes.¹⁴¹

El mecanismo finalmente establecido es uno de informes aplicable a todos los derechos consagrados en el PSS. Los Estados parte se comprometen a presentar informes periódicos sobre las medidas progresivas¹⁴² que adopten para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el propio Protocolo. Dichos informes deben presentarse al Secretario General de la OEA para que éste a su vez los transmita al Consejo Interamericano Económico y Social (CIES), al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (CIECC)¹⁴³ y a la CIDH.

¹⁴⁰ El Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

¹⁴¹ Este sistema es parecido al que se lleva a cabo en ONU por conducto del ECO-SOC. Esto explica por qué el Uruguay señaló que debido a que la inexigibilidad inmediata y plena de ciertos derechos económicos, sociales y culturales en función de su carácter de "derechos de desarrollo progresivo", cuya realización depende en buena parte del contexto socio-económico del país respectivo, primero debería intentarse la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales que son exigibles *per se*, sujetándolos en consecuencia, a los mismos mecanismos de protección de que disfrutaban los derechos civiles y políticos comprendidos en el Pacto de San José, reservando el sistema de informes periódicos como el arbitrado en el PDESC (artículo 21-3), para aquellos derechos que aún no pueden ser demandados jurisdiccionalmente. OEA/Ser.G/CP-CAJP-622/85 add. 7, 31 de marzo de 1987.

¹⁴² Por lo que una vez colocada o puesta en marcha cualesquiera medida debe permanecer en el tiempo.

¹⁴³ Los informes anuales que el CIES y el CIECC envíen a la AG de OEA deben contener un resumen de toda la información recibida para su estudio, informes de los Estados parte en el Protocolo y organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas y las recomendaciones de carácter general que se estimen pertinentes.

El secretario general transmitirá también "a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados parte",¹⁴⁴ copias de los informes o de sus partes pertinentes, en la medida en que tengan relación con las materias competencia de dichos organismos.

En el caso que los derechos establecidos en los artículos 8, 1, a) y 13¹⁴⁵ fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado miembro, podrá dar lugar, mediante la participación de la CIDH, y cuando proceda, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH.¹⁴⁶ La aplicación de este artículo seguramente será de especial cuidado pues pese a que el contenido general del PSS es de carácter programático, el PSS permite en estas circunstancias específicas la aplicación del sistema de peticiones individuales ante CIDH y la Corte.

Sin perjuicio de lo anterior, la CIDH puede formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación que los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el Protocolo guarden en todos o algunos de los Estados Parte. Estas recomendaciones y observaciones podrá incluirlas en su informe anual a la Asamblea General o en un informe especial.

Finalmente, el artículo dispone que tanto la CIDH como el CIES y el CIECC, en el ejercicio de las facultades establecidas, deberán tomar en cuenta la naturaleza *progresiva* de la vigencia de los derechos objeto de protección por el Protocolo.¹⁴⁷ Creemos que esto significa que los Estados avanzarán conforme a sus recursos pe-

¹⁴⁴ PSS, artículo 19. 3.

¹⁴⁵ Derechos sindicales, incluyendo el derecho a organizar sindicatos y afiliarse al de su libre elección pero excluyendo el derecho a la huelga (artículo 8, 1, b); y derecho a la educación.

¹⁴⁶ El proyecto de 1988 incluía lo que eran los artículos 8 (derechos sindicales), 9 (derecho a la huelga) y 15 (derecho a la libertad a la educación).

¹⁴⁷ El subrayado es mío. Vale señalar que para este artículo hubo propuestas indicando que en la aplicación del PSS se tomaran en cuenta las circunstancias relativas a la evolución del desarrollo de los pueblos de América, y que asimismo se considerara la naturaleza progresiva de los derechos protegidos.

ro una vez que establezcan una medida o beneficio a la población en general, no tienen facultades para retirarlo, so pena de violar las disposiciones del Protocolo.¹⁴⁸

Artículo 20. *Reservas*

De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁹ y en seguimiento del artículo 75 de la CADH, el Protocolo permite la formulación de reservas sobre una o más disposiciones específicas, sin que se presenten al momento en que se aprueba, se ratifica o se adhiere, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin del instrumento internacional.

Artículo 21. *Firma, ratificación o adhesión. Entrada en vigor*

Las disposiciones del Protocolo limitan su suscripción sólo a los Estados que sean parte en el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos. La ratificación, o adhesión, se efectuará mediante depósito de instrumentos de ratificación o adhesión en la Secretaría General de OEA. El Protocolo entrará en vigor cuando se hayan reunido once instrumentos de ratificación o adhesión. El Secretario General habrá de informar a todos los Estados miembros de la OEA de la entrada en vigor del Protocolo.

Artículo 22. *Incorporación de otros derechos y ampliación de los reconocidos*

El Protocolo permite que cualquier Estado parte y la CIDH sometan a la consideración de los Estados parte, reunidos en ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de in-

¹⁴⁸ Sobre el proyecto de Artículo en general, la Corte opinó que la enumeración y definición de derechos en el proyecto era más o menos aceptable, pero en cuanto al régimen de protección, fueron evidentes sus insuficiencias y defectos. Corte, IDH, OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2-a, 27 junio 1986, párrafo 9.

¹⁴⁹ Suscrita en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969, ratificada por México el 25 de septiembre de 1974, entró en vigor el 27 de enero de 1980, *DOF*: 14 de febrero de 1975. Ver *supra* los comentarios sobre el artículo 5, entre otros. Vale señalar que para este artículo hubo propuestas indicando que en la aplicación del PSS se tomaran en cuenta las circunstancias relativas a la evolución del desarrollo de los pueblos de América, y que asimismo se considerara la naturaleza progresiva de los derechos protegidos.

cluir el reconocimiento de otros derechos y libertades o bien a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos en el mismo. El PSS prevé que estas enmiendas entrarán en vigor para los Estados en la fecha en que dos tercios de los Estados parte en el Protocolo hayan depositado sus instrumentos de ratificación. Para los restantes miembros entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus propios instrumentos de ratificación.

VI. CONCLUSIONES

Los cinco primeros artículos de la parte dispositiva contienen cláusulas generales, usuales en este tipo de instrumentos. Los Estados se obligan en ellas a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Protocolo, a no discriminar, a adoptar disposiciones de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos establecidos en el PSS y a no admitir restricciones a los derechos reconocidos en virtud de legislación interna o internacional. Asimismo, sólo pueden establecerse restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo en la medida que sean compatibles con la naturaleza de sus derechos y mediante leyes promulgadas con el objeto de promover el bienestar general dentro de una sociedad democrática.

Los artículos 6 a 16 establecen los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección. El destinatario de la protección internacional es el ser humano; los derechos que se garantizan son atributos de la persona humana y, por lo tanto, no pueden ser considerados como el resultado aleatorio del éxito de determinadas políticas económicas o sociales. Como derechos humanos que son, los derechos económicos, sociales y culturales son, pues, imperativos, exigibles y no simplemente metas de desarrollo.¹⁵⁰ Así el aspecto fundamental del Protocolo de San Salvador está constituido por los medios institucionales que se establecen para la tutela y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁵⁰ Esto plantea el problema de cómo y ante quién hacer efectivas las garantías establecidas.

Por la naturaleza de los derechos consagrados, principalmente de aplicación y realización progresiva y con exigibilidad no inmediata, el Protocolo presenta alusiones a la cooperación internacional. Esto representa la expresión de los Estados por dar los primeros pasos firmes en pos de salvaguardar los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados asumen compromisos definidos que procurarán cumplir en el menor tiempo y al que se obligan a destinar la mayor cantidad de sus recursos disponibles.

La mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales estaban ya precisados en otros instrumentos internacionales, como el PDESC. Sin embargo, era prudente que se reafirmaran y desarrollaran en el ámbito americano. Su vigencia requiere de tutela permanente y, *ergo*, que se prevean medios institucionales para su protección y promoción.¹⁵¹

“Los derechos económicos, sociales y culturales poseen la misma naturaleza substancial de los derechos políticos y sociales”.¹⁵² Todos derivan de la esencial dignidad del ser humano, todos constituyen atributos irrenunciables de la persona y todos deben ser objeto de promoción, garantía y protección a nivel nacional, regional y universal. Pero exigen mecanismos de protección diferenciados. Algunos derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser objeto de un régimen de protección, de tipo jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional igual que el que existe respecto de los derechos civiles y políticos. En el ámbito americano esto significa que estos derechos económicos, sociales y culturales pueden no gozar de un control como el que la CADH estableció y atribuyó a la Corte.

Pero en cambio, algunos derechos que tradicionalmente han sido clasificados entre los derechos económicos, sociales y culturales poseen caracteres que hacen factible la aplicación a ellos de un régimen de protección análogo al de los derechos civiles y políticos. Esta distinción es esencial.

La enumeración y definición de los derechos económicos, sociales y culturales se dejó básicamente en manos de la CIDH y de

¹⁵¹ Cfr. opinión de Venezuela. *Vid.*, OEA/Ser.G/CP/CAJP-622/85 add. 9, 8 de mayo de 1987.

¹⁵² OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2-a, 27 junio 1986, párrafo 2.

los gobiernos americanos.¹⁵³ Como vimos, el Protocolo se elaboró a fin de incluir una enumeración y definición de los derechos económicos, sociales y culturales protegidos que no debiera excluir otros derechos “que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática de gobierno”.¹⁵⁴ Debía contener asimismo el régimen de protección regional de los derechos consignados.

Los llamados derechos civiles y políticos en general, son más fácilmente individualizables y exigibles de conformidad con un procedimiento jurídico susceptible de desembocar en una protección jurisdiccional. Entre los derechos económicos, sociales y culturales, hay también algunos que se comportan o pueden comportarse como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente. Pero hay otros que, sin dejar de ser derechos fundamentales del ser humano, están por su naturaleza o las condiciones del desarrollo económico y social de cada país, condicionados a la creación de una estructura institucional y económica compleja, en virtud de la cual no resultaba razonable en el estado de la evolución del desarrollo de los Estados americanos, reconocerles *per se* una exigibilidad inmediata y plena. Por el contrario, debe admitirse que se trata, como lo expresan el PDESC, y la propia CADH en su artículo 26, de derechos de desarrollo progresivo que dependen de factores no enteramente dependientes de la voluntad de cada Estado.

Una inclusión indiscriminada de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema de la Convención en la medida en que se mantenga su concepción como derechos de realización progresiva (que se expresan a veces como aspiraciones puramente programáticas no dotadas de exigibilidad), podría haber causado más bien una distorsión en los mecanismos de protección del Pacto de San José. En esta perspectiva, pareció adecuado que por la vía de un protocolo adicional no deberían incorporarse a los mecanismos y procedimientos dispuestos por el Pacto de San José sino aquellos derechos a los que resultara aplicable el sistema es

¹⁵³ Corte IDH, OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2a, 27 junio 1986, parágrafo 5.

¹⁵⁴ Artículo 26, c), CADH.

pecífico de protección que la propia CADH establece, es decir, aquéllos que puedan llegar a ser exigibles jurisdiccionalmente, como ocurre por ejemplo, con el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y el de libre sindicalización. Desde luego, esta exigibilidad debe ser concebida de la manera más amplia, de modo que pueda entenderse tanto en sentido positivo (exigibilidad de los derechos en sí mismos), como negativo (impugnación de actos que los contradigan, supriman o disminuyan).

El límite entre derechos económicos, sociales y culturales con o sin exigibilidad jurisdiccional inmediata no es invariable sino que más bien deriva de circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y la evolución del Derecho. Esta circunstancia se tomó en cuenta al redactar el PSS.

“Los derechos económicos, sociales y culturales requieren una base económica que los haga posibles y una política social y cultural del Estado. Pero sólo pueden existir realmente si también se reconocen y respetan los derechos civiles y políticos que, a su vez, sólo pueden llegar a tener su pleno sentido si reposan en la existencia de un hombre libre de la miseria y de la ignorancia”.¹⁵⁵ Sólo la existencia real de todos ellos, garantizados por un régimen eficaz de protección internacional, habida cuenta de sus elementos propios, y dentro del marco del desarrollo y del progreso político, económico social y cultural de América, puede asegurar “el ejercicio efectivo de la democracia representativa en el continente”.

¹⁵⁵ GROS ESPIELL, Héctor, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Anuario Jurídico* VII, 1985, UNAM, México, D. F., 1985, p. 13.

ANEXO

Listado de los artículos del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.

Preámbulo. Reafirma, desarrolla, perfecciona y protege los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales previos.

- Artículo 1o. Obligación de adoptar medidas para instrumentar los derechos reconocidos en el Protocolo.
- Artículo 2o. Obligación de modificar la legislación nacional para instrumentar los derechos reconocidos en el Protocolo.
- Artículo 3o. Obligación de no discriminar por cualquier condición social.
- Artículo 4o. No admisión de restricciones al grado en que la legislación nacional reconozca un derecho aduciendo que el Protocolo no lo reconoce o lo restringe.
- Artículo 5o. Alcance de las restricciones y limitaciones.
- Artículo 6o. Derecho al trabajo (incluyendo el de minusválidos y mujeres).
- Artículo 7o. Condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias.
- Artículo 8o. Derechos sindicales.
- Artículo 9o. Derecho a la seguridad social.
- Artículo 10. Derecho a la salud.
- Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano.
- Artículo 12. Derecho a la alimentación.
- Artículo 13. Derecho a la educación.
- Artículo 14. Derecho a los beneficios de la cultura.
- Artículo 15. Derecho a la constitución y protección de la familia.
- Artículo 16. Derechos de la niñez.
- Artículo 17. Protección de los ancianos.
- Artículo 18. Protección de los minusválidos.

- Artículo 19. Medios de protección.
- Artículo 20. Reservas.
- Artículo 21. Firma, ratificación o adhesión.
Entrada en vigor.
- Artículo 22. Incorporación de otros derechos y ampliación de aquellos reconocidos.

EL DESCUENTO BANCARIO DE TÍTULOS

Víctor OVANDO

SUMARIO: *Introducción. I. El descuento como mecanismo de fondeo. II. El descuento en una operación de crédito. III. Diversidad de teorías en torno al descuento. IV. Qué no es un descuento. V. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

En los años en que la última y más reciente crisis económica y financiera se generalizó en México (1994 a 1997), el cúmulo de situaciones jurídicas y de hecho que tuvieron que conocer los tribunales propició interpretaciones diversas y encontradas sobre lo que debe entenderse, y lo que implican o no algunas operaciones que tradicionalmente se habían venido utilizando con éxito, con seguridad y, sobre todo, sin cuestionamiento alguno entre los distintos actores del escenario económico y financiero: los bancos, las empresas, las autoridades administrativas y las autoridades judiciales.

La existencia misma de los bancos se puso en tela de juicio, en virtud de las imperfecciones con que el proceso de nacionalización de la banca y posteriormente su reprivatización se llevaron a cabo; la conversión de "ese-as" a "se-ene-ces" y otra vez a "ese-as" no reunió la forma más pura ni del derecho administrativo ni del derecho mercantil; las autoridades que tenían capacidad o competencia para realizar ciertos actos no eran las que los producían, y fue puesta a prueba la eficacia jurídica de ciertos instrumentos utilizados de manera convencional por la banca.

Por ejemplo, fenómenos como el anatocismo, el otorgamiento o reestructura de créditos con saldos crecientes, los créditos "aficorcados", los créditos "udizados", la capitalización de los intereses pactada con anterioridad a su vencimiento, los créditos virtuales

para pago de intereses, y muchas otras figuras que se venían aplicando de manera generalizada en las operaciones crediticias, a pesar del peligro que entrañaban para el patrimonio de los deudores, especialmente en una época de alta inflación, y que obligaba a los deudores a *amortizar anticipadamente* sus créditos varias veces antes de terminar de pagarlos, fueron puestos delante de los tribunales, el Congreso, la SHCP y en general, ante la opinión pública, como prácticas intolerables de los bancos, que violaban en lo esencial el orden jurídico y los principios de equidad en las prestaciones recíprocas de las partes en contratos sinalagmáticos. Los bancos, por su parte, han invocado la vinculación e interdependencia entre los intereses que pagan a sus ahorradores con los que cobran a sus deudores, así se trate de intereses penales, sobre los que un banco jamás debería planear el pago de intereses a sus depositantes, aduciendo que lo que quitan de un lado del balance necesariamente lo tienen que quitar del otro(!)

En ese escenario de caos jurídico, la figura ancestral del descuento de créditos también fue puesta a prueba. La banca de fomento venía practicando esta operación con los fondos de fomento económico creados para la atención de ciertos estratos de empresas, así como para el financiamiento de largo plazo para el equipamiento industrial; cuando se obtuvieron fondos de organismos internacionales para esos propósitos, el descuento se fue a un *tercer piso* con la creación del PAI (Programa de Apoyo Integral a la Micro, Pequeña y Mediana Industria) que, con recursos provenientes del Banco Mundial y otros de contrapartida del gobierno mexicano, redescataba créditos descontados por los fondos de fomento (FOGAIN, FOMIN, FONEI, etcétera) a la banca comercial, con tasas blandas a los usuarios finales y ciertamente preferenciales para la banca comercial.

Esta figura, utilizada masivamente en los últimos tiempos para el refinanciamiento por parte de la banca de segundo piso, de créditos otorgados por el banco o intermediario de primer piso, implicaba la transmisión de los títulos representativos de dichos créditos en favor de la banca de fomento que los descontaba, con la obligación del intermediario de pagar dicho refinanciamiento al vencimiento de los títulos descontados, así como de continuar ad-

ministrando la cobranza y la recuperación del crédito frente a sus deudores, y considerándose, para todos los efectos, como mandatario del descontador, en virtud de que la cartera descontada permanecía en poder del intermediario, fueran bancos, fondos, o ya en la etapa de la explosión del crédito, uniones de crédito.

El principal conflicto se presentó cuando los intermediarios dejaron de pagar a los refinanciadores, bien porque sus clientes no les pagaban, o bien porque desviaban el dinero de dichos pagos a satisfacer otros compromisos del intermediario, o simplemente porque existe en el ánimo popular la idea de que a la banca de fomento no se le paga, porque es del gobierno, elemento cultural que constituye un riesgo adicional en el otorgamiento de crédito, especialmente en los países menos desarrollados, y por ende, encarecedor del crédito.

Al requerir los refinanciadores la entrega de las carteras descontadas, para proceder directamente a su cobranza, algunos intermediarios (vayamos precisando: las uniones de crédito y otros intermediarios no bancarios) se rehusaron, a pesar de que contractualmente estaban obligados y habían aceptado considerarse como depositarios de las carteras descontadas. Los procedimientos judiciales se iniciaron: los requerimientos fueron rehusados nuevamente; a las demandas se opusieron contrademandas; las acciones penales por infidelidad del depositario se toparon con la ignorancia del ministerio público respecto de las operaciones bancarias o, en otros casos, con la simpatía de éstos o de los jueces con las causas de los deudores, porque no pocos de ellos también estaban teniendo problemas personales para el pago de sus deudas bancarias. Así, tanto las autoridades administrativas como las autoridades judiciales resolvieron barbaridades (por así llamarles) que en otras épocas jamás habrían pronunciado, y menos en voz alta, es decir, frente a los medios de comunicación, atentos a todos los movimientos de los deudores y de las autoridades financieras, amén de los escándalos bancarios, no sólo los tradicionales de fin de sexenio, sino de cuantiosas carteras impagables transferidas al FOBAPROA, la quiebra técnica de los bancos hecha evidente.

En otros casos, las resoluciones establecían que el descuento no implicaba la transmisión de la cartera sino *sólo* una garantía del crédito del refinanciador, lo cual, en estricto sentido, tiene susten-

to en tesis muy respetables; sólo que, aún siendo una garantía, el descontador tiene —o debería tener— un recurso directo sobre ella; y no siendo esto en sí mismo un problema insuperable, tampoco se les conminó al pago de los créditos vencidos o a la entrega de lo que consideraron “la prenda”, es decir, la cartera descontada.

Ésta era apenas la cima visible del problema; más abajo, hubo casos en que no existía la tal cartera; muchos de los créditos estaban dados “a la palabra”, al cabo que los deudores eran los *socios* de las uniones (lo que dio en llamarse “el club de Tobi”: con 100 mil pesos de aportación al capital de la unión, merced a la regulación existente, el flamante *socio* de la unión podía recibir hasta 4 millones de pesos, es decir, 40 veces su aportación, ¡en crédito!); no había pagarés, ni estaban perfeccionados los contratos de créditos refaccionarios, ni inscritas las hipotecas, y muchas veces ni siquiera un recibo del dinero. La falta de supervisión aunada al “*animus delinquendi*” dieron por resultado quebrantos monumentales, unos cuantos convictos y muchos prófugos. ¡Nos habían vuelto a saquear!

* * *

El advenimiento de la crisis de diciembre de 1994 no hizo sino poner de manifiesto la debilidad del sistema financiero y las insanas prácticas bancarias en el otorgamiento de crédito; no había de hecho una cultura crediticia; el mercado se inundó de plástico, haciendo “bancables” (entre muchos otros odiosos anglicismos) a millones de personas y a cientos de miles de empresas de todos tamaños, que conforme a una sana metodología de análisis y evaluación crediticia jamás debieron recibir un centavo de la banca.

Con estos antecedentes en mente, en los siguientes párrafos se presenta un análisis sobre la naturaleza del instrumento por el que la banca de fomento ha comprometido y canalizado más recursos al sector privado en los últimos 10 años, que en toda su historia anterior.

I. EL DESCUENTO COMO MECANISMO DE FONDEO

Comencemos por analizar la *utilidad práctica del descuento*, para buscar la posible identificación de esta figura con lo salpicadamente regulado por las leyes mercantiles y bancarias.

El descuento de títulos es una forma de financiamiento. Los títulos de crédito que tienen una fecha de vencimiento lejana, sea de corto, mediano o largo plazo, tienen un valor presente y un valor futuro o a vencimiento. La calidad del riesgo que implican determina la posibilidad de que durante su vida tengan un mercado secundario y, en todo caso, un cierto valor a lo largo de su ciclo. Así, un emisor triple A puede cotizar su papel muy cerca de par durante toda la vida del título, fungiendo como o casi como un instrumento de pago; si el crédito que representa lleva aparejados intereses, entonces el valor actual del título se podrá componer con la porción devengada de los intereses; si no, el título puede ofrecerse a un precio que represente el costo del dinero en el lugar en que circula el título, por el lapso que falte para su vencimiento; es de aquí de donde toma su nombre la operación del descuento. Si el tenedor del título debe esperar equis días o meses para recibir el 100% del valor nominal del título, y fondear esa posición le cuesta 10% durante el término que le resta de vigencia al título antes de su vencimiento, su valor presente sería 90. *Una operación típica de descuento con ese título, consistiría en financiarlo a 90 y recibir 100 a su vencimiento.*

Pero, como el pago del título a su vencimiento no es una opción, sino una obligación de todos los suscriptores, estamos entrando al terreno del *riesgo implícito: el incumplimiento*. El riesgo se mide por las posibilidades de incumplimiento de quien está obligado; si el emisor es un AAA, el riesgo es mínimo y el premio por riesgo será mínimo también; es como un billete de banco central: se toma a su valor y punto, no hay descuento porque no hay duda que el banco central paga a la vista la cantidad que dice el billete y porque está legalmente reconocido como instrumento de cambio o de pago; *es un valor entendido, que refleja en todo caso la solvencia del emisor*, ya sea del billete de banco o del título de crédito.

Ahora bien, en función de las expectativas del mercado, que se traducen finalmente en oferta o demanda, estos signos pueden tener un valor superior o inferior al que se pagó por ellos, como en el caso de los certificados de depósito y de los bonos de prenda, que amparan mercancías depositadas, y que en función de ciertos ciclos estacionales o de contingencias ajenas a su propia naturaleza, pueden llegar a tener un valor sustancialmente distinto del que se esperaba, hacia arriba o hacia abajo; ejemplo: el café, el azúcar, el petróleo, etcétera.

Ese intercambio propiciado por signos representativos de valor o de mercancías a futuro, que finalmente se traducen en valor, son el objeto de la transacción que conocemos como descuento. Entran en la misma concepción, aunque con diversa reglamentación: las facturas pendientes de pago, los contrarrecibos, los bonos de prenda, los certificados de depósito, los derechos derivados de contratos de compraventa, de promesa (opciones), de arrendamiento, de proveeduría y muchos etcéteras.

II. EL DESCUENTO ES UNA OPERACIÓN DE CRÉDITO

Se ha cuestionado la naturaleza jurídica del descuento que practica la banca de desarrollo con intermediarios financieros bancarios y no bancarios, por estar *insuficientemente regulado* en la legislación bancaria y mercantil; no obstante, se considera existen elementos jurídicos de gran peso para considerar el descuento como una operación de crédito, regulada no sólo en la LGTOC sino también en la Ley Bancaria de 1990. Este documento tiene por objeto demostrar la existencia de una relación crediticia subyacente en el descuento, *independiente de la relación cambiaria derivada del endoso de los títulos descontados*; es decir, que *existe una obligación de pago de dinero del descontatario en favor del descontador, y que la obligación del suscriptor principal de los títulos descontados sirve como una fuente de pago específica, pero no única, de las cantidades que el descontador haya entregado al descontatario.*

1. Encontramos un primer antecedente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), que en el Título II, relativo a las *operaciones de crédito*, habla del "*descuento de créditos inscritos en los libros de los comerciantes*", como operaciones *reservadas* a las instituciones de crédito, que implican la *obligación del descontatario de entregar al descontador, a su vencimiento, el importe de los créditos respectivos.* De esta sencilla frase con que cierra el texto del artículo 288 de la Ley, podemos sacar algunos elementos y ensayar sus definiciones:

- a) Descontatario: es el beneficiario o titular del crédito que se va a descontar;
- b) Entregar: está utilizado como sinónimo de *pagar*;
- c) Descontador: el tomador del título a descuento (*reservado a los bancos, art. 289*);
- d) Vencimiento: el del descuento. *No se refiere al vencimiento del crédito descontado.*

Esto, que podría parecer muy obvio en virtud de la *solidaridad pasiva* de todos los endosantes de un título de crédito (letra de cambio, cheque, pagaré), *no resulta tan obvio en el caso de créditos en libros que no están documentados en títulos*, y en los que *no es posible presumir esa solidaridad*; sin embargo, si no se tratara de una operación de crédito, primero: no subsistiría la obligación del descontatario de "*entregar*" (*pagar*) *al descontador el importe del crédito* a su vencimiento; segundo: el descontador podría agregar la cláusula "sin responsabilidad" o equivalente en el endoso de los títulos, obviando su responsabilidad solidaria, en cuyo caso estaríamos frente a una transmisión lisa y llana del título; y tercero: el descontatario no tendría por qué emitir una letra de cambio en favor del descontador y a cargo de su deudor, como lo establece el propio artículo.

Pero esto que parece tan evidente, tiene su fundamento en un elemento constitutivo del contrato, el consentimiento, *que condiciona su existencia misma*: la decisión del descontador para realizar el descuento, sea de títulos, sea de créditos en libros, fundada en *la solvencia moral y económica del descontatario, que es a quien conoce y quien le va a pagar (entregar) el importe del cré-*

dito a su vencimiento, y no necesaria o preponderantemente en la calidad del título descontado.

Como veremos más adelante, el plazo de uno (el descuento) y otro (el crédito en libros o en títulos) no están necesariamente vinculados, por lo que el vencimiento a que se refiere este artículo es el pactado para la operación de descuento, que puede o no coincidir con el vencimiento del título descontado. Tan es así, que la ley bancaria imponía a los bancos la limitación para realizar descuentos, préstamos y créditos a plazos mayores de 6 meses. Esto nada tenía que ver con el plazo de los créditos descontados, ya que la misma ley preveía —y todavía prevé— la cobranza de los títulos durante la vigencia del descuento.

Que los títulos descontados sirven de garantía colateral de la operación de descuento, y que sirven al propósito de documentarla, es innegable; pero de ninguna manera se pueden confundir con una sola operación crediticia, por las razones que vamos a apuntar más adelante, el crédito que involucra el descuento, en favor del descontatario, y el crédito documentado en los títulos. Independientemente de las formalidades que la Ley establece para el descuento de créditos inscritos en los libros de los comerciantes y que lo hacen parecer obsoleto para algunos estudiosos, es necesario tener en mente lo siguiente:

- a) Por ley (la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, o LGOAAC, por si es preciso mencionarla más adelante), las uniones de crédito están organizadas y constituidas como sociedades anónimas, y por lo tanto, se reputan comerciantes para todos los efectos legales, según el Código de Comercio.
- b) Además de los contratos y pagarés que documentan sus operaciones activas de crédito, éstas deben estar inscritas en sus libros; luego el descuento de esos créditos, en títulos o en libros, son operaciones que perfectamente pueden practicar las uniones, en su calidad de comerciantes, con los bancos, ya que éste tipo de descuento está reservado a los bancos.
- c) Aun cuando no se practique habitualmente esta operación entre comerciantes *stricto sensu* y sus bancos, el descuento

(como género) de créditos amparados por títulos (como especie), no tendría por qué ser de una naturaleza jurídica distinta a la del descuento de créditos inscritos en libros, otra especie del mismo género; finalmente la ley llama a ambos "descuento".

- d) Finalmente, entre las formalidades que establece la Ley para practicar estas operaciones, el descontatario debe girar una letra de cambio a su deudor, en la que el descontador es el beneficiario. Esto no deja lugar a dudas, de que el descuento de créditos en libros, aún cuando no se encuentren representados por títulos, tal como dice el artículo 288 de la Ley, es una operación de crédito, ya que el derecho de crédito que nace de la emisión de una letra de cambio es independiente y autónomo del derecho de crédito materia del descuento.

2. Un segundo antecedente lo encontramos en la propia LGTOC, artículo 174, segundo párrafo, que habla del *descuento del pagaré no vencido*, que es precisamente el caso de las operaciones que practica la banca de desarrollo —y aun algunos bancos comerciales— con uniones; este precepto dice que el descuento se calculará a una tasa igual a la pactada en el propio instrumento, o en su defecto, al tipo legal. Esta sola referencia da al descuento una clara connotación crediticia, que supone atribuir un valor en el tiempo a los títulos descontados, equiparando su valor de descuento a su valor presente, con base en la tasa de interés pactada en el título, la cual se cobra por adelantado al descontatario, manteniendo éste la obligación de pagar el principal del título a su vencimiento. Nótese que en este caso, la tasa pactada en el título queda a beneficio del descontatario, una vez pagado su importe al descontador. No lo dice el texto de la ley, pero se infiere directamente de esta norma. Estas *dos tasas implican por fuerza*, conforme a la lógica más elemental, *la existencia de dos créditos distintos: el que otorga el descontador al descontatario, y el crédito mismo documentado en el título.*

Si en vez de simplemente endosar los títulos descontados, el descontatario emitiera a su vez un pagaré (o una letra de cambio,

como dice la Ley): a) El pagaré emitido por la unión sería el título representativo del crédito otorgado a ésta por el banco. b) Sin embargo, de todos modos la unión tendría que entregar los títulos descontados, igualmente endosados en favor del banco, como la fuente de pago específica, que a la vez sirve de garantía colateral para el banco. c) En virtud de que no requiere de ninguna otra evidencia para su recuperación (por virtud del principio de literalidad e incorporación), resulta más que práctico documentar un descuento con el solo endoso del título en favor del acreditante. *Esta práctica implica un avance respecto a la regulación del descuento de pagarés contenida en la ley bancaria de principios de este siglo, a la que nos referiremos más adelante, que obligaba al descontador, es decir, al banco, a obtener dos firmas de responsabilidad o una garantía colateral (art. 29, fr. II).*

3. En tercer lugar, encontramos otro antecedente en la Ley de Instituciones de Crédito vigente (coloquialmente la *Ley Bancaria*), que menciona el *descuento*, sin definirlo, *junto a otras dos operaciones activas* típicas que les están permitidas a los bancos: el préstamo y el crédito (art. 46, fr VI); y en adelante, sólo los artículos 69 y 70 hablan de operaciones que podríamos equiparar al descuento.

4. Cabe aclarar, sin embargo, que en las *fuentes materiales y formales* del actual derecho bancario (las leyes de 1897, 1924, 1932, 1941 y 1974) se encuentra la regulación pormenorizada de las operaciones que practicaban los bancos especializados, antes de la transformación del sistema mexicano, a fines de la década de los 70, en lo que conocemos actualmente como la banca múltiple o banca universal.

En dichos ordenamientos se encuentran el descuento y otras formas de negociar con títulos de crédito —como el *reporto* y el *anticipo*, ambos recogidos por la ley actual— que sin definir puntualmente en qué consiste cada uno de ellos, *los da por conocidos para la banca, a quien va dirigida la ley*, la cual se complementa con las sanas prácticas y usos bancarios como “derecho” supletorio, inmediatamente después que la legislación mercantil y aun antes que el Código Civil.

En este orden de ideas, vale la pena citar algunos preceptos de leyes formalmente abrogadas, pero que se encuentran vigentes tanto en la práctica cotidiana como en las reglas y disposiciones complementarias aplicables al sistema financiero, expedidas por la CNBV y por la SHCP, conforme a las atribuciones que la *moderna ley marco* les confiere, incluyendo, desde luego, las guías contabilizadoras y los catálogos de cuentas.

En efecto, existen precedentes legislativos importantes en materia de operaciones de crédito de la banca y otras organizaciones auxiliares, hoy del crédito, *que han sido recogidas, a medias, en la ley actual, y que no por ello han perdido o cambiado su naturaleza*; si bien la ley actual es muy parca en la descripción de operaciones que antes estaban profusamente reglamentadas en la propia legislación bancaria, no por eso debemos entender modificada su naturaleza.

Ejemplo de ello es la Ley de Instituciones de Crédito expedida por el presidente Porfirio Díaz en 1897, en uso de facultades extraordinarias que el Congreso le confirmó al efecto. En dicha ley, en su versión original, se faculta (vía prohibición interpretada a *contrario sensu*) a los bancos de emisión a *descontar o negociar documentos de crédito a plazo de hasta seis meses*; y en el caso de pagarés y otros “valores de comercio” (como los definía el Código de Comercio, ya entonces en vigor), lo sujetaba además, a la obtención de *garantías colaterales* o de “*dos firmas de responsabilidad*” —o “*de notoria solvencia*”, como dice la reforma de 1908— entendiéndose obligados solidarios. Si bien dicha ley no define el descuento (a diferencia del crédito refaccionario, el cual se esmera en definir en la reforma de 1908), porque —asumimos— desde entonces ya estaba suficientemente explorado entre los banqueros, sí proporciona elementos definitorios de su naturaleza crediticia en el texto del artículo 29, fr. I y II transcrito, así como en la fr. I del artículo 30, que decía que los bancos de emisión sólo podían aceptar garantías hipotecarias por excepción, cuando “*venga a menos el crédito* (entiéndase la capacidad de pago) *de las firmas de responsabilidad que hubieren suscrito las obligaciones descontadas*”; (la reforma de 1908 dice simplemente “*las obligaciones que ellos posean*”). El texto de esta fracción, indepen-

temente de su contexto, habla claramente de una *obligación implícita* en el descuento; y se trata de obligaciones de pago, *adicionales a la obligación que entraña el crédito descontado en sí mismo*, tanto del descontatario como de sus obligados solidarios.

5. Otro antecedente, concluyente en nuestra opinión, es el artículo 10 fr. III de la Ley Bancaria de 1941: "A los bancos de depósito les está permitido realizar las siguientes operaciones... III. *Efectuar descuentos*, otorgar préstamos y créditos de cualquier clase, *reembolsables* a plazo que no exceda de 180 días, renovables una o más veces, hasta un máximo de 360 días a contar de la fecha de su otorgamiento."

En el mismo sentido encontramos menciones al *reembolso* de los descuentos (junto con los préstamos y créditos) en la fr. XIII del artículo 11; en el tercer párrafo del artículo 12 (líneas de descuento); en el artículo 17, fr. I; en la fr. III inciso (b) y IV inciso (b) del artículo 19. El artículo 28, fr. XXVIII señalaba que los préstamos o créditos de cualquier clase, que no tuvieran garantía real y los *descuentos*, se sujetarían a las reglas generales que expediría la SHCP, oyendo la opinión de la entonces CNBS y del Banco de México. Hasta la fecha de cierre de este artículo no fue posible al autor corroborar si se expidieron o no dichas reglas. Esta última fracción trata el descuento junto a los préstamos sin garantía real. Conviene señalar, por último, el tercer párrafo del artículo 12, ya mencionado, que hace referencia igualmente a los *préstamos con colateral de letras comerciales*, de donde se puede desprender que son operaciones distintas, aunque similares, a las *líneas de descuento* que menciona inmediatamente después.

6. La ley bancaria vigente, en su artículo 46, fr. VI, faculta expresamente a los bancos, para "*efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos*". El cambio en la redacción de esa fracción (que se refiere fundamentalmente al plazo de las operaciones permitidas, y que trataremos un poco más adelante) no puede interpretarse como que a partir de la nueva ley, los descuentos dejaron de ser reembolsables, porque se mantienen dentro de la misma fracción con los préstamos y los créditos; y si no fueran reembol-

sables los descuentos sólo porque la ley ya no lo dice, tampoco lo serían los préstamos y créditos, por la mismísima razón. El método lógico de reducción al absurdo es más que elocuente para evidenciar este razonamiento.

Una interpretación en ese sentido, exclusivamente para los descuentos, además de que carece de todo fundamento exegético, *choca con el resto de la regulación crediticia*. Si porque la nueva ley bancaria no dice que los descuentos serán reembolsables a cierto plazo, *suponemos que se trata de una operación distinta de la regulada hasta la vigencia de la nueva ley* (en este caso, la primera ley reglamentaria del servicio público de banca y crédito, de diciembre de 1982), *entonces deberíamos suponer que la nueva ley debía haber reglamentado su nueva naturaleza y su forma de operarlos, cosa que no ocurrió*. Lo que sí ocurrió, en cambio, es que se mantuvieron dentro de la misma fracción las tres operaciones, ya no sujetas a limitaciones de plazo, por la razones que se apuntan a continuación.

Una confirmación de que el término "*reembolsable*" utilizado prácticamente después de cada mención del descuento en la antigua ley, sólo se refería al plazo y no a la naturaleza de la operación, está en el texto siguiente:

La experiencia bancaria y monetaria del país, fraguada en las leyes que rigen la materia, hace una clara distinción entre el crédito a la vista y a corto plazo y el crédito a plazo largo. De ahí que a los bancos de depósito, lo mismo que el (sic) Banco de México, les esté vedado, con muy pocas excepciones, PRESTAR los depósitos del público a plazos mayores de 180 días, pues siempre se ha considerado sumamente peligroso, incluso para la solvencia de nuestro sistema monetario, permitir que el activo de dichos bancos se inmovilice por largos periodos, como sucedió con el de los antiguos bancos de emisión. Por esta razón, el CRÉDITO BANCARIO rara vez tiene una duración mayor de ese tiempo, a pesar de que ahora es, como nunca, sólido y abundante.

La anterior es una transcripción parcial de la *exposición de motivos de la Ley Orgánica de Nacional Financiera de 1940*. Al año siguiente se promulgó una nueva ley bancaria, derogando la de 1932, vigente cuando se expidió la de Nacional Financiera; no obstante, la ley de 1941 recoge íntegra la filosofía de que los ban-

cos de depósito debían realizar operaciones de corto plazo, en tanto que la banca de fomento —que no se regía por esa ley bancaria, sino por sus respectivas leyes orgánicas (artículo 2)— debía concentrarse en el financiamiento de largo plazo.

7. A propósito de una de las teorías que se mencionan más adelante sobre el descuento, el artículo 33, fr. VIII de la ley bancaria de 1941 prohíbe a las instituciones financieras “*adquirir acciones, títulos o valores que no deban conservar en su activo...*”, ya que por disposición de la misma ley, los títulos descontados no se incluyen entre los que los bancos podían conservar en su activo. Esta prohibición, en la ley bancaria vigente, se refiere a títulos constitutivos de pasivo directo a cargo de instituciones de crédito.

8. La fr. X del mismo artículo 10 de la ley de 1941 establece la posibilidad de que los bancos de depósito efectúen contratos de reporto y de “anticipo” sobre valores. No define qué son los anticipos, y sólo vuelve a ellos en el artículo 111, cabalmente el antecedente inmediato del artículo 69 de nuestra ley actual, que tampoco los define, y los menciona dentro de un “collage” de antitécnica jurídica, que de ninguna manera altera la naturaleza de las operaciones que inveteradamente practica la banca (y quizá por ello es que no se ocupa de definir las). En la ley de 1897 se facultaba a los bancos hipotecarios a efectuar préstamos o “anticipos” al gobierno federal, estatal o del ayuntamiento, para obras de mejoramiento público. Dichos créditos deberían asegurarse con hipotecas, o con los impuestos afectos específicamente al pago de dichas obras, o bien con los *títulos o valores* que se emitieran con motivo de dichas obras...” (algo así como bonos de obra pública) (artículos 73 y 76 de la ley de 1897).

III. DIVERSIDAD DE TEORÍAS EN TORNO AL DESCUENTO

Se han elaborado diversas teorías en torno a la naturaleza del descuento; para unos consiste en una operación de crédito *sui generis*; para otros se trata de una *compra-venta de títulos*, o simplemente “la adquisición al contado de un crédito a plazo”; para

otros se trata de una apertura de crédito; para otros más es un crédito garantizado.

De acuerdo con la tesis que equipara el descuento a una compra de títulos, la operación misma del descuento no sería reembolsable; y si existe una obligación del descontatario para con el descontador, sólo la hay en la medida que, *por virtud del endoso del título descontado, aquél se convierte en deudor solidario* del suscriptor. Es decir, aparte de la solidaridad cambiaria, no existe ninguna obligación de pago del descontatario, por la suma recibida del descontador.

La tasa diferencial entre uno y otro créditos desaparece también, para convertirse en un honorario por la administración y cobranza de la cartera descontada; algo así como una comisión mercantil. Sin embargo, a pesar de lo extraña que pudiera parecer esta interpretación, existen razones subyacentes que la motivan, aunque es de aclararse que la banca no lo practica así.

Como la nueva ley bancaria ya no limita el plazo de los descuentos (ni de los créditos ni de los préstamos) a 180 días, por razones de fondeo de las uniones se generalizó la práctica de descontarles créditos, *casando* el vencimiento del descuento con el del título descontado, lo que induce a confundir la relación que nace del descuento con la relación cambiaria implícita en el título descontado; al suprimir la legislación el resto del párrafo (*reembolsables a plazo no mayor de 180 días...*) (el cual, como ya se dijo, se refería exclusivamente al plazo que la ley antigua permitía para estas tres operaciones: descuento, préstamos y créditos), se abrió la puerta para que todos los bancos múltiples pudieran otorgar préstamos, créditos y realizar descuentos a plazos acordes con el objeto del financiamiento, la capacidad de pago de las empresas y los términos para la amortización de los bienes que adquieren con el producto de los créditos; (ahí estriba la verdadera naturaleza de la reforma) *por ello difícilmente encontramos descuentos a plazo menor que el de los títulos descontados.*

Pero una razón como ésta —de tipo financiero, no jurídico— *no justifica perder de vista la naturaleza de las operaciones.* Por ejemplo, ¿qué pasa si se pacta un descuento a 180 días, que era el máximo permitido por la ley, y el crédito implícito en el pagaré

descontado se vence, digamos, a dos años? Vamos a complicarlo un poco: ¿qué pasa si, como es lo usual, se cobra a la unión una tasa menor que la pactada en los títulos descontados?

De acuerdo con la teoría de la compraventa, la unión no tiene la obligación de cobrar los créditos descontados; para ello requiere de un mandato explícito del descontador (el nuevo "dueño" de los títulos) a cambio del cual, y por tratarse de un servicio oneroso, pagará al descontatario una comisión, que equivale, según esta teoría, al margen de intermediación. Sin embargo, la ley ya prevé eso de origen: en el artículo 289 (*Del descuento de créditos en libros*) dice categóricamente que "el descontatario será considerado, para todos los efectos de ley, como mandatario del descontador, en cuanto se refiere al cobro de los créditos materia del descuento", sin mencionar honorario alguno.

Pero suponiendo que no se trata de esta misma operación, y que el *descuento* que se practica con las uniones es distinto al *descuento* que regula este artículo de la ley, para el caso de créditos refaccionarios y de habilitación, todo aquel que transmite (la ley dice "endosa") un título proveniente de un crédito refaccionario o de avío, "está obligado a vigilar la correcta aplicación del crédito otorgado y se considera como mandatario del tenedor del título para tal efecto"; es decir, hay un estrecho parentesco y corresponsabilidad, entre el descontatario y el que transmite los títulos provenientes de créditos refaccionarios o de avío (artículo 327 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); y por si cabe alguna duda, también lo dice el artículo 70 de la ley Bancaria, que habla de los *créditos en libros dados en prenda*: "el deudor tiene el carácter de mandatario del acreedor para el cobro del crédito, (si el vencimiento ocurre durante la vigencia del contrato entre ambos, desde luego) y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario correspondan..." Palabras más, palabras menos, es exactamente lo mismo que dice la LGTOC; es decir, es muy probable que en el ánimo del legislador exista la identidad entre el descuento de un título y el crédito dado en prenda; si no es así, entonces ¿por qué, en la única mención que hace la ley bancaria moderna de los "créditos en libros" habla de la "prenda", y aún más, reproduce el artículo 289 de la

ley de títulos, llamando al descontatario como "deudor" y al descontador como "acreedor"?

En suma, vemos que existen los dos elementos típicos de una operación crediticia: a) la obligación de reembolsar el importe recibido (que, aunque la nueva ley ya no la menciona, no por ello se puede inferir válidamente que no exista, como ya vimos, por ser dicha característica aplicable tanto al descuento como a los *préstamos y créditos de toda clase* de que hablaba la ley anterior); y b) el pago del interés implícito en el descuento; como la práctica corriente consiste en "descontar" los títulos al 100% de su valor, el descuento está en la tasa de interés aplicable al intermediario; en esencia, conforme al artículo 174 de la LGTOC, mencionado muy al principio, la tasa del descuento debería aplicarse al principio del término y descontarse del importe que se entrega al descontatario por el título; ahí se vería claramente que *la tasa del financiamiento a la unión es una y la tasa al acreditado de la unión es otra*, porque el descontatario no estaría obligado al pago de los intereses pactados en el pagaré al vencimiento del descuento, conservando su derecho a recibirlos, ya que la tasa del financiamiento (del descuento) la habría pagado por adelantado; sólo estaría obligado a reembolsar al refinanciador (descontador) el valor nominal del título. Esto se vería con mayor claridad si el plazo del descuento no coincidiera con el del pagaré descontado.

A mayor abundamiento, el artículo 69 de la Ley Bancaria (actual) señala que "en todo *anticipo* sobre títulos o valores, (así como en el caso) (N.A.) de prenda sobre ellos... las instituciones podrán efectuar la venta de ellos, ...conservando en su poder la parte del precio que cubra las responsabilidades del deudor, que podrán aplicar en compensación de su crédito...; es de hacerse notar que el *anticipo* de que habla este artículo es perfectamente equiparable al descuento y a la prenda sobre valores, que menciona a continuación, para rematar diciendo que se trata de créditos en los que hay un deudor distinto de aquél que suscribió los títulos, que conforme a este artículo se pueden vender por el acreedor para el pago de su crédito. ¿Cuál deudor? Pues aquél a quien la institución otorgó un anticipo sobre un título, o aquél

que otorgó la prenda sobre los títulos; y ¿cuál crédito? pues el implícito en el anticipo o crédito prendario.

Es claro que no se podría “vender” el título para cobrar la obligación en él documentada; para ello, solamente se presenta a los obligados, que no “compran” el título, ni lo “recompran”, sino simplemente lo pagan. A pesar de no ser aplicable al tipo de operaciones de descuento que practica la banca con las uniones, *este artículo sirve fielmente al propósito de dejar en claro que en todo caso en que hay un “anticipo” sobre títulos o una operación equivalente, el descuento, hay una relación de crédito.*

Por su parte, la LGOAAC permite este tipo de operaciones a los llamados intermediarios financieros no bancarios (arrendadoras, uniones de crédito, factorajes).

Si bien ninguno de los ordenamientos mencionados define tampoco el descuento de títulos, por todo lo expresado anteriormente es pertinente establecer que *se trata de una operación de financiamiento, es decir, de crédito, de la que deben responder a sus acreditantes.*

A partir de ello y si, conforme a la práctica bancaria, *el descuento de un título de crédito se da mediante la transmisión de su propiedad, por el endoso del mismo en favor del tomador del documento, quedando obligado el descontatario a reembolsar al banco el importe que éste le entregó al vencimiento pactado, sea o no coincidente con el vencimiento del título, estamos frente a una operación de financiamiento típica, con un recurso adicional, llámese fuente alterna de pago, garantía colateral o como se quiera, con la peculiaridad de que el endoso no se da en garantía, sino “en favor de...”, o lo que es lo mismo, en propiedad.*

De esta manera, *el tomador o descontador tiene dos vías para reclamar el pago: contra el descontatario, es decir la unión, y contra el suscriptor del título; si bien, a falta de pago se podría demandar a los dos indistinta y simultáneamente, el obligado principal es el suscriptor. Y es así como la mayoría de los bancos preferirían operar, a menos que se tratara de papel AAA, tipo Palacio de Hierro o Peñoles o Televisa, que puede ser mucho más solvente e indudablemente mejor riesgo que una unión de crédito.*

Por otra parte, dentro de una sana administración de riesgos, es indispensable establecer el límite dentro del cual el banco está dispuesto a refinanciar (descontar) la cartera de la unión, porque al banco mayorista le resulta imposible analizar cada crédito en particular; y si el banco no está dispuesto a tomar el riesgo suscriptor, por dicha imposibilidad o por limitaciones operativas para registrarlos individualmente, evaluarlos, supervisarlos, etcétera, entonces queda claro que está tomando riesgo unión, con un límite impuesto en función del riesgo que la unión *per se* representa, independientemente de la calidad de su cartera, que sería uno entre varios aspectos a considerar en la evaluación del riesgo. Así, pues, el descuento de títulos a la unión es una operación *de financiamiento, con una fuente de pago específica pero no única: los pagarés descontados, ya que independientemente de que el deudor de la unión pague o no sus amortizaciones, la unión queda obligada frente al banco a hacer los pagos correspondientes, en la fecha de vencimiento del crédito*, la cual, por razones prácticas, y porque se trata de intermediarios con un balance relativamente pequeño, se hace coincidir con la de los títulos descontados, pero que en esencia de la operación, podría ser distinta, como ocurre ya con los bancos comerciales, que están cambiando sus líneas de descuento por líneas de crédito.

El descuento, como ya quedó asentado, es una forma de dar valor presente a una obligación futura, mediante la estimación del riesgo implícito y las tasas de interés prevalecientes en el mercado para el plazo de la operación. Luego, tener un título que representa una obligación de pago de una suma determinada en una fecha determinada, puede significar para el tenedor (la unión) la posibilidad de juntarse con efectivo. La cantidad de efectivo dependerá, pues, de la calidad crediticia de la unión, (el deudor en el descuento), quien además, se obliga juntamente con el suscriptor mediante el endoso del título. Esa es una típica operación de crédito, porque el título no vale más que las firmas que lo calzan.

IV. QUÉ NO ES UN DESCUENTO

Un descuento no es una compraventa de títulos, porque al banco no le interesa mantener al deudor de la unión como su propio deudor; mientras menos tenga que ver con él, mejor. (Estamos hablando de un banco de desarrollo, de segundo piso, que fomenta el crédito a los estratos de empresas que la banca no está en condiciones o en disposición de atender). Al banco lo que le interesa es apoyar a la unión para que no tenga que esperar la maduración de su cartera para poder otorgar nuevo financiamiento, pero sí, desde luego, tener como recurso, para el caso de incumplimiento de la unión, la cobranza directa de la cartera.

Un descuento no es un reporto. Las uniones de crédito tienen prohibido celebrar cualquier tipo de reportos. No obstante asemejarse mucho al reporto, porque en un escenario de libre margen al usuario final del crédito, la unión conserva para sí el diferencial de tasas de interés mientras pague puntualmente el crédito al banco, el descuento permite a éste último cobrar directamente los títulos al suscriptor principal, pero al mismo tiempo a la unión que los endosó a su favor.

Un descuento no es un crédito con garantía de títulos dados en prenda, a pesar de que hay doctrinas en este sentido. La principal fuente de pago del crédito otorgado a la unión, debe ser el flujo positivo de ésta; sería ocioso construir un esquema operativo que se funde en la necesidad de que la unión cobre un peso para pagar 90 centavos al banco; por el contrario, un esquema operativo útil sería aquel que permita a la unión un respiro y cierto flujo de efectivo, que en un momento dado pueda compensar el eventual retraso de sus clientes, siempre y cuando no sea generalizado. *Ningún esquema puede tener éxito en épocas de crisis.* En esas condiciones, si la unión no paga al banco a su vencimiento los títulos descontados, ante la expectativa de deterioro de la situación financiera de la unión, el banco se puede ir directamente a cobrar al cliente de la unión (el suscriptor del pagaré) y valerse de todas las garantías, avales, etcétera inherentes. Mientras la unión no "rescate" el título descontado, se considera mandataria del banco para su cobranza; si la unión recibe un pago a cuenta de dicha

cartera y no lo entera al banco, está incurriendo en faltas graves que pueden significar la comisión de un delito. En ese sentido, *el descuento mediante el endoso en favor del descontador proporciona a éste una garantía cómoda, sin las limitaciones de un endoso en garantía, por el cual el banco no se puede adjudicar el título sino en virtud de resolución judicial, así sea por vía expedita.*

El endoso "en favor de" (equivalente del endoso en propiedad) obliga solidariamente al suscriptor del endoso.

El banco de fomento opera con las uniones con base en una relación crediticia. Para cada disposición, el banco podría pedir a la unión un pagaré a cargo de la propia unión; sin embargo, ese pagaré no vale más que el balance de la unión; en cambio, si el banco solicita a la unión títulos de su cartera crediticia, endosados a su favor, con la obligación solidaria de la unión, en caso de incumplimiento de ésta, el banco puede cobrar directamente el pagaré a su emisor, con todas las garantías que lo respalden, y demandar indistintamente su pago a la unión.

De esta manera, el banco tiene, por una parte, una cobertura de uno a uno respecto al crédito a la unión, y por otra parte, una cobertura del número de veces que la unión haya pedido a su acreditado en relación con el crédito descontado. Ejemplo, si el acreditado dio a la unión una garantía de 2 a 1 en relación con el crédito, el banco estaría cubierto 3 a 1 mediante el descuento.

* * *

CONCLUSIONES

1. Independientemente de la relación que surge del endoso de los títulos en propiedad, el banco tiene un derecho de crédito a cargo de la unión, que es el riesgo que el banco desea tomar, y no sólo como endosante (o co-obligada) del pagaré, sino como acreditada directa del banco. En los libros del banco se van a registrar las disposiciones de un crédito concedido a la unión; el hecho de contar con títulos del portafolio de crédito de la unión endosados a favor del banco, sólo representa una cobertura adicional; es decir: los títulos

descontados sirven de garantía, más eficiente que una garantía prendaria sobre los mismos títulos, porque no requiere declaratoria alguna para ejercitar los derechos consignados en ellos, incluyendo sus propias garantías.

2. Al banco de desarrollo no le interesa registrar, evaluar, calificar, o cobrarle al cliente de la unión; lo que le interesa es que la unión le pague su crédito oportunamente, es decir, al vencimiento pactado. Si el vencimiento coincide con el del pagaré, es por conveniencia mutua, pero es independiente un vencimiento del otro.
3. El hecho de pedir a la unión el título endosado "en propiedad", y no en garantía (prendaria u otra), no altera la naturaleza del contrato de crédito entre el banco y la unión. No se trata de una compraventa de títulos, porque supone la obligación de la unión de reembolsar al banco todas y cada una de las disposiciones que efectúe del crédito que éste le otorga, con los intereses a la tasa que el banco refinancia a la unión; contrariamente a lo que la tesis de la compraventa sostiene, *no sería razonable que el "vendedor" (la unión o descontatario) tuviera, primero, que restituir el "precio"; y segundo, que tuviera que pagar intereses sobre dicho precio. Aun habiendo una transmisión del título, la operación no puede considerarse como una compraventa de títulos.*
4. La unión es solidariamente responsable del pago de los títulos descontados a su vencimiento; obligación equiparable a la obligación cambiaria que asumiría si por cada disposición del crédito emitiera un pagaré en favor del banco refinanciador. Pero hay que hacer hincapié en el hecho de que la obligación cambiaria que nace del endoso de los títulos es diferente y adicional a la que nace de la disposición del crédito que el banco le otorga; las tasas de una y otra obligaciones juegan un papel importante en el camino de su diferenciación.
5. El descuento de títulos puede compararse con el reporto; tiene efectos similares a los de un factoraje; se puede *confundir* fácilmente con la compra de títulos, y parecería estar regulado como prenda sobre títulos; sin embargo, la ley es

omisa al respecto; la Ley Bancaria habla del "descuento" (a secas), ni lo define ni lo regula; la Ley de Títulos regula el "descuento de créditos en libros", proporcionando los elementos que permiten su ubicación como una operación típica de crédito, como analizamos al principio; e incluyéndolo entre las *operaciones de crédito* (título II). Es importante recalcar que dada la explicación que de éste hace en la exposición de motivos, donde lo distingue del *descuento ordinario*, se puede inferir válidamente que lo regula como *una especie del mismo género*, dando por sentado que los bancos saben qué es un descuento.

6. Finalmente, la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito señala que las uniones de crédito pueden *descontar*, dar en garantía o negociar en cualquier forma con los títulos provenientes de sus operaciones de financiamiento, sin entrar en más detalles tampoco. Curiosamente, la ley bancaria, cuando trata la prenda, vuelve a mencionar los *viejos* créditos en libros de que habla la Ley de Títulos, para regular de alguna manera la prenda constituida sobre éstos. Si sofisticamos un poco más el análisis, podríamos decir que se asimila mucho a una venta de títulos con un pacto de recompra a su vencimiento, es decir, un *puf*.
7. No obstante sus similitudes con todas las operaciones enunciadas, el descuento mantiene una peculiaridad: la relación crediticia entre descontador y descontatario; para que ésta no existiera, desde el principio tendría que transmitirse el título descontado "sin responsabilidad" del descontatario y al amparo de otro tipo de análisis por parte del descontador, que tendrá necesariamente que atender a la calidad intrínseca del crédito documentado en el título.

* * *

NOTAS SOBRE CONSTITUCIONALISMO Y CONFLICTIVIDAD SOCIAL

Gerardo PISARELLO

A Noé Corzo, amigo entrañable.

SUMARIO: I. *Aclaraciones previas.* II. *Conflicto y legitimidad.* III. *Sobre el Estado constitucional democrático y el Estado arbitrario.* IV. *La inevitabilidad del conflicto.* V. *Las posibilidades de un Estado democrático cosmopolita.* VI. *Conclusiones.*

I. ACLARACIONES PREVIAS

La llegada del fin de siglo se ha producido bajo signos abiertamente contradictorios desde el punto de vista político y social. Escandalosas postales de arbitrariedad y desigualdad conviven con una creciente difusión, al menos en el plano discursivo, de la forma democrática de gobierno.

Así, acontecimientos como el fin de las dictaduras latinoamericanas en los 80, el derrumbe de los regímenes autoritarios de Europa del Este y la transformación de otros como el sudafricano, plantearon en su momento el común desafío de consolidar en esas sociedades Estados constitucionales democráticos lo más formales y materiales posible. Por otra parte, desde el punto de vista de su legitimación, la justificación jurídica de estos procesos se ha convertido, a diferencia quizás de décadas anteriores, en mucho más que una mera exigencia de tipo especulativo.¹

¹ Baste como ejemplo, en el plano internacional, la preocupación de Estados Unidos por obtener cobertura jurídica a sus intervenciones militares a través de Naciones Unidas. *Cfr.*, el artículo "Con la ONU... pero si es dócil", en *Le Monde Diplomatique*, edición española, septiembre, 1996.

Es por eso que la legalidad de un ordenamiento, según quiénes sean los sujetos que participan en su producción y control, ha pasado a operar como una fuente importante de legitimación y de legitimidad. Merced a este fenómeno, en la normatividad de los distintos sistemas políticos pueden encontrarse elementos claves para desentrañar los niveles de conflictividad que subyacen a los mismos.

En ese contexto, estas líneas procurarán bosquejar algunas ideas en torno a distintas modalidades de contienda y flexibilidad que comportan los ordenamientos jurídicos contemporáneos. No tanto desde lo que Ferrajoli entiende como el punto de vista normativo interno del derecho positivo sino más bien desde criterios de valoración morales o políticos de tipo extra o meta-jurídicos.² Para esto, resulta indispensable tener presente las funciones que el Derecho cumple, su carácter paradójico, contradictorio, que puede volverlo conservador o transformador de acuerdo, fundamentalmente, a la correlación de fuerzas sociales que acompañan su desarrollo histórico.³

Para exponer estas reflexiones, se utilizará un pequeño gráfico, a través del cual se presentarán los rasgos (a veces los matices), que distinguen, normativamente, a un Estado constitucional democrático de su versión degradada, el Estado arbitrario. También se analizarán las condiciones que permitirían al primero ir más allá de sus límites nacionales para integrarse, junto a otros Estados constitucionales, en un posible Estado democrático internacional, e incluso, cosmopolita.⁴ En esa relación conceptual, se procurará informar muy brevemente el modo en que se relacionan, en esa gradación, elementos como legitimidad, la violencia, el pluralismo, el consenso, etcétera.

Tratándose de un esquema, no pretende describir exhaustivamente la realidad. Tampoco se desconocen algunas imprecisiones que resultarían de su aplicación indiferenciada a distintos contextos espacio-temporales. En cambio, puede tener algún valor heurístico que

² Acerca de estas cuestiones metodológicas, *Vid.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995. p. 213 y ss.

³ Sobre estas cuestiones vinculadas a la función del Derecho y su carácter paradójico, Cárcova, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.

⁴ Sobre la concepción de un derecho cosmopolita como instancia superadora del derecho internacional, *Vid.* Habermas, Jürgen, *La paix perpetuelle, Le bicentenaire d'un idée kantienne*, Cerf, París, 1996. pp. 64 y ss.

permita identificar ciertos elementos comunes a distintas sociedades que transcurren en el ámbito del actual capitalismo transnacional. Como todo intento cartográfico, está condenado al margen de error que suponen las escalas. Empero es allí, en la relativa simplificación de una totalidad compleja, donde puede radicar su valía. Caso contrario, caeríamos en el error del rey aquel que refiere Borges, que mandó elaborar un mapa minucioso de su reino. Perfecto, sin falla ninguna, ocupaba el tamaño exacto de los dominios del monarca y resultaba, por tanto, inservible.

| Estado arbitrario | Estado constitucional democrático | | Estado democrático cosmopolita |
|---------------------|-----------------------------------|-----------------------------|--------------------------------|
| | Legitimidad (estatal) | | Legitimidad (supraestatal) |
| Violencia | Disputa constitucional | Consenso para el pluralismo | Cooperación internacional |
| BELIGERANCIA | | | DUCTILIDAD |

II. CONFLICTO Y LEGITIMIDAD

Como puede apreciarse, el esquema establece, desde el punto de vista de la intensidad del conflicto, dos polos en permanente tensión: la beligerancia y la ductilidad.⁵ El primero de los términos tiene que ver con la idea de disputa, de confrontación social, entendida aquí de

⁵ Los términos han sido utilizados a propósito del uso reciente que de los mismos se ha hecho en el debate jurídico. Aunque en un sentido más restringido, el vocablo "ductilidad" está tomado de la traducción que Marina Gascón ha hecho de la obra del constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Eunadi editore, 1992. (En castellano *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995). La idea de beligerancia, por su parte, proviene de una expresión utilizada por el constitucionalista español Carlos de Cabo Martín, quien en un contexto no del todo coincidente con el de este artículo, la utiliza justamente en oposición a la "mittezza" de Zagrebelsky. *Vid.* "Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional", *Jueces para la democracia*, número 23, 1994, p. 35 y ss.

forma no necesariamente violenta, como se verá más adelante. La ductilidad o flexibilidad, en cambio, hace mención, en uno de los sentidos que le ha dado Zagrebelsky, a una visión no excluyente ni cerrada de la política (en el ámbito interno) y de la soberanía (en el ámbito externo), impulsada a través de un enfrentamiento leal y abierto que priorice el compromiso, la coexistencia de valores y las concepciones plurales.

Así, parece plausible sostener que el grado en que ambas se presenten en los Estados actuales depende, en gran medida, de la mayor o menor legitimidad que ofrezca un sistema, entendida ésta en un sentido prescriptivo, es decir, como el nivel de respeto de ciertos derechos fundamentales que resguarden la autonomía de los individuos y procuren su igual acceso a bienes que satisfagan sus necesidades básicas. En ese sentido, una primera observación acaso trivial acerca de las sociedades contemporáneas permitiría afirmar que mientras más legítimo sea un sistema político (la legitimidad plena no existe) menores son los grados de beligerancia que se generan en su interior.⁶

⁶ La afirmación es sin dudas arriesgada y, como bien ha señalado Garzón Valdés, no debe llevar a confundir la legitimidad de un sistema con su estabilidad. Las duraderas dictaduras latinoamericanas lo fueron a pesar de su alto grado de ilegitimidad. Sin embargo, no puede desconocerse que esto fue posible justamente debido a un elevado componente de beligerancia (de violencia), ejercida desde el propio Estado (terrorismo, desapariciones, proscripción de partidos, etcétera). Por otra parte, como explicara Weber, es absurdo pensar en un sistema político que se imponga por la mera fuerza. Siempre existe algún tipo de consenso, de aceptación, de legitimidad subjetiva, o mejor, de legitimación. Con base en ello, sería prudente despejar dos tipos de errores. El primero consiste en pensar que sólo un Estado constitucional democrático, o sea, un Estado legítimo, puede obtener legitimación. Esto es falso. También un Estado arbitrario puede procurarse consenso, tal como lo ha demostrado, entre otros, Gramsci. Lo que ocurre es que en este último caso, la aceptación se consigue (y sobre todo se mantiene) sacrificando la legitimidad es decir, utilizando la propaganda, la manipulación de los medios de comunicación, proscribiendo o restringiendo la libertad de expresión o asociación, etétera. Igualmente, es menester advertir contra un posible segundo error: pensar que la aceptación de un sistema equivale siempre a la ausencia de beligerancia o conflicto. Aun en el caso extremo de una sociedad domesticada por un totalitarismo al que aceptara pasivamente, al estilo de la orwelliana, pocas dudas caben que esa aquiescencia no podría explicarse sin un alto grado de control estatal, esto es, también, de violencia y de manipulación. Algunas de estas complejas cuestiones pueden confrontarse en Garzón Valdés, Ernesto, *El concepto de estabilidad en los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

Por el contrario, la irrupción de disfunciones que resientan la legitimidad alcanzada, suele traducirse en el surgimiento o agravamiento de focos conflictivos de distinta índole. En un Estado constitucional democrático este tipo de situaciones suelen aflorar cuando la fuerza normativa de la propia Constitución decae y muchos de sus segmentos acaban anclados en la mera validez formal, con un valor apenas semántico, según la clásica distinción de Loewenstein, o incluso reducidos a simples “trozos de papel”, conforme la despectiva caracterización de Lasalle. Ahora bien, cuando remite la dimensión normativa de la Constitución, es decir, su carácter supralegal y vinculante, cobra fuerza su dimensión política, con distintas consecuencias. Por un lado, la Constitución pierde su valor simbólico como elemento integrador, más allá de las coyunturas partidistas, y su contenido, interpretando en clave de programa de facción, suele instalarse en la contienda social y política para torcer su cauce. Que esta disputa sea posible, con todo, refleja que los grados de ilegitimidad no sobrepasan un cierto umbral y que la Constitución democrática conserva algún grado de vigencia, al menos en lo que hace a las libertades políticas, de expresión, de asociación, que permiten poner de manifiesto su incumplimiento. Sin embargo, a medida que la brecha entre la normatividad constitucional y su efectividad se agudiza, especialmente en lo que hace al garantismo socio-económico que todo Estado democrático (y social, como proclaman varias Constituciones europeas y no pocas del resto del mundo) debe promover, la disputa constitucional suele desplazarse hacia ámbitos más conflictivos —aunque internamente legítimos en casi todos los ordenamientos liberal-democráticos— como las movilizaciones o las huelgas.

Incluso, bajo ciertas prevenciones, el modelo del Estado constitucional democrático admite ciertas manifestaciones de desobediencia civil, habida cuenta que ningún derecho, ni siquiera el democrático representativo, genera una obligación definitiva de obediencia moral. De ahí la posibilidad de la resistencia no violenta, de la protesta, entendidas incluso como mecanismos de defensa de la Constitución,⁷ en especial cuando se producen evidentes abusos de órganos ejecutivos y legislativos y la jurisdicción

⁷ Ver Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Trotta, Madrid, 1994, especialmente capítulos 2 y 5.

constitucional se encuentra bloqueada o bien actúa subordinada a los demás poderes.⁸

Más allá de este punto, más allá de la desobediencia civil, del derecho de manifestación, de la crítica discursiva, la beligerancia adquiere un nuevo cariz, y la disputa por la vigencia de la Constitución se traduce en violencia, sea de grupos aislados que resisten un gobierno que es (o se les antoja) arbitrario o despótico, sea del propio Estado, a través de mecanismos ilegítimos que vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁹

Cuando esto ocurre, las fronteras del Estado constitucional democrático comienzan a diluirse e irrumpen variantes más o menos agravadas de arbitrariedad. De allí que se haya sostenido, con toda razón, que si un Estado democrático y de derecho no es al tiempo un Estado social, difícilmente pueda mantener incólumes los dos primeros atributos.

Pese a estas aclaraciones, es posible que se levanten objeciones (sobre todo empíricas) acerca de la rigidez de los límites que distinguirían un Estado constitucional democrático de uno arbitrario. En efecto, en ciertos casos las fronteras son difusas y admiten tonos, matices. En muchos Estados (sobre todo en las nuevas democracias periféricas, en vías de consolidación) conviven, de modo esquizofrénico, elementos autoritarios y democráticos.¹⁰

⁸ Un caso paradigmático de esta actitud es el de la Corte Suprema de Justicia argentina durante el último gobierno constitucional. *Vid.*, por todos, Nino Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, pp. 71 y ss.

⁹ No podría descartarse de antemano (resultaría contrafáctico) la posibilidad de que, a partir de un estallido violento, los actuales Estados constitucionales democráticos evolucionaran hacia modelos más legítimos. Sin embargo, contundentes lecciones de la historia del último siglo han revelado que las manifestaciones violentas sólo han tenido alguna eficacia contra dictaduras o tiranías (afirmación que a su vez habría que matizar, habida cuenta de algunas experiencias de los 60 y los 70 en América Latina, donde incursiones armadas contra las dictaduras, impulsadas desde ciertas concepciones elitistas y mesiánicas, sólo sirvieron para alentar la feroz represión estatal contra amplios sectores de la población). En el caso de las democracias liberales, salvo en excepcionales casos de verdaderas "democraduras" (Alain Rouquié), los ataques violentos generalmente han sido propiciados por movimientos reaccionarios (por ejemplo los golpes militares). Sobre la cuestión de la violencia y sus efectos, *Vid.*, el clásico libro de Hannah Arendt, *Crisis de la República*, Taurus, Madrid, 1973, pp. 109 y ss.

¹⁰ Sobre este concepto de democracias esquizofrénicas, infectadas de autoritarismo y de versiones degradadas del concepto de ciudadanía, especialmente referidas a Amé-

Allí, a la estructura formal tendencialmente garantista de un Estado de derecho (imperio de la ley, división de poderes, fiscalización de la administración, derechos y libertades fundamentales)¹¹ se contraponen prácticas ilegítimas, abiertamente violatorias de dicha forma de organización jurídica. Claro que ningún Estado arbitrario se reconoce a sí mismo como tal, y procura cubrir su actuación con algún tipo de legitimidad aparente, para así lograr el grado suficiente de adhesión para mantener su poder.

No obstante, a pesar de estos puntos de contacto y hasta de superposición, al menos en sus tipos ideales, las diferencias entre un Estado constitucional democrático y un Estado arbitrario parecen claras.¹²

III. SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y EL ESTADO ARBITRARIO

Conforme se ha venido afirmando aquí, el Estado constitucional democrático se identifica a sí mismo como un Estado legítimo (algunas constituciones como la alemana o la española lo caracterizan incluso con la fórmula de "Estado social y democrático de derecho"). Esto implica al menos dos cosas. Por un lado, que se encuentra condicionado por una constitución socialmente consensuada, rígida, que como Ulises se ata a ella para evitar la tentación de los cantos de sirena de la irracionalidad y la legitimidad.¹³

rica Latina, véase O'Donnell Guillermo, "The State, Democratization, and Some Conceptual Problems", en *Latin American Political Economy in the Age of Neoliberal Reform*, Transaction Publishers, EEUU, 1994, p. 157. Ejemplos claros de estas situaciones, en la actualidad, lo constituyen el estallido armado en Chiapas, México, o las numerosas disfuncionalidades democráticas que presentan en América Latina regímenes como el de Fujimori, Menem, o el mismo chileno, sometido a controles del ejército.

¹¹ Se trata de la ya clásica caracterización del Estado de derecho de Elías Díaz. *Vid.* "Estado de derecho", en la obra colectiva *Filosofía política 11. Teoría del Estado*, edición de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 1996, pp. 65 y 66.

¹² Una vez más, es preciso diferenciar, para cualquier caso, legitimidad y legitimación. Las razones por las que se acepta un régimen pueden ser muy variadas. La legitimidad es una de ellas, pero también pueden generar aceptación el miedo al cambio, la tradición, la propaganda, la coacción sobre los disidentes, etcétera.

¹³ La metáfora literaria está tomada de Elster, John, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press, 1984.

Esa constitución prevé la participación de todos los ciudadanos, a través de procesos democráticos libres y frecuentes, en la producción y control de la legalidad. Esto consolida la fuerza normativa de la ley fundamental y da buenas razones (sólo eso) para obedecer el derecho que de ella se deriva. O, dicho en términos de Habermas,¹⁴ permite alcanzar la legitimidad a través de la legalidad.

Por otro lado, el propio Estado promueve mediante un juego decabstenciones y prestaciones la vigencia de unos derechos humanos básicos, de libertad crítica y de distribución equitativa de bienes primarios, sin los cuales los propios derechos de participación quedarían reducidos a fórmulas vacuas y la democracia a una advocación puramente formal.

De la garantía efectiva de este modo constitucional dependen en gran medida las posibilidades de crecimiento de la legitimación, de que la beligerancia y la disputa cedan a la ductilidad y de que el conflicto se reconduzca en un pluralismo de programas, proyectos, valores y planes de vida democráticamente definidos.

En el Estado arbitrario, en cambio, este tipo de límites no se admite o bien es frecuentemente traspuesto. Campea la inseguridad jurídica, se minan las bases normativas que hacen posibles la libertad y la igualdad y gana terreno la faz coactiva, guardiana de la conservación del poder. Puede adoptar la forma de un Estado populista o de un Estado integrista, policiaco, con variantes diversas de fundamentalismo.¹⁵ Sin embargo, contra la pretensión de quietudes

¹⁴ Vid., Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

¹⁵ Distintos tipos de fundamentalismos asedian y a veces penetran en el Estado constitucional. Desde el religioso como ciertas formas de integrismo en distintas iglesias pasando por el ecológico pensar en sus versiones de ultraderecha en Alemania hasta el nacionalista con sus implicaciones xenófobas, en especial a partir de la inmigración masiva de extranjeros pobres a los Estados constitucionales democráticos. Sobre algunas de estas cuestiones puede verse Habermas, Peter, "El fundamentalismo como desafío al Estado constitucional: sus consideraciones desde la ciencia del derecho y la cultura", en su libro *Retos actuales al Estado Constitucional*, trad. de Xavier Arzo Santiesteban, IVAP, Oñati, 1996. En un sentido similar, podría incluirse en la lista anterior un fundamentalismo de cuño económico, vinculado a la versión de Estado mínimo del Estado arbitrario, que se propone a sí mismo como "pensamiento único" (Ramonet), como visión excluyente e inmovible de la realidad. Sobre su lógica, puede consultarse el interesante libro de Pedro Montes, *El desorden neoliberal*, Trotta, Madrid, 1996.

nes entienden la democracia como un sucedáneo automático del mercado, también puede adoptar la forma de un Estado mínimo, gendarme, en el sentido propuesto por los voceros del neoliberalismo jurídico.¹⁶ Bajo su imperio, la democracia representativa se tambalea, jaqueada por (tradicionales y originales) prácticas autocráticas, oligárquicas, o caciquistas, o simplemente bajo el dominio de fuertes intereses económicos transnacionales.

Frente a este último supuesto, tan común en el marco de la llamada globalización económica, el Estado constitucional democrático representa la autonomía, aún relativa, de la política y de las instituciones públicas. El Estado arbitrario, sobre todo en su versión neoliberal, implica en cambio el avance de los poderes privados y de sus intereses dominantes.

Este panorama explica que Carlos Nino sostenga que el constitucionalismo en su sentido más pleno sea "un fruto exótico, que florece sólo en escasos lugares y en condiciones verdaderamente excepcionales".¹⁷

Y es que la fuerza normativa de la Constitución, como ha explicado Hesse, no puede operar al margen de las relaciones políticas, sociales, económicas y culturales del Estado al que ordena. Su pretensión de vigencia y de estabilidad le permiten influir sobre la realidad, modificándola; pero ésta, a su vez, también condiciona la eficacia del texto constitucional, y en algunos casos, cuando la arbitrariedad desborda sus diques garantistas, hasta puede prescindir de ella (o de la mayoría de sus disposiciones).¹⁸

Por eso, el Estado arbitrario, en general, promueve intereses, bien abstractos (en los casos de los fundamentalismos), bien meramente

¹⁶ Vid., por ejemplo, Hayek, Friederich, *Camino de servidumbre*, (1944), trad. J. Vergara, Alianza, Madrid, 1990.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos del derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 3 y ss.

¹⁸ Sobre ciertos aspectos nodales referidos a la fuerza normativa de la Constitución, véanse los siempre vigentes análisis de Konrad Hesse en sus *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 6183. También puede consultarse un muy completo trabajo sobre el tema de Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

cortoplacistas (otorgando prioridad a la conservación de sus espacios de poder sobre los intereses de la mayoría de la sociedad).

El Estado constitucional democrático, por el contrario, atiende a los planteos coyunturales —a través de la dinámica democrática— pero a la vez garantiza las condiciones permanentes de su vigencia frente a cualquier poder de turno, mediante la existencia de una Constitución (rígida)¹⁹ dotada de potencial fuerza normativa.

Esto significa que en el Estado constitucional democrático deben distinguirse dos dimensiones:

- a) Por un lado, la de política constitucional, que implica la existencia de una ley suprema, tanto en sentido formal como material, que representa un núcleo indisponible para el legislador, un acuerdo social autorrestrictivo, un pacto fundamental que establece los requisitos básicos que permiten y refuerzan el desarrollo de los distintos modelos partidarios democráticos dentro de ese marco. Este núcleo “fuerte”, comprende, por un lado, el respeto a la autonomía de los ciudadanos, tanto para la definición de sus planes de vida como para la construcción (y reconstrucción) abierta del sentido comunitario, a través de los partidos políticos y de la propia sociedad civil; y por otra parte, la protección de sus necesidades básicas, proscribiendo paternalismos inadmisibles o imposiciones holistas, así como egoísmos particulares incompatibles con la autonomía del resto, sobre todo de los más desfavorecidos.²⁰
- b) Por otra parte, la de política ordinaria, llevada adelante por los poderes públicos, que interactúan con la sociedad a través de los canales constitucionales establecidos.

¹⁹ Acerca del carácter (más o menos) rígido de casi la totalidad de las constituciones actuales, incluidas en cierto modo las no escritas como la inglesa, ver el ya clásico libro de Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 50 y ss.

²⁰ Para evitar confusiones, es necesario aclarar que el modelo económico de un Estado constitucional democrático es algo que una vez contemplados ciertos mínimos básicos para todos los ciudadanos, debe definirse y desarrollarse a través de la contienda de programas partidarios y del debate dentro de la sociedad civil, más que de su minuciosa previsión constitucional.

Este podría ser, en definitiva, el sentido de lo que Gomes Canotilho²¹ ha denominado un constitucionalismo “reflexivo”, que si bien no pretendería elevar al Estado como “director” exclusivo o casi exclusivo de la sociedad, y al derecho como un instrumento funcional de esa dirección, tampoco daría vía libre a un “Estado en blanco”, lo que, como bien advierte el profesor portugués, sería incurrir en el error opuesto, es decir, consagrar un Estado materialmente deslegitimado.

Concebido de este modo, en suma, el modelo del Estado constitucional democrático vendría a presentarse como punto normativo de confluencia de la legalidad (producida por órganos popularmente elegidos y controlados), la legitimidad (que hace posible la existencia misma del procedimiento democrático), y la legitimación (en la medida en que los propios involucrados deciden acerca de sus intereses).²²

IV. LA INEVITABILIDAD DEL CONFLICTO

Hasta aquí, se han intentado exponer los distintos grados de beligerancia y ductilidad, de antagonismo e integración,²³ de conflicto y de consenso que puede encerrar el modelo de un Estado constitucional democrático.

Cuando la beligerancia y la ilegitimidad aumentan, la disputa por la Constitución, o mejor dicho, por su vigencia, se destiñe y aparecen formas más o menos solapadas de violencia. Por lo general

²¹ Vid., “¿Romper o revisar la Constitución dirigente?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1995, p. 9 y ss., donde el gran jurista portugués realiza una revisión valiente y medida de sus propias posturas. Allí, frente a los desbordes del dirigismo estatalizante, Gomes Canotilho aboga, contra los que claman una vuelta al más rancio liberalismo económico, por un constitucionalismo menos denso, más reflexivo y eficaz, que consagre “cuatro contratos globales”: el contrato para las necesidades globales remover las desigualdades, el contrato cultural tolerancia y diálogo de culturas, el contrato democrático democracia como gobierno global, y el contrato del planeta tierra desarrollo sostenible.

²² Sobre los vínculos entre legalidad, legitimidad y legitimación pueden consultarse, con las debidas equiparaciones terminológicas, de Elías Díaz, *Legalidad. Legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1977 y Garzón Valdés, Ernesto, *El concepto de estabilidad... op. cit.*

²³ Cfr., DUVERGER, Maurice, *Introduction a la politique*, trad. Jorge Esteban, Ariel, 1964, pp. 203 y ss.

neral, ese camino desemboca en el Estado arbitrario. En cambio, cuando son la legitimidad y la eficacia constitucional las que se consolidan, despuntan también los consensos, el sistema se vuelve más flexible, más dúctil, y la convivencia pacífica de programas políticos plurales se torna posible.

Sin embargo, una conclusión de este tipo debería venir acompañada de algunos matices. Sobre todo porque es menester despejar cualquier razonamiento que descuidase el hecho de que tanto el consenso para el pluralismo, como los logros en materia de derechos individuales y sociales, o la democracia en sí, no son adquisiciones definitivas, conquistas irreversibles. Constituye un utopismo, un vuelco demasiado apocalíptico, pensar que el conflicto, la necesidad de lucha por el derecho, en el sentido de Ihering (o por el Estado de derecho, como agregara Lucas Verdú), puedan ser abolidos.²⁴

En rigor de verdad, no existe ductilidad absoluta, ni pacificación definitiva, como no existe fin de la historia. Ninguna constitución alcanza plena eficacia, como no la alcanza ninguna norma, ya que en ese caso resultarían innecesarias.

La propia condición humana, también paradójica, vuelve casi impensable la desaparición definitiva de las contiendas, que por otra parte, en sociedades atravesadas por las desigualdades y privilegios de distinto tipo, han servido en no pocas ocasiones para consolidar ciertos derechos y conquistar otros nuevos (tal el caso de las luchas sociales que condujeron al derecho al sufragio o a ciertas prestaciones sociales). En realidad, de lo que se trata, y esto no es inviable, es de lograr que los niveles de beligerancia excluyan la posibilidad de aniquilamiento del otro, tratado no como adversario sino como enemigo, conforme al maniqueo reduccionismo de la teología política de Carl Schmitt.

Sólo tienen un sentido verdaderamente inconformista y transformador la beligerancia, la disputa, que se ejercen dentro y en favor de la plena vigencia, del desarrollo cualitativo y por lo tanto cuantitativo del Estado constitucional y democrático. La que se utiliza fuera o contra él, suele disparar la incontrolable lógica de la violencia

²⁴ Por otra parte, es preciso recordar que, por definición, la sola existencia del derecho (aun del democrático) implica algún grado de coacción.

(cuyas víctimas favoritas siempre han sido los más débiles), sirviendo, salvo casos puntuales e inevitables de resistencia a la opresión, a la consolidación de Estados arbitrarios.²⁵

Por otro lado, tampoco el pluralismo o la flexibilidad, valga insistir en ello, deben entenderse como puertos finales, como reposo absoluto y despreocupación, o como el imperio del relativismo. El logro de un amplio acuerdo básico sobre control de poderes y garantías individuales y sociales sólo sirve a la causa de la legitimidad de un sistema político cuando conduce a remover y no a ocultar las desigualdades fácticas que lo afectan, de forma tal que se alcance el mínimo de homogeneidad necesario para abrir las puertas a políticas más moderadas, en el sentido de menos extremistas, mas no de menos radicales, como aclararía Bobbio.

Claro que tampoco aquí se puede forzar la historia para adecuarla a un modelo teórico. Por eso, y desde un enfoque realista y descriptivo, hay que admitir zonas de penumbra, excepciones, avances contradictorios, nunca unidireccionales; situaciones de conflicto que generan más conflicto, consensos aparentemente consolidados tumbados por la violencia, flexibilidad en algunos sectores del sistema, confrontación cerrada en otros, etcétera.

V. LAS POSIBILIDADES DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO COSMOPOLITA

De un repaso superficial de los planteamientos hasta aquí realizados, es posible en cualquier caso experimentar una cierta sensación de parcialidad, como si el análisis presentado resultara incompleto, como si las ideas de constitucionalismo y democracia expuestas remitieran a un marco estatal nacional en cuyos estrechos contornos la realidad se resistiera a ser retratada con fidelidad.

²⁵ Para más elementos de análisis de esta polémica cuestión, es procedente reenviar al sugerente debate epistolar acerca de la violencia y su pretendida función "transformadora", sostenido entre Norberto Bobbio y Perry Anderson. Revista *El cielo por asalto*, número 2, Imago Mundi, Buenos Aires, 1991, pp. 85 a 97. En el ámbito español, vale la pena leer las críticas de Elías Díaz a algunas posiciones (más tarde matizadas) de Claus Offe sobre propuestas de rupturas violentas con el capitalismo. Cfr., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Editorial Debate, Madrid, 1984.

En efecto, la percepción generalizada de que la ramificación de medios de comunicación y de mercados a través del mundo han obligado a intensificar las relaciones sociales y simbólicas, aceptando la influencia directa de acontecimientos próximos y lejanos, exigen al menos repensar el sentido clásico de la soberanía, en virtud del cual los Estados se concebían como fortalezas inexpugnables que buscan protegerse de las injerencias exteriores y —en muchos casos— de sus antagonistas internos.²⁶

Un nuevo sustrato económico repercute sobre los ordenamientos jurídicos, sobre las constituciones formales. Como apunta Alain Touraine,²⁷ las economías nacionales de producción, que constituían proyectos globales de modernización social y nacional a la vez, enfrentan la necesaria y difícil adaptación de cada país y cada empresa a unos mercados mundiales cada vez más abiertos.

Los competidores se multiplican y las innovaciones tecnológicas decretan el nacimiento y el hundimiento de sectores económicos enteros. Pese a las oraciones fúnebres elevadas en su honor, resurge a gran escala el imperialismo, esto es, el predominio del capital financiero internacional sobre el capital industrial nacional, tan estudiado por Hilferding o Hobson a comienzos de siglo.

El Estado soberano pierde autonomía frente a centros de poder alternativos y concurrentes, como los organismos financieros internacionales o las agencias de calificación de deuda.²⁸ Por otro lado, la relación entre naciones no se reduce ya a la disyuntiva de la coexistencia mediante tratados o a la guerra de unas contra otras, sino que adquieren protagonismo nuevas formas de gobierno supraestatales.

Con este panorama, las posibilidades de articulación de la beligerancia y la ductilidad a escala planetaria se presentan bajo rostros contradictorios. Por un lado, como mantiene Habermas,²⁹ la difusión normativa del modelo del Estado constitucional y demo-

²⁶ *Ibidem.*, pp. 10 y ss.

²⁷ "La globalización como ideología", en *El País*, 29 de septiembre de 1996.

²⁸ Vid., Estefanía, Joaquín, *La nueva economía. La globalización*, Temas de Debate, Madrid, 1996, p. 14.

²⁹ Habermas, J., *La paix perpétuelle*, cit., pp. 97 y ss.

crático de derecho ha generado las condiciones para avanzar en los niveles de legitimidad y legitimación de numerosos Estados y desactivar de esa forma las potencialidades destructivas de la ilegitimidad y la arbitrariedad internas. Esto, a su vez, permitiría desarrollar mecanismos de cooperación que permitan, primero atenuar, y finalmente abandonar, el cuasi-estado de naturaleza hobbesiano que hoy domina las relaciones internacionales para conformar, en distintos niveles (regional, comunitario, mundial), un Estado democrático que no sólo fuese internacional, sino además cosmopolita, es decir, capaz de obligar con sus normas a todos los Estados del planeta, reconociendo como iguales sujetos de derechos a todas las personas del mundo.

Un proyecto de esta índole conlleva una alta carga utópica, expuesta sin duda a los mismos riesgos de frustración que la paz perpetua imaginada por Kant hace más de doscientos años.

En primer lugar, exigiría un compromiso dirigido al progresivo desarrollo de un constitucionalismo global, que tomara "en serio" —para utilizar la feliz expresión de Dworkin— la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos de 1966. Para esto, resultaría imprescindible, como señala Ferrajoli,³⁰ el desarme progresivo de los Estados miembros de la Naciones Unidas, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos. Este modelo de apertura constitucional hacia valores y formas de organización que traspongan los límites nacionales³¹ supone un nuevo tipo de ciudadanía social, donde el pluralismo, la tolerancia y el respeto a las diversidades, propios de Estados democráticos, permitan la articulación de éstos con un universalismo humanista y cosmopolita.

³⁰ Cfr., FERRAJOLI, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la democracia* núm. 1617, Madrid, p. 68.

³¹ Sobre el concepto de apertura constitucional y algunas de sus implicaciones, ver el ensayo del profesor Lucas Verdú, *La constitución abierta y sus enemigos*, Ediciones Beramar, Madrid, 1993. Allí se analizan las potencialidades de lo que el autor describe como la "larga marcha" del constitucionalismo hacia ese proceso de apertura, caracterizado en Alemania por Peter Haberle. De este último, puede verse su obra ya citada. *Retos actuales del Estado constitucional*, pp. 11-15 y 99-133.

No se escapa, claro, la falta de adecuación de este modelo a la realidad actual. Sólo un optimismo ingenuo y hasta irresponsable podría ver en los actuales procesos de integración rasgos inconfundibles de la comunidad internacional democrática arriba descrita. Salvo casos aislados en la Unión Europea y algunos pobres indicios en organizaciones como Naciones Unidas o en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, cuyo grado de eficacia dista hoy de ser el deseable, a la globalización económica y al creciente dominio de los poderes privados transnacionales, no ha seguido una internacionalización política, y mucho menos social o cultural.

La hegemonía del capital financiero, antes apuntada, ha demostrado, como señala una vez más Touraine, no sólo ser la condición para el desarrollo económico, sino un obstáculo que muchos países no logran superar.³²

En ese contexto, las distintas formas de arbitrariedad ejercidas por los grandes poderes privados a través de los Estados nacionales, sea contra sus propios ciudadanos, sea contra los de otros Estados (mediante la imposición de planes de ajuste, explotación de mano de obra, bloqueos, intentos unilaterales de aplicación extraterritorial de leyes) caldean el termómetro de la arena internacional y debilitan las perspectivas de una paz duradera.

En ese sentido, la cesión de las soberanías nacionales a manos del mercado se ha revelado como incompatible con la subordinación de aquellas a un derecho cosmopolita que garantice los derechos humanos de todos los habitantes del planeta. Por el contrario, la conquista de una paz no sólo negativa, es decir, reducida a la ausencia de guerra, sino también positiva, como satisfacción de las condiciones básicas de desarrollo social y democrático, exige de los poderes públicos una actitud de resistencia y control frente al creciente proceso de mercantilización de los espacios sociales de vida. Sin esta premisa, cualquier intento de integración supraestatal andará con pies de barro y resultará, a corto plazo, errático.

³² Un análisis político y social que vale la pena consultar para tener una visión más acabada de las complejidades que encierran los procesos de globalización, es el de Ralph Dabrendorf, *Quadrare il cerchio*, Laterza, Bari, 1995.

No se trata, claro, de desconocer la importancia de ciertos procesos de unificación realmente existentes, que, aún imperfectos, podrían colaborar a corregir esas disfunciones internas y a promover un acercamiento internacional más equilibrado. La cooperación, la creación de tribunales internacionales democráticamente conformados que permitan acabar con la impunidad de los delitos contra la humanidad,³³ la constitución de organismos que, como sugiriera Galbraith, puedan controlar los enormes perjuicios causados por el capital especulativo transnacional, comienzan a ser, a pesar de sus límites, algo más que ensueños destinados a morir en el papel. Y es que si las posibilidades de evolución del derecho, como las de cualquier producto cultural, están condicionadas por el contexto social y económico en el que se generan, cabe constatar que en las condiciones actuales, la economía, las comunicaciones, la tecnología en general, han generado las condiciones objetivas para crear una estructura jurídica que permita avanzar con relativa estabilidad y sin grandes descalabros hacia un Estado democrático cosmopolita como el aquí esbozado.

VI. CONCLUSIONES.

Resulta vano trabajo de futurología prever el desenlace del actual estado de cosas. Por desgracia, no hace falta ser un observador ultracrítico para advertir el afianzamiento de la función disciplinadora y reproductora del Derecho, en detrimento de los fines cooperativos y transformadores que también podría propugnar. En todo caso, hoy más que nunca resulta indispensable aprovechar todos

³³ Al momento de cerrar las provisionales reflexiones de este artículo, ha quedado constituido el Tribunal Penal Internacional, al que la ONU aspiraba desde hacía medio siglo. La creación del nuevo órgano, que se integrará con un fiscal independiente y 18 jueces elegidos para un periodo de nueve años, ha contado con el apoyo de 120 países, aunque un buen número de naciones, con Estados Unidos a la cabeza, han objetado su constitución. A pesar de estas deserciones, que disminuirán notablemente la eficacia del nuevo Tribunal y de las no pocas carencias de su estatuto normativo, se trata de un paso importante en la consecución de un Estado democrático cosmopolita capaz de vincular a los individuos, en defensa de los derechos humanos, más allá de las fronteras de los Estados nacionales.

los resquicios que ofrece el Estado democrático constitucional para reclamar su vigencia, y poner en marcha los mecanismos que permitan denunciar la actuación ilegítima de los poderes públicos y privados en garantía de los derechos de las personas. Y esto no sólo en el plano interno sino también en el internacional, de modo que la legitimidad de unos Estados no sea posible a costa de la ilegitimidad de otros. Caso contrario, si la propia democracia incumple sus promesas y se desentiende de la promoción extensiva de los derechos fundamentales, la línea imaginaria que vincula a una eventual comunidad democrática internacional con el Estado constitucional democrático, y a éste con el Estado arbitrario, corre serios riesgos de transformarse en una pendiente enjabonada, muy difícil de remontar luego, cuando ya sea demasiado tarde.

FACULTADES DE CONTROL PARLAMENTARIO EN NUESTRA REALIDAD CONSTITUCIONAL

Ricardo J. SEPÚLVEDA

SUMARIO: I. *Resurgimiento del parlamentarismo*; II. *La dialéctica Parlamentaria*; III. *Intervención del Congreso en materia hacendaria*; IV. *Intervención del Congreso en materia de relaciones de derecho internacional*; V. *Intervención del Congreso en el juicio político*; VI. *Intervención del Congreso en el nombramiento de funcionarios*; VII. *Intervención del Congreso a través de Comisiones Investigadoras*; VIII. *Intervención del Congreso en materia militar*; IX. *Intervención del Congreso en materia electoral*; X. *Intervención del Congreso en materia de derechos humanos*; XI. *Intervención del Congreso en otras áreas de control*

I. EL RESURGIMIENTO DEL PARLAMENTARISMO

Independientemente de la álgida situación política de nuestro país, se descubre una tendencia, cada vez más agudizada, por dar relevancia al Parlamento, Órgano Legislativo, Asamblea Deliberante, Congreso de la Unión, Órgano Representativo, o como se le guste llamar, y ésta obedece a una preocupación justificada fruto de las vivencias políticas que han conmovido al mundo en esta segunda mitad del siglo XX. La aparición del Estado del bienestar ha impuesto el predominio del órgano ejecutivo, y las consecuencias negativas de este “pseudo-direccionismo” han tenido como reacción un movimiento que pretende redescubrir el papel del órgano controlador por esencia. Se escenifica nuevamente una pugna por el equilibrio del poder público en la organización estatal, con la agravante que desde sus orígenes anunciaba Montesquieu, “donde hay confusión de potestades, no hay libertad...” Lo que en términos modernos equivaldría a decir: si se rompe el equilibrio de poder, la libertad queda a expensas del poder público.

Pero el problema no está en el análisis del parlamento como tal, sino en descubrir los modos de equilibrar el ejercicio de la autoridad en un Estado. En este sentido Europa, América y en general todo el mundo organizado, presentan un solo panorama: un desequilibrio entre los órganos de poder como situación generalizada. Alguna vez escuché a un maestro de derecho explicar, con la mayor claridad, el tema del desequilibrio, utilizando el símil de cualquier balanza: el equilibrio se basa en el peso que tiene cada soporte de la balanza: cuando en uno de los platos hay más peso y se rompe el equilibrio, éste se recompone o bien quitando peso o bien añadiéndoselo. Las pesas son las facultades de los órganos.

Nuestro México no es una rara excepción. El mundo entero nos ha señalado como un régimen de derecho fraudulento, de nombre, sustentado en equilibrios de miedos y prebendas, sólido sólo por la peculiar naturaleza nostálgica del mexicano, pero endeble tarde o temprano. Sea lo que fuere, nuestro sistema aún estando enmarcado dentro de lo que hemos tratado de referir líneas arriba, tiene un diagnóstico propio y unas soluciones para el caso. Nosotros también hemos luchado por tener un equilibrio en el ejercicio del poder. Si nos referimos a la segunda parte de nuestra historia constitucional,¹ observamos que con la Constitución de 1857 se busca un debilitamiento del presidencialismo santanista, al establecer el unicameralismo y suprimir el veto del Ejecutivo; en 1874 se corrigió parcialmente este desequilibrio con el restablecimiento del Senado; en cambio en 1917 se apuntaló un presidencialismo que ha ido contrarrestándose de diversas maneras: en el periodo de Lázaro Cárdenas se reformó el artículo 49 constitucional para erradicar el vicio de otorgar facultades legislativas al Ejecutivo sin verdadero fundamento constitucional. Posteriormente se han dado otros pasos, como son: la reforma política, los tribunales y los códigos administrativos, la reforma municipal, la Secretaría de la Contraloría que es aún

¹ Hasta ahora la historia constitucional se ha dividido en dos: 1821 a 1867 y 1867 a la fecha. El parteaguas es la estabilidad constitucional lograda con la victoria del Partido Liberal. Sobre esto no cabe mayor discusión, lo que podría aún subdividirse es quizá el periodo de 1867 a 1997, pues no son pocos los sucesos que marcan hitos en nuestra historia reciente. Jose Bravo Ugarte en su *Compendio de historia de México*, divide la historia constitucional denominando el primer periodo como constitutivo, y el segundo como *constitucional* (ed. Jus., México, 1948).

muy dependiente del Ejecutivo, etcétera. No se puede objetar que de objetar que estamos inmersos en un proceso de democratización y de legalidad progresiva. Sin pretender caer en optimismos artificiales propios de las demagogias modernas, tampoco es dable zanjar la cuestión del Estado de derecho en México como un rotundo fracaso: los análisis tienen la obligación de tomar todos los ángulos y una visión con perspectiva histórica: se detecta una corriente en varios de nuestros constitucionalistas que anatematizan nuestro sistema constitucional como un Estado no de derecho. Repito que somos conscientes de las deficiencias pero nos parece mejor, hasta por razones prácticas, partir de las realidades ventajosas de nuestro actual sistema, que pretender partir de cero. Para muestra cito un texto: "en suma en México al igual que en otros países, fue notoria la deficiencia del Estado de Derecho, como tal, y se emprendió la tarea de ir complementando los sistemas de protección por medio de la creación de jurisdicciones especiales de amparo. En México, el Estado de Derecho, ni por lo que es ni por lo que significa, ni por la existencia del juicio de Amparo, puede decirse que los derechos humanos se respetan".²

Esta situación plantea una evolución en el Estado constitucional, que va operándose progresivamente, y una de cuyas ramificaciones es precisamente el derecho parlamentario. Que el Estado se encuentre en crisis³ no significa al menos para los humanistas más objetivos que haya que abortar los últimos tres siglos, el planteamiento es buscar una mejor estructuración del Estado y una redefinición de sus elementos. El reto es favorecer a la persona humana, culmen y fin del Estado.⁴

² BARRAGÁN B. José, *Los derechos humanos en México*, Universidad de Guadalajara, 1994, p. 31.

³ La crisis del Estado es un tema acuciante que involucra a toda una tendencia por descubrir las nuevas formas de organización política que surgirán a partir de una evolución que se antoja patente además de necesaria. Al respecto se recomienda la lectura de Alejandro del Palacio en *Teoría final del Estado*, Miguel Ángel Porrúa, 1986. Este autor se basa, al hablar de la crisis del Estado en las ideas de Luis Ferrajoli quien sintetiza con claridad las fuerzas que han provocado esta crisis: "Concibe el Estado como un resultado de su evolución, dada en dirección de lo homogéneo a lo heterogéneo, de lo orgánico a lo inorgánico". *Op. cit.*, p. 178.

⁴ Quisiéramos distinguir entre persona y ser humano. Esta diferenciación es importante porque la antropología profundizando en el conocimiento del género humano ha

No obstante los propósitos doctrinales y especulativos de este ensayo, en el fondo yace un deseo de aportar ideas y conclusiones válidas en el proceso de reforma del Estado mexicano, en el que estamos inmersos, y no por la convocatoria formal dirigida de parte de las autoridades, como las campanas que tañen convocando a sucesos importantes, sino por ubicarnos en un proceso de cambio irreversible, ininterrumpido, integral, e incierto en cuanto a su destino, y que reclama acciones prepositivas y lealtad nacionalista. Una parte esencial de este cambio, y de esta reforma recae en el control parlamentario.

II. LA DIALÉCTICA PARLAMENTARIA

Previamente a analizar el papel del órgano legislativo en sus funciones de control en su realidad constitucional, nos es menester profundizar en el medular tema de las relaciones que se efectúan entre el Ejecutivo y el Legislativo, con el enfoque concreto de descubrir la dialéctica que se debe dar en el *control* del órgano legislativo sobre el ejecutivo, tomando en cuenta que es una de sus funciones en cuanto al equilibrio de poder primordiales.

Es ciertamente claro que la evolución que ha sufrido el órgano legislativo en los siglos XVIII, XIX y XX ha influido determinante en sus funciones, y específicamente en la importancia que ha adquirido la función de control y también la de legitimación.

El surgimiento del Estado constitucional, y con él, el de todos los principios del constitucionalismo, entre ellos el de la división de órganos de poder, trajo como primera tarea la de desarrollar la

destacado el concepto de persona como ser humano individualizado. Ningún otro ser es individualizado en el sentido de que tenga justificación individual, esta característica solamente la puede poseer un ser espiritual y trascendente. Este concepto de persona clarifica mucho más la relación entre Estado y particular, entre sociedad y hombre. El Estado es un ser accidental, la persona es un ser sustancial, existe en sí. No cabe, ni por error, trastocar este orden. Una derivación de estos avances se refleja en las múltiples declaraciones y normificaciones de los derechos humanos a nivel internacional e interno: *Declaración de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948; *Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, 19 de diciembre de 1966; *Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 19 de diciembre de 1966.

labor legislativa en manos de un órgano especializado en ella: las Cortes, el Parlamento o el Congreso, según las denominaciones que fue recibiendo en los distintos Estados. El nuevo órgano hubo de estructurarse y adquirir las formas y tiempos necesarios para cubrir con sus responsabilidades.⁵

Cuando se crea un órgano y se le dota de competencia debe dársele la estructura debida y proporcionada a la magnitud de la responsabilidad, y dotarlo de los medios materiales y económicos para desempeñarla. Esto fue lo que se hizo a finales del siglo XVIII y en los albores del XIX. Durante este último siglo, podríamos decir, se aprendió a legislar en el seno de un órgano diversificado, representativo y, tantas veces, numeroso. El ciudadano común y corriente empezó a adentrarse en las preocupaciones legislativas. Aunada a la función de legislar se desarrolló toda la técnica del debate, con sus *intrínquilis* y sus peculiaridades, aprendiéndose y experimentando sobre las relaciones de poder que se dan en el ámbito de estas estructuras.

La función legislativa ha ido debilitándose y perdiendo su categoría de función prima o primordial, dando paso a que la función de control, que ya había sido contemplada dentro de las funciones del parlamento, tomara más importancia y se buscara el modo más efectivo de llevarla a la realidad política y a los textos constitucionales. *Si bien los roles del Parlamento son debatir, legislar y controlar, cada vez se debate menos.*⁶ Cada vez se debate menos y, por lógica consecuencia, cada vez es menos *parlamentaria* la legislación, y termina de-

⁵ La historia de Francia de 1790-1792 nos muestra cómo el ejercicio de la hegemonía de gobierno se trasladó del rey al Parlamento, de una manera casi inconsciente: "Así por la presión de las circunstancias, que en realidad era una sumatoria de las presiones que ejercían los emigrados en las fronteras, los insurrectos y los *sans culottes* en las calles de París, la Asamblea asumió el poder total, convirtiendo por primera vez a un parlamento en cabeza de una revolución y dictador de una nación. Habían pasado apenas dos años desde el día en que algo más de setecientos oscuros abogados, comerciantes y clérigos llegaron a la capital a cumplir el modesto rol que las costumbres del reino asignaban y ahora eran los dueños de un poder cuyo titular hereditario estaba preso en un país en el que ya no había ni privilegios, ni jerarquías, ni pudores." PELLET LLAстра Arturo, *El Poder Parlamentario*, ed. Abeledo Perrot, p. 59.

⁶ PELLET LLAстра, Arturo, *op. cit.*, p. 393.

positándose en el Ejecutivo. La reacción ante este debilitamiento del órgano legislativo ha sido la de fortalecer las facultades de control. *No es entonces el debate lo que incita el interés del Parlamento* —sigue diciendo el autor argentino— *ni es su rol principal tal como ocurría en los siglos XVIII y XIX.*⁷ No deja de ser paradójica la situación a la que ha orillado el órgano legislativo, es inclusive esta situación en los países de mayor raigambre parlamentaria, así como en los que han adoptado el sistema presidencialista. La principal función de las cámaras —en Estados Unidos de Norteamérica— es controlar *hombre a hombre, acto a acto*, al presidente. En segundo lugar legislar, y sólo en tercer lugar, el ejercicio del debate.⁸

Sin embargo, hay que estar atentos respecto a lo que verdaderamente supone el “control” de un órgano sobre otro, dado que existen muchas formas en cómo se puede ejercer esta función y no estamos seguros de que todas ellas consigan el propósito final del equilibrio de poder, que es el fin de estas instituciones, salvaguarda del respeto a los derechos de la persona. Es decir, controlar no significa forzosamente *ir en contra de*, eso sería obstaculizar, y la función del órgano legislativo, como la del Ejecutivo, es gobernar, no disputarse la hegemonía, de aquí que los medios de control no deben ser ni barreras o diques para el ejercicio del gobierno, ni sustituciones del órgano ejecutivo por parte del legislativo. Cada uno tiene una función y una estructura distinta. En este sentido coincidimos con la opinión de Berlín V., autor mexicano pionero en el derecho parlamentario, quien prefiere utilizar el término *colaboración* más que control, o si se quiere, un control que tiene como fin la coparticipación en el gobierno, cada uno en su posición natural, el Legislativo elaborando leyes y el Ejecutivo llevándolas a la práctica. *En este sentido de colaboración, existe una fórmula específica para lograr mantener el equilibrio, en ella el gobierno es poder de impulso y dirección; los órganos que colaboran con él ejercen sólo funciones de control, que significa poder de influir o impedir, pero no de decidir o impulsar, pues si pretendieran rebasar su competencia sustituirían al Ejecutivo.*⁹

⁷ Ibidem.

⁸ Idem.

⁹ BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *Derecho Parlamentario*, ed. Fondo de Cultura Económica, p. 141.

Podríamos añadir a lo que dice este autor la precisión de que el control se cifra, como dice él, más en acciones negativas que positivas, más en un ¡no! que un un ¡sí!, o al menos en la posibilidad de decir ¡no!

El control aún puede dividirse en control previo o control represivo. Si se nos permite, podríamos preferir el previo, y como es preferible la armonía espontánea a la colaboración por fuerza de votación mayoritaria impuesta. Pongamos un ejemplo: si el Ejecutivo tratándose de nombramientos, sabiendo de antemano que al Congreso (o al Senado, que para el caso es igual) le corresponde la ratificación de los mismos, y por ese motivo busca los mejores candidatos guiándose por los criterios más rectos, entonces el control del Legislativo ha rendido sus frutos, mejor incluso que si hubiera habido una desavenencia en la primera propuesta. Se entiende, entonces, que se prefiera el control previo.

Hay, sin embargo, actos que no permiten por su naturaleza el control previo, como es el caso de “la rendición de cuentas”, especialmente cuando se refiere al ejercicio del presupuesto o de alguna otra facultad que se ejercita en el marco de una autorización previa, en este caso el control es previo, al aprobar el presupuesto, por ejemplo, y a posteriori, al revisar la cuenta pública anual. Como se ve, es insoslayable la necesidad del control represivo, pero aun así los efectos son más trascendentales en el control previo que en el posterior.

Efectivamente no se puede permitir, en aras de fortalecer el control, que el órgano legislativo termine sustituyendo al ejecutivo, pues eso no es lo que significa controlar, de esta forma no nos parece acertado lo que, según algunos autores, sucede en Norteamérica, donde *el Poder Ejecutivo no tiene uno sino dos managers (directores), el presidente y el Congreso, pues casi todo lo que hace el presidente lo puede hacer el Congreso.*¹⁰ Deben poderse distinguir claramente los campos de actuación de los órganos, y contemplarse el caso de situaciones de emergencia en donde, de manera *temporal y relativa* se concentran las facultades en el ór-

¹⁰ HOENING Luis, *Funciones de control, funciones parlamentarias en Norteamérica*, citado por PELLET LASTRA Arturo, *op. cit.*, p. 147.

gano ejecutivo, y se rompe el principio de división de órganos de poder.¹¹

Hay que evitar a toda costa que se dé esta tendencia a polarizar o radicalizar las posiciones: después de haber vivido un régimen presidencial cuasitiránico, es lógico que se tenga fe ciega en la capacidad redentora de un Congreso plural, cuando, quizá, ya se han vivido experiencias incluso peores de anarquía parlamentaria. No sin razón los clásicos griegos habían observado que el bien y la virtud están en el equilibrio y en el justo medio.¹² “El rasgo principal que conviene subrayar es el doble movimiento de signo contrario: el Gobierno arrebatando al Parlamento su cometido legislativo; el Parlamento interesándose en la provincia de la Administración para disputar al Ministerio su función propia.” Nunca más *ad-hoc* las palabras de este investigador.¹³

Hay que señalar, aunque tácitamente ya lo hemos dejado sentado líneas atrás, que el control se da igualmente en los dos sistemas: en el régimen parlamentario y en el régimen presidencialista: la diferencia, en todo caso, sería el grado de control del órgano legislativo sobre el ejecutivo: es más rígido en el caso del presidencialismo y más flexible en el parlamentarismo. Esto se debe a que las estructuras de poder en el régimen parlamentario le dan más fuerza al legislativo, y por lo tanto no precisa de acentuar este control. Sucede justamente lo contrario con el régimen presiden-

¹¹ Ésta es la interpretación que se da respecto a la suspensión de garantías individuales en nuestro derecho, en donde se faculta al órgano ejecutivo a suspender, entre otras, la garantía de seguridad jurídica (artículo 16), que es el soporte del principio de división de órganos de poder, como principio práctico de ejercicio de autoridad. En nuestra opinión, aun en este caso, sería necesario que el Congreso otorgara facultades extraordinarias para legislar expresamente, esto en base a lo que, de manera explícita, dice el mismo artículo 29.

¹² Debido a la situación que actualmente vive nuestro país, nos parecen especialmente aprovechables estas ideas, pues el equilibrio entre los órganos de poder debe ser una tarea delicada, bien ponderada, que evite radicalismos inoperantes y anacrónicos. Deben estudiarse, como lo haremos a lo largo de este estudio, cada una de las facultades que le corresponden al Legislativo, y las instituciones en donde confluye con el Ejecutivo, para hacer 106 cambios, o reforzamientos, indispensables.

¹³ SÁNCHEZ BRINGAS Enrique, *Comentario al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1985, pp. 174-175.

cialista. Se considera inclusive que en el sistema presidencial el gobierno es irresponsable frente al Congreso, éste no puede exigirle responsabilidad sobre su política y sobre su administración, sin embargo, esto no puede llevarse al extremo de pensar que no ejerce ningún tipo de control, pues son muchas las facultades que otorga la Constitución —en cualquier régimen— mediante las cuales vincula el órgano ejecutivo con el legislativo. “Por lo demás como es sabido, es característico del sistema presidencial la carencia de gobierno responsable; por consiguiente, el Congreso no puede exigir responsabilidad al Ejecutivo por su política y administración. Pero esta proposición sustancialmente cierta, ha de ser emplazada dentro de sus justos límites; aparte de que el Congreso crea y establece la organización y competencia de los departamentos y de los principales órganos administrativos, puede pedir explicaciones sobre su acción, nombramiento de comisiones investigadoras, reservarse cierta intervención, y sobre todo mediante la negativa de fondos influir de manera efectiva o al menos obstaculizar la dirección política y la gestión administrativa.”¹⁴ Esta cita, que se encuentra inmersa en un estudio de los diversos y clásicos, así como más típicos, sistemas constitucionales, reafirma la idea de que ningún sistema que se jacte de constitucional puede dejar de establecer esta función en el Congreso o Parlamento, para lo cual refiere una serie de ejemplos que lo patentizan, y que en su momento los analizaremos, por ahora los necesitamos sólo para efectos de seguir profundizando en la naturaleza del control parlamentario.

Indagar en la función de controlador que ejerce el órgano legislativo supone hacer las divisiones pertinentes, pues no todo medio de control resulta adecuado, y puede convertirse en un control nominal, sin efectos prácticos, que podría ser inclusive contraproducente porque supondría solapar una dictadura del Ejecutivo, detrás de una capa de aparente equilibrio, es, en opinión del Pellet Llastra, lo que ha sucedido en América Latina: se ha crecido en un control *formal* y, sin embargo, no se ha ejercido ese control, es

¹⁴ GARCÍA PELAYO Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad, 1993, p. 405.

decir, en su aspecto *material*.¹⁵ De esta forma el autor nos ofrece una distinción entre lo que se podría llamar control material y control formal. El objetivo de toda Constitución es hacer coincidir ambos conceptos, y como no toda estructura estatal es igual, y hay continuas variaciones, el órgano revisor debe estar atento para hacer los ajustes necesarios. En nuestro país por ejemplo, nos parece que el control formal no ha tenido punto de contacto con el control material, por el régimen de partido único oficial. Aun así cabe preguntarse si el control formal es el adecuado, pero en realidad lo que procede iricialmente es poner en juego las figuras e instituciones constitucionales que han dormido hasta ahora *el sueño de los justos*, y tras un buen sueño debe haber un buen despertar.

Debemos a Lowenstein la distinción entre el control constitutivo y el control autónomo, que es otra forma de clasificar las formas de control político. Una de las diferencias principales entre el control de carácter constitutivo y el control autónomo radica en que el primero depende de la existencia de un procedimiento o del ejercicio de una función principal en cuyo desarrollo se exige la "intervención de un determinado acto de control, mientras que el segundo constituye en sí mismo un procedimiento autónomo e independiente".¹⁶ Esta distinción se puede ejemplificar en el caso de

¹⁵ "En nuestra América Latina hemos recuperado en los últimos años el poder parlamentario formal, pero sigue predominando en varios de los países el poder presidencial, que arremete contra los Congresos tanto con legislación especial de emergencia como con la iniciativa directa o indirecta de las principales leyes.

En cuanto al poder de control e investigar, en la Argentina es limitado y casi nulo en los otros países analizados. Sin embargo, como un hito que puede modificar las relaciones de poder y la afirmación del Estado de derecho en Latinoamérica, debemos anotar las dos primeros casos de destitución de presidentes corruptos por decisión mayoritaria de las Asambleas legislativas de Brasil y Venezuela, y la notoria dominación de las clausuras de Congresos, por vías de golpes de Estado. PELLET LLASTRA, Arturo, *op. cit.*, p. 398. Quisiéramos tomar ocasión de esta opinión, que toma en cuenta acontecimientos muy recientes, y que inclusive ha sido corroborada por lo sucedido en Ecuador y Perú en 1997, primeramente para señalar que estos hechos se han dado muchas veces fuera del marco constitucional, por lo que no son más que reflejo de una deficiente regulación, o bien de una falta de conciencia legal, para poner los cauces de la Constitución por encima de todo. El fin no justifica los medios, y difícilmente se puede justificar una situación de anarquía que persigue un posterior equilibrio.

¹⁶ LOWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, ed. Ariel Demos, Barcelona, 1982, p. 59.

los nombramientos de determinados funcionarios, en los que se hacen concurrir al órgano ejecutivo y al órgano legislativo, o a una de sus cámaras, la intervención de ambos es constitutiva del acto de nombramiento, esto es evidentemente una forma de control, pues la intervención de cualquiera de ambos órganos es igualmente vinculativa. Si, en cambio, el órgano legislativo tiene facultad para conceder licencia al ejecutivo, éste es un acto de control autónomo, porque, como lo dice Lowenstein, constituye un procedimiento autónomo e independiente; lo mismo podría decirse de la revisión de la cuenta pública o bien la facultad de erigirse en jurado de sentencia, en todos estos casos no se trata de actos complejos.

Siguiendo con la misma explicación de Lowenstein, la función de control constitutiva es un control obligado, porque la Constitución condiciona la validez jurídica del acto a la coparticipación, en cambio en las técnicas de control autónomo el detentador puede usar discrecionalmente de ellas, *es libre de aplicarlas*,¹⁷ en este segundo caso intervienen los criterios de oportunidad y de conveniencia, pues su omisión no acarrea la nulidad, sino en todo caso la inactividad. Ante la pregunta de cuál de los dos es de mayor importancia, hay que inclinarse por: a) incluir ambos, b) dar preferencia a los medios de control que mejor operen, dados los antecedentes y la tradición política del Estado en cuestión y, c) algunas facultades del órgano legislativo son medios de control sin estar referidas al órgano ejecutivo, sino por el hecho de fortalecer el funcionamiento de este órgano, es decir, si se da un mayor número de facultades autónomas al Legislativo esto es un control implícito, no porque limite un acto del Ejecutivo, sino porque fortalece al Legislativo, podemos poner por ejemplo el "admitir nuevos Estados, o territorios". (artículo 73, fr. II de la Constitución General).

Con idéntica razón de finalidad se puede entender la división del Congreso en dos cámaras: el unicamarismo es un modo de fortalecer al Legislativo y el bicamarismo es un *cierto* debilitamiento. No solamente a través de contrapesar a los órganos de autoridad se logra este proceso de control, sino que en la estructura estatal moderna se ha encontrado una mejor respuesta en otros

¹⁷ *Ibidem.* p. 50.

mecanismos más democráticos, tales como las instituciones de democracia directa: referéndum, plebiscito, iniciativa popular. Estas instituciones limitan en su actuación tanto al órgano ejecutivo como al legislativo, dependiendo cuál sea el acto que se someta a su consideración, si una ley, un reglamento, un acto administrativo o un acto político. Normalmente tienen una intervención mayor tratándose de actos legislativos, y pueden constituir una fase más dentro del proceso legislativo, pero no están excluidos de los actos administrativos.

El efecto controlador de estas instituciones no tiene, desde nuestro punto de vista, *vuelta de hoja*, es clarividente, el órgano que se sabe ligado a la aprobación popular suele mediatizar mucho sus actuaciones, o bien fundamentarlas con toda precisión. Sin embargo, si profundizamos un poco más, podemos descubrir que el cuerpo electoral es depositario original de las funciones de autoridad,¹⁸ y por tanto también de las funciones del órgano legislativo, tanto de las de legislar como las de controlar que le corresponden por naturaleza. El referéndum supone, por parte del poder arbitral, al cuerpo electoral, cuya intervención se reputa soberana, por encima de las instituciones, especialmente las asambleas. Efectivamente en el referéndum específicamente, por su carácter vinculativo, el cuerpo electoral se sitúa por encima del órgano legislativo. En el caso del plebiscito, que no tiene carácter vinculativo, es más bien un medio de control del ejecutivo. “Por ello al someter un proyecto de ley a referéndum se transfieren las competencias legislativas de las cámaras a su fuente originaria, el cuerpo electoral, y la discordia de éste y aquella puede resolverse en la disolución de la primera”.¹⁹ Somos partidarios de considerar a las instituciones de democracia directa más como un medio de control que como un ejercicio de la autoridad original. Su eficacia,

¹⁸ No queremos decir con esto que seamos partidarios de que el pueblo sea el titular originario de la soberanía, sino que todo acto de autoridad, y la autoridad misma, tiene su razón de ser, su causa, en el pueblo, y en este sentido es depositaria original. Esto explica, en parte, la legitimidad de las instituciones de democracia directa.

¹⁹ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, *El Derecho constitucional de los nuevos Estados*, ed. Tecnos, Madrid, p. 174.

por otro lado, estará supeditada a sus perjuicios y a sus beneficios pragmáticos.

Según hemos avanzado en este análisis, descubrimos que existen diversas formas de control, la mayor parte de ellas referidas al órgano legislativo sobre el órgano ejecutivo, siendo ésta una de las funciones del órgano legislativo, y pilar del sistema constitucional moderno. En un régimen constitucional este control debe hacerse valer en cuanto que la *asamblea pueda hacer efectiva la responsabilidad política del gabinete, en este punto radica la clave del sistema constitucional*.²⁰ Esta efectividad en un régimen parlamentario, puede orillar al gobierno a dimitir, ya sea por la pérdida de confianza o por el voto de censura. En un régimen presidencialista no hay tal responsabilidad, pero sí existe la posibilidad de responsabilizar a los funcionarios a través del juicio político, y aunque sea individualmente descubrimos un atisbo de esta responsabilidad política del gabinete, que es una manifestación de los modos de control —no la única—.

Los modos de control parlamentario a lo largo de esta última época del Estado moderno se han ido sedimentando y logrando su indiscutida importancia, lo que no quita que ha llevado tiempo la elaboración de un concepto nítido de *control parlamentario*, y de hecho aún no es universal, lo que sí es ya generalizado es su identificación con un sistema de gobierno prudente, justo y legítimo. Donde más barreras encuentra esta evolución es en la aplicación misma de estas manifestaciones de control parlamentario, y en el surgimiento de controles parlamentarios internacionales, como es el caso del Parlamento Europeo.²¹

En este apartado, que hemos titulado “La dialéctica parlamentaria”, queríamos hacer notar la importancia que ha ido adquiriendo la función de control que tiene el órgano legislativo, y a la vez lo relativa que sigue siendo esta misma función, y por tanto la necesidad de proponer un concepto lo más claro posible, que nos resuelva las dudas concretas, de cuándo puede actuar el órgano

²⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 507.

²¹ Cfr. ROBLES CARRILLO, Margarita, *El control de la política exterior por el Parlamento Europeo*, Cuadernos de Estudios Europeos, ed. Civitas, 1994.

legislativo, en qué materias, hasta qué punto, con una sola de las cámaras o con las dos, con base en qué fundamento, etcétera. No está por demás reiterar que uno de los mayores riesgos de utilizar el control sin su razón de fondo es enfrentar irremisiblemente a los órganos de poder haciendo inoperante su actividad, y cayendo en el terrible fenómeno de la anarquía o como se dice ahora ingobernabilidad.

En el resto del ensayo nos adentraremos en las funciones de control concretas, apoyándonos en nuestro texto constitucional, o al menos rematando en él, y cuestionándonos dos conclusiones fundamentales.

a) Si la técnica de control en la materia en concreto consigue su objetivo, es decir acotar, encordar, delimitar la actividad del órgano ejecutivo.

b) Si no existen riesgos de confusión de funciones o de fricciones ríspidas entre los órganos por falta de técnica constitucional.

Francisco Berlín Valenzuela, a quien ya hemos citado, menciona dentro de las facultades que tiene el Congreso, o una de sus cámaras de control, las siguientes (no es una enumeración limitativa, pero sí ejemplificativa):

| Artículo | Materia |
|----------|---|
| 73 | VII Imponer contribuciones |
| | VIII Bases para empréstitos |
| | XI Crear y suprimir empleos y sus dotaciones |
| | XII Declarar la guerra, con datos del Ejecutivo |
| | XXVI Conceder licencia al Ejecutivo y designar al presidente sustituto o interino |
| XXVII | Aceptar la renuncia del Ejecutivo |
| 74 | II Vigilar la Contaduría Mayor de Hacienda |
| | IV Aprobar el Presupuesto de Egresos |
| 76 | I Aprobación de tratados internacionales |
| | II Ratificar nombramientos |
| | III Autorizar para movimientos de tropas |

IV Autorizar al Ejecutivo para disponer de la Guardia Nacional fuera de sus Estados

VII Erigirse en jurado de sentencia

Obviamente hay muchas más facultades de control, y de hecho, tal como están mencionadas se repiten algunas que se refieren a lo mismo, por lo que en el análisis que hagamos procuraremos agruparlas de mejor manera, haciendo la advertencia de que no nos referiremos a todas, sólo a las más representativas:

El esquema que seguiremos será el siguiente:

- Intervención del Congreso en materia hacendaria
- Intervención del Congreso en las relaciones internacionales
- Intervención del Congreso en materia de responsabilidad oficial
- Intervención del Congreso en el nombramiento de funcionarios
- Intervención del Congreso a través de comisiones investigadoras
- Intervención del Congreso en materia militar
- Intervención del Congreso en materia electoral
- Intervención del Congreso en otras áreas de control

III. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO EN MATERIA HACENDARIA

Lo primero que habrá que justificar es el término que hemos elegido para englobar la intervención del Congreso, o de sus cámaras, en lo relativo a la materia(s) económica y financiera. Algunos autores le denominan función financiera,²² otros prefieren no utilizar un término conjunto y desglosan *control sobre el presupuesto, la Ley de Ingresos, la cuenta pública y el endeudamiento*,²³ otros subrayan la función fiscalizadora y se avocan al análisis de la Contaduría Mayor de Hacienda, unos más hablan de *los pode-*

²² BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *op. cit.*, p. 136.

²³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una constitución para la democracia*, UNAM, 1994, p. 131.

res fiscales,²⁴ y, para no extendernos interminablemente, los últimos se refieren a las facultades en materia hacendaria.²⁵ No deseamos extrapolar la importancia del término, pero sí precisar mejor el contenido del mismo, debido a que las facultades de intervención de control que le concede la Constitución al órgano legislativo en tratándose del poder económico, son las más importantes, y deben extenderse todo lo debido, así pues no nos conviene mencionarlas casuísticamente, porque las facultades tienen una razón común y un fin común y de ahí hemos de obtener un término común.

Utilizar el término “poderes” de antemano lo descartamos por cuanto el poder del Estado es único e indiviso, y no es dable pluralizarlo. En cuanto al calificativo de *fiscales* tampoco nos parece adecuado porque el término resulta hoy por hoy impreciso, especialmente porque la materia fiscal tiene íntima relación con las contribuciones que impone el Estado para el gasto público, y se trata de una relación jurídica que involucra a la autoridad con el particular, y a lo que nosotros queremos referirnos es a la relación de control por parte del órgano legislativo respecto al ejecutivo.

Nos parece que cuando se ha utilizado el término *facultad financiera* no se ha pretendido acotar todo el significado de esta facultad, sino que de manera vaga se ha querido ligar con lo referente a pesos y centavos, a los ingresos y egresos, sin embargo, de nuevo nos topamos con la evolución que ha tenido el término *finanzas* y éste se refiere fundamentalmente al manejo del crédito y de la inversión de fondos, por lo que tampoco parece incidir en el meollo de estas facultades, que son más bien lo referente a los ingresos y a los egresos.

El maestro Tena Ramírez desde antaño utilizó el término *materia hacendaria* en su texto, ya clásico, de derecho constitucional, y hasta ahora nos parece lo más acertado. *Hacienda*, en el diccionario de la lengua castellana, significa: *conjunto de haberes, bienes, rentas correspondientes al Estado, para satisfacer las necesidades*

²⁴ GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 407.

²⁵ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 323.

públicas.²⁶ Hacienda es el término que le corresponde a la secretaría encargada de ejercer las facultades del Ejecutivo en cuanto a sus ingresos y egresos, de hecho durante algunos años se separó la función correspondiente a los ingresos de la de los egresos, y se creó la Secretaría de Programación y Presupuesto, posteriormente se derogó y desapareció porque la unidad es indispensable para el equilibrio de las finanzas públicas, quedando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como la facultada para realizar estas actividades en auxilio del Ejecutivo Federal.

Por los anteriores razonamientos nos parece que el término *menos malo* es el de “materia hacendaria”.

Ahora bien, el segundo paso es valorar la categoría que como área de control significa esta materia, posteriormente entraremos a cómo se ejerce.

La mayor parte de los autores la consideran la más importante por la relación que el poder económico tiene en el contexto de poderes, y porque sin capacidad económica sencillamente es imposible dar un paso ni actuar. La importancia de este control está efectivamente en que el Ejecutivo requiere de fondos para realizar su gestión, y el Legislativo es el que le autoriza tanto los ingresos como los egresos, sin embargo, el control no se ciñe a este aspecto únicamente sino que es un modo de influir en las fuerzas de poder que actúan en la estructura social, en tanto en cuanto la economía es punto de inflexión de estas fuerzas sociales. El mismo autor referido nos lo explica gráficamente con las siguientes palabras (se refiere a la Constitución de los EUA): “La Constitución autoriza al Congreso para imponer y percibir diversas contribuciones con el fin de pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los EU (Constitución, 1, VIII). Esta facultad, como la mayoría de ellas, está sujeta a ciertas limitaciones de las que podemos prescindir aquí. Pero hemos de insistir en cómo esta facultad de orden tributario ha servido para la regulación de materias que no tienen nada que ver con ella, y caen además, fuera de los poderes originarios del Congreso. Ello ha sido posible fundamentalmente, mediante la interconexión del proceso económico, y de modo prin-

²⁶ *Cfr.*, *Diccionario de la lengua española*, Porrúa, 1991, 32a. edición.

principal por el aumento de costos, que supone un mayor gravamen tributario, lo que coloca a ciertos productos en situación desventajosa en el mercado. De este modo, por selección de objeto, cuantía y uso discriminatorio del gravamen, se ha podido proteger a los productores de manteca frente a los de margarina, eliminar el fósforo blanco de la fabricación de cerillas, hacer imposible la emisión de billetes por los bancos privados y de los estados; nada de ello ha sido prohibido por el Congreso, pero la presión tributaria ejercida por éste, ha hecho antieconómicas ciertas actividades. Asimismo, so capa de vigilancia fiscal, ha sometido a rigurosa inspección el comercio de narcóticos; haciendo uso de la facultad de gastar para el bienestar de los Estados Unidos, ha creado un sistema de seguros sociales y se ha intentado proteger a la agricultura".²⁷

Es realmente ilustrativa esta opinión en cuanto a los efectos mediatos que trae consigo una determinada política fiscal y una determinada jerarquía de gastos: pensemos en lo que supone para el desarrollo de un país la constante inversión prioritaria en el ramo de la educación, o la correcta administración de los fondos: esto, tarde o temprano se refleja en la actividad privada más cotidiana y en las estructuras sociales. De aquí se deriva la importancia que tiene esta facultad de este medio de control, y que se traduce en una cointervención a nivel macroeconómico y microeconómico.

Para Cárdenas Gracia este control no solamente es el más importante sino el que *más requiere de reforma en nuestro país*. Lo denomina, inclusive, *pedra de toque del Estado democrático*.²⁸

Desde nuestro punto de vista este control aumenta su importancia en sociedades neoliberales que están basadas sobre el factor económico, precisamente por el auge del valor mercantil en la vida no sólo de las sociedades sino de las personas. Es además, y es otro factor de importancia, uno de los actos más lastimosos de la autoridad respecto a sus súbditos, en cuanto que a través de contribuciones los priva de sus bienes sin indemnización ni contraprestación. Por todo esto nos sumamos a acreditarle gran importancia. No nos atrevemos a asegurar que sea la materia de

²⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 407.

²⁸ CÁRDENAS GARCÍA, Jaime, *op. cit.*, p. 131.

mayor importancia, ni siquiera en nuestro país, porque el fortalecimiento del Legislativo está en su real tarea legislativa, y porque tampoco nos parece que la democracia sea sinónimo de justicia.²⁹ Sin embargo, esto no obsta para que se analicen con calma las necesarias reformas, de manera que el Ejecutivo no disponga a su antojo e irresponsablemente de unos haberes de los que no tiene la titularidad sino que son un claro patrimonio afectación.

Una vez sentado lo anterior entremos al análisis de las concretas facultades que le corresponden al Congreso en materia hacendaria:

El poder de la bolsa implica las siguientes facultades:

| |
|--|
| Aprobación de la Ley de Ingresos Elaboración y aprobación del Presupuesto de Egresos Revisión de la Cuenta Pública Anual Aprobación de los endeudamientos o empréstitos Reconocer y mandar pagar la deuda nacional |
|--|

Aprobación de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos

El artículo 73 fracción VII señala que corresponde al Congreso de la Unión establecer las contribuciones para cubrir el presupuesto. Es una facultad del Congreso, no de una de las cámaras. La Ley de Ingresos tiene la naturaleza jurídica de una ley. Como bien se sabe, tiene la peculiaridad de ser una ley de vigencia prefijada, anual, y que da vigencia, a su vez, a todas las demás leyes fiscales que contienen los demás elementos de las contribuciones. La vigencia y continuidad de estas leyes está sujeta a la condición sus-

²⁹ "En medio de esta pelea, los diputados aprueban en 1628 una petición de derechos que perfecciona y actualiza la Carta Magna, por la cual, "nadie en el futuro podrá ser obligado a pagar un impuesto sin el consentimiento del Parlamento (No taxation, without representation)". PELLET LLAJRA, Arturo, *op. cit.*, p. 25.

Esta cita del origen parlamentario nos enmarca en la legitimidad que le otorga la actuación congresional a las contribuciones.

pensiva de que se expida la Ley de Ingresos, de aquí su acrecentada importancia.

Los ingresos del Estado se encuentran topados al límite de los egresos, esto significa que no puede recabarse más allá de lo que es indispensable para el gasto público. Por esta razón la lógica indica que primero deben discutirse los gastos y después los ingresos: sin embargo, el artículo 74, fracción IV señala que en la Cámara de Diputados deben discutirse primero las contribuciones y después los egresos, cuestión que nos parece equivocada.

La iniciativa de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos corresponde al Ejecutivo, así lo señala implícitamente el artículo 74, IV párrafo 2. Algunos autores señalan que sería preferible que la iniciativa y la misma aprobación pudiera provenir del órgano legislativo, de manera que se evitaran posibles enfrentamientos entre el Ejecutivo y el Legislativo. Esto es francamente inviable, a pesar de su buen propósito, pues para la elaboración del presupuesto es necesaria la intervención de personal altamente capacitado que se encuentra en el órgano administrativo, y no sería costeable ni lógico pretender crear otro órgano paralelo como coadyuvante del Legislativo, para que pudiera elaborar los proyectos.

Una de las propuestas más socorridas es la de hacer intervenir al Senado en la aprobación del Presupuesto de Egresos; sin adentrarnos en las razones por las que es una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, hay que señalar que aunque sea en cierto modo discutible su carácter de ley en sentido material, en atención a su relación con la Ley de Ingresos debe forzosamente ser una facultad del Congreso de la Unión.

Hay un aspecto interesante que resaltar a este respecto y es el referente a si una vez aprobado el Presupuesto de Egresos, si por ejemplo hay variaciones sustanciales a la propuesta original del Ejecutivo, podría ser vetado por el Ejecutivo, con base en la facultad del artículo 72, c). La Constitución otorga esta facultad para la elaboración de leyes, en sentido material y formal, al no ser una ley y al corresponder a una facultad exclusiva de una cámara no procede el veto del Ejecutivo. En cambio, si como proponemos, interviniera el Senado y se siguiera el procedimiento

legislativo, entonces sí cabría constitucionalmente el veto del Ejecutivo.

Fuera de la propuesta anterior nos parece que lo que le falta al *poder de bolsa* en nuestra Constitución respecto a la Ley de Ingresos y al Presupuesto de Egresos es mínimo.³⁰

En este terreno, de la materia hacendaria, como en muchos otros, *el Congreso de la Unión hace un uso bastante limitado de las competencias que le confiere el texto de la Constitución mexicana. La realidad del sistema político mexicano hace parecer más formal que real el mecanismo de los checks and balance, copiado del sistema constitucional de los Estados Unidos de América.*³¹ Irrefutable es la afirmación del autor, sin embargo, los últimos meses en nuestra práctica constitucional nos han mostrado que cuando el Congreso hace uso de sus facultades de control es indispensable prever mecanismos de solución alternos. Esto es especialmente importante en lo que se refiere a la materia hacendaria. ¿Qué ocurre si el Congreso no aprueba la Ley de Ingresos, o bien la Cámara de Diputados no aprueba el Presupuesto de Egresos? La Constitución no contempla ninguna solución.

Por un lado hay que señalar que la iniciativa de Ley de Ingresos y de Presupuesto de Egresos le corresponden exclusivamente al Ejecutivo, por lo que el Congreso o la Cámara de Diputados en su caso no pueden modificarlo y expedir otro, su competencia es una disyuntiva: *si o no* y en caso de negativa el Ejecutivo debe presentar otra iniciativa.

³⁰ Se ha dado mucho realce al tema de las partidas secretas. Estas partidas, según lo dispone el artículo 74 párrafo 30, son una excepción al principio de especialidad del presupuesto, pues el Ejecutivo no tiene obligación de señalar el objetivo, sino sencillamente el monto, y al rendir la Cuenta Pública tampoco está obligado a demostrar la correcta utilización de esos fondos. Hay que advertir que la Cámara de Diputados, aun cuando no tiene facultad para conocer e intervenir en el destino de esos fondos, sí puede limitar el monto, pues ese sí es conocido y explícito en el presupuesto, y no hay óbice constitucional, para que por ejemplo no autorice un monto tan elevado. Por este motivo no vemos necesario poner más límites constitucionales a las partidas secretas. De cualquier forma dada su poca representatividad presupuestal tampoco ocurriría nada si se suprimiera esta institución.

³¹ VÁSQUEZ ALFARO, José Luis, *El control de la administración pública en México*, UNAM, 1996, p. 277.

Si surge un conflicto o controversia, porque el Congreso, estando en su pleno derecho, por tratarse de una cuestión técnica (así lo es en principio) no es competente, la Suprema Corte de Justicia para dirimirlo (según el artículo 105), la Constitución debe prever una solución alternativa. El artículo 75 señala que en caso de que no se expida un nuevo presupuesto regirán los sueldos anteriores, pero nada dispone respecto al gasto público, no hay solución constitucional.

Lo que ha sucedido en nuestro país, al no haber salida constitucional, fue el repliegue del Congreso de la Unión, con la pérdida de legitimidad que esto provoca. Una propuesta —no es nuestra— que se ha mencionado es que, temporalmente, rijan el Presupuesto y la Ley de Ingresos del año anterior indexada a la inflación, mientras se aprueba por el Congreso.

La revisión de la Cuenta Pública y el control presupuestal

Cóntinuando con el análisis del poder de bolsa, la aprobación del Presupuesto es un control previo, y no resulta suficiente, se requiere que existan mecanismos *a posteriori* de control del gasto público, de preferencia concomitantes y realizados por órganos fiscalizadores independientes.

Existe un principio básico de control presupuestal que dice “no hay contribución sin representación”, lo que quiere decir que tanto en el gasto como en la imposición debe haber transparencia y posibilidad de ejercer un control.

En nuestra Constitución se establece que la Cuenta Pública Anual será examinada por la Contaduría Mayor de Hacienda, y del examen de las mismas se podrían derivar responsabilidades. Dos críticas se hacen fundamentalmente a este organismo:

- su falta de independencia: por ser un órgano que normalmente está favorecido por el partido en el poder.³²
- no ejerce un verdadero control jurisdiccional sino permanente político.³³

³² *Vid.*, opinión de CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *op. cit.*, p. 133.

³³ *Vid.*, MINJANGOS BORJA, María de la Luz, *El control del presupuesto en una democracia*, UNAM, 1992, *El Poder Legislativo en la actualidad*, p. 109.

Ante lo anterior lo que se propone es la creación de un órgano fiscalizador verdaderamente autónomo, incluso del mismo órgano legislativo, pues finalmente el Congreso también ejerce un presupuesto, y que tenga facultades para fincar responsabilidades.³⁴ Mijangos Borja es de la opinión de crear un tribunal de cuentas que tiene la naturaleza de un tribunal, con dependencia del Congreso.

Independientemente del nombre que se le dé, somos de la opinión de que no existe verdadero control sobre el Ejecutivo mientras no se cree un órgano fiscalizador, que además de tener verdadera independencia debe tener facultades no sólo de revisión sino de vinculación jurisdiccional.

Aprobación de los empréstitos y pago de la deuda nacional

Un empréstito es un contrato administrativo de préstamo o mutuo. La Constitución señala que para su legitimación deben ser aprobados por el Congreso de la Unión. Lo que en realidad sucede es que se aprueban *montos* máximos de endeudamiento. Esta aprobación tiene el sentido de no vincular a la nación con una responsabilidad que tarde o temprano recae sobre sus ciudadanos. La medida y la decantación del Congreso deben prevalecer en estas delicadas operaciones que afectan la vida económica de los individuos.

A pesar de que la Constitución no habla de montos sino de empréstitos concretos resulta impráctico hacer intervenir al Congreso en cada contrato. Algunos autores señalan la conveniencia de que se formen comisiones especializadas que intervengan en las negociaciones: nos parece una exageración y una tarea propia del órgano administrativo, no de un legislador.

³⁴ Es consabido que existe un proyecto de reforma constitucional y su ley reglamentaria para crear un órgano que se denominaría Auditoría Superior de la Federación, que fue inclusive mencionado por el titular del Ejecutivo en la toma de posesión de su mandato.

El reconocer la deuda y mandarla pagar son dos actos distintos que normalmente no se realizan y que son imperativos constitucionales. Suelen recaer en el mismo Ejecutivo. El respeto a este imperativo constitucional fortalecía el control parlamentario.

Es inconstitucional el autorizar, en la Ley de Ingresos, al Ejecutivo para ejercer o autorizar montos adicionales de endeudamiento, pues es darle facultad para modificar una ley, es una delegación de facultades legislativas, esta situación, como nos lo dice Orozco Enriquez, *se ha corregido la práctica inconstitucional consistente en la habilitación anual al Ejecutivo en la Ley de Ingresos para ejercer o autorizar montos adicionales de financiamiento y empréstitos cuando a su juicio se presentaban circunstancias extraordinarias que así lo exigían, lo cual implicaba una claudicación del Congreso de las facultades que le otorga la Constitución en materia de ingresos.*³⁵

De lo anteriormente expuesto, relativo a la intervención del Congreso en materia hacendaria, se puede concluir:

- A. Que debe hacerse intervenir al Senado en la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación.
- B. Para evitar que los conflictos en materia hacendaria, entre el Legislativo y el Ejecutivo, se resuelvan de manera fáctica, deben preverse vías de solución alternas cuando el Legislativo no aprueba el Presupuesto de Egresos o la Ley de Ingresos.
- C. Que debe crearse un órgano fiscalizador autónomo, inclusive del mismo Congreso de la Unión, para que lleve a efecto el control presupuestario.
- D. Por lógica presupuestal corresponde discutir primero los egresos y después los ingresos, y no como lo señala contrariamente la Constitución.

³⁵ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, "Facultades de control del Legislativo sobre el Ejecutivo", en *Problemas actuales del derecho constitucional*, UNAM, 1994, pp. 277 y ss.

IV. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES.

Prosigamos en nuestro propósito de indagar sobre la eficacia normativa que tienen nuestros medios de control por parte del órgano legislativo respecto del ejecutivo. Concluido el análisis del tema hacendaria, nos parece lógico continuar con lo referente a las relaciones de derecho internacional, con mayoría de razón por las circunstancias que han impulsado una corriente de *internacionalización* de las sociedades, que entre otros efectos, provoca la interrelación de los órdenes jurídicos, y por ende, la de todos los ámbitos sociales. Los destinos de los pueblos no serán nunca más autónomos e independientes, sino simbióticos y coaligados unos con otros. De lo anterior que sea de suma importancia intervenir controlando y ajustando las actividades que en el terreno internacional realiza el órgano ejecutivo.

Hemos denominado a este ámbito el de las *relaciones jurídicas internacionales*, puesto que aun considerando y aceptando que muchas relaciones no se concretan en un acto(s) jurídico sino en actos materiales, lo que realmente es controlable es la actividad con vinculación jurídica, toda vez que los actos materiales escapan a toda posible fiscalización.

Se trata de una materia sofisticada y muy importante, que *plantea una serie de problemas que no se encuentran en el ejercicio de esa competencia* (control parlamentario) *respecto de otros ámbitos materiales. Por una parte la política exterior se configura tradicionalmente como un ámbito de difícil fiscalización y poco propicio a la intervención de principios democráticos. Por otra parte la política exterior en la actualidad dispone de un contenido material más amplio y de una mayor trascendencia interna.*³⁶ Estas apreciaciones referentes a Europa, requieren algunas precisiones: efectivamente es un ámbito de no fácil fiscalización en el sentido de que se conforma por un sinnúmero de actuaciones que dan como resultado una situación política, favorable o desfavora-

³⁶ ROBLES CARRILLO, Margarita A., El control de la política exterior por el Parlamento Europeo, *Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, 1994, p. 65.

ble, determinada; tampoco es propicia para los principios democráticos porque no se tienen, normalmente, los elementos o antecedentes para juzgar la oportunidad de una determinada decisión, ni las presiones o fuerzas que se operan entre los Estados, de aquí la necesidad de la medida y ponderación.³⁷ Una tarea es la jefatura de Estado y otra el gobierno, son separables porque efectivamente no se identifican: así los principios que se pueden aplicar para la gestión administrativa no son trasladables a las actuaciones como representante del Estado a nivel internacional.

Sin menoscabo de lo anterior cabe subrayar la importancia que tiene el control por parte del Legislativo en las relaciones de derecho internacional. Antes de referirnos a los medios de control directos y concretos, es preciso mencionar que mucho influyen en esta legislación dos cuestiones fundamentales: la posición —ya sea monista o dualista— que se tiene en el derecho interno con respecto al derecho internacional, porque de aquí derivará la trascendencia jurídica de las *fuentes de derecho internacional*³⁸ y la debida intervención de los distintos órganos. Nos explicamos: si a un tratado internacional —fuente normal y típica de normas individualizadas de derecho internacional— se le da la categoría de ley ordinaria, supeditada al texto constitucional, sin autonomía y con la posibilidad de atacar su ejecución a través de las vías judiciales, entonces hay un medio de control a *posteriori* que mengua la importancia de intervenir *a priori*. En cambio, si, como sucede en la mayor parte de los países europeos, los tratados internacionales reforman —por estar al mismo nivel— la Constitución, entonces no hay control posterior posible, y se aumenta la importancia de ejercer un control en su celebración. La tendencia es hacia la teoría monista en donde el derecho internacional es fuente *directa* de derecho interno.

³⁷ Es por este motivo por el que las instituciones de democracia directa que se prevén a nivel constitucional, léase el referéndum, suelen excluir a los tratados y acuerdos internacionales.

³⁸ No es posible detallar ambas posturas, por lo que recomendamos la lectura de algún texto de derecho internacional, entre los que podríamos citar a Ortiz Ahlf Loretta. *Derecho internacional público*, ed. Harla, México, 1993; Arellano García Carlos, *Derecho internacional público*, ed. Porrúa, México, 1983, pp. 99 y ss. Nuestro particular

Una vez hecha la aclaración anterior podemos entrar a los sistemas de control previstos en los ordenamientos jurídicos. Consideramos que el instrumento más importante para el control parlamentario de la política exterior está previsto en materia de acuerdos internacionales. Por acuerdos internacionales debemos entender todo aquel consenso que crea derechos y obligaciones para las partes, y esto en sentido amplísimo hacemos la aclaración porque debido a que ha habido una gran diversificación de los tratados y convenios internacionales, muchos de los *tratados* se excluyen del control parlamentario sencillamente porque se les etiqueta con otro apelativo, siendo verdaderos acuerdos de voluntades, tal como lo contempla la Convención de Viena sobre la celebración de tratados: *executive agreements, cartas de intención, acuerdos o convenios, convenciones*, etc., etc. Es claro que lo que debe mirarse no es el nombre sino los efectos que produce. Si el acto vincula jurídicamente al Estado, entonces hay una norma obligatoria, y al menos ahí debe haber control parlamentario.

Algunos discuten que el Congreso debería intervenir en las negociaciones o en los acuerdos preliminares, porque un tratado no es normalmente obra de un primer diálogo, sino que implica trabajo contractual previo.³⁹ Nuestra opinión es que tal propuesta resulta totalmente impráctica, dado que la estructuración y el número de los órganos legislativos no son viables para hacer bien estas tareas, pensar en una Comisión es darle atribuciones ejecutivas al Legislativo, que no le corresponden, por lo anterior lo lógico es que sea el órgano ejecutivo quien haga el trabajo previo necesario y concluya en la celebración de los tratados, los que deben ser, ahora sí aprobados inexorablemente por el órgano legislativo: esto es lo que hay que apuntalar.

punto de vista lo expresamos en el artículo titulado "Análisis constitucional de la ley sobre celebración de tratados", publicado en la *Revista Jurídica* de la Escuela Libre de Derecho, 1996.

³⁹ Las palabras de Lanz Duret así lo reconocen, el Senado no tiene facultad constitucional previa a los tratados: "No hay duda, dada la amplitud de la competencia constitucional que le ha otorgado nuestro código político, de que el Senado puede libremente tomar cualquier resolución en estos asuntos, pero sin estar facultado para exigir que se le dé participación ni al iniciarse las negociaciones, ni durante su discusión y el proceso diplomático de la convención celebrada, pues estos actos sólo corresponden al presidente." Miguel Lanz Duret, *Derecho constitucional mexicano*, p. 214.

El segundo punto en cuestión es si debe corresponder a una o a ambas cámaras. Nuestra Constitución le otorga la facultad al Senado, exclusivamente, no obstante que hay autores que se empeñan en leer y concluir una supuesta distinción entre tratados, siendo unos facultad del Senado, tal como lo señala el artículo 76 f. I, el 89 f. X y el 133, y otros, en cambio, obra del Legislativo. Esta opinión se basa en la naturaleza de los tratados, pues si esta autorización (o ratificación) se considera como una actividad legislativa, entonces será facultad del Congreso.⁴⁰ No compartimos esta opinión, primeramente porque la Constitución, máxime con las reformas de 1977, es explícita y no hace tales distinciones.⁴¹

Una segunda razón es que el hecho de que sean aprobados exclusivamente por el Senado tiene bastante sentido y puede ser lo más conveniente. A tal efecto citamos la autorizada opinión de D. Antonio Martínez Baez: "Pienso también que es atinada la participación del Senado en la aprobación de los tratados, ya que dicha cámara es más adecuada, por el reducido número de miembros y por otros datos de su integración, para discutir los asuntos exteriores aunque se haya criticado que por convertirse los tratados en ley suprema de toda la Unión no participe, en la aprobación de ellos, la cámara popular." Para salvar la contradicción añade: "sin embargo, a propósito de esta particularidad, soy de la opinión que debería haberse copiado la norma del modo de que para la aprobación de los tratados, es necesaria una votación afirmativa de dos terceras partes del quórum".⁴²

⁴⁰ Cfr. ROBLES CARRILLO, *Así sucede, por ejemplo, cuando se califica la autorización o la ratificación de tratados internacionales como una actividad legislativa, op. cit.*, p. 35.

⁴¹ La prohibición del artículo 15 constitucional respecto a la celebración de algunos tratados no debe entenderse en el sentido de querer establecer una jerarquía de tratados en razón de la materia, unos aprobados por el Congreso y otros por el Senado, sino, sencillamente, una prohibición de celebrar y ratificar tratados internacionales en esas materias: extradición de reos políticos, o cuando hayan tenido calidad de esclavos en su país de origen, o bien que atenten contra los derechos individuales consagrados en la Constitución.

⁴² MARTÍNEZ BAEZ, Antonio, *Obras político constitucionales*, UNAM, p. 418.

Es ésta, una cuestión muy debatida desde siempre en nuestra historia constitucional, a José María Luis Mora corresponden estas palabras, expresadas en 1831, respecto al Catecismo Político de la Federación: "Porque siendo ellos (los tratados), una vez celebrados, ley que obliga a los súbditos de la Nación, no pueden tener fuerza obligatoria si no están sancionados por el poder a quien corresponde legislar."⁴³ Esto que fue dicho 10 años después de nuestra independencia, es la opinión que más prevalece dentro de nuestros constitucionalistas, y es así porque efectivamente el control parlamentario en materia de derecho internacional ha sido deficiente, por no decir nula. "En el sistema mexicano no se ha producido la misma situación, pues nunca ha habido una oposición definitiva por parte del Senado a la política exterior del Ejecutivo."⁴⁴ Nos parece que esta sentencia es definitiva, no cabe duda que ha habido ocasiones en las que el Ejecutivo se ha sometido de manera muy constitucional a la ratificación del Senado, pero, al menos en esta época marcadamente presidencialista, la función de control no se ha ejercido, y por ese motivo cabe cuestionarse si el mecanismo jurídico constitucional es el más adecuado. Apartémonos un tanto de las razones teóricas que pueden fundamentar una posición o la otra: ¿debe darse participación a la Cámara de Diputados en la aprobación de tratados?

El bicammarismo tiene entre otras razones una función equilibradora, no sólo respecto a su propio funcionamiento como órgano legislativo sino como filtro neutralizante a las acciones precipitadas del Ejecutivo: dos filtros son más que uno. Sin embargo, en una materia tan delicada hay que tomar en cuenta que la participación de la cámara "democrática", es decir, la de diputados puede contaminarse de distintas cuestiones pragmático-políticas, por lo que para evitar que el contrapeso del Senado resulte débil se exige

⁴³ José María Luis Mora, *Catecismo Político de la Federación, cit.*, por MARTÍNEZ BAEZ Antonio, *op. cit.*, p. 407.

⁴⁴ BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel, *El Control del Senado sobre el Ejecutivo*. Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917, en su Septuagésimo Quinto Aniversario. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1992. p. 58.

una mayoría calificada, de este modo una minoría puede neutralizar la actividad del Ejecutivo, y todo tratado debe traspasar estas barreras. Como lo afirma Elizur Arteaga, en México se carece de todos esos elementos que neutralizan una mala negociación del Ejecutivo; el sistema se presta más a que se aprueben medidas precipitadas, poco serias, irresponsables y peligrosas.⁴⁵ Las Constituciones anteriores a la de 1857 concedían al Congreso la facultad de ratificar los tratados. Tomemos en cuenta que el Senado mexicano tiene una función distinta a la del Senado norteamericano, por lo que la comparación es sólo analógica.

Para dar un dato más del Derecho Comparado podemos referirnos al caso de Suiza: "En lo que se refiere a política exterior, a tomar medidas de seguridad, mantener la neutralidad e independencia de Suiza, ratificar tratados y alianzas, declarar la guerra y concluir la paz (...) Los poderes de ambas cámaras son exactamente iguales, incluso en aquellas materias en la que es habitual dar preferencia a una de ellas."⁴⁶ Suiza suele citarse como un ejemplo de sistema constitucional funcional y justo, pero cada caso es diferente.

Para cerrar el círculo daremos nuestra opinión de manera ordenada:

1. No encontramos suficiente fundamento en las razones teóricas doctrinales para facultar a la Cámara de Diputados en la aprobación de tratados, como sería el argumento de que al tener jerarquía de ley debe seguir el proceso del artículo 72, pues de otra forma no se respeta el principio de autoridad formal de la ley. Al menos no nos parece contundente, dado que este principio puede tener excepciones siempre y cuando estén previstas en la Constitución.
2. En cuanto a lo que la práctica nos aporta, se ve indispensable fortalecer el control parlamentario en este renglón

⁴⁵ ARTEAGA NAVA, Elizur, *Derecho constitucional mexicano*, UNAM, 1994, tomo I, p. 97.

⁴⁶ GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, pp. 561-562.

por la acrecentada importancia que van adquiriendo las relaciones internacionales.

3. La solución, que muchos autores han expresado, se encuentra en exigir una mayoría calificada en el Senado para la aprobación de los tratados.
4. En cuanto al concepto de tratados, y con el fin de no excepcionar de este control a verdaderos tratados, se debe entender por tratado todo acuerdo que vincule jurídicamente a los Estados Unidos Mexicanos con otro sujeto de derecho internacional, llámese Estado, organismo, fondo, banco, etcétera. Esto para evitar que algunos contratos de mutuo (empréstitos) se conviertan en verdaderos tratados internacionales.⁴⁷

Queda abierto el camino, que es otra ardua tarea, de definir la jerarquía del derecho internacional en nuestro derecho constitucional interno, y del que lógicamente derivarán pautas que determinarán las facultades del Congreso en las relaciones internacionales, pero mientras esto se logra, debe asegurarse la prudencia y la oportunidad en los tratados internacionales que celebra el Ejecutivo.

V. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO EN EL JUICIO POLÍTICO

No es momento, valga la excusa, para abrimos en abanico y remontarnos a los orígenes del *impeachment* o de los *juicios de residencia*, nos corresponde más bien valorar lo que los autores han llamado la *irresponsabilidad del presidente* como una institución cuasiconstitucional.⁴⁸

⁴⁷ Los empréstitos deben ser aprobados por el Congreso (artículo 73, f. VIII) sin embargo, no son aprobados en particular cada uno, sino que se aprueban los montos, por lo que las condiciones del contrato no son aprobadas antes de adquirir el crédito.

⁴⁸ En 1857 se abandonó la supremacía del Ejecutivo intocable, y se estableció por vez primera una responsabilidad limitada. En un principio en la Constitución de 1857 el Congreso era el que acusaba y la Suprema Corte la que enjuiciaba. Al restablecerse el Senado el que castigaba era el Senado. *Cfr.* ARTEAGA NAVA, Elizur, *op. cit.*, tomo III, p. 391.

Nuestro sistema de responsabilidad oficial se enmarca en una trilogía de responsabilidades posible: la falta oficial, el delito común o la falta administrativa. Para cada uno se sigue un procedimiento diverso. El presidente es tratado de manera autónoma y no se rige por los principios generales. El artículo 108 párrafo segundo señala que el presidente solamente podrá ser juzgado por *traición a la patria y delitos graves del orden común*. El artículo 111 excluye al presidente de la declaración de procedencia, que es el procedimiento para inculpar a un funcionario por delitos penales, y establece que todo proceso de responsabilidad, sea por delitos graves del orden común o bien por traición a la patria, se hará siguiendo el procedimiento del artículo 110 que es el aplicable al juicio político.

Refiriéndonos a las causas por las que puede ser juzgado, en el proyecto que redactó la comisión en 1917, se incluía además de la traición a la patria y delitos graves del orden común, las violaciones a la Constitución; de todo ello respondería el presidente: en este punto el proyecto no fue aprobado por el Congreso, debido a que se propiciaría el control excesivo del Legislativo sobre el Ejecutivo, y esto contrariaría el principio de división de órganos de poder.⁴⁹ De esta manera quedó legislado limitativamente, solamente por esas dos causas sería responsable el presidente de la República.

Frente al hecho de que efectivamente hemos vivido prácticamente un régimen de impunidad del Ejecutivo, hay que hacer un poco de interpretación constitucional respecto a la "posible" respon-

⁴⁹ El licenciado Fernando Lizardi adujo las siguientes razones: "Nuestro sistema político está organizado en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y ninguno de esos poderes es soberano con relación a los otros, es decir, ninguno es mayor ni menor que otro. Se necesita, pues, que cada uno de esos poderes sea intocable por los otros dos, (...) hemos reconocido y aprobado que el ejercicio del poder Ejecutivo se deposite en una persona, y desde el momento en que esa persona durante el ejercicio de su cargo, pudiera ser procesada por violación a la Constitución, daríamos lugar a la intromisión de los otros poderes, a la supremacía de los otros poderes sobre el Poder Ejecutivo, cosa que sería fatal en nuestro sistema de ponderación —como diría el señor Medina— o de equilibrio —como diría el señor Truchuelo— de los diversos poderes públicos." *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1967-1917*, México, 1960.

sabilidad del Ejecutivo. La primera pregunta que surge es qué se entiende por *traición a la patria*. El Código Penal Federal lo tipifica como delito, por lo que, como bien apunta Arteaga Nava,⁵⁰ no debe entenderse otra cosa que lo que la misma ley señala, es decir que no tiene por qué entenderse que en el término "traición a la patria", deba entenderse la responsabilidad oficial, los delitos oficiales, pues nuestra legislación ha sido clara en el sentido de no atribuir la naturaleza de *delitos* a las faltas oficiales,⁵¹ y además el Código Penal es suficientemente explícito al tipificar el delito de traición a la patria.

La segunda causa de responsabilidad son los delitos graves del orden común, cuestión espinosa en cuanto a que tampoco está reglamentado el término de *graves*, por lo que ni puede imputársele responsabilidad por todos los delitos previstos en ley, ni puede tampoco tomarse pie de cualquier criterio para hacer distingos, como se ha intentado con el artículo 22 de la Constitución u otros criterios. Hasta ahora no ha habido necesidad de interpretación, pero para poder proceder en caso de responsabilidad será necesario que se esclarezca.⁵²

Sin embargo, el punto más importante es saber si el Ejecutivo es responsable por su función pública, es decir si como dice la Constitución, puede vulnerar los *intereses públicos fundamentales*. La Constitución nos da la primera pauta al mencionar limitativamente las causas por las que puede ser responsable durante su encargo, por lo que, durante su encargo no puede ser responsable por faltas oficiales. Esto está claro, ahora bien: qué pasa cuando termina su encargo. El artículo 114 dice que un año después de terminar la función pública se puede iniciar el procedimiento de juicio político. En opinión de Arteaga, a quien hemos venido citando, concluye que *no hay impedimento para que se le exija res-*

⁵⁰ ARTEAGA NAVA, Elizur, *op. cit.*, p. 394.

⁵¹ *Cfr.*, CARRILLO FLORES, Antonio, en su artículo titulado *La responsabilidad de los altos funcionarios de la Federación*, Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional, UNAM, 1987, pp. 151 y ss.

⁵² Para mayor abundamiento *cfr.* Manuel HERRERA Y LASSO, *Estudios constitucionales*, 1964, y TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*, Porrúa, 1982.

ponsabilidad una vez que ha dejado de ocupar el alto puesto; la Constitución no establece una irresponsabilidad, sólo difiere el momento en que ella sea exigible.⁵³ Otro argumento a favor de la responsabilidad, es que la irresponsabilidad debe señalarse explícitamente, como pasa en el caso de los diputados y senadores por las opiniones que manifiesten (artículo 61), y esto no ocurre con el Presidente. No coincidimos con esta opinión, por lo siguiente:

1. Es indudable que el Presidente de la República puede atentar contra los intereses públicos fundamentales e incurrir en la comisión de delitos, como cualquier otro funcionario o servidor público. Si en el caso del Presidente se establece un párrafo especial es porque se quiere darle un tratamiento excepcional al de los demás funcionarios que quedan incluidos en el artículo 110.
2. La responsabilidad nace cuando se realiza el acto, no cuando es atribuible o enjuiciable, si se señala que “durante el tiempo de su encargo sólo será responsable”, quiere decir que de lo demás no es responsable, y no podrá enjuiciársele, lo del término o plazo no es relevante.
3. Si se abre la puerta a la imputabilidad por parte del Congreso respecto a los actos del Ejecutivo se corre el riesgo de perder el equilibrio de órganos de poder. Corresponde al constituyente establecer esto, no a los poderes constituidos.

Por lo tanto nuestra conclusión es la siguiente: *el Constituyente debe precisar la responsabilidad del Ejecutivo y en el mismo capítulo aclarar lo que significa delitos graves del orden común; asimismo debe ampliar la responsabilidad a las faltas oficiales, estableciendo de manera muy concreta estas causas de responsabilidad, y finalmente ampliar el plazo de caducidad a 5 años.*

⁵³ ARTEAGA NAVA, Elizur, *op. cit.*, p. 395

Faltaría añadir, como corolario de la conclusión, que un excesivo poder del Legislativo en este terreno, más que propiciar control genera enfrentamientos y abusos, para botón de muestra tenemos los desórdenes constitucionales de Latinoamérica en los últimos años.⁵⁴

VI. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO EN EL NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIOS

Por el vocablo “nombramiento” se entiende todo aquel acto por el cual se ejecuta una ley al designar un titular para un cargo o función pública, de manera que bien puede hablarse de designación, nombramiento, elección, ratificación, aprobación, etcétera. Lo significativo es que ese acto tenga como efecto el que se aplique a una persona física todo el conjunto de derechos y obligaciones previstas en ley y que están sujetas a la condición de que este acto se realice precisamente; por este motivo desde el punto de vista del derecho administrativo el nombramiento es un acto administrativo —unilateral, como todos los de su tipo— y que se clasifica dentro de los actos condición. Estos actos aun cuando son unilaterales requieren la intervención de la voluntad del designado, que es un elemento no de la formación del acto pero sí de su ejecución. No se le puede atribuir, desde ningún ángulo, la categoría de contrato.

⁵⁴ Es conveniente agregar un comentario respecto a 106 acontecimientos ocurridos en Latinoamérica a partir de 1992, relacionados con lo que se denomina *nuevo estilo de destitución presidencial*: “A partir de 1992 el escenario de las luchas por el poder entre los presidentes y los parlamentos en América Latina tiene otros actores y decorados. A diferencia de lo que sucedía en la región entre 1930 y 1980, años en los que los militares derrocaban a los presidentes civiles mediante golpes de Estado, hemos sido espectadores de una nueva e inédita comedia dramática en nuestro continente: ahora, y por primera vez en su historia, los parlamentos de Brasil y Venezuela han destituido a jefes de Estado acusados de corrupción, e incluso por primera vez en Centroamérica un presidente que había clausurado y disuelto el Congreso, Jorge Serrano Elías de Guatemala, se vio obligado a renunciar y abandonar el poder que había usurpado, en tanto que los diputados desplazados volvían transitoriamente a sus bancas.” PELLET LLAJRA, Arturo, *op. cit.*, p. 329. El camino constitucional seguido en estos casos hace presumir que se optará por la vía jurídica, a través de las facultades que la Constitución otorgue al Congreso, y no por la vía de los hechos mediante la influencia de los factores reales de poder, *cfr.*, *ibidem*, p. 331.

Dentro de los diversos sistemas de designación la Constitución prevé diferentes modos:

- a) Voluntarios u obligatorios
- b) Temporales o vitalicios
- c) Remunerados o gratuitos
- d) Libres o sujetos a ratificación
- e) Incluyen remoción o no la incluyen

La Constitución al adoptar la forma democrática de gobierno ha señalado la elección del cuerpo electoral como mecanismo para el nombramiento de los titulares de los órganos legislativo y ejecutivo: no así para el judicial. La elección es un nombramiento en el sentido amplio del término, pero no es un acto administrativo pues no lo realiza la administración pública.

Los nombramientos no le corresponden de manera exclusiva al Ejecutivo: El Congreso de la Unión, y cada una de sus Cámaras otorgan nombramientos para sus comisiones internas, y en general todo su personal (artículo 73, III). En el caso del órgano judicial los nombramientos (salvo los de los ministros de la Suprema Corte de Justicia) le corresponden al Consejo de la Judicatura (artículo 100 párrafos 1° y 3°). Sin embargo, dadas las dimensiones de cada uno de los órganos en el caso del Ejecutivo el acto del nombramiento es algo mucho más frecuente y necesario.

El control parlamentario se ejerce sobre los actos de nombramiento del Ejecutivo de distinta forma, según se trate de cada funcionario, o incluso de los otros órganos de poder. Un caso muy controvertido suele ser el de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, y en nuestro punto de vista el más importante, porque la función de la judicatura implica la independencia del órgano, y el nombramiento puede debilitarla. En nuestra historia constitucional se han ensayado muy diversos sistemas, inclusive el de la elección popular, como fue en 1857, y que fue duramente criticado por la razón de que siendo un *nombramiento ad hominem* requería del conocimiento de la persona, y esto se diluye en un proceso electoral. Para desconcierto de los lógicos, una de las grandes épocas de nuestro más alto tribunal estuvo enmarcado en este periodo, y en él se actuó con notable independencia.

La independencia del órgano judicial está signada por el nombramiento y por su inmovilidad. Con las reformas de 1994 el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia corresponde al Senado, a propuesta de una terna por parte del Ejecutivo. Indudablemente que esta reforma ha favorecido la independencia del órgano, pero no se puede considerar ni definitiva ni suficiente, puesto que *sólo le da al Senado la posibilidad de escoger entre tres (...) pero su alcance no es tan grande, tanto por el sistema electoral del Senado, como por los poderes del Ejecutivo en la confección de la lista...*⁵⁵ En opinión de los autores debería dejarse de manera omnimoda esta facultad al Senado de la República: estamos de acuerdo.

Tratándose de los nombramientos a sus colaboradores hay que tomar en consideración que nuestro sistema es presidencialista y que como lo señala el artículo 80, "se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo que se denominará Presidente de los Estados Unidos Mexicanos". En atención a este punto es por lo que los nombramientos de los miembros del gabinete, secretarios de Estado y jefes de departamento administrativo le corresponden al presidente y son libres tanto en su designación como en su remoción.

Han surgido ponencias en el sentido de que el Congreso intervenga en el nombramiento de los secretarios de Estado que ocupan las secretarías de mayor envergadura, como son: Secretaría de Gobernación, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de Relaciones Exteriores y Secretaría de la Defensa Nacional. Se sugiere que, al menos, como sucede en Norteamérica el Congreso tenga la facultad de sugerir, y el Ejecutivo de consultar, convirtiéndose en un órgano de *consulta obligatoria no vinculativa*, pues el Ejecutivo no tiene que seguir el sentido de la opinión vertida. La posición más radical propone que se ratifiquen por el Congreso estos nombramientos, y la razón que se da es que dada la trascendencia de sus funciones debe velarse porque no lleguen a ascender a esos cargos personas que o resulten ineficientes o corruptas.

⁵⁵ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *op. cit.*, p. 131.

Aunque la razón apuntada es válida y de peso, sin embargo, no hay que olvidar que en el régimen presidencialista el Consejo de Ministros no existe como tal, ni tiene autonomía con respecto al Ejecutivo, ni política ni administrativa, por lo que hay que cuidar en no romper el régimen de presidencialismo unipersonal, que considero es la base sobre la que hay que construir.

¿Qué ocurriría si el Congreso ratificara tales nombramientos? En realidad no atentaría contra el régimen presidencialista, porque no intervendría más que en el nombramiento, no en la remoción, y de esa forma lo que se logra es que la elección del candidato sea más ponderada y que no obedezca a razones o intereses privados, sino que se elija a alguien de probidad y rectitud.

Lo que cabe preguntarse es si la ratificación la debe hacer el Congreso o bien la Cámara de Senadores, que es el órgano al que habitualmente se le conceden estas facultades. Nos parece que es una facultad más apropiada para la Cámara de Senadores, pues la designación de un Secretario de Estado debe hacerse de manera muy expedita cuando hay razones que lo ameriten. Cuando el Congreso no esté en sesiones entonces se tendría que convocar a sesiones extraordinarias, y mientras tanto, la ley podría designar que uno de los subsecretarios entraría en funciones. En México ha sido costumbre que los cargos de Secretario de Estado se utilicen como penitencias políticas, en el sentido de que ante un error, se purga a través de remover al Secretario de Estado responsable del área. Este mecanismo es un simple juego político que nada corrige y es preferible la permanencia para ganar en eficacia y conocimiento de sus funciones.

No somos partidarios de hacer intervenir al Senado en la remoción, porque eso crearía una autonomía peligrosa del Secretario de Estado con respecto al Presidente, lo que entorpecería un régimen basado en la gestión administrativa. En resumidas cuentas se trataría de adoptar el régimen que se sigue para el nombramiento del Procurador General de la República (artículo 76, II y 89 f. IX), que también nos parece adecuado.

Como conclusión del inciso presente, que trata sobre la intervención del Congreso en materia de nombramientos podemos decir lo siguiente:

1. Para favorecer la independencia del órgano judicial, sugerimos que el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia correspondan al Senado de la República.
2. En cuanto a los nombramientos de los secretarios de Estado, y para favorecer el control parlamentario *sin romper* el régimen presidencialista, proponemos que los nombramientos de los secretarios de Gobernación, Hacienda y Crédito Público, Relaciones Exteriores y Defensa Nacional, sean ratificados por el Senado de la República. No estando en sesiones el Congreso, el presidente puede nombrar provisionalmente a alguno de los subsecretarios.
3. La remoción de los secretarios de Estado nos parece que debe continuar como facultad privativa y libre del Presidente de la República.

VII. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO A TRAVÉS DE COMISIONES INVESTIGADORAS

Entramos ahora al particular tema de hacer intervenir al Congreso en cuestiones de índole no estrictamente legislativa, sino administrativa o genuinamente política. Es evidente que el Congreso para realizar sus funciones requiere estar bien informado, y él mismo debe contar con los órganos o sistemas que le brinden esa información. No se pretende abordar el tema de la logística operativa dentro del Congreso en este momento, sino de señalar qué facultades tiene el Congreso para obtener dicha información, así como le corresponde por ejemplo a la Suprema Corte de Justicia al tenor de lo dispuesto por el artículo 97 párrafo tercero, las órdenes de cateo que puede extender un juez, o bien como le corresponde a la autoridad administrativa en sus funciones de vigilancia y verificación, sin sobrepasar lo que prevé el artículo 16 constitucional en lo que se refiere a visitas domiciliarias, y en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo al hablar de las visitas de verificación.

El Congreso de la Unión no tiene facultad para exigir la entrega de esta información, ni a los particulares ni a las autoridades administrativas. El artículo 93 señala que los secretarios de Estado, jefes de departamento y directores de organismos descentralizados darán cuenta

al Congreso del Estado que guarden sus respectivos ramos. Éste es el único atisbo de la facultad indagatoria respecto a la autoridad administrativa, dando por descontada, obviamente, la rendición de la Cuenta Pública Anual.

Francisco Berlín Valenzuela considera que esta facultad es determinante para: elaborar leyes, establecer políticas y ejercer control sobre el ejecutivo.⁵⁶ Arturo Pellet Llastra considera que debe arrogarse esta facultad como si se tratara de un órgano judicial: "También me parece esencial, para dar transparencia y eficacia al sistema de control parlamentario, devolverle a los legisladores la facultad que tenían de investigar ampliamente, secuestrar información, allanar domicilios y citar testigos, bajo apercibimiento de rebeldía. Este control asumido también a través de audiencias públicas, es la única forma de que se ejerza eficazmente el control político del poder administrador."⁵⁷

Hay que considerar también que el tamaño que han adquirido los órganos parlamentarios o legislativos hace impensable que funciones fuera de un sistema de comisiones o comités. Por lo que la posibilidad de otorgar esta facultad indagatoria recaería en uno de los comités, creados para tal efecto.^{58 59}

No obstante que el presidencialismo exacerbado ha efectivamente provocado que se busquen mecanismos de intervención del

⁵⁶ "Así pues, la función de indagación, aplicada tanto a lo que sucede cuanto a la previsión prospectiva que debe ejercer el Parlamento, es garantía de un mejor futuro para los pueblos", BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁷ PELLET LLAJTRA, Arturo, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁸ De hecho en México éste ha sido el sistema para procurar esclarecer algunos ilícitos penales de trascendencia política, creando fiscalías especiales, pero fuera del seno del Congreso, dentro de la función de averiguación previa que tiene el Ministerio Público. No han dado resultados.

⁵⁹ "Esas grandes legislaturas deberán dividir el trabajo si quieren funcionar eficientemente. Para ambas legislaturas la división de trabajo ha significado la creación de comités. Los comités en el Congreso mexicano, sólo realizan la función de asesorar. Si el Congreso mexicano quiere ejercer el poder real, deberá fortalecer la estructura de los Comités." ROSE AECKERMAN, Susan, *Experiencias del Congreso de Estados Unidos, en el Poder Legislativo en la actualidad*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión y UNAM, México, 1994.

Legislativo en la actividad del Ejecutivo, procurando llegar todo lo lejos posible en este intento, considero que no debe perderse la naturaleza de los órganos y de las funciones. El Congreso de la Unión es un órgano legislativo, que debe ante todo desempeñar la función que le corresponde, y ésta no es la de aplicar las leyes: la función indagatoria necesaria para elaborar una ley no requiere por ningún lado secuestrar información, allanar domicilios, etc., etc. Lo que requiere son datos estadísticos, conocimiento de las instituciones, ejemplos en el derecho comparado, y asuntos por el estilo. De esta forma, en nuestro sistema, donde hay aún algo de civilidad, el control parlamentario no debe convertir al órgano legislativo en un agente investigador, en un funcionario judicial, o en un detective —perdón por lo llano.

El único campo donde vemos posibilidad de dar un avance es en el relativo a la información que puede exigirle el órgano legislativo al órgano ejecutivo, y que resulte necesaria para alguna actuación legislativa: sin embargo, ni aun así le vemos el caso, porque tratándose de la rama hacendaria tiene todo el derecho a recibir estos informes, tratándose de empréstitos de igual forma, si se refiere a responsabilidad oficial lo puede hacer porque ejerce una función jurisdiccional por naturaleza, de esta forma no vemos ningún campo en donde importe ampliar las facultades de información del legislativo.

En el párrafo tercero del artículo 93 establece que las cámaras, cuando lo solicite una cuarta parte de sus miembros (o la mitad en el caso de la de Senadores) puede integrar comisiones de investigación para averiguar el funcionamiento de organismos descentralizados y empresas de participación estatal. Este es el único fundamento constitucional de las comisiones investigadoras. Hay autores que proponen que se amplíe esta facultad de investigación: "podría ponderarse la conveniencia de que en un futuro en lugar de que sólo se integren eventualmente comisiones investigadoras, se confieran facultades permanentes de investigación a las diversas comisiones legislativas ordinarias, tal y como ocurre en los Estados Unidos, donde han desempeñado una función relevante de control".⁶⁰

⁶⁰ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, *Facultades de control del Legislativo sobre el Ejecutivo*, UNAM, 1994, p. 291.

En realidad el problema de las comisiones investigadoras no es un asunto que compete al Constituyente Permanente, debido a que los efectos están limitados a poner en conocimiento al órgano ejecutivo, y por otro lado tiene como limitantes el respeto a las garantías individuales. Para Orozco Hénriquez el Congreso de la Unión puede formar estas comisiones basado en las facultades implícitas.

En la práctica el problema se suele resumir en la falta de elementos técnicos para poder llevar a cabo estas funciones, y se le asignan a la Comisión de Vigilancia la mayor parte de estas "investigaciones".⁶¹

VIII. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO EN MATERIA MILITAR

El militarismo ha sido uno de los males contra los que se ha tenido que bregar para lograr una paz política y social. El Ejército —la fuerza militar— está llamada a preservar el orden, la paz social, y no está al servicio de ningún interés particular. Puede considerarse uno de los frutos de nuestra Revolución, y de su documento constitucional, el haber distinguido ambos órdenes, el político y el militar. En la enumeración de los requisitos para ocupar un cargo público se encuentra la prohibición de estar en servicio activo,⁶² en el Ejército o Fuerza Armada.

Tal como lo establece la Constitución en su artículo 89 fracción VI el Ejército tiene como finalidad la defensa exterior y la seguridad interior. Su intervención debe considerarse como un recurso último en caso de situaciones de emergencia. Corresponde a los órganos federales disponer y mandar sobre las fuerzas armadas, en los términos del artículo 124 es una facultad otorgada a la Federación, conforme al Pacto Federal.

⁶¹ Una propuesta para eficientar el trabajo de los legisladores: "Diseñar mecanismos para dotar de un mayor apoyo a los legisladores en el desempeño de sus funciones, no sólo a través de mayores recursos humanos técnicos en lo individual, sino mediante la creación de algún sistema de apoyo, como el de los 'letrados' en las Cortes Generales de España o un organismo similar a 'los consejos legislativos' que existen en las legislaturas locales de los Estados Unidos, que prestan dicha asistencia técnica, por ejemplo, de carácter informativa, asesoramiento jurídico y económico, levantamiento de encuestas, redacción de anteproyectos de ley, etcétera." OROZCO HENRIQUEZ, Jesús, *op. cit.*, p. 293.

⁶² Cfr. los siguientes artículos de la Constitución Federal: 55 f. IV, 80 f. V.

La Constitución establece que dentro de los órganos de poder federales, corresponde al Ejecutivo *disponer de la totalidad* del Ejército, como comandante supremo de todas las fuerzas, por lo que los miembros activos le deben obediencia en los términos de la legislación militar respectiva.

Debido a que la importancia que puede tener la intervención de nuestras fuerzas armadas respecto a la defensa exterior es realmente irrelevante tácticamente, tampoco interesa adentrarnos en las implicaciones constitucionales que se presentarían, específicamente en cuanto al control del legislativo sobre esta facultad de disponer de las fuerzas armadas. En cambio resulta muy interesante saber si el Ejecutivo tiene límites al momento de disponer de las fuerzas armadas para la *seguridad interior*, puesto que en este caso se puede sobreentender el sofocamiento de rebeliones internas, independientemente de las razones o la magnitud de las mismas.

Desde el punto de vista constitucional se presentan dos interrogantes: a) si efectivamente el Ejecutivo puede hacer uso del Ejército para seguridad interior, no existiendo una previa declaración de guerra, y b) si sobre esta facultad de disponer de las fuerzas armadas tiene algún tipo de control el legislativo.

Antes de entrar a responder ambos cuestionamiento hay que decir que respecto a la declaración de guerra internacional, la Constitución establece un mecanismo de control recíproco estricto y detallado, estableciendo en su artículo 73, que corresponde la declaración de guerra al Congreso, *en vista de los datos que le presente el Ejecutivo*, no obstante que es al Ejecutivo al que le corresponde la dirección de la política internacional. Esto se debe a que debe entenderse que la declaración de guerra es en todo su sentido una ley y que rige para efectos internos.⁶³

⁶³ TENA RAMÍREZ hace la distinción entre *declarar la guerra* (que se refiere a los efectos externos) y *declarar el estado de guerra* (que se hace mediante ley): "La diferencia entre las dos expresiones consiste en que 'la declaración de guerra' supone en quien la decide la voluntad espontánea de 'hacer la guerra', y por otra parte, 'el que declara la guerra reconoce implícitamente la responsabilidad del conflicto'. Con base en esta distinción en la intervención de México en la segunda guerra mundial, dada la mínima intervención de nuestro país en el conflicto, lo que procedió fue declarar el Estado de Guerra. TENA RAMÍREZ, Felipe. *op. cit.*, p. 364.

Durante mucho tiempo imperó en la interpretación constitucional, doctrinal y jurisdiccional, el artículo 129 que ciñe la intervención del Ejército a los momentos en que es declarada la guerra, por lo que en tiempos de paz, no puede hacer más actividad que las *que tengan exacta conexión con la disciplina militar*, mención que proviene desde la Constitución de 1857.⁶⁴ Sin embargo, esta interpretación ha ido sufriendo cierta evolución en el sentido de permitir que el Ejército intervenga no obstante no haya una declaración de guerra, o bien una suspensión de garantías individuales, previa. Diversos hechos dramáticos de nuestra historia contemporánea así lo han impulsado. Uno de ellos fue el concerniente al levantamiento estudiantil de 1968, en donde el Ejecutivo dispuso de las fuerzas armadas, considerando que los mítines resultaban atentatorios a la seguridad interior y por lo tanto, apoyándose en el artículo 89 f. VI, dispuso de las fuerzas armadas. La ámpula de discusión que levantó este hecho culminó con la consideración a favor de la constitucionalidad de los actos del gobierno.⁶⁵

A raíz de los disturbios ocurridos en 1994 en Chiapas causados por el grupo sublevado llamado Ejército Zapatista de Liberación Nacional, motivó nuevamente la discusión constitucional sobre la facultad del Ejecutivo de disponer de las fuerzas armadas para controlar una situación de emergencia. La discusión se centró, básicamente, en la facultad de intervenir ante un conflicto que tenía la naturaleza de ser *local y no federal*, debido a que en ese caso se requiere la excitativa de las autoridades locales, tal como lo prevé el artículo 119 último párrafo, pero es de mencionar que nunca se puso en tela de juicio que pudiese intervenir el Ejército.⁶⁶ Final-

⁶⁴ Es digno de mencionar que este artículo tenía como finalidad evitar para lo futuro los abusos que por su propia cuenta solían cometer elementos militares, invadiendo esferas de las autoridades civiles. *Cfr. Ibidem.*

⁶⁵ Cabe aclarar que nunca se debatió a nivel parlamentario, ni tampoco se llevó a tribunales, ni se siguió ningún procedimiento de responsabilidad oficial. El Presidente de la República aludió al fundamento constitucional en su informe al Congreso de la Unión el 1º de septiembre de 1969.

⁶⁶ Al respecto, en un estudio que sobre el particular publicó Emilio O. Rabasa decía: "En cualquier forma, no es sólo prerrogativa sino obligación constitucional del Presidente mantener, en los términos de la fracción VI del artículo 89, la seguridad interior del

mente las discusiones en la Suprema Corte de Justicia acerca de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública (publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 11 de diciembre de 1995), ante la acción de inconstitucionalidad que se presentó, adujeron para su constitucionalidad, al hacer intervenir al Ejército como un cuerpo de seguridad en época de paz el mismo artículo 89, fracción VI. Todo esto nos lleva a concluir que el Ejército puede intervenir para la seguridad interior.

Ahora bien, la segunda interrogante nos plantea la duda de si el Congreso debe o no dar su consentimiento. En atención a las argumentaciones anteriores, y debido a que la Constitución no lo establece, debemos concluir que el Ejecutivo no requiere del consentimiento del Congreso. No lo requiere ni para el caso concreto en sí, ni tampoco por tratarse de una suspensión de garantías individuales.

Para Cárdenas G., *no hay precisión* al respecto.⁶⁷ Para nosotros sí la hay: no requiere de la aprobación del Congreso. Ahora la cuestión es si convendría o no hacerlo intervenir: en nuestra opinión no sería conveniente por las siguientes razones:

a) Cuando el Ejército interviene para seguridad interior es porque se presentan situaciones de emergencia que no permiten la reunión del Congreso: son decisiones apropiadas para el Presidente de la República.

país, mediante el uso, cuando se requiere, de las fuerzas armadas. La seguridad de México requiere que existan fuerzas armadas bajo un solo mando y éste, la Constitución lo otorga al Jefe de Estado mexicano, o sea, al Presidente de la República, porque él tiene la obligación de velar por la paz y el orden, tanto dentro del territorio nacional, cuanto para organizar la defensa frente a cualquier agresión extranjera". Emilio O. Rabasa, *El caso Chiapas: aspecto constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994. p. 195.

⁶⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *op. cit.*, p. 139. "Por lo que convendría determinar constitucionalmente que el empleo de las fuerzas armadas exige en cualquiera de sus hipótesis: suspensión de garantías del artículo 29, la garantía federal del 119, o en cualquier otra, la autorización del Congreso o del Senado."

b) Esta facultad no implica que pueda vulnerar las garantías individuales, porque en ese caso ya está establecido que requiere de la aprobación del Congreso (artículo 29 Constitucional).

c) Tampoco puede ir más allá de lo que la Constitución le permite, por lo que si se trata de un conflicto local, debe esperar a la excitativa de las autoridades competentes.

Dado la anterior podemos observar que existen suficientes controles constitucionales para el ejercicio de esta facultad por parte del Ejecutivo.

IX. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO EN MATERIA ELECTORAL

Así como la democracia no es esencial en un régimen constitucional, sí lo es el pluralismo que es sinónimo o resultado del respeto a la libertad individual. En el origen del Estado hemos de reconocer la autodeterminación individual y la libertad de la persona humana.⁶⁸ El pluralismo, sin embargo, no remata forzosamente en la democracia, no implica por ende una participación del pueblo en las decisiones de gobierno, puesto que hay otras, diversas, formas de intervenir y respetar el pluralismo. El Estado tiene un campo de actuación muy limitado, y lo restante es un ámbito de libertad donde se gesta y opera, precisamente, este pluralismo. Esto no quiere decir que el origen del Estado sea la libertad individual, no lo es, al menos, de manera omnimoda, porque junto con el consentimiento intervienen otros elementos causales que son externos al hombre, o al menos involuntarios: como lo son el impulso social, la interdependencia resultado de la indigencia y lo que se puede denominar causas eficientes remotas de la sociedad y del Estado.

Hacemos este preámbulo porque consideramos necesario dejar sentado de una vez el valor relativo de la democracia, independientemente de que sea en este régimen, hoy por hoy, donde mejor

⁶⁸ MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, ed. Rialp, Madrid, 1967. Cfr., asimismo GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, ed. Porrúa, México, 1986.

se encuentran protegidas las garantías individuales, y donde mayor seguridad jurídica se alcanza.⁶⁹

A tal grado se ha popularizado esta tendencia, que se le puede dar la categoría de paradigma, la gente común y corriente suele identificar los conceptos de democracia con los de justicia, siendo que no tienen prácticamente puntos de correlación. Es más, lo justo no es materia de democracia, ni se ve aumentado o disminuido por la participación más o menos mayoritaria. Hay cuestiones que por su naturaleza no pueden ser sometidas a democracia; dentro de éstas nos encontramos primeramente las cuestiones técnicas o científicas. Corresponde a los especialistas, a los peritos, decidir sobre las cuestiones técnicas dentro de cualquier ciencia: medicina, bioquímica, ingeniería genética, economía, etc. En segundo lugar se encuentran las cuestiones éticas. La ética es una parte de la filosofía que estudia lo que los griegos denominaban *ethos*, es decir, el bien de la costumbre. El bien o el mal no están al servicio de las mayorías, es una cuestión de la conciencia personal y de quienes deben regir las vidas humanas, pero no de las votaciones populares: pensemos en el juicio que debe verterse sobre las conductas humanas, máxime si con ellas se altera el orden social, sería temerario confiar en la opinión mayoritaria. Finalmente tenemos como tercer campo que no es materia de voluntades mayoritarias, la decisión sobre lo justo. Consuetudinariamente el hombre ha intentado diversos sistemas para decidir sobre lo justo: fundamentalmente ha tratado de elegir a los hombres más capaces para esta tarea, designándolos de entre la élite. Los jueces llevan a cabo esta función. Cuando las masas deciden el porvenir de un delincuente se caen en fenómenos de linchamientos, manipulaciones, crucifixiones por aclamación, etcétera, ciertamente lo justo tampoco es una cuestión democrática.⁷⁰

⁶⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *op. cit.*, p. 25-27.

⁷⁰ Un dato revelador y paradójico es que "el fascismo es el primer régimen consensual de masas, es decir fundado sobre la delegación en blanco de las masas, en el sistema político, y sobre el papel de estas como pasivas y portadoras del consenso". Alejandro DEL PALACIO, *Teoría final del Estado*, ed. Miguel Ángel Porrúa, 1994, p. 28.

La materia electoral tampoco coincide plenamente con la materia democrática, pues dentro de la democracia existen diversos grados, y para algunos inclusive la democracia no lo es verdaderamente si no es la democracia directa.⁷¹ Por eso hay que distinguir lo que se entiende por materia electoral, para poder dilucidar cuáles son las facultades que tiene el Congreso en materia electoral.

Nuestro artículo 40 constitucional establece que *es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos...*

La democracia es la forma de gobierno. Debido a esta forma de gobierno se establecen una serie de instituciones que obedecen a la misma, y que dan como origen un sistema electoral. El artículo 41 señala: *La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas.* Con esto se está dando cumplimiento a los principios republicano y democrático. El artículo 35, I otorga correlativamente el derecho de elección a los ciudadanos (derecho de voto activo), y el artículo 81 señala que la elección del Presidente será directa (puesto que podría ser indirecta como en los Estados Unidos) y en la forma que establezca la ley. Los artículos 51 y 56 de la Constitución señalan la elección de los diputados y senadores, en cuanto a su número y criterio de elección. Al haber adoptado un régimen de gobierno democrático,⁷² la Constitución tiene que ocuparse de la

⁷¹ La democracia, que es *el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo* se distingue en tres diversas formas. Es democracia directa cuando las decisiones de autoridad, ya sea legislativas o ejecutivas son sometidas, vinculativamente, al cuerpo electoral. En segundo lugar, es democracia indirecta cuando el cuerpo electoral únicamente elige a sus representantes que son quienes realmente ejercen el poder. Debido a la estructuración y dimensiones del Estado moderno no hay democracias directas, en todo caso se adoptan formas mixtas, con la institucionalización de formas de democracia directa, tales como el referéndum, el plebiscito o la iniciativa popular dentro de un sistema de democracia representativa: para mayor abundamiento se recomiendan las siguientes lecturas: DABIN, Jean, *Doctrina general del Estado*, ed. Jus, 1946, pp. 201 y ss. FRIEDRICH Carl, *Gobierno constitucional y democracia, teoría y práctica en Europa*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975. SPOTA, Alberto, *Democracia directa y semidirecta en Suecia*, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

⁷² Es necesario advertir que la Constitución señala que se trata de una democracia representativa, con lo que descarta el régimen de democracia directa. Esto no conlleva, sin embargo, que no puedan establecerse figuras de democracia directa a nivel federal o local. Son ya varias las Constituciones locales que han establecido formas de participa-

forma y método para que se lleven a cabo estas instituciones, estos procesos y sea respetado tanto el régimen como el derecho individual (político).

Antes de entrar a la forma en como se regula constitucionalmente, quisiéramos acudir a la opinión de diversos autores que nos introduzcan acerca de la importancia fáctica real que tiene la cuestión electoral en el régimen de equilibrio de órganos de poder.

Primeramente hay que señalar que el juego político, y eso es el equilibrio de los órganos de poder, no se da realmente en el seno de las instituciones y de los órganos, y que los mecanismos jurídicos son hasta cierto punto secundarios. De mayor importancia y trascendencia resultan los ámbitos públicos, como lo son los medios de comunicación, para llevar a cabo estos controles. Así lo reconoce expresamente Alain Touraine: "Al crecer cuantitativamente la comunicación, se ha dado el fenómeno de que la vida pública invada por todas partes a la acción política y que esta se encuentre a la defensiva, teniendo dificultad para mantener su vieja prevalencia sobre el conjunto de experiencias sociales."⁷³ De mucho mayor importancia son las declaraciones que recoge la prensa, la televisión o que se envían por los medios masivos, vía satélite, a todos los puntos del planeta, que lo que se aduce en el foro del Congreso, en la palestra pública. Los medios de comunicación se han convertido en mecanismos de equilibrio, porque son quienes forman la opinión pública, y la opinión pública es la voz de los electores, aquí está la relación entre los medios de comunicación y la materia electoral.

La legislación en materia de información es sumamente importante, no ya como un importante derecho individual, sino como un mecanismo de control político. El libre juego de la opinión es el

ción ciudadana, a través de referéndum, iniciativa popular o plebiscito, para la elaboración de leyes, o para su misma reforma, y no están por esto contrariando el artículo 40 constitucional; de igual manera podrían establecerse a nivel federal. El hecho de que se establezcan estas figuras no cambia el régimen representativo de gobierno democrático, por lo que no se pueden entender como prohibidas.

⁷³ Alain TOURAINE, *El nuevo espacio público*, Editorial Gedesa, Barcelona, 1992, citado por PELLET LLAstra, Arturo, *op. cit.*, p. 396.

principio, pero no la arbitrariedad, las medias verdades, la manipulación, etc., que dañan tremendamente la convivencia social y pueden arrastar peligrosamente a una sociedad en un sentido o en otro.⁷⁴

La materia electoral tiene dos ámbitos fundamentales: la relación que se origina entre el elector y el representante, y una segunda que es la relación entre los mismos representantes elegidos respecto a los actos de elección siguientes: es decir, hay un primer ámbito que es la importancia que tiene mantener el vínculo entre el elector y el representante, puesto que los cargos son renovables, y aunque la reelección es un principio básico de nuestro sistema constitucional, la democracia funciona prevalentemente por partidos y es necesario mantener el apoyo electoral. Sin embargo, esto se ve disminuido por la dificultad de mantener esta relación. "Es que siendo el poder una relación de mando y obediencia, para conservar su dominio los electores tendrían que mantener al diputado o senador electo como su cautivo de sus inquietudes, necesidades y hasta esperanzas, evento de muy difícil concertación. Por estas razones los electores mandamos sólo el día que elegimos y si luego nuestro poder sigue alcanzando del legislador, tal cosa será posible si existe una fluida relación entre el parlamentario y sus electores, consecuencia de una moderada ejecución del ideal democrático. Es lo que ocurre con sus más y sus menos en el sistema norteamericano. No es lo usual en las repúblicas latinoamericanas y tiende a desaparecer en otras latitudes."⁷⁵ Efectivamente es de desearse que exista una *fluida relación*, entre el elector y el elegido, pero como la vinculación jurídica no existe, dependerá de otros factores, legítimos no obstante, y que son parte de la contienda electoral.

⁷⁴ En la materia electoral los partidos políticos juegan el papel principal, sin ser esenciales para el ejercicio del sufragio se han convertido en su cauce único, por lo que algunos afirman que *la irrupción de los partidos políticos convierte a los parlamentos en una representación de segundo grado, quedando los legisladores sujetos al mandato de sus partidos...* DEL PALACIO, Alejandro, *Teoría final del Estado*, op. cit., p. 28.

⁷⁵ PELLET LLAJRA, Arturo, op. cit., p. 392.

El segundo ámbito de relaciones es el que se da entre los órganos de poder, derivado de los resultados electorales: la democracia es actualmente democracia partidista, y son los partidos políticos los que primeramente se benefician de los derechos electorales. Los electores votan por partidos, no por personas: los mecanismos y el tamaño de los órganos muchas veces así lo implican. Es cierto que el derecho electoral es mucho más que las instituciones partidistas, pero razones de índole práctico los están equiparando. Podemos incluso decir más: los equilibrios de órganos de poder entre el Ejecutivo y el Legislativo se reducen a un problema de mayorías o minorías en el parlamento, por ejemplo: *respecto a la intensidad del control del parlamento sobre el Ejecutivo, se observa que éste es menor si está apoyado por una mayoría parlamentaria amplia o absoluta.*⁷⁶ Esto quiere decir que a menor participación parlamentaria mayor será el número de controles; o dicho de otra forma si el Ejecutivo cuenta con una mayoría parlamentaria su fuerza política será mucho mayor.⁷⁷

En este segundo ámbito de relación es en donde más se está profundizando por los analistas políticos y constitucionales, como ya lo advertimos suficientemente al inicio del presente trabajo y es en él en donde se tienen cifradas muchas esperanzas de encontrar sistemas más justos e igualitarios. Se proponen esquemas híbridos o eclécticos entre parlamentarismo y presidencialismo, para evitar los males de ambos. A nivel general se puede válidamente decir que es preferible por sus resultados el parlamentarismo.⁷⁸ Sin embargo, también es cierto que algunos regímenes presidencialistas, como por ejemplo Estados Unidos, han dado resultados satis-

⁷⁶ BERLÍN VALENZUELA, Francisco, op. cit., p. 143.

⁷⁷ Esto es lo que ha hecho concluir a algunos autores que en el régimen parlamentario el trabajo electoral es el más importante: "Esta acción electora es ejercida de manera regular en los sistemas parlamentarios, en virtud de que el jefe del Ejecutivo y su gabinete provienen del parlamento y son designados por el mismo, por lo que en la segunda mitad del siglo XIX un profundo analista político, Walter Bagehot, consideraba a la acción electora más que a la función legislativa como la más trascendente del trabajo parlamentario." BERLÍN VALENZUELA, Francisco, op. cit., p. 174.

⁷⁸ Entendemos que ésta es la razón por la que en varios países latinoamericanos se está debatiendo intensamente la posibilidad de convertir sus regímenes presidenciales en sistemas parlamentarios, cfr. LUJAMBIO, Alonso, *Federalismo y Congreso en el cambio político de México*, UNAM, p. 63.

factorios. ¿Cuáles han sido los factores que han contribuido a esta prosperidad política? ¿Qué causas encontramos, propias y originales, que han permitido que el sistema no se desvirtúe? Aun siendo muy opinable, en las ideas de Alonso Lujambio, podríamos mencionar las siguientes:

1. La debilidad del Ejecutivo,⁷⁹ que se manifiesta en diversas instituciones

- 1.1. No existe la facultad de emitir leyes decreto por parte del Ejecutivo
- 1.2. No se da el veto parcial (sólo el global)
- 1.3. No tiene el Ejecutivo la exclusividad del iniciativa de ley
- 1.4. No tiene la facultad de remoción libre de todos los funcionarios
- 1.5. No puede declarar el Estado de sitio.

2. El bipartidismo

3. La indisciplina partidista que lleva a los elegidos a buscar antes su reelección que la obediencia a su partido, y se hacen más eficientes: es decir buscan el bien común antes que el bien del partido.

4. Un correcto y sano federalismo: que es también una forma de control.⁸⁰

En nuestro sistema constitucional hemos seguido un largo proceso democratizador que ha permitido el pluripartidismo en los órganos de autoridad. En 1988 se dio el primer punto de *inflexión*, pues el partido mayoritario perdió las dos terceras partes del Congreso de la Unión, con lo cual entró en juego la oposición para algunos actos jurídicos, tales como la reforma constitucional, la superación del veto presidencial, etcétera. No nos corresponde hacer, ni lo pretendemos, un análisis de esta evolución, sino simplemente señalarla y centrarnos más bien en cuáles son las facultades

⁷⁹ WOODROW, Wilson lo denominaba no sistema presidencial, sino "sistema congressional".

⁸⁰ Cfr., LUJAMBIO, Alonso, *op. cit.*

que les corresponden a cada uno de los órganos de autoridad (legislativo y ejecutivo). Sin embargo, hay que decir que *podemos distinguir la primera variable que explica la debilidad del Poder Legislativo mexicano, en poseer un solo partido político*,⁸¹ máxime si es el mismo partido que el del Ejecutivo, y que es difícil lograr un equilibrio partidista si se multiplican los partidos, por lo que podría exigirse (para mantener el registro) *no el 1.5 sino el 5% de la votación general*: la mayor consigna es separar el Ejecutivo con el cargo de *jefe del partido oficial*. Todas estas clarividentes conclusiones del profesor Lujambio, nos hacen caer en la conciencia de que el pluripartidismo equilibrado es esencial en nuestra estabilidad constitucional.

Las facultades que tiene el Congreso en materia electoral son muy importantes en el contexto de los antecedentes que hemos apuntado. Le corresponde primeramente expedir la Ley Federal Electoral; que regirá la estructuración de los partidos políticos, con base en los lineamientos que da la Constitución, conformará el Instituto Federal Electoral, que es uno de los organismos públicos autónomos, las fases del proceso y de la jornada electoral, así como los medios de impugnación. Obviamente que la elaboración del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales es la principal y más importante facultad del Congreso en materia electoral.

Hay que señalar que le corresponde también tener representación en el Consejo General del Instituto Federal Electoral, nombrar a su presidente (a propuesta de los grupos parlamentarios), la Cámara de Diputados y los Consejeros Electorales.

Debido a las reformas constitucionales de 1994 se modificó el artículo 60, y se privó a las propias cámaras de la facultad de calificar las elecciones de sus miembros, otorgando las constancias de mayoría, siendo sus resoluciones inatacables. Esta facultad corresponde ahora al Instituto Federal Electoral, y además sus decisiones no son inatacables sino que pueden ser impugnadas ante las Salas Regionales del Tribunal Electoral. Esta legislación nos pare-

⁸¹ *Ibidem.*

ce mucho más acorde y lógica, aun cuando la autocalificación se había visto siempre como una salvaguarda de la soberanía congresional.⁸² Atentaba contra el absurdo de ser juez y parte, y el ser un órgano aún no conformado que realizaba actos válidos y definitivos.

Por otro lado se privó a la Cámara de Diputados de la facultad de calificar las elecciones presidenciales, dejándole la de *expedir el bando solemne para dar a conocer en toda la República la declaración de presidente electo que hubiere hecho el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. La calificación se trasladó del órgano legislativo al órgano judicial. El hecho de que le correspondiera a la Cámara de Diputados resultaba —en la teoría— un medio de control mucho mayor, aunque en la práctica, por la exclusividad partidista, fue mecanismo de fraudes electorales a nivel constitucional, es por lo que se hace depender del órgano judicial una función que en nuestro parecer es administrativa.

Son éstas las principales instituciones constitucionales relacionadas con la materia electoral, hecho el análisis anterior nos parece que podemos concluir en lo siguiente:

a) Las instituciones electorales están dirigidas a garantizar la forma de gobierno democrática representativa que establece el artículo 40 de la Constitución.

b) Paralelamente las instituciones electorales, no por fin directo pero sí por consecuencia propia, contribuyen a favorecer el equilibrio de órganos de poder, debido a que el pluripartidismo es un contrapeso de la fuerza del Ejecutivo.

c) La principal facultad que tiene el Congreso de la Unión respecto a la materia electoral es la de crear todo el sistema normati-

⁸² BERLÍN VALENZUELA llama a esta facultad "sistema contencioso-político o autocalificación" por el cual "corresponde a dicho órgano la calificación de las elecciones de sus integrantes, después de haber sido proclamados electos en el escrutinio general, para lo cual deben tomar en cuenta las reclamaciones e impugnaciones existentes, con el fin de resolver lo que corresponde en beneficio de la justicia electoral. Los defensores de este sistema avalan su posición con argumentos extraídos de la teoría de la división de poderes (...) sería restarle soberanía al parlamento si se permitiera que otros poderes lo fiscalizaran". BERLÍN VALENZUELA, *op. cit.*, p. 159.

vo, que incluye la conformación del organismo público autónomo, las características de los partidos políticos y la estructuración del proceso y de la jornada electoral.

d) Es congruente con el principio de división de órganos de poder, y no contraría a los principios de soberanía congresional, el que la calificación de las elecciones de los miembros del Congreso no corresponda a las mismas cámaras sino al Instituto Federal Electoral.

e) Desde el punto de vista político que no constitucional la principal tarea en esta materia es separar al Presidente de la República de su jefatura de partido político.⁸³

X. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La persona humana es la razón de ser de la sociedad y del orden jurídico, es el catalizador de las instituciones públicas y el criterio para decantar lo legítimo de lo ilegítimo, lo oportuno de lo inoportuno, lo justo de lo injusto. La primacía de la persona es incuestionable para una correcta estructuración política-constitucional.

El concepto de persona humana es lo que soporta la actual estructura de los derechos humanos, que se consideran límites objetivos al ejercicio de la autoridad. Del concepto que se tenga de persona derivarán la amplitud y contenido de los derechos humanos, porque de este concepto de persona deriva el concepto de autoridad que se tenga, y finalmente el concepto de orden jurídico.

⁸³ Una posible alternativa constitucional sería la de establecer la desvinculación del Presidente de la República con el partido político que lo postuló durante el tiempo de su encargo. Esto obviamente tendría algunos inconvenientes: supondría una limitación a los derechos políticos del ciudadano que funja como Presidente; modificaría las reglas de la contienda electoral, debido a que los partidos políticos buscan permanecer en el poder apoyados en quienes ejercen el poder. Sin embargo, a pesar de lo anterior se vislumbran claros fundamentos y beneficios: el Presidente de la República debe velar por el interés común y no por el interés de su partido, se consigue un mayor equilibrio de poder entre los órganos estatales. Finalmente la dificultad sería práctica, en concreto poder distinguir si los actos concretos son o no partidistas.

Un régimen estatal que no respete los derechos de la persona humana merece el mayor repudio. Tanto el órgano legislativo, como cualquiera de los otros dos órganos primarios, pueden atentar contra estos derechos humanos, y deben existir mecanismos para hacerlos respetar una vez que han sido vulnerados. Sin embargo, es claro que la mayor parte de las violaciones a los derechos humanos en el actual régimen estatal, proceden del órgano administrativo,⁸⁴ por lo que se han desarrollado instituciones creadas para la defensa de los derechos humanos en contra de la actuación del órgano administrativo, denominadas comisiones parlamentarias, ombudsman, comisiones de derechos humanos, defensorías del pueblo, etc., etc.

El papel que juega el órgano legislativo en esta función es esencial, debido a que el órgano administrativo no es hábil para autocontrolarse, y el órgano judicial realiza una función distinta,⁸⁵ precisamente por esto se denominan comisiones parlamentarias como título genérico.

En nuestra Constitución, artículo 102, b), se establece que se crearán organismos protectores de los derechos humanos, a nivel federal y local, y que conocerán de actos de naturaleza administrativa, que lógicamente procederán, en su mayor parte, de la autoridad administrativa. El mismo artículo constitucional señala el carácter autónomo de sus recomendaciones, pero no establece la ubicación constitucional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, es decir, no señala

⁸⁴ Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J., "Reformas constitucionales en materia de derechos humanos", publicado en la *Revista Jurídica* de la Escuela Libre de Derecho, 1995, p. 259.

⁸⁵ Las mayores críticas a la existencia de la Comisión de Derechos Humanos proceden de su yuxtaposición con el órgano judicial; si la función del órgano judicial es precisamente el control de la legalidad, de la actuación del órgano administrativo *secundum legem*, ¿qué papel le dejan a la Comisión de Derechos Humanos? Esta objeción esta superada por la misma evolución del Estado actual, donde se demuestra que no ha sido suficiente con fortalecer al órgano judicial, sino que es necesario la actividad paralela y complementaria de estos órganos, que tienen una fuerza *moral* más que jurídica. Cfr., al respecto: BARRAGÁN BARRAGÁN, José, "Sobre el régimen jurídico de las elecciones federales de 1994", *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, año 4, núm. 10.

dependerá del órgano legislativo o del órgano administrativo, o bien si es un organismo público autónomo.

Para conocer con exactitud su ubicación hay que remitirnos a la Ley. Ésta, en su artículo señala que la Comisión Nacional de Derechos Humanos es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios (artículo 20 de la Ley Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos), por lo que le corresponde la autarquía que es propia de estos órganos, según lo establece la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de Entidades Paraestatales. Los organismos descentralizados, aún y a pesar de su personalidad jurídica propia son entidades de la administración pública.

Otro dato esclarecedor es el referente al nombramiento de su Presidente. Éste es nombrado por el Presidente de la República con aprobación del Senado: aquí hay un primer momento de intervención por parte del Congreso, pero sigue permaneciendo la dependencia del Ejecutivo (artículo 10 de la Ley Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos).

Finalmente se señala que el Presidente de la Comisión debe presentar un informe dirigido tanto al Presidente de la República como al Congreso de la Unión, dando cabida a una cierta intervención parlamentaria.

Con los escuetos datos anteriores, y debido a la importancia de esta materia, podemos concluir algunas cosas:

a) Debido a la finalidad que tiene la Comisión de Derechos Humanos —el control de la administración pública— debería tener más autonomía. Sería deseable que no fuera un organismo descentralizado, sino un organismo público autónomo, definido así por la Constitución y por la Ley.

b) En cuanto al nombramiento de su Presidente lo conducente sería que dependiera del Congreso de la Unión, pudiendo recaer la propuesta en la Cámara de Diputados y la ratificación en la Cámara de Senadores.

XI. INTERVENCIÓN DEL CONGRESO EN OTRAS ÁREAS DE CONTROL

Si acudimos a los distintos autores encontraremos muchas otras manifestaciones de control por parte del órgano legislativo respecto del órgano administrativo, de hecho algunas son evidentes, como es el caso de nombramiento de Presidente provisional o sustituto, en caso de falta absoluta del mandatario. Todas ellas son válidas y verdaderas, sin embargo, no las hemos incluido dentro de nuestro estudio debido a que consideramos que no es necesario hacerlo, primeramente debido a que lo que pretendemos no es buscar la solución del equilibrio de órganos de poder a base de resañar y remosar minuciosamente cada uno de los medios de control, sino profundizar en las instituciones, y ese es precisamente el criterio con el cual elegimos las ocho áreas de intervención del Congreso en la actividad administrativa, que hemos analizado líneas atrás.

De cualquier forma, por criterio práctico, hacemos mención a algunos de estos medios de control que se encuentran en la no tan basta bibliografía:

11.1. Control respecto al nombramiento de Presidente sustituto, provisional o interin. Efectivamente es una manifestación de control directísimo porque es el Congreso el que designa al Presidente, según las especificaciones del caso (artículos 84 y 85 constitucionales). Debido a lo infrecuente y remoto del caso, no vemos prudente adentrarnos más.

11.2. Control sobre la renuncia del Presidente y los permisos para ausentarse del territorio nacional: sin negar que se trata de actos de control, remitimos al respecto para consulta a los que señala Cárdenas Gracia en su texto.⁸⁶

11.3. Control de la Comisión Permanente sobre sesiones extraordinarias. El Presidente de la República está limitado a tener solamente la iniciativa para las sesiones extraordinarias, pero el acuerdo de convocatoria le corresponde a la Comisión Permanente.⁸⁷

⁸⁶ Cfr., *op cit.*, p. 137, 138.

⁸⁷ Cfr., VALADÉS, Diego, *Constitución y Política*, UNAM, 1987, pp. 125 y ss.

11.4. Control Político respecto a los informes que deben presentar los secretarios de Estado y jefes de departamento administrativo, a lo que someramente nos referimos al hablar sobre las Comisiones Investigadoras.

11.5. Control sobre mecanismos de democracia directa: algunas legislaciones establecen como un medio de control parlamentario el autorizar al Congreso de la Unión para convocar a referéndum cuando considere que una determinada decisión de gobierno, o bien un reglamento, debe someterse a votación popular. Se trata de un medio de control preventivo, debe realizarse antes de que el acto produzca sus efectos. En España es considerado como un medio muy efectivo de control, porque no enfrenta a los órganos de autoridad sino que el cuerpo electoral se constituye en un *tercero en discordia*, un árbitro que tiene la última palabra: los efectos de la intervención del Congreso son simplemente elevar el asunto a consulta pública. Javier García Fernández se expresa de la siguiente manera: *constituye un instrumento muy efectivo de control al gobierno, ya que la denegación de aquella impediría a éste acudir a legitimar una determinada decisión por parte del cuerpo electoral, e incluso podría impedir la ejecución de una medida política prevista en el programa de gobierno.*⁸⁸ Hay que advertir que en España se otorga al Congreso de los Diputados. También es preciso mencionar que este sistema de control puede establecerse para efecto de que el Ejecutivo someta a referéndum un determinado proyecto de Ley, en este último caso se trata con más corrección de un referéndum, pues tratándose de un acto de gobierno normalmente son sometidos a plebiscito por la falta de efectos vinculativos del mismo.

11.6 Intervención del Congreso en la presentación anual del informe de gobierno (artículo 69 Constitucional). Este medio de control es muy relativo porque los efectos de la presentación del informe no son vinculativos, y ni la Constitución ni la ley orgánica señalan qué prosecución puede dar el Congreso al informe presentado, para efectos de responsabilidades.

⁸⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, "Funciones de control del Parlamento", en *El Poder Legislativo en la actualidad*, *op. cit.*, p. 74.

11.7. Función jurisdiccional del Parlamento. Como le corresponde a Berlín Valenzuela la acuñación de este tipo de control, citamos un párrafo de su texto en el que explica el sentido: "Se menciona como una función jurisdiccional que el parlamento realiza en un número cada vez menor de países, la que se refiere a la verificación de actos electorales, con el propósito de verificar y resolver si quienes resultan electos en un proceso electoral cumplieron con todas las especificaciones y requisitos exigidos por las leyes electorales (...) En estos casos, el parlamento realiza desde el punto de vista material toda una actividad de juzgador."⁸⁹ En nuestro orden constitucional estas facultades ya no le corresponden al órgano legislativo sino al judicial (Tribunal Federal Electoral), precisamente por ser actos materialmente jurisdiccionales.

11.8. Función de orientación política. Esta facultad reconoce en el Congreso una función política de alta importancia, en cuanto a que tiene que recoger la opinión del pueblo, su sentir, y registrar las demandas prioritarias de la población. Obviamente que esas demandas son las que si se satisfacen aseguran el apoyo electoral en las siguientes elecciones, por lo que está íntimamente relacionada, al menos en esta etapa, con la intervención en materia electoral. En un segundo sentido es *donde el Parlamento interviene para apoyar, modificar o rechazar el programa de orientación política del gobierno*.⁹⁰ En nuestra Constitución —artículo 26— y en su ley reglamentaria (Ley de Planeación) se establece que el Ejecutivo debe elaborar un Plan Nacional de Desarrollo, que organizará la planeación nacional, y que debe ser resultado de un consenso democrático, no forzosamente un referéndum, sino una consulta a los distintos sectores. En la Ley de Planeación se establece que el Plan Nacional de Desarrollo debe presentarse al Congreso de la Unión para que *opine* sobre el mismo, de esta forma se convierte en un órgano de consulta obligatorio, pero no se requiere su *aprobación*. El Plan Nacional de Desarrollo obliga a la administración pública internamente, no tiene efectos respecto a los particulares, sin embargo, refleja un programa de gobierno

⁸⁹ BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *op. cit.*, p. 158.

⁹⁰ *Ibidem.* p. 155.

que, al menos en sus líneas generales debería aprobarse por el Congreso de la Unión, sin requerir de una mayoría calificada.⁹¹

Como se puede observar existen otros medios de control dentro de nuestra Constitución o en el derecho comparado. Habiendo explicado nuestros criterios de selección, consideramos que las líneas de este ensayo nos permiten conocer el alcance de las funciones de control que le corresponden al Congreso de la Unión en base al articulado de la Constitución vigente, y las concretas reformas que se pueden proponer contribuirán así lo creemos y lo queremos enormemente al equilibrio de poder entre el órgano legislativo y el ejecutivo, en nuestra realidad político-constitucional, que es como lo dijimos al iniciar tema esencial en el proceso de la reforma del Estado Mexicano.

⁹¹ Alguna vez se ha manejado públicamente la peregrina idea de que este Plan Nacional de Desarrollo debería someterse a *referéndum*, esto es impensable por las intrincadas cuestiones técnicas que están involucradas. El Congreso de la Unión, como representante de la población, debe hacer esa función...

que el mayor en sus líneas generales, el que el Gobierno de la Unión, en virtud de una ley de 1974, se comprometió a observar en sus relaciones con los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. En el artículo 101 de este Tratado se establece que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea se comprometen a observar en sus relaciones con los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el principio de libre competencia, es decir, de no recurrir a ayudas estatales que distorsionen o puedan distorsionar la competencia en el mercado común. En el artículo 102 se establece que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea se comprometen a observar en sus relaciones con los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el principio de no discriminación, es decir, de no tratar a los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea de forma diferente de la que se trata a los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

1. Algunos de los aspectos más importantes de la política de competencia de la Comunidad Económica Europea se encuentran en el artículo 101 del Tratado de Roma. Este artículo establece que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea se comprometen a observar en sus relaciones con los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el principio de libre competencia, es decir, de no recurrir a ayudas estatales que distorsionen o puedan distorsionar la competencia en el mercado común.

El artículo 101 del Tratado de Roma establece que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea se comprometen a observar en sus relaciones con los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el principio de libre competencia, es decir, de no recurrir a ayudas estatales que distorsionen o puedan distorsionar la competencia en el mercado común. En el artículo 102 se establece que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea se comprometen a observar en sus relaciones con los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el principio de no discriminación, es decir, de no tratar a los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea de forma diferente de la que se trata a los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

LA LEY DE CÁMARAS EMPRESARIALES Y SUS CONFEDERACIONES

Josette SERRATO COMBE

SUMARIO: I. Estructura legal de los diferentes sistemas de Cámaras. 1.1 Antecedentes. II. La ley de Cámaras empresariales y sus Confederaciones. 2.1 El concepto de empresa. 2.2. Las Cámaras y sus Confederaciones son instituciones de interés público. III. Se establecen diferentes categorías de Cámaras. IV. Se precisa el concepto de Confederaciones. V. Las empresas no tienen la obligación de afiliarse a una Cámara. 5.1. Antecedentes Europa continental. 5.2. La situación en México. 5.3. La afiliación a las Cámaras sería un acto voluntario de las empresas. VI. Se establece el Sistema de Información Empresarial Mexicano. 6.1. Desarrollo actual del Sistema de Información Empresarial Mexicano. VII. Conclusiones. Anexo 1.

Por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 18 de diciembre de 1996, se expidió la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones,¹ que abrogó la Ley de Cámaras y de las de Industria, así como sus reformas y adiciones, y entró en vigor el 1o. de enero de 1997. Esta Ley contiene diversos aspectos novedosos que se comentan y analizan en el presente estudio.

I. ESTRUCTURA LEGAL DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE CÁMARAS

Sobre este tema,² existen tres sistemas diferentes:

¹ En lo sucesivo, "Ley".
² Markus PILGRIM y Ralph MEIER, *Manual de la organización y el papel de los Sistemas de Cámaras*, Centro de la Empresa Privada Internacional (CEPI), Bonn, Alemania.

I. El modelo continental,³ donde:

1. Las Cámaras son creadas con fundamento en una ley específica, que prescribe su creación como corporaciones regidas por la ley pública, lo cual permite delegar a la cámara ciertas funciones que por lo general se asignan a las autoridades públicas.
2. La Ley de Cámara dicta una membresía obligatoria para las personas que se emplean a sí mismas y las entidades legales que se dedican a dirigir comercios dentro del distrito de la cámara. La membresía obligatoria incluye una contribución financiera regular y obligatoria para la cámara local, por tres razones: garantiza que las Cámaras representen a las empresas de todos los sectores, tamaños y formas legales; garantiza que todas las empresas contribuyen por igual, y asegura una fuente de ingresos más amplia y estable.
3. Los gobiernos están legalmente obligados a consultar con las Cámaras antes de declarar asuntos económicos y legales.
4. La regulación asegura que existirá sólo una Cámara en cada ciudad o distrito importante.
5. Se obliga a las Cámaras a realizar ciertas funciones consideradas como públicas.
6. Existe una supervisión de las actividades de las Cámaras.

II. El modelo anglosajón,⁴ donde:

1. No existe una ley específica que regule el establecimiento de las Cámaras.
2. La membresía, por ende, es voluntaria.
3. Cualquiera es libre de establecer una Cámara.
4. Las Cámaras no están obligadas a cumplir con las funciones delegadas por el gobierno.

³ PILGRIM, Markus y MEIER, Ralph, *op. cit.* Pertenecen a este modelo: Austria, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Holanda, República Eslovaca, Eslovenia y España; y varios países (8) de África.

⁴ PILGRIM, Markus y MEIER, Ralph, *op. cit.* Adoptan este sistema: varios países de África (6), en Europa: República Checa, Dinamarca, Estonia, Irlanda, Lituania, Noruega, Polonia, Suecia, Suiza y el Reino Unido; en América: Canadá, Estados Unidos, Argentina, Chile, Jamaica, Perú y Venezuela; en Asia y Australia: Australia, India, Nepal, Nueva Zelanda, Filipinas, Singapur y Sri Lanka.

III. Sistemas mixtos,⁵ que utilizan uno de los modelos anteriores como base, pero después introducen elementos del modelo opuesto, creando un sistema híbrido.

1.1. Antecedentes

La Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de agosto de 1941. Esta Ley, hoy abrogada, establecía los siguientes principios que ubicaban a las Cámaras dentro del sistema continental:

- A. Las Cámaras de Comercio y de Industria tenían la característica de ser *instituciones públicas*, autónomas con personalidad jurídica constituidas para los fines que la propia ley establecía (art. 1o.).
- B. Se determinaban las reglas conforme a las cuales las Cámaras de Comercio e Industria debían ser establecidas (art. 9o.).
- C. Se establecía la *inscripción obligatoria* de los comerciantes e industriales cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fuese superior a \$2,500.00, en las Cámaras correspondientes, mediante el pago de una cuota. La cuota no era menor de \$120.00 ni mayor del equivalente a diez veces el monto mensual del salario mínimo general de la zona correspondiente al Área Metropolitana del Distrito Federal, y se fijaba teniendo en cuenta la capacidad económica de la empresa y las bases aprobadas por la Secretaría (de Comercio) (art. 5o.) Estas cuotas se enteraban a la Cámara correspondiente.
- D. La no inscripción en el Registro significaba la imposición de una multa, por la Secretaría de Comercio, equivalente hasta del doble de la cuota máxima de inscripción. (art. 6o.)

Desde la fecha de entrada en vigor (26 de agosto de 1941) hasta el principio de la década de los noventa, la Ley no fue cuestionada. Diversas Cámaras nacieron, crecieron y se desarrollaron con

⁵ PILGRIM, Markus y MEIER, Ralph, *op. cit.* Aquí encontramos a: Brasil, México, Japón y Tailandia.

eficacia, surgiendo Confederaciones importantes que agruparon a las Cámaras.⁶ Los comerciantes e industriales cumplieron y acataron la disposición relativa a su afiliación obligatoria. Sin embargo, debido tal vez al entorno económico y el cúmulo de obligaciones de diversa naturaleza impuestas por las autoridades administrativas a los comerciantes e industriales, a partir de 1990, se empezó a cuestionar la cuestión de la afiliación obligatoria por la carga adicional que se imponía a las empresas, agobiadas por problemas económicos de toda índole, y las sanciones correspondientes. Esta situación motivó a algunas empresas a impugnar por vía del amparo, la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley de Cámaras y de las de Industria, fundamentándolas en violación a los artículos 1o., 2o. y 9o. constitucionales. En lo que respecta a los artículos 1o. y 2o, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que no existía violación constitucional, de conformidad con las tesis que a continuación se reproducen.

Registro: 8210

Año: 1992

Época: 8

Título: CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA A LAS.

EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 2o. CONSTITUCIONAL.

⁶ Entre éstas se encontraban: la CONCANACO —CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CÁMARAS DE COMERCIO—, que tiene divisiones de servicios, de turismo y de comercio, y la CONCAMIN —CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CÁMARAS INDUSTRIALES—, creada al final de la Revolución, como un “sindicato de empresas unidas en sindicatos de industria, vinculado a un solo partido capaz de coordinar a millones de mexicanos, como un mecanismo de consulta piramidal.” Como parte de la CONCAMIN, se desarrolló la CANACINTRA —CÁMARA NACIONAL DE LA INDUSTRIA DE LA TRANSFORMACIÓN— que es una especie de “confederación de cámaras” dentro de CONCAMIN. En la década de los setentas apareció la COPARMEX —CONFEDERACIÓN PATRONAL DE LA REPÚBLICA MEXICANA— (de afiliación voluntaria). Existen multitud de otras agrupaciones que no son propiamente Cámaras: CEMAI, CONACEX y ANIERM, para atender el comercio exterior; ANIT—Asociación Nacional de Industriales de la Transformación. Por último, está el Consejo Coordinador Empresarial, el Consejo Nacional Agropecuario, la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros y el Consejo Mexicano de Hombres de Negocios. Ver: SCHETINO, Macario, *Para reconstruir México*, “Con una cierta mirada”, Océano, México, pp. 271-289.

Texto: El artículo 2o. de la Constitución proscribe la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. El fin de dicho precepto consiste en garantizar la libertad del individuo de cualquier intento de imponer sobre su persona todo tipo de servidumbre o poder ilimitado. De ahí que el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria, que impone a los comerciantes e industriales la obligación de afiliarse a las cámaras respectivas, no viola el artículo 2o. de la Constitución puesto que dicho acto de afiliación no implica que estos sujetos queden reducidos a servidumbre o esclavitud.

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número XCIX/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Registro: 8212

Año: 1992

Época: 8

Título: CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL.

Texto: Este precepto Constitucional prescribe que todos los gobernados están en posibilidad de gozar y ejercer las garantías que les confiere la Constitución, mismas que no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma prevé. Ahora bien, el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Co-

mercio y de las de Industria que impone a los industriales y comerciantes la obligación de afiliarse a las cámaras respectivas, no viola el artículo 10. Constitucional puesto que el acto de afiliación a las cámaras respectivas por quienes desempeñen ese tipo de actividades no impide que éstos sean tratados en condiciones de igualdad respecto al goce y ejercicio de sus garantías individuales.

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número CI/92, la tesis que antecede, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

En lo que respecta al concepto de violación consistente en anti-constitucionalidad de la obligación relativa a la inscripción obligatoria, la Suprema Corte de Justicia otorgó el amparo, en los términos siguientes:

Registro: 8213

Año: 1992

Época: 8

Título: CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 50. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 90. CONSTITUCIONAL.

Texto: La libertad de asociación consagrada por el artículo 90. Constitucional es el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico-colectivas, para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de la

de sus asociados. Tal derecho es violado por el artículo 50. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria, al imponer a los comerciantes e industriales cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea de dos mil quinientos pesos en adelante, la obligación de inscribirse en la cámara correspondiente en el curso del mes siguiente a la iniciación de sus actividades o dentro del mes de enero de cada año, advertidos de que, de no hacerlo, se les sancionará con una multa que en caso de reincidencia será duplicada y que no les liberará del cumplimiento de esa obligación. Ahora bien, si la libertad de asociación establecida por el artículo 90. de la Constitución es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía Constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: 1o. derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; 2o. derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y 3o. derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie, no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 50. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales de afiliarse a la cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 90. Constitucional.

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green, Secretario: Sergio Pallares y Lara. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número CII/92, la tesis que antecede, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

La jurisprudencia anteriormente mencionada motivó la revisión de la Ley de Cámaras y las de Industria, con objeto de incorporar en su texto las adecuaciones a ésta y, al mismo tiempo, actualizarla e incorporar conceptos acordes con nuevas tendencias y necesidades. Este análisis crítico condujo a la expedición de la *Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 1996.

II. LA LEY DE CÁMARAS EMPRESARIALES Y SUS CONFEDERACIONES

Esta Ley contiene conceptos novedosos e interesantes, destacando en este análisis los siguientes que se desarrollan a continuación:

- I. El concepto de "empresa".
- II. Las Cámaras y sus Confederaciones son "instituciones de interés público".
- III. Se establecen diferentes categorías de Cámaras.
- IV. Se precisa el concepto de "Confederaciones".
- V. Las empresas no tienen la obligación de afiliarse a una Cámara.
- VI. Se establece el "Sistema de Información Empresarial Mexicano".

2.1. El concepto de empresa

El concepto de empresa está ligado a la estructura del estado capitalista que se apoya en el régimen de la *libre empresa independiente*. La noción de la libre empresa está sustentada en los principios clásicos de la Economía llamada "liberal" que sostienen que *la economía progresa mejor sin la intervención del Estado*. Este régimen multiplicó estas unidades económicas en forma arrolladora en los Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y en proporciones menores en otros Estados. Las "empresas" son "células económicas", cuyo libre desarrollo sin la intervención del Estado, está fundamentado en la libre competencia, y forman comunidades de producción independiente: así resulta que la "empresa" es una *unidad económica resultante de la organización de recursos, me-*

dios personales y materiales o servicios, para el ejercicio de una actividad económica que satisface intereses particulares.

El concepto de empresa está, sin duda, vinculado estrechamente a la disciplina de la Economía. Se ha sostenido siempre, y con razón, que no es un concepto jurídico. Jurídicamente, existe el concepto de "personas", sujetos de derechos y obligaciones (entre ellas, evidentemente las obligaciones pecuniarias o económicas); personas físicas que son los individuos, y las morales, que son aquellas organizaciones colectivas, conformadas por individuos que se agrupan para lograr un fin común, y a quienes la ley considera como centro de atribución de derechos y obligaciones. En la legislación mexicana, la introducción del concepto "empresa" como un concepto jurídico definido es reciente. La precisión y diferencia entre el concepto económico —empresa— y el concepto jurídico —personas—, se había mantenido hasta la década de los setentas. Sin embargo, con la introducción del "régimen de economía mixta", y la "rectoría del Estado", aparecen, en diversos instrumentos normativos de carácter administrativo, tales como el Presupuesto de Egresos, diversos Decretos Presidenciales,⁷ la Ley Federal de Entidades Paraestatales,⁸ y leyes fiscales,⁹ la introducción del concepto "empresa", "empresas" propiedad del gobierno, o "empresas de participación estatal", definidas como "*aquellas empresas privadas en las que el Estado tiene un interés económico preferente que le permite intervenir o administrar una empresa*".¹⁰

Esta tendencia se recoge ahora en esta Ley en su artículo 2o., fracción II, que a la letra dice:

⁷ Decretos que crean "Empresas de Participación Estatal", enumeradas en publicación del *Diario Oficial de la Federación* el 17 de enero de 1977 y 12 de mayo del mismo año.

⁸ D.O.F., del 14 de mayo de 1986.

⁹ Ley del Impuesto sobre la Renta, artículo 2, y Código Fiscal, artículo 16, Definición de "actividades empresariales": Se entenderá por actividades empresariales las siguientes: I. COMERCIALES; II. INDUSTRIALES; III. AGRÍCOLAS; IV. GANADERAS, V. PESQUERAS y SILVICOLAS (cada una está definida). El último párrafo de este artículo precisa el concepto de *empresa*: *es la persona física o moral que realice las actividades anteriormente descritas.*

¹⁰ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Porrúa, México, p. 790.

ARTÍCULO 2o. PARA LOS EFECTOS DE ESTA LEY, SE ENTENDERÁ POR:

I...

II. *Empresa*. Las personas físicas o morales que realicen actividades comerciales, industriales o de servicios, en uno o varios establecimientos, con exclusión de locatarios de mercados públicos que realicen exclusivamente ventas al menudeo, y personas físicas que efectúen actividades empresariales en puestos fijos o semifijos ubicados en la vía pública, o como vendedores ambulantes;

Se observa que al definir empresa, se hace referencia a personas físicas o morales, y se precisa el concepto calificando que sólo serán empresas para efectos de esta Ley aquellas que realicen actividades comerciales, industriales o de servicios, y se excluyen aquellas que i) sean locatarios en mercados públicos que realicen ventas al menudeo; ii) las personas físicas que efectúen actividades empresariales¹¹ en puestos fijos o semifijos ubicados en la vía pública; y iii) los vendedores ambulantes. Dicho en otros términos: el dominio, o campo de aplicación de la Ley será exclusivamente aplicable a las *personas físicas o morales que realicen actividades comerciales, industriales o de servicios*.

Cabe destacar, sobre lo anterior, que el artículo 9o., referente a la elaboración de las listas de actividades comerciales e industriales que debe hacer la Secretaría de Comercio, que dichas listas “en ningún caso comprenderán los servicios financieros ni los profesionales”, lo cual significa que las personas que se dedican a estas actividades no están incluidas en el campo de aplicación de la Ley.

2.2. Las Cámaras y sus Confederaciones son “Instituciones de Interés Público”

El artículo 1o. de la Ley establece que A. “...es de orden público y de observancia en todo el territorio nacional”, y B. “...tiene por objeto regular la constitución y funcionamiento de las cámaras de comercio, de industria, y de las confederaciones que las agrupan”. Esta redacción amerita comentarios específicos.

¹¹ Véase *supra*, nota 9.

A. La Ley es de orden público y de observancia en todo el territorio nacional.

La noción de orden público está estrechamente ligada al concepto de 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, por ejemplo, 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 precisar:

- o La creación de un servicio público es obra del legislador; dicho en otros términos, se establece y desarrolla por ministerio de ley;
- o 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: *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 ré-*

gimen 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 privada 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 interesada 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.

En el caso de la Ley, correctamente se establece que la ley es de orden público, pues la organización del comercio y la industria a través de las Cámaras es necesaria para satisfacer necesidades colectivas. Para completar el concepto, el artículo 4o. de la Ley establece que *las Cámaras y sus Confederaciones son instituciones de interés público* (equiparable al concepto de utilidad pública, analizado anteriormente), atendiendo que las características de los servicios que prestan las Cámaras y las Confederaciones reúnen las características señaladas anteriormente.

Por otra parte, la Ley agrega en el artículo 1o. analizado que es de "observancia en todo el territorio nacional". Esto es incorrecto, ya que el ámbito de la actividad que realizan las Cámaras trasciende el territorio nacional. No puede ser una ley con alcance exclusivo al territorio nacional; las confederaciones —que agrupan a las Cámaras—, realizan actividades internacionales, como lo señala el artículo 11, fracción IV, que señala que las Confederaciones tendrán por objeto "establecer relaciones de colaboración con instituciones afines del extranjero". Lo correcto es establecer que esta Ley es de *observancia general en toda la República*, lo cual implica que será aplicable a todo individuo que se encuentre en los supuestos de la norma (como lo hace el Código Civil, en los artículos 1o. y 12). En último término, además, esto es redundante. *Toda ley es de observancia general.*

B. Tiene por objeto regular la constitución y funcionamiento de las cámaras de comercio, de las de industria, y de las confederaciones que las agrupan.

Este artículo está estrechamente vinculado con el artículo 4 de la Ley, que establece:

Las cámaras y sus confederaciones son instituciones de interés público, autónomas, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas conforme a lo dispuesto en esta Ley.

El desarrollo de la industria y el comercio, la constante intervención del Estado apremiado por las grandes necesidades colectivas y los impulsos de la lucha social, o el esfuerzo del Estado

para mantener la armonía y el orden social, han requerido la formación de diversas figuras dentro del derecho administrativo para satisfacer estos intereses colectivos, que combinan los intereses públicos y privados. Existen así:¹²

A. Las empresas privadas, con fines estrictamente privados.

B. Instituciones o empresas privadas de interés general, que son asociaciones o sociedades privadas altruistas o de servicio social, que persiguen intereses que benefician a la sociedad, y

C. Empresas privadas de interés público, denominadas también empresas semipúblicas, o empresas de economía mixta, que resguardan intereses públicos o finalidades de interés general, bajo el control y fomento del Estado en diversas formas.

En este último, se comprenden a su vez los siguientes grupos:

I. Grupo general de empresas en las que el Estado interviene indirectamente, donde encontramos:

I.a. Las sociedades, corporaciones y empresas no organizadas en forma descentralizada, que manejen, posean o exploten bienes y recursos naturales de la nación (éstas se manejan preferentemente a través de la "concesión administrativa", como, por ejemplo, en la minería);

I.b. Sociedades no descentralizadas, en las que el gobierno federal posee acciones e intereses patrimoniales (por ejemplo, las sociedades de participación estatal minoritaria donde el Estado tiene el derecho de nombrar a un comisario).

I.c. Empresas que celebran contratos administrativos con el Estado, como los contratos de obras públicas, de suministros, de crédito, de prestación de servicios y otros análogos.

I.d. Personas privadas encargadas de un servicio público, o servicios públicos federales concesionados o contratados.

Conviene destacar que no estamos hablando aquí del régimen centralizado y paraestatal y las empresas o entidades estatales que se ubican dentro de cada uno de estos ámbitos.

II. El segundo grupo, lo constituyen formas que revisten las empresas privadas de interés público, conformado por las empresas de participación limitada, que se constituyen mediante autorización del Ejecutivo Federal, cuando se trate de actividades de interés público, y particular conjuntamente: instituciones o empresas de interés social, como son la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, la Academia de la Lengua, la Academia de Legislación y Jurisprudencia, etcétera.

III. En el tercer grupo se denominan propiamente empresas privadas de interés público, y comprenden:

III.a. Empresas de participación estatal (por ejemplo, las sociedades de participación estatal en materia minera, Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia de explotación y aprovechamiento de recursos mineros).

III.b. Sociedades de responsabilidad limitada de interés público.

III.c. Sociedades de inversión, con su propio ordenamiento, la Ley de Sociedades de Inversión, que "procura el fomento de estas sociedades y tiene como objeto el fortalecimiento y centralización del mercado de valores —artículo 1o.—; en este mismo grupo se puede incluir también a las Afores y Siefores, cuya ley fue aprobada recientemente.

III.d. Empresas privadas incorporadas o representadas, que asumen el ejercicio legal de actividades que el Estado les encomienda para su organización o funcionamiento, como en el caso de las *Cámaras de Comercio e Industria*, las Asociaciones Agrícolas, las Instituciones Privadas de Educación, los Colegios de Profesionistas, las Asociaciones Privadas de Asistencia, y las Sociedades Cooperativas.

Al ubicarse en este grupo, encontramos el sentido y alcance que establece la Ley, al establecer, en su artículo 4, que las Cámaras y sus Confederaciones son *instituciones de interés público*. Las instituciones públicas, o de interés público, llevan a cabo una actividad encomendada por el Estado, que le transmite o encarga la

¹² SERRA ROJAS, Andrés, *op. cit.*, tomo 1, Ed. Porrúa, México, 1992, pp. 825 y ss.

realización de ciertas actividades que son consideradas como un servicio público; en este sentido, son órganos *desconcentrados por servicio*.

Partiendo del principio de que las Cámaras son órganos a quienes por ministerio de ley se encomienda un servicio público —la protección al comercio y la industria, donde los intereses de los particulares se suman al interés del Estado—, se desarrollan en la Ley toda una serie de preceptos relativos a la organización de las Cámaras y la determinación de la Secretaría de Comercio como órgano regulador, de control y vigilancia respecto a las Cámaras (artículo 5o., que establece que deberán obtener la aprobación de la Secretaría de Comercio para usar el título de “Cámara” y el artículo 6o., fracción I, que establece la facultad de dicha Secretaría de autorizar la constitución de las Cámaras y sus Confederaciones). Respecto a la organización, está el título II, relativo a la circunscripción, actividades, giros y regiones; y, especialmente, el título III, relativo al objeto, organización de Cámaras y sus Confederaciones.

III. SE ESTABLECEN DIFERENTES CATEGORÍAS DE CÁMARAS

Básicamente, existen dos categorías de Cámaras: las de Comercio y las de Industria.

Las Cámaras de Comercio tienen una circunscripción regional (artículo 7). Las regiones comerciales son áreas geográficas conformadas por uno o varios municipios adyacentes, y, en el caso del Distrito Federal, por las Delegaciones.¹³

El artículo 8 establece que las Cámaras industriales serán específicas y genéricas, con una circunscripción territorial (nacional o regional). El que sean “específicas y genéricas” requiere una explicación: las Cámaras industriales son genéricas, cuando se dedican a cualquier giro industrial, o específicas, cuando se integran con afiliados que se dediquen al mismo giro industrial. La determinación de los giros se realiza por la Secretaría de Comercio.

¹³ El artículo Sexto Transitorio establece que las listas de regiones previstas en la Ley serán publicadas a más tardar el 30 de junio de 1998.

cio, con base en la Clasificación Mexicana de Actividades y Productos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática.¹⁴ Las Cámaras de industria pueden tener una circunscripción territorial nacional o regional. Así, puede haber: *i*) Cámaras específicas con circunscripción regional (dedicadas al mismo giro industrial), *ii*) Cámaras genéricas, sin dedicación a un giro específico con circunscripción nacional, o *iii*) Cámaras genéricas, sin dedicación a un giro específico, con circunscripción regional.

IV. SE PRECISA EL CONCEPTO DE CONFEDERACIONES

Las Confederaciones tienen el mismo *status* que las Cámaras: son instituciones de interés público, autónomas, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya constitución es autorizada por la Secretaría de Comercio. El artículo 15 de la Ley señala que:

LAS CÁMARAS QUE REPRESENTEN LA ACTIVIDAD COMERCIAL INTEGRARÁN LA CONFEDERACIÓN DE CÁMARAS DE COMERCIO. LAS CÁMARAS QUE REPRESENTEN LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL INTEGRARÁN LA CONFEDERACIÓN DE CÁMARAS DE INDUSTRIA.

Esto implica que existen sólo dos Confederaciones: una de comercio y otra de industria. Las Cámaras están obligadas a contribuir al sostenimiento de la Confederación respectiva, en los términos que establezca la Asamblea General correspondiente.¹⁵

Considerando que ya existen las Confederaciones, el artículo Tercero Transitorio establece que las Confederaciones tendrán un plazo de ciento ochenta días a partir de la expedición de la Ley, para adecuar a ésta sus estatutos.

¹⁴ *Ídem.*, respecto a los giros.

¹⁵ Artículo 19, fracción IV de la Ley.

V. LAS EMPRESAS NO TIENEN LA OBLIGACIÓN DE AFILIARSE A UNA CÁMARA

5.1. Antecedentes en Europa continental

El tema de la afiliación voluntaria u obligatoria a las Cámaras se planteó y debatió intensamente en Europa continental (España y Alemania), con escasos meses de antelación al tratamiento del tema en México, con los mismos planteamientos y los mismos resultados: la afiliación forzosa u obligatoria viola principios constitucionales, pero con resultados diferentes. En España, el 22 de marzo de 1993, se expidió la Ley 3/1993, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, que abrogó la Ley de 1911, relativa a la misma materia, como consecuencia de una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional relacionada con la constitucionalidad de la afiliación y pago obligatorio de las empresas. Por otra parte, en Alemania, donde se debatió la misma cuestión, una sentencia del Tribunal Constitucional Federal se pronunció sobre la constitucionalidad con argumentos fuertes y realistas: se adujo en la sentencia correspondiente, que:

a) No sólo la representación de los intereses generales de la economía sino la tarea prioritaria encomendada a las Cámaras de asesorar a los órganos del Estado, a la hora de realizar dictámenes e informes y de presentar propuestas, resulta más fácil si se encomienda a un órgano independiente de la economía;

b) Si el ingreso en las Cámaras e Industria fuera libre o voluntario, la composición de sus órganos sería totalmente aleatoria. Las Cámaras tendrían que recurrir a hacer propaganda para lograr nuevos miembros, y los miembros de las Cámaras que tuvieran un peso financiero, se situarían en un primer plano e intentarían alcanzar la consecución de sus objetivos especiales y la defensa de sus intereses específicos y particulares, recurriendo a la amenaza de darse de baja en la Cámara; y

c) Que la pequeña limitación de la libertad de los miembros de las Cámaras que se deriva de la necesidad de la obligatoriedad de orga-

nización, de interés público, carece prácticamente de significado constitucional.¹⁶

El mismo esquema de afiliación obligatoria existe en Alemania, Francia, Holanda, Italia, España, Grecia, y el modelo está siendo adoptado por los países emergentes del centro y este de Europa.

La cuestión fundamental estriba en "si el derecho de asociación enerva o no la facultad de crear Corporaciones Públicas de base empresarial. El Tribunal Constitucional de Andorra aborda este problema exponiendo un razonamiento jurídico preciso e impecable, que esencialmente consiste en conocer: primero, que *el Estado puede crear Corporaciones públicas al servicio de la economía nacional, perfectamente compatibles con las asociaciones privadas puesto que se desenvuelven en esferas diferentes; segundo, pretender que el derecho de asociación negativo (derecho a no asociarse) impide al legislador organizar a través de Corporaciones Públicas el cumplimiento de funciones que estima necesarias para conseguir fines de interés general sería darle un alcance excesivo al ejercicio del derecho a no asociarse y constituiría un "abuso del derecho."*

Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo sobre el mismo tema, ha estimado que *las corporaciones públicas al ser fundadas por el legislador y no por los particulares, se integran en las estructuras del Estado y persiguen finalidades de interés general, para lo que se les dota de potestades públicas. Al considerar estos elementos en su conjunto, las corporaciones no pueden calificarse como asociaciones en el sentido del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y, además, debe destacarse que son compatibles con asociaciones dedicadas a la defensa de los intereses profesionales, en las que existe la plena libertad para afiliarse o no. Por lo tanto, la existencia de corporaciones públicas no viene a limitar, ni menos todavía, a suprimir el derecho de asociación de los empresarios.*

¹⁶ Cabe señalar que en España la Ley de 1993 ha sido ya cuestionada respecto a su constitucionalidad. Los Tribunales constitucionales (Andorra, por ejemplo) han ratificado la constitucionalidad de la afiliación obligatoria de los comerciantes.

La Ley española de 1993 recoge estos principios y establece: que las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación son corporaciones de derecho público, por lo que participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas y ejercen funciones de carácter público-administrativo, cuya asunción por las Cámaras se justifica por el legislador ante la imposibilidad de que fuesen desarrolladas eficazmente por una multiplicidad de asociaciones representativas de intereses muchas veces contrapuestos. En cuanto Administraciones Públicas de base empresarial, las Cámaras perciben de quienes ejercen el comercio, la industria o la navegación determinadas prestaciones patrimoniales, perfectamente definidas en la Ley como *exacciones parafiscales*. El nacimiento y cuantificación de la obligación de pago quedan totalmente al margen del efectivo disfrute de los servicios prestados por las Cámaras y las respectivas bases están constituidas por bases o cuotas de tributos que recaen sobre los beneficios empresariales, reales o presuntos; además, el régimen jurídico global de los diversos conceptos incluidos en el recurso cameral permanente se asimila totalmente al de los tributos en lo referente a la gestión, recaudación, recursos y responsabilidades. Estas exacciones parafiscales se fundamentan en el recurso cameral permanente, que se constituye sobre fracciones de: el impuesto de actividades económicas (2%), el impuesto sobre la renta (2 al millar) y el impuesto sobre sociedades (0.75%).

Las cuotas a pagar se calculan en Italia, sobre las cifras de venta; en Holanda, sobre el capital propio; en Francia, sobre el importe de las retribuciones; en Alemania, en un porcentaje basado en los beneficios empresariales y el patrimonio empresarial.

5.2. La situación en México

Como se comentó en la primera parte de este estudio, la tesis jurisprudencial respecto a la inconstitucionalidad de la disposición relativa a la afiliación obligatoria de las empresas a las Cámaras fue la principal razón de su revisión y abrogación. Con objeto de recoger el contenido de la jurisprudencia, la Ley establece:

5.3. Artículo 17. La afiliación a las cámaras será un acto voluntario de las empresas

Si las Cámaras y las confederaciones son, como se ha establecido anteriormente, órganos desconcentrados por servicio, y el servicio que proporcionan es de utilidad pública, cabe cuestionar el contenido del artículo 17 de la Ley. ¿Es voluntario para las empresas escoger la Cámara a la cual se quieren afiliar, y la afiliación es obligatoria? ¿Se quiso dejar la duda? O bien, ante el contenido de la Jurisprudencia de la Suprema Corte, ¿se quiso establecer definitivamente que la afiliación es voluntaria? El legislador mexicano definitivamente se pronunció en este sentido. Sin embargo, conviene aclarar que, a pesar de lo señalado en esta jurisprudencia, las limitaciones a los derechos de los particulares existen a lo largo y a través de toda la legislación; no puede entenderse en forma aislada el derecho de asociación individual, sin tomar en consideración otros intereses que prevalecen sobre el interés individual. Si en verdad el o los servicios que proporcionan las Cámaras es un servicio público, y la administración pública ha encontrado la forma para que los intereses colectivos se proporcionen de mejor manera, por conducto de las Cámaras y la regulación de éstas, haciendo a un lado la organización centralizada o paraestatal, es necesario establecer el verdadero sentido de la afiliación voluntaria. Dicho en otros términos, para que el servicio (público) se desempeñe correctamente, se requeriría la afiliación obligatoria; de no ser así, el servicio se limitará a aquellos afiliados voluntarios, y no será general, o bien, los afiliados voluntarios defenderán los intereses de los no afiliados, y en este sentido sería injusto.

VI. SE ESTABLECE EL SISTEMA DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL MEXICANO

Este es un tema para cuya comprensión se requiere el análisis de varias disposiciones de la Ley y de diversos conceptos de carácter doctrinal.

Las características del Sistema de Información Empresarial Mexicano¹⁷ precisado en el título IV de la Ley, son las siguientes:

- A. Se establece como un instrumento de planeación del Estado;
- B. Este instrumento se integra por un conjunto de elementos, orientados a la información, orientación y consulta, con un objetivo específico;
- C. La captación de la información y la operación del "Sistema" son de interés público;¹⁸
- D. Las empresas *deberán proporcionar* la información necesaria para identificar sus características, a fin de conocer su oferta, demanda de bienes y servicios y procesos productivos en que intervienen;¹⁹
- E. La operación *sui géneris* del "Sistema".

Los anteriores conceptos ameritan los siguientes comentarios.

A. Se establece como un instrumento de planeación del Estado.

El fundamento constitucional para insertar a las Cámaras de Comercio como parte del sistema de planeación, y al "Sistema de Información Empresarial" como un instrumento de planeación, se encuentra en los artículos 25 y 26 constitucionales, que en lo conducente, a la letra dicen:

Artículo 25.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo *la regulación* y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

.....

Al desarrollo económico nacional concurrirán, *con responsabilidad social*, el sector público, el sector social y *el sector privado*, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

¹⁷ En lo sucesivo, SIEM.

¹⁸ Artículo 27, segundo párrafo de la Ley.

¹⁹ Artículos 28 y 29 de la Ley.

.....
Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y *privado*, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

.....
La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y *proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional*, en los términos que establece esta Constitución.

Artículo 26.

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con las entidades federativas e *induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución*.

Así, las Cámaras y las Confederaciones, que tienen el carácter de instituciones públicas, coadyuvan con la administración pública en las acciones a realizar para la elaboración y ejecución del sistema nacional de planeación democrática.

B. Este instrumento se integra por un conjunto de elementos, orientados a la información, orientación y consulta.

En efecto, en el nombre del instrumento —"Sistema"— se precisa este concepto. El sentido de esta palabra está tomado de la informática, que define a un "Sistema" como un conjunto de elementos y datos relacionados entre sí e integrados para perseguir un objetivo. Esto se corrobora con el texto de la página de INTERNET del SIEM que señala lo siguiente:

“El SIEM constituirá un centro de intercambio de información acerca de oportunidades de negocios a través de los siguientes servicios:

- 1o. Registro Empresarial: constituye el núcleo del sistema. Contiene la información básica de las empresas, su ubicación, productos, bienes y los servicios que ofrecen o demandan, así como sus intereses de vinculación.
- 2o. Sistema de Subcontratación: contiene la información específica de aquellas empresas que buscan proveedores de bienes o servicios o subcontratistas de procesos productivos o desean serlo.
- 3o. Sistema de Desarrollo de Proveedores: contiene información para identificar la demanda de bienes, servicios y procesos productivos de las medianas y grandes empresas.
- 4o. Compra Net: ofrece información sobre la solicitud de proveedores de las dependencias gubernamentales, identificando los requisitos de la licitación, sus tiempos y condiciones.

Como “Sistema”, su objetivo consiste en recabar y proporcionar elementos para *i)* el diseño y aplicación de programas específicos enfocados principalmente al establecimiento y operación de las empresas; *ii)* proporcionar referencias para la eliminación de obstáculos al crecimiento del sector productivo, y, *iii)* en general, *para el mejor desempeño y promoción de las actividades comerciales e industriales.*

C. La captación de la información y la operación del “Sistema” son de interés público.

Es incuestionable que la organización del sistema de planeación democrática del desarrollo nacional requiere de estructuras e instrumentos. Dentro de las estructuras, podemos afirmar que se encuentran las *instituciones públicas*, como las Cámaras y sus Confederaciones que materializan la instrumentación de los planes de desarrollo; dicho en otras palabras: *i)* es reconocido y establecido el principio de que se trata de *instituciones públicas (de interés público)*, *ii)* la función del Estado requiere instrumentos de

planeación; *iii)* el Estado requiere *regular* (vigilar y controlar) estas instituciones que tienen entre sus funciones algunas que son consideradas como públicas.

En razón de lo anterior, se establece que la captación de la información y la operación del “Sistema” son de interés público, *para el mejor desempeño y promoción de las actividades comerciales e industriales.*

D. Las empresas tienen la obligación de proporcionar la información. Esto se ha confundido con la idea de que es una obligación de inscribirse en un registro público, y que se ha substituido la obligación de afiliación, contenida en la Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria, hoy abrogada, por un instrumento al que se denomina “Sistema de Información Empresarial Mexicano”, que es en realidad un registro obligatorio, aunado a la circunstancia de que la Ley establece sanciones para las empresas.²⁰

Cabe distinguir que el Sistema de Información Empresarial Mexicano tiene una naturaleza radicalmente distinta de la afiliación. Aquél tiene carácter obligatorio pero para el Estado que de esta manera desarrolla la planeación, fundamentada, como se ha establecido en los artículos 25 y 26 constitucionales, concertando con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. La afiliación a las Cámaras es ahora un acto voluntario, donde la libertad de asociación se ejerce plenamente, en razón de los intereses individuales de cada uno; *en el registro, se persiguen cuestiones de interés general; en la afiliación, se persiguen intereses particulares.* En este sentido, se respeta plenamente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que reitera el principio de la libertad de asociación en lo relativo a la afiliación obligatoria a las Cámaras; sin embargo, no se mencionó, ni fue materia del amparo y protección de la justicia federal, el cobro de las cuotas.

²⁰ Art. 39 de la Ley, en relación con el artículo 28. El artículo 28 establece que las empresas *deberán proporcionar la información* en ciertos plazos. Aun cuando no se establece concretamente la sanción, el artículo 39 establece que *cualquier otra infracción que no esté específicamente prevista, podrá ser sancionada con multa de 15 a 300 salarios mínimos, y el doble en caso de reincidencia.* Nótese la falta de técnica jurídica: el vocablo *podrá ser* implica que la aplicación de la multa estará a juicio de la Secretaría de Comercio. La autoridad administrativa debe aplicar la ley: no aplicarla a su discreción y según la circunstancia.

¿Tiene en verdad el "Sistema de Información Empresarial" características de Registro obligatorio? Conceptualmente, el servicio de registro se considera como una actividad administrativa cuyo objeto es, en términos generales, dar publicidad a los hechos y actos que, realizados por las personas, o en relación con ellas, precisan de ese requisito para surtir efectos. En este sentido, el registro es un servicio público. Sin embargo, en el caso concreto, se precisa que es *un instrumento de planeación y promoción para el Estado, pero con la característica de que la información para integrar el "Sistema" debe ser proporcionada por los particulares*. Si es un instrumento de planeación, la obligación del Estado consiste en desarrollar los instrumentos necesarios para llevar a cabo sus fines, actividad en la cual los particulares participan, mediante el establecimiento de la obligación de proporcionar la información. El "Sistema" no es un registro, propiamente dicho, es un instrumento de planeación del Estado. La actividad comercial o industrial la lleva a cabo cualquier particular, en ejercicio de las garantías individuales de trabajo, comercio, etcétera. La imposición de una obligación de proporcionar información no contraviene principios constitucionales, ni afecta la posibilidad de llevar a cabo dichas actividades.

Por otra parte, el "Sistema" tiene características de censo; en efecto, se trata de integrar una base de datos, para lo cual se requiere de los elementos que permitan, primero, contar con la información adecuada (identificación de las características de las empresas que participen en la actividad económica del país, a fin de conocer su oferta, demanda de bienes y servicios, y procesos productivos en que intervienen).²¹ Siendo así, la obligación de proporcionar información tiene el carácter de *obligatorio y gratuito*,²² aun cuando la propia Constitución establece que "serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale."²³ Adicionalmente, la organización de la información recabada se orientará al mejor desempeño y promoción de las actividades comerciales e industriales.

²¹ Artículo 29 de la Ley.

²² Constitución, artículo 5o., párrafo 4o.

²³ Este tema requiere analizar a qué ley se refiere la Constitución, sus términos y excepciones.

¿Qué efectos tiene para las empresas el proporcionar la información? Sólo el de ser un elemento de la información base para integrar el sistema de planeación. La Ley señala claramente que la información proporcionada no hará prueba ante la autoridad administrativa o fiscal, en juicio o fuera de él. Cabe cuestionar, si en verdad esto será así. Las disposiciones fiscales y administrativas también son de interés público, y sin duda recurrirán a esta información si fuese necesario.²⁴ Hubiera sido conveniente acotar esta disposición, estableciendo que la información proporcionada se manejaría confidencialmente y con fines estadísticos.

El siguiente problema a resolver sigue relacionado con los efectos. La misma información puede estar en otros registros o bancos de datos: el de Comercio, el de Contribuyentes, la información del Instituto Nacional de Estadística. Las empresas son comerciantes por definición (arts. 3o., 4o. y 75 del Código de Comercio). La única justificación se encuentra en que sea para fines estadísticos, a efecto de que el Estado tenga un (mejor) instrumento de planeación. Es incuestionable que la administración pública puede imponer a los gobernados toda clase de obligaciones, dentro de los límites señalados en las leyes, pero, siendo que la información ya está en otros bancos de datos, se ha aducido que el "Sistema" es reiterativo y redundante. La justificación estaría en que los fines perseguidos por el "Sistema" son diferentes de los buscados por otro tipo de bancos de información.

Sobre el mismo tema, la confusión respecto a si se trata de un registro obligatorio o no se origina en las atribuciones de la Secretaría,²⁵ donde se establece *inter alia*, la de "Determinar el monto máximo de las tarifas que las Cámaras podrán cobrar por concepto de *alta y actualización* en el Sistema de Información Empresarial Mexicano, escuchando la opinión de Cámaras y Confederaciones". La autorización dada a las Cámaras la otorga la Secretaría de Comercio.²⁶

²⁴ Véase Código Fiscal, artículo 230: En los juicios que se tramiten ante el Tribunal Fiscal de la Federación, serán admitidas toda clase de pruebas, excepto la confesional de autoridades mediante la absolución de posiciones y la petición de informes. ...El magistrado instructor podrá acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos controvertidos o para ordenar la práctica de cualquier diligencia. También, artículo 233, relativo a la obligación de las autoridades de expedir copias.

²⁵ Artículo 6, fracc. VI de la Ley.

²⁶ Artículo 30 de la Ley.

Las Cámaras tienen por objeto *inter alia*, “operar con la supervisión de la Secretaría, el Sistema de Información Empresarial Mexicano”.²⁷ ¿Cuál es la naturaleza de estos cobros “tarifas”? Esto plantea varias inquietudes:

a) Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguro social, contribuciones de mejoras y derechos, según lo establece el Código Fiscal (artículo 2o). ¿Podrían ubicarse dentro del rubro “derechos”? La respuesta debe ser en sentido negativo, pues los derechos son las contribuciones establecidas en Ley por: i) el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, ii) por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, *excepto cuando se presten por organismos descentralizados y órganos desconcentrados cuando, en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren en la Ley Federal de Derechos*, y iii) las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.

¿Podría definirse ubicarse como un “aprovechamiento” (ingresos que recibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones)?²⁸ La respuesta es negativa, pues dichos ingresos los recibirán las Cámaras, no el Estado. Tampoco es un “producto”, pues no se trata de una contraprestación por un servicio que presta el Estado en sus funciones de derecho privado.

La única justificación es que, en este caso se trata de una contraprestación que no se encontrará en la Ley Federal de Derechos, prestada por un órgano *desconcentrado por servicio*,²⁹ pero sí debe cobrarse en razón de que: i) el “Sistema” es un instrumento de planeación, ii) su operación se encomienda previa autorización por ministerio de Ley, a las Cámaras, entidades privadas de interés público, quienes, *como órganos desconcentrados por servicio*, llevan a cabo esta función pública.

²⁷ Artículo 10, fracción V de la Ley.

²⁸ Véase *Código Fiscal de la Federación*, artículo 3o. primer párrafo.

²⁹ Véase *supra* B-II-d.

Este servicio conlleva el problema de la determinación de su cuantía: si el acto de proporcionar la información es único, debería ser una sola cuota para todos; o bien, pueden establecerse diversos montos, en función de los ingresos, número de empleados, capital social. Se optó por establecer una tarifa diferenciada.³⁰

E. La operación *sui generis* del “Sistema”.

La Ley establece que las Cámaras y las Confederaciones son *instituciones de interés público*, y, como tales, se regulan todos los aspectos relativos a su creación y funcionamiento. Este *status* legal permite delegar en ellas una función que normalmente se llevaría a cabo por la Secretaría de Comercio: la operación del “Sistema”.³¹ Esto significa el descargar a la administración centralizada de ciertas cargas administrativas —tales como la creación de plazas— y financieras, pues las cantidades pagadas por las empresas al inscribirse en el SIEM harán que la operación sea autofinanciable, obteniendo éstas, —y el público en general—, como contraprestación, los beneficios de los servicios desarrollados y proporcionados por el “Sistema”.³²

Esta es una característica del modelo continental.

6.1. Desarrollo actual del sistema de información empresarial mexicano

A la fecha (febrero de 1998) se han inscrito 73,715 empresas en el sector industria; 264,832 empresas en el sector comercio y 121,783 empresas en el sector servicios. Estos números son pequeños en el universo de las empresas que deben participar en el “SIEM”. La reacción no ha sido la esperada, motivada tal vez por

³⁰ Acuerdo por el que se determina el monto máximo de las tarifas que las Cámaras empresariales podrán cobrar por concepto de alta y actualización en el Sistema de Información Empresarial Mexicano. (DOF, 2/enero/97) establece que el costo de inscripción es: PARA EMPRESAS COMERCIALES Y DE SERVICIOS COMERCIALES, TIPO DE EMPRESA; CUOTA MÁXIMA, conforme a personal ocupado: a) 4 o más: \$640.00; b) 3 o menos: \$300.00; c) hasta 2, conforme al listado previsto en el artículo segundo de dicho acuerdo: \$100.00. Para EMPRESAS INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS INDUSTRIALES, TIPO DE EMPRESA; CUOTA MÁXIMA, conforme a personal ocupado: a) 6 o más: \$670.00; b) 3 a 5: \$350.00; c) hasta 2: \$150.00.

³¹ Artículo 30 de la Ley.

³² Véase *supra*, VI-B.

las dudas apuntadas anteriormente respecto a la afiliación, y el establecimiento del SIEM como instrumento de planeación. Sin embargo, en la medida que el conocimiento, comprensión y divulgación de los beneficios que proporciona sean del conocimiento del mundo industrial y comercial mexicano e internacional, indudablemente se cumplirá con los objetivos planteados en la Ley.

VII. CONCLUSIONES

La Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 1996, tiene características novedosas que la ubican dentro de la categoría de sistema mixto en lo que corresponde a su estructura legal, al adoptar la afiliación voluntaria del sistema anglosajón, y al establecer una función pública que se delega del sistema continental. La Ley establece un modelo con las características que se enuncian a continuación.

- La afiliación de las empresas a las Cámaras es un acto voluntario; de conformidad con los principios constitucionales, éstas tienen la libertad de decidir si quieren afiliarse, y escoger la Cámara a la cual desean pertenecer. Su criterio de elección dependerá de su actividad —comercial o industrial—, del giro, y la circunscripción territorial dentro de la cual sus actividades se desarrollen.
- Se crea el Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM), como un instrumento de planeación del Estado. Esta es una función pública, que corresponde a la Secretaría de Comercio.
- La operación del SIEM se delega en las Cámaras de Comercio, de Industria y las Confederaciones autorizadas al efecto por la Secretaría de Comercio.
- Las empresas están obligadas a inscribirse en el SIEM, proporcionando al hacerlo, la información necesaria para integrar la base de datos del Sistema, y, en su caso, actualizarla.

- Los actos de afiliación a las Cámaras y de la inscripción en el SIEM NO SON CORRESPONDIENTES. La afiliación se realiza en ejercicio de la voluntad de asociación; la inscripción en el SIEM se realiza en cumplimiento de una obligación establecida en una ley. Por ende, todas las empresas están obligadas, por ministerio de ley, a inscribirse en el SIEM, independientemente de si están o no afiliadas a una Cámara.

ANEXO 1

EL RÉGIMEN CENTRALIZADO Y PARAESTATAL

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 (LOAPF) establece que la Administración Pública 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 es-

pecíficas 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, 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 (*DOF* del 4 de febrero de 1985).
4. La Comisión Reguladora de Energía, creada el 10. 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 decreto publicado en el *DOF*

el 31 de octubre de 1995, la Ley de la Comisión Reguladora de Energía estableció que esta Comisión, órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, gozará de autonomía técnica y operativa.

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 intervenciones 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.

¿Qué ofrece el SIEM?

El SIEM constituirá un centro de intercambio de información acerca de oportunidades de negocios a través de los siguientes servicios:

1. Registro Empresarial: constituye el núcleo del sistema. Contiene la información básica de las empresas, su ubicación, productos, bienes y los servicios que ofrecen o demandan, así como sus intereses de vinculación.
2. Sistema de Subcontratación: contiene la información específica de aquellas empresas que buscan proveedores de bienes o servicios o subcontratistas de procesos productivos o desean serlo.
3. Sistema de Desarrollo de Proveedores: contiene información para identificar la demanda de bienes, servicios y procesos productivos de las medianas y grandes empresas.
4. Compra Net: ofrece información sobre la solicitud de proveedores de las dependencias gubernamentales, identificando los requisitos de la licitación, sus tiempos y condiciones.

A través de un módulo o buzón se podrán enviar reportes (faxes o correos electrónicos) a todas las cámaras y empresas registradas, acerca de las oportunidades de negocios captadas a través de estos cuatro sistemas.

¿Cómo registrarse en el SIEM?

- Llamando sin costo al:
91 800 849 7436 CONCANACO
91 800 849 0933 CONCAMIN
donde le daremos mayor información.

- O acuda a su Cámara empresarial.

Un encuestador claramente identificado visitará su empresa para llevarle el formato de registro al SIEM.

Posteriormente un cobrador acreditado lo visitará para que efectúe el pago por concepto de registro al SIEM.

¿Cuál es el costo de registro en el SIEM?

PARA EMPRESAS COMERCIALES Y DE SERVICIOS COMERCIALES

TIPO DE EMPRESA; CUOTA MÁXIMA

Conforme a personal ocupado

- a) 4 o más: \$640.00;
- b) 3 o menos: \$300.00;
- c) Hasta 2, conforme al listado previsto en el artículo segundo: *\$100.00.

EMPRESAS INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS INDUSTRIALES

TIPO DE EMPRESA; CUOTA MÁXIMA

Conforme a personal ocupado

- a) 6 o más: \$670.00;
- b) 3 a 5: \$350.00;
- c) Hasta 2: \$150.00.

Cualquier persona que lo visite en su empresa deberá estar claramente identificado. Para cualquier duda o aclaración, llámenos a los teléfonos 91 800 849 7436 y 91 800 849 0933, será un placer ayudarle.

PARA HACER BUENOS NEGOCIOS

¡Regístrese en el SIEM!

*Acuerdo por el que se determina el monto máximo de las tarifas que las Cámaras empresariales podrán cobrar por concepto de alta y actualización en el Sistema de Información Empresarial Mexicano (DOF 2/enero/97).

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE JOSÉ HILARIÓN ROMERO GIL UNA BREVE PRESENTACIÓN¹

Elisa SPECKMAN GUERRA

SUMARIO: I. *Antecedentes.* II. *La obra de José Hilarión Romero Gil.*
III. *Consideraciones finales.* IV. *Referencias.*

I. ANTECEDENTES

En el año de 1854 un catedrático de la Universidad de Guadalajara, llamado José Hilarión Romero Gil, emprendió la tarea de elaborar un código de procedimientos civiles y uno de procedimientos penales.²

El objetivo de este trabajo es presentar la sección relativa al juicio criminal, ubicándola dentro del panorama legislativo de la época.

Durante las décadas que siguieron a la independencia mexicana la legislación penal era sumamente amplia, estaba dispersa y presentaba un carácter mixto. Algunas medidas databan del periodo

¹ Agradezco a Jaime del Arenal la orientación bibliográfica, las sugerencias en torno al tratamiento del proceso de codificación, y los valiosos comentarios a este trabajo.

² José Hilarión Romero Gil nació en Mascota, Jalisco, en el año de 1822. Estudió en el Seminario Conciliar para después ingresar en la Universidad de Guadalajara, institución que le otorgó el título de abogado en 1842. Además de su desempeño como profesor, a lo largo de su vida ocupó diversos cargos públicos: en 1852 fue consejero del gobierno de Jalisco y más tarde magistrado del Tribunal Superior de Justicia. Asimismo, auspició la fundación del Monte de Piedad y fungió como presidente de su junta directiva. Autor de obras como *Prontuarios de legislación y práctica* (1852), *Lecciones de economía política* (1877), *Cuadro general de historia sagrada antigua y moderna* (1885) y *Filosofía de las leyes o criterios del derecho* (1894). Murió en la ciudad de Guadalajara en 1899, a la edad de 77 años. (*Historia, biografía y geografía de México*, 1986, vol. IV, pp. 3008-3009).

colonial y eran, por tanto, características del derecho propio del absolutismo monárquico europeo,³ mientras que otras, más tardías, respondían a la concepción ilustrada y/o liberal.⁴

³ El derecho penal que corresponde al periodo de las monarquías absolutas europeas o a la llamada época de Antiguo Régimen (siglos XVII-XVIII), presenta las siguientes características:

Como parte de su política centralizadora los monarcas absolutos desarrollaron una campaña que, en palabras de Giovanni Tarello, podría calificarse como "centralismo jurídico" (TARELLO, 1976, p. 48). Con este esfuerzo pretendían terminar con el particularismo jurídico que prevalecía durante los siglos XI al XVII. (Como particularismo jurídico se entiende la falta de unidad y de coherencia en las leyes vigentes en un mismo espacio y tiempo. Ver BELLOMO, 1996, pp. XXI-XXVII y TARELLO, 1976, p. 29). Así, se esforzaron por lograr que el derecho consuetudinario tuviera que derivar su validez de la aprobación del soberano y que prevaleciera la ley sobre la costumbre. Sin embargo la práctica judicial se desviaba de estos principios y todavía en el siglo XVIII al dictar sentencia los jueces otorgaban gran peso a las circunstancias del caso y contaban con un amplio margen de libertad.

En segundo término, el derecho absolutista presenta un pluralismo en cuanto a los sujetos del derecho, pues cada estamento gozaba de diferentes privilegios y obligaciones, además de existir tribunales especiales.

En tercer lugar, el acto delictivo era considerado como una transgresión al orden terreno y celestial, sin contemplarse la separación entre delito y pecado.

En cuanto al proceso, para iniciar una causa judicial se admitían la delación anónima, la acusación y la pesquisa general. Se aceptaba el uso del tormento para obtener la confesión del acusado.

Por último, se aplicaban sanciones variadas: pena capital, castigos corporales (mutilaciones o azotes), vergüenza pública o galeras. El castigo no terminaba con la muerte del transgresor, pudiendo extenderse a sus herederos o aplicarse sobre su cadáver. La ejecución de la pena se efectuaba de forma pública pues el castigo pretendía servir de ejemplo al resto de la comunidad.

(Para un panorama del derecho penal propio del absolutismo o del Antiguo Régimen ver LIPARI, 1980, p. 45; TARELLO, 1976, pp. 28-59; TOMÁS Y VALIENTE *et al.* 1990; TOMÁS Y VALIENTE, 1990; y TRINIDAD FERNÁNDEZ, 1991, pp. 1947).

⁴ Durante la época de la Ilustración se pugró por reformar este panorama. Diversos pensadores defendieron la necesidad de establecer criterios fijos en la administración de justicia con el fin de evitar la arbitrariedad judicial, por lograr que las sanciones fueran proporcionales al daño y por humanizar el castigo. Entre ellos podemos citar a precursores como Montesquieu, Voltaire y Morelly. Pero quizá su principal difusor fue Cesare Beccaria, autor de la obra titulada *De los delitos y las penas*, que se publicó en 1764. Desarrollaron su propuesta hombres como Gaetano Filangieri, Francesco Mario Pagano, Paolo Risi, Filippo Maria Renazzi, Luigi Cremani y más tarde Gian Domenico Romagnosi. El ámbito hispano contó con pensadores como Manuel de Lardizábal y Uribe. Para el marido anglosajón podemos citar a Joseph Butler, Francis Hutcheson y John Howard. (Ver TARELLI, 1976, pp. 383-483; y TOMÁS Y VALIENTE, 1979, pp. 528 y 529).

Las leyes tradicionales formaban parte de los cuerpos españoles, que permanecían vigentes. En opinión de Manuel Dublán y Luis Méndez, los más utilizados eran la *Novísima recopilación de leyes*, publicada en el año de 1805 y válida para todo el mundo hispánico; la *Recopilación de leyes de Indias*, que data de 1680 y fue dirigida al ámbito colonial; y la *Real ordenanza de intendentes*, publicada en 1786 para el contexto de la Nueva España.⁵ En una obra más tardía, realizada por el jurista decimonónico Ricardo Rodríguez, encontramos adiciones a esta lista. El autor considera que también se utilizaban las *Siete partidas*, que datan del año de 1265, así como cédulas u órdenes reales posteriores a la *Novísima recopilación*.⁶

Estas demandas constituyen el pilar de la escuela clásica o liberal, cuyos postulados se complementaron con las aportaciones de autores como Locke o Rousseau, para alcanzar su máxima expresión con Bentham, Carrara, Garraud y Pessina, entre otros. Todos ellos defendieron la corriente del iusnaturalismo racionalista. Los simpatizantes de esta propuesta sostenían que, utilizando su razón, el hombre puede descubrir las leyes naturales que deben regir la convivencia social. Consideraban que los individuos poseen una serie de derechos naturales (seguridad, tranquilidad, propiedad), y que con la finalidad de hacerlos respetar realizaron un "pacto", mediante el cual cedieron la autoridad a un soberano que se responsabilizó de preservarlos. Así, la garantía de los derechos individuales se presenta como el objeto de las instituciones políticas, sociales y jurídicas. Con ello, a partir del "contrato social", se origina una nueva fuente de legitimidad de la sociedad política, de las leyes que la regulan y del fundamento de castigar. Bajo esta perspectiva, la legislación y la sanción penal tienen como fin proteger a la comunidad de los individuos que rompen el acuerdo y atentan contra los derechos de sus miembros. Por otro lado, dado que todos los hombres participaron de igual forma en este pacto original e histórico, todos deben considerarse como iguales entre sí y por tanto, iguales ante la ley. De ello se desprende el principio de igualdad jurídica que, en el plano penal, determina que los transgresores deben ser juzgados bajo las mismas leyes y por los mismos tribunales. Para ello se termina con la diversidad de los sujetos del derecho, dando origen a un sistema enfocado en individuos y no en cuerpos. Por otro lado, siguiendo con la idea de una sociedad que se rige por la voluntad general, se elimina el arbitrio judicial. Con ello se pone fin al pluralismo en las fuentes del derecho, pues sólo se reconoce la validez a las normas positivas producidas por el Estado bajo la forma de ley. Por otro lado, la transgresión deja de ser vista como un atentado al monarca o a Dios para ser considerada como una falta al contrato social, pues se dice que a pesar de lo acordado el delincuente atentó contra los bienes o la persona de los asociados. Desde esta perspectiva todo delito se convierte en una ofensa a la sociedad en su conjunto. (Ver BARATTA, pp. 21-34; LIPARI, 1980, pp. 37-60; TOMÁS Y VALIENTE, 1979, p. 393-421 y TRINIDAD FERNÁNDEZ, 1991, pp. 48-77).

⁵ DUBLÁN Y MÉNDEZ, en *Novísimo Sala mexicano*, 1870.

⁶ RODRÍGUEZ, 1902, p. 15.

Sin embargo, algunas secciones de estos cuerpos quedaron derogadas por las constituciones políticas o leyes expedidas por los diversos regímenes republicanos, muchas de las cuáles respondían a la concepción ilustrada y liberal del derecho.⁷ Estas medidas, que dejaban sin vigencia los puntos de la legislación hispánica con los cuáles entraban en contradicción, eran numerosas y estaban dispersas. Se hicieron diversos intentos por reunirlos; como ejemplo pueden citarse las obras de Mariano Galván Rivera, que recopiló los decretos dictados entre 1821-1830 y 1833-1837, y la de Basilio José Arrillaga, que coleccionó los de 1828-39, 49-50 y 58-63.

Por tanto, la legislación vigente estaba repartida entre los cuerpos españoles y las medidas decretadas por los legisladores mexicanos, hecho que dificultaba su consulta, además de obstaculizar la práctica judicial.

Muchos juristas, entre ellos José Hilarión Romero Gil, clamaron por encontrar un remedio a esta situación. Dos demandas surgieron como resultado de esta preocupación. La primera de ellas, de carácter más pragmático, responde a la idea de recopilación y consistía en la urgencia de publicar cuerpos que reunieran la legislación dispersa y la actualizaran, eliminando las medidas que habían quedado obsoletas.⁸ La segunda responde a un objetivo más amplio, pues no sólo pretendía reunir las leyes penales sino que se proponía uniformarlas, derogando las medidas españolas y en general todas aquellas que no correspondieran al "espíritu de la época". Así, los juristas que defendían esta segunda idea creían urgente elaborar un código, compuesto por leyes acordes a las nuevas ideas o a la concepción liberal del derecho penal.⁹

⁷ Las principales, en opinión de Ricardo Rodríguez, fueron las leyes del 4 de septiembre de 1824, 16 de mayo de 1831, 23 de mayo de 1837, 18 de marzo de 1840, 17 de enero de 1853, 23 de noviembre de 1855, 5 de enero de 1857, 4 de mayo de 1857 y 15 de junio de 1869. (RODRÍGUEZ, 1902, pp. 13-14). (Para el contenido de estas leyes ver MACEDO, 1931, pp. 199-266).

⁸ Recopilar implica hacer disponible en una colección las leyes acumuladas a lo largo del tiempo, sin quitar o añadir nada a su vigencia. (BELLOMO, 1996, p. 3).

⁹ Codificar implica la sustitución de leyes vigentes que pertenecen a periodos anteriores y que se refieren a materias diversas por un solo cuerpo de normas promulgadas en virtud del soberano según los debidos procedimientos constitucionales. (BELLOMO, 1996, p. 3). Así, un código puede definirse como una ley de contenido homogéneo en razón de la materia, que de forma sistemática y articulada en un lenguaje preciso regula

A continuación trataremos cada una de estas demandas.

a) La urgencia de recopilación:

Diversos autores defendieron la necesidad de reunir las leyes criminales en cuerpos unitarios. Por ejemplo, en 1837 Juan Rodríguez de San Miguel lamentaba que los mexicanos tuvieran "la desgracia de vivir bajo una legislación tan complicada y extensa".¹⁰ En otra obra asienta:

Las monarquías de diversos siglos, los códigos mezclados con las constituciones españolas, con las recopiladas y las no recopiladas de Indias, con las de forma federal y con las de la central, las unas en parte vigentes, en parte alteradas, en parte acomodadas con nomenclatura de autoridades, corporaciones y causas que han desaparecido, como virreyes, corregidores, intendentes, consulados, etcétera, y cuyas atribuciones se han distribuido, según su naturaleza, entre los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial, forman caos tenebroso, retardan la administración de justicia, dificultan el despacho y el acierto de las autoridades e impiden la instrucción, exigiéndose para conocer, al menos los Códigos indispensables, un desembolso de consideración, superior a la posibilidad en que generalmente se encuentran los jóvenes que se dedican a esta carrera.¹¹

Finalmente se pregunta: "si la sola legislación española era hace algunos años, en concepto de varios sabios, laberinto tenebroso, ¿qué será la mezcla de la nuestra con aquella, y cuándo podremos disfrutar de los beneficios de una legislación cierta y estable, contenida en un solo código?".¹²

todos sus problemas jurídicos (o al menos, los principales y más generales). No se trata de compilaciones de leyes sino de una sola ley, elaborada por un legislador, promulgada en un mismo momento y cuyos preceptos pertenecen a un solo acto legislativo. Son organizaciones sistemáticas y lógicas que parten de conceptos generales para llegar a preceptos concretos. Presentan divisiones lógicas y temáticas, estructurándose en partes o libros, éstos en secciones y éstas en capítulos. Los preceptos están numerados en artículos para facilitar su individualización y para que sea inequívoca la cita o referencia a cada uno de ellos. (TOMÁS Y VALIENTE, 1979, pp. 500-501).

¹⁰ ESCRICHE, 1996, p. III.

¹¹ RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas Mexicanas*, tomado de RODRÍGUEZ, 1902, p. 10.

¹² ESCRICHE, 1996, p. IV.

En el mismo sentido, pero años más tarde, Manuel Dublán y Luis Méndez repiten: "basta observar el estado de la cuestión para comprender cuán difícil debe ser el estudio de nuestra legislación, diseminada en tanto código y en tanta colección".¹³

Así, antes y después de José Hilarión Romero Gil célebres juristas se preocuparon por recopilar y organizar la legislación penal. Publicaron obras que pueden insertarse en lo que María del Refugio González llama "derecho de transición", pues "mexicanizaron" la legislación española añadiéndole leyes mexicanas.¹⁴ Coincide con esta idea José Luis Soberanes, quien afirma que en esta etapa "se pasó de simples reimpresiones de libros jurídicos españoles a su reelaboración completa a la luz del derecho mexicano".¹⁵ Es decir, se publicaron obras o cuerpos jurídicos hispanos pero adicionados con las leyes expedidas por los legisladores mexicanos y con las prácticas jurídicas comunes en el país.

Entre estas ediciones puede citarse la obra publicada en 1837 por Juan Rodríguez de San Miguel.¹⁶ El autor tomó como base un diccionario jurídico editado en 1831 por el español Joaquín Escriche, pero omitió los principios válidos exclusivamente a la realidad peninsular y lo adicionó con leyes y prácticas mexicanas.¹⁷

Como segundo ejemplo, para el año de 1852, puede hacerse referencia a una edición de la obra de Juan Sala, quien en 1803 publicó en Valencia una compilación del derecho castellano y americano titulada *Ilustración del derecho real de España*. La obra mexicana está adicionada con las leyes decretadas en el país durante la primera mitad del siglo.¹⁸

Más tarde, en 1858, salió a la luz la *Curia filípica mexicana*, inspirada en un trabajo que Juan de Hevia Bolaños publicó en Lima en el año de 1644.¹⁹ El autor, de identidad desconocida, se

¹³ DUBLAN y MÉNDEZ, en *Novísimo Sala mexicano*, 1870, vol. I, p. 22.

¹⁴ GONZÁLEZ, 1988.

¹⁵ SOBERANES, 1991, p. X.

¹⁶ Recientemente se publicó una edición facsimilar: ESCRICHE, 1996.

¹⁷ GONZÁLEZ, 1996, p. 23.

¹⁸ *Ilustración del derecho real de España*, 1852.

¹⁹ Recientemente se publicó una edición facsimilar: *Curia filípica mexicana*, 1991.

avocó a la tarea de reunir los procedimientos judiciales empleados en los tribunales mexicanos.²⁰

Un último ejemplo, el más tardío, lo constituye la obra publicada en 1870 bajo el título de *Novísimo Sala mexicano*. Se trata de una nueva edición de la obra de Juan Sala, en esta ocasión anotada por Manuel Dublán y Luis Méndez, quienes le sumaron la legislación mexicana expedida hasta ese momento.²¹

Así, como respuesta a la urgencia de compilar las leyes vigentes se publicaron en esta etapa diversas obras, resultado de la preocupación de los juristas por la dispersión y desorganización de la legislación penal.²²

b) La necesidad de uniformar la legislación:

La segunda demanda que surgió entre los juristas mexicanos resulta más ambiciosa que la primera, pues señala la necesidad de elaborar cuerpos legales coherentes y uniformes. Esta idea se refleja en diversos autores, quienes denuncian el carácter mixto de la legislación en uso. Como ejemplo podemos citar al responsable de la *Curia filípica mexicana*, quien expresa:

...sin exageración, puede decirse que nuestra jurisprudencia criminal es una mezcla informe y monstruosa, compuesta de ideas serviles y liberales, de principios retrógrados y de progreso, de máximas absurdas e inadmisibles y de otras recibidas en países cultos y civilizados. En el mismo código y al lado de la atrozísima e ineficaz ley que estableció el tormento como medio de prueba, se encuentra tal vez otra en que descansa la conciencia del juez para declarar a uno reo de última pena. En el mismo cuerpo de derecho en que vemos admitidos como posibles los delitos de sortilegio,

²⁰ Si bien el autor permanece en el anonimato, José Luis Soberanes piensa que se trata de Juan Rodríguez de San Miguel, idea que plasma en un estudio introductorio sobre la obra. (SOBERANES, 1991).

²¹ *Novísimo Sala mexicano*, 1870. Para un estudio sobre esta edición ver PESET, 1988.

²² Las obras que citamos no son las únicas en este campo, sólo constituyen algunos ejemplos. Faltaría por mencionar, entre otras, más ediciones de la obra de Juan Sala (*Sala mexicano* y *Nuevo Sala mexicano*) o las diversas versiones del *Febrero* (*Febrero mexicano*, *Nuevo Febrero mexicano* y *Novísimo Febrero mexicano*).

sin hechizos y encantamientos, en que vemos sancionadas las inmorales penas de la marca y los azotes, y en que se pone a los reos por medio de juramento en la dura alternativa de cometer un nuevo crimen perjurándose, o de condenarse a sí propios, en ese mismo cuerpo de derecho vemos también sentado el principio de humanidad de que vale más salvar al delincuente que condenar al inocente.²³

Concluye el autor: “¿para qué detenernos en la enumeración de las anomalías que contiene la legislación bárbara de otros tiempos y que tan mal se aviene con las circunstancias de nuestro siglo?”²⁴

Más tarde, Manuel Dublán y Luis Méndez califican a la legislación penal de “impropia e inadecuada para el grado de cultura a que México ha logrado llegar”, subrayando la urgencia de expedir “...nuevos códigos para sustituir los actuales, que dados para otras épocas, para otras necesidades, para otras costumbres y otra forma de gobierno, no pueden absolutamente estar en armonía con las ideas y necesidades de hoy”.²⁵ Más adelante agregan: “...así es que cada vez consideramos más indispensable la formación de un código penal, que haga cesar la jurisprudencia consuetudinaria, ya santificada en el foro por la necesidad de no imponer penas que la civilización y la costumbre han rechazado con justicia”.²⁶

Como puede observarse esta demanda se relaciona con la idea de la necesidad de elaborar códigos modernos, como los que se habían expedido ya en las naciones europeas.²⁷ Sin embargo esta labor sobrepasa los esfuerzos individuales, pues la responsabilidad y la capacidad de promulgarlos recae en el poder legislativo que, como sucedió en México, puede cederlo al ejecutivo otorgándole facultades extraordinarias. Por ello hubo que esperar algunos años hasta el nombramiento de las comisiones encargadas de redactar los proyectos que sancionarían las autoridades facultadas para hacerlo.

²³ *Curia filípica mexicana*, 1991, p. 371.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ DUBLÁN y MÉNDEZ, en *Novísimo Sala mexicano*, 1870, vol. I, p. 22.

²⁶ *Ibidem*, vol. II, p. 23.

²⁷ En Prusia el código procesal civil se redactó en 1781 y el civil en 1794; en Austria el procesal civil data de 1782, el penal de 1787, el procesal penal de 1788 y el civil de 1811. Sin embargo el primer código moderno es el civil francés de 1804, pues es el pionero en terminar con la pluralidad de los sujetos jurídicos. A este documento le sigue el penal, decretado en 1810. En España el primer código penal se aprobó en 1822.

II. LA OBRA DE JOSÉ HILARIÓN ROMERO GIL

El esfuerzo de José Hilarión Romero Gil se inserta en las dos demandas que hemos expuesto hasta ahora. En lo tocante a la primera, resulta claro el esfuerzo por recopilar la legislación vigente en un solo documento. En ello coincide con los otros autores a que nos hemos referido, sin embargo, a diferencia de ellos, no toma como referente una obra hispánica sino que parte de leyes mexicanas y recurre a los cuerpos legales o los escritos jurídicos españoles sólo para llenar las lagunas. Así, como el autor mismo enuncia, se basó principalmente en la ley del 16 de diciembre de 1853 (al que se refiere como *Novísimo reglamento de justicia*), la ley del 23 de mayo de 1837 y la del 30 de mayo de 1853. Sin embargo, apunta:

...en los puntos cuestionables, y en los que el silencio de las leyes han dejado indecisos, se han puesto las decisiones de las obras más conocidas en el foro y más consultadas, como las Instrucciones prácticas del Señor Conde de la Cañada, la Curia Filípica y el Diccionario del Señor Escribano, siguiendo las que me han parecido más juiciosas y fundadas.²⁸

Este carácter mixto nos permite considerar su trabajo como ejemplo del “derecho de transición” (retomando el concepto propuesto por María del Refugio González). Al igual que las obras de este tipo, presenta medidas o instituciones propias del derecho absolutista o de Antiguo Régimen, y leyes características del derecho ilustrado y liberal.

el segundo en 1848 y el tercero en 1870, mientras que el de enjuiciamiento criminal se promulgó en 1879 y el civil tuvo que esperar hasta 1889. Como último ejemplo nos referiremos al ámbito italiano, cuyo código civil data de 1865. (Al respecto ver BELLOMO, 1996, pp. 1-34 y TOMÁS Y VALIENTE, 1979, pp. 511-516). También las nacientes repúblicas latinoamericanas estaban inmersas en un proceso de codificación. Los primeros códigos penales se redactaron en Perú y en Bolivia en el año de 1822, los siguen El Salvador (1826), Brasil (1830), Venezuela (1863), Argentina (1865), Paraguay (1871), Cuba (1872), Chile (1874), Colombia (1887), Guatemala (1889) y Uruguay (1889). (OLMO, 1981, p. 134).

²⁸ ROMERO GIL, 1854, p. 6.

Para ejemplificar este carácter y adentrarnos en el análisis del contenido partiremos de los siguientes conceptos: caracterización del delito y de la responsabilidad criminal, sujetos del derecho y jurisdicción judicial, y sanciones y bases del procedimiento penal. Con la intención de ubicar la obra de Romero Gil dentro del panorama legislativo de la época su trabajo se contrastará con otras obras del periodo. Como punto de partida se tomará la legislación española (*Novísima recopilación de las leyes de España*, 1805); y para ilustrar los cambios en el periodo republicano se eligieron tres publicaciones repartidas en el tiempo: la edición del diccionario de Escriche (1837), de la obra de Juan Sala (1852 y 1870) y de la *Curia filípica* (1858).²⁹

El código de procedimientos penales que nos ocupa define al delito como "...la transgresión voluntaria de una ley penal, ejecutada a sabiendas en perjuicio de la sociedad en general o alguno de sus individuos". Establece una diferencia entre delitos públicos (que ofenden a la sociedad misma o causan daño a la república), y delitos privados (que dañan a un individuo, sin causar gran perjuicio a la sociedad).³⁰

Este punto resulta de gran interés, pues está especialmente entremezclado de ideas viejas y nuevas. A primera vista podríamos pensar que Romero Gil dejó atrás la concepción propia del derecho absolutista o de Antiguo Régimen (que entendía al delito no sólo como un atentado contra el orden de este mundo, representado por el soberano, sino también como una falta a Dios o sus leyes), pues en su obra especifica que el delito es el acto que transgrede una ley penal, sin hacer mención a los mandamientos divinos. Sin embargo, en el renglón de delitos contra la sociedad incluye actos contra la religión.³¹ Por tanto, todavía considera que estos atentados constituyen delitos contra el orden social, sin contemplar la diferencia entre delito y pecado. Así, sigue pensando en

²⁹ Estos cuerpos están citados en la primera parte de este trabajo, donde se hace una referencia general a su contenido. (ESCRICHE, 1996; *Ilustración del derecho real de España*, 1852; *Curia Filípica Mexicana*, 1991 y *Novísimo Sala mexicano*, 1870).

³⁰ ROMERO GIL, 1854, título XXIV, sección primera, párrafo I, artículos 897-898. (Es la misma definición que contiene el diccionario de Escriche. (ESCRICHE, 1996)).

³¹ ROMERO GIL, 1854, título XXIV, sección primera, párrafo I, artículo 899.

castigar actos como la blasfemia (palabras dichas contra Dios, María Santísima o sus santos);³² o bien, no sólo condena la herejía sino que considera a sus responsables como "delincuentes atroces", igualándolos con los salteadores de caminos, homicidas alevosos o envenenadores.³³

La definición presenta otros aspectos tradicionales. Marca una diferencia entre delito privado y público, mientras que en la concepción moderna todo delito es considerado como un atentado contra la sociedad en su conjunto pues representa un rompimiento del pacto originario o del "contrato social." Si un individuo agrede a otro o se apodera de sus bienes no atenta únicamente contra la víctima sino que está rompiendo el acuerdo original, en que se comprometió a respetar el derecho de los asociados con el fin de ver los suyos propios garantizados. Así, gran parte de los delitos se convierten en delitos públicos y por tanto merecen ser perseguidos de oficio. Por ello, pierde importancia la noción de atentado contra el individuo. En cambio, Romero Gil da mucha cabida a este concepto y, a contraposición del derecho moderno, no introduce el término de "asociados" ni se refiere a sus derechos.

En cuanto a los conceptos nuevos, es importante señalar que aun cuando la separación entre delito privado y público no es moderna, el sólo hecho de hablar de individuo ya es un paso adelante, pues el derecho tradicional sólo contemplaba faltas al Rey o a Dios. Con ello abre las puertas al individualismo, dejando atrás la concepción de la sociedad como un cuerpo.

Pero el punto más importante se relaciona con la responsabilidad criminal. Se introduce la idea de que, para ser considerado un delito, el acto debe ser cometido no sólo a sabiendas (en ello coincide con la legislación colonial),³⁴ sino también de forma volunta-

³² *Ibidem*, título XXIV, sección segunda, párrafo IV, artículo 972. En ello coincide con la legislación española y todas las obras publicadas antes de la promulgación de las Leyes de Reforma. (*Novísima recopilación de las leyes de España*, 1805; ESCRICHE, 1996 y *Curia Filípica Mexicana*, 1991).

³³ ROMERO GIL, 1854, título XXX, sección única, párrafos I-II, artículo 1118.

³⁴ Ver, por ejemplo, *Novísima recopilación de las leyes de España*, 1805, libro duodécimo.

ria.³⁵ La noción de voluntad está ligada a la de libertad, siendo el libre albedrío uno de los elementos esenciales del derecho liberal.

En lo tocante a la responsabilidad criminal el código de José Hilarión Romero Gil presenta un aspecto novedoso: exime de culpa a los muertos, independientemente del delito cometido.³⁶ Así, considera que la acción criminal se extingue con la muerte del acusado.³⁷ En cambio, en la legislación anterior, tanto la culpa como el castigo sobrepasaban la vida del delincuente, al menos para determinados crímenes.³⁸

Otro punto interesante para el análisis es el campo del pluralismo de los sujetos del derecho, frente a la idea del derecho común o de la igualdad jurídica. Como todas las obras publicadas antes de 1855, año en que se expidió la *Ley Juárez* que terminó con los fueros judiciales y las leyes privativas, el trabajo de Romero Gil responde a los postulados de Antiguo Régimen.³⁹ Durante la época absolutista el derecho era uniforme en razón al territorio, pero no en razón a los individuos, pues se contemplan diferentes leyes para cada cuerpo, que además eran juzgados por sus propios tribu-

³⁵ En este sentido retoma la propuesta de la edición mexicana del diccionario de Joaquín Escriche, quien considera que sólo comete un delito el individuo que lo hace de forma voluntaria (ESCRICHE, 1996, p. 178); tendencia que se observa también en la edición que en 1871 se hizo de la obra de Juan Sala, que exime de responsabilidad criminal a los sujetos que cometen un delito impelidos por la fuerza, con lo que introduce la noción de la libertad. (*Novísimo Sala mexicano*, 1870, vol. II, pp. 7-12).

³⁶ ROMERO GIL, 1854, título XXIV, sección segunda, párrafo III, artículo 930.

³⁷ *Ibidem*, título XXIV, sección primera, párrafo III, artículo 911.

³⁸ Por ejemplo, en la legislación colonial, los hijos y los nietos de los herejes (hasta segunda generación por línea masculina y primera por femenina), quedaban impedidos para ocupar cargos públicos. (*Novísima recopilación de las leyes de España*, 1805, libro duodécimo, título tercero, ley III). O bien, el castigo continuaba con la muerte del ejecutado. Es el caso de los salteadores, que después de ahorcados eran descuartizados, pues los fragmentos del cuerpo se colocaban en los caminos que habían utilizado para delinquir. (*Novísima recopilación de las leyes de España*, 1805, libro duodécimo, título diecisieteavo, ley I). En la edición mexicana de la obra de Escriche se considera que el delito se extingue por la muerte excepto en el caso de la mujer que hubiera dado muerte a su marido. (ESCRICHE, 1996, p. 178). Las excepciones son más amplias en la *Curia filípica mexicana*, pues se extienden a los delitos de traición, herejía y robo sacrilego (*Curia filípica mexicana*, 1991, cuarta parte, sección primera, artículos 1-6, pp. 371-373).

³⁹ Ver *Novísima recopilación de las leyes de España*, 1805, libro duodécimo.

nales. Si bien en el siglo XIX en México no se trata ya de criterios estamentales y se parte de un derecho común, subsistían los fueros militar y eclesiástico.⁴⁰

Por otra parte, no se contempla separación entre las jurisdicciones civil y eclesiástica y se reconoce la capacidad de los templos para brindar asilo a los delincuentes, con el fin de liberarlos o disminuir la pena que merecía su delito.⁴¹

Respecto a las sanciones, el trabajo de Romero Gil presenta un carácter vanguardista. A diferencia de la legislación colonial, elimina las penas de confiscación de bienes o castigos como los azotes o la mutilación. Además contempla la cárcel como lugar de castigo y no únicamente como sitio de detención.⁴² Por otro lado, consigna que las penas infamantes no debían trascender a la familia del reo, pues "la infamia sólo debe sufrirla el que la ha merecido por sus hechos".⁴³

En lo relativo al procedimiento sigue admitiendo la delación y la pesquisa, que se eliminan de los códigos modernos.⁴⁴ Además, preserva la prohibición de que las mujeres fungieran como parte acusadora, aún en delitos privados como el adulterio.⁴⁵ Pero a la vez, incluye principios propios de la Ilustración, que dejan atrás el

⁴⁰ Como ejemplo ver ESCRICHE, 1996, p. 265; *Ilustración del derecho real de España*, 1852, vol. II y *Curia filípica mexicana*, 1991, parte primera, sección quinta, artículo 60, p. 11.

⁴¹ ROMERO GIL, 1854, título XXX, sección única, párrafos I-II, artículos 1115-1118. Lo mismo postulan: ESCRICHE, 1996, p. 54; *Ilustración del derecho real de España*, 1852, vol. II, p. 345; y *Curia filípica mexicana*, 1991, cuarta parte, sección duodécima, artículos 144-151, pp. 472-479.

⁴² ROMERO GIL, 1854, título XXVIII, sección única, párrafo III, artículos 1102-1105.

⁴³ *Ibidem*, título XXVI, sección segunda, párrafo III, artículo 1074.

⁴⁴ *Ibidem*, título XXIV, sección primera, párrafo II, artículo 902 y sección segunda, párrafo I, artículos 919-922. En este aspecto coincide no sólo con la legislación española (*Novísima recopilación de las leyes de España*, 1805, libro duodécimo, título treinta y dos-treinta y cuatro), sino también con las obras mexicanas editadas en las primeras décadas del siglo XIX: ESCRICHE, 1996, p. 265; *Ilustración del derecho real de España*, 1852, vol. II, p. 311; y *Curia filípica mexicana*, 1991, cuarta parte, sección primera, artículos 1-6, pp. 371-373.

⁴⁵ ROMERO GIL, 1854, título XXIV, sección segunda, párrafo II, artículo 923. Lo mismo consignan ESCRICHE, 1996, p. 18 y *Curia filípica mexicana*, 1991, cuarta parte, sección primera, artículos 1-6, pp. 371-373.

derecho procesal propio de Antiguo Régimen. Por ejemplo, se prohíbe que, con el fin de lograr la confesión, se emplearan el tormento o la mortificación con hierros, ataduras o privaciones.⁴⁶ O bien, establece que a partir de la confesión el juicio debía celebrarse de forma pública.⁴⁷

También suma principios propios del derecho liberal, como algunas garantías del procesado. Por ejemplo, se consigna que la detención antes del auto motivado de prisión no podía exceder de ocho días;⁴⁸ o bien, que no se podía proceder a la prisión de un individuo sin que precediera la información sumaria del hecho que la motivara.⁴⁹ Por último contempla también el respeto a la propiedad privada y postula que para efectuar un cateo se debía contar con la orden expedida por un juez, que sólo podía autorizarlo en los casos contemplados por la ley.⁵⁰

En síntesis, el contenido del código de procedimientos penales analizado en este trabajo presenta un panorama mixto, pues incluye medidas que datan de la legislación colonial y otras que son propias del horizonte moderno. Comparte en ese sentido el carácter de las otras obras de "transición" y se inserta en la primera demanda de los juristas: recopilar la legislación dispersa y reunirla en un documento de fácil consulta.

Lo que resulta especialmente interesante en la obra de José Hilarión Romero Gil es que, al menos en la forma, puede también inscribirse en la segunda de las demandas presentes en su época: la modernización de la legislación penal. En este sentido considero que es un trabajo pionero.⁵¹

⁴⁶ ROMERO GIL, 1854, título XXVI, sección primera, párrafo V, artículo 1031.

⁴⁷ *Ibidem*, título XXVI, sección segunda, párrafo I, artículo 1039.

⁴⁸ *Ibidem*, título XXVI, sección primera, párrafo III, artículo 995.

⁴⁹ *Ibidem*, título XXVI, sección primera, párrafo III, artículo 990.

⁵⁰ *Ibidem*, título XXVI, sección primera, párrafo IV, artículo 1021.

⁵¹ Resulta interesante el hecho de que, paralelo al esfuerzo de José Hilarión Romero Gil, se suscitó en Veracruz otro intento por reunir la legislación vigente y darle la forma de un código moderno. Se trata de una propuesta de código penal elaborada por José Julián Tornel y presentada a la legislatura de Veracruz en el año de 1853. Al igual que el resto de las obras de "transición" presenta un carácter mixto, que combina ideas modernas como la preexistencia de la ley para el castigo del infractor o la idea de que sólo resultan válidas las medidas que responden al bien público; con apartados tradicionales, como la admisión de los delitos contra la religión y la aplicación de penas in-

Si bien el autor no podía investirse funciones legislativas y añadir o eliminar leyes, con lo que se queda en calidad de recopilador, al menos en la estructura logra que su trabajo se asemeje a un código que, como apunta Francisco Tomás y Valiente, debe presentar divisiones lógicas y temáticas y parte de conceptos generales para llegar a preceptos concretos.⁵² Así, como ya se dijo, José Hilarión Romero Gil no parte de una obra española y la adiciona, con lo que respetaría la lógica organizativa del derecho tradicional. De hecho, considera que "bajo el sistema de los tratadistas antiguos" resultaba difícil el estudio de la legislación y se perdía la relación entre las materias.⁵³ Por ello organizó la legislación vigente dotándola de una estructura similar a la adoptada en los modernos cuerpos europeos: estructuró su cuerpo en títulos, secciones, párrafos y artículos.⁵⁴ En síntesis, en lo tocante a la forma, dotó a su compilación de un toque de modernidad.

Además, y aunque esto no entre en el plano jurídico, cabe observar que la obra fue publicada de acuerdo a las necesidades de distribución editorial de la época, pues se vendía por entregas semanales, al igual que la novela de folletín.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El esfuerzo de José Hilarión Romero Gil puede ubicarse en las demandas presentes en los juristas de su época. Por ello, su trabajo presenta características comunes a un conjunto de publicaciones que se editaron antes y después que la suya, tales como las ediciones de la obra de Juan Sala o de Escriche, o bien de la *Curia filí-*

famantes. Resulta novedoso, en comparación con otras obras el hecho de que el autor proponga el castigo del concubinato, para el cual contempla las siguientes penas: para las mujeres tres años de destierro y dos de trabajo en hospitales, y para los varones seis meses de arresto y tres años de servicio en la policía. Cabe hacer notar que muchas secciones de la propuesta de Tornel sirvieron como base para el código penal de Veracruz, que se promulgó tres años antes que el del Distrito Federal, es decir, en 1868. (TORNEL, 1853).

⁵² Ver nota número nueve.

⁵³ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁴ Por ejemplo, el código penal francés, que data del periodo napoleónico, así como el de instrucción criminal, se dividen en libros, capítulos, secciones y artículos. Por su parte, el penal español de 1822 se divide en partes, títulos, capítulos y fracciones; y el de 1860 en libros, títulos, capítulos, artículos y fracciones.

pica. Todas ellas pueden considerarse obras a caballo entre el mundo penal propio del Antiguo Régimen y una nueva concepción del derecho criminal, que recogería los postulados de los ilustrados y que se organizaría en base a los preceptos del liberalismo.

Los autores que las escribieron tenían clara conciencia de la necesidad de elaborar códigos y de los objetivos que éstos perseguían, pero debieron limitarse a recopilar colecciones o anotar obras que reúnen medidas que, en ciertos campos, resultarían incluso contradictorias.

La situación, como resulta lógico, sólo se solucionó con la promulgación de los códigos mexicanos, el penal que data de 1871 y el de procedimientos penales, elaborado en 1880. Con ellos la legislación mexicana adoptó los principios de la escuela clásica o liberal del derecho penal, dejando atrás los viejos preceptos coloniales.

IV. REFERENCIAS

- BELLOMO, Manlio, 1996 *La Europa del derecho común*, Rima, Il Cigno Galileo Galilei (Collana I Libri de Erice 14).
—*Curia filípica mexicana*, 1991 (1858). *Curia filípica mexicana. Obra completa de práctica forense conteniendo además un tratado íntegro de jurisprudencia mercantil*, Prólogo de José Luis Soberanes Fernández, México, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.
- ESCRICHE, Joaquín, 1996 (1837). *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. O sea resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos, dispuesto por orden alfabético de materias, con la explicación de los términos del Derecho. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, Estudio introductorio de María del Refugio González, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, (Serie C, Estudios Históricos 36).
- GONZÁLEZ, María del Refugio, 1988. "Derecho de transición", en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investiga-

- ciones Históricas (Serie C: Estudios Históricos 25), pp. 433-454. 1981, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Históricas (Serie C: Estudios Históricos 12).
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, 1935. *La reforma de las leyes penales en México*, México, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores.
—*Historia, biografía y geografía de México*, 1986. *Historia, biografía y geografía de México*, tres tomos, México, Porrúa.
—*Ilustración del derecho real de España, 1852. Ilustración del derecho real de España. Reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del derecho novísimo y del patrio, y arreglada según las leyes publicadas hasta 1850*, México.
- LIPARI, Nicolás, 1980. *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Real Colegio de España.
- MACEDO, Miguel, 1984 (1923). *Historia sinóptica del derecho penal*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año VIII (8), pp. 55-67. 1931. *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, México, Editorial Cultura.
—*Novísima recopilación de las leyes de España, 1805. Novísima recopilación de las leyes de España. Dividida en doce libros. En que se reforma la recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en 1567, reimpresa por última vez en 1775. Mandada formar por Carlos IV*, Madrid.
—*Novísimo Sala mexicano, 1870. Novísimo Sala mexicano o ilustración al derecho real de España, con las notas de D.J.M. de Lacunza. Edición corregida y considerablemente aumentada con nuevas anotaciones y refundiciones, relativas a las reformas que ha tenido la legislación de México hasta 1870, por los señores Dublán y Méndez*, México, Imprenta del Comercio de N. Chávez.
- OLMO, Rosa del, 1981, *América Latina y su criminología*, México, Siglo XXI.
- PESET, Mariano, 1988. "Novísimo Sala mexicano o el final del viejo derecho indiano", en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Históricas (Serie C: Estudios Históricos 25), pp. 895-913.

- RODRÍGUEZ, Ricardo, 1911. *Leyes del procedimiento penal promulgadas en México desde su emancipación política hasta 1910*, México, Tipografía de la viuda de F. Díaz de León Sucs., 1902, *El código penal de México y sus reformas. Contiene una exposición histórica de las leyes penales vigentes en México antes de la promulgación del código y una sección de precedentes y legislación comparada con las instituciones penales adoptadas por la misma ley*, México, Herrero Hermanos.
- ROMERO GIL, José Hilarión, 1854. *Código de procedimientos civiles y criminales. Arreglados al Novísimo Reglamento de Justicia de 1853*, México, Imprenta de Tomás S. Gardido.
- SOBERANES, José Luis, 1991. "Prólogo", en *Curia filípica mexicana*, 1991, pp. VII-XIII.
- TARELLO, Giovanni, 1976. *Storia della cultura giuridica moderna. Tomo 1: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Società Editrice il Mulino (Collezione di Testi e di Studi).
- TORNEL, José Julián, 1853. *Proyecto de código criminal formado por el Sr. Lic. D. José Julián Tornel quien lo presentó a la legislatura del Estado de Veracruz*, México, Edición de El Siglo XIX-Imprenta de Ignacio Cumplido.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, et al., 1990. *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial (Alianza Universidad 662).
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, 1989. *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid, Alianza Editorial. (Alianza Universidad). 1979. *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos (Biblioteca Universitaria).
- TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro, 1991. *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, Alianza Editorial.

- RODRÍGUEZ, Ricardo, 1911. *Leyes del procedimiento penal promulgadas en México desde su emancipación política hasta 1910*, México, Tipografía de la viuda de F. Díaz de León Sucs., 1902, *El código penal de México y sus reformas. Contiene una exposición histórica de las leyes penales vigentes en México antes de la promulgación del código y una sección de precedentes y legislación comparada con las instituciones penales adoptadas por la misma ley*, México, Herrero Hermanos.
- ROMERO GIL, José Hilarión, 1854. *Código de procedimientos civiles y criminales. Arreglados al Novísimo Reglamento de Justicia de 1853*, México, Imprenta de Tomás S. Gardido.
- SOBERANES, José Luis, 1991. "Prólogo", en *Curia filípica mexicana*, 1991, pp. VII-XIII.
- TARELLO, Giovanni, 1976. *Storia della cultura giuridica moderna. Tomo I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Società Editrice il Mulino (Collezione di Testi e di Studi).
- TORNEL, José Julián, 1853. *Proyecto de código criminal formado por el Sr. Lic. D. José Julián Tornel quien lo presentó a la legislatura del Estado de Veracruz*, México, Edición de El Siglo XIX-Imprenta de Ignacio Cumplido.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *et al.*, 1990. *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial (Alianza Universidad 662).
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, 1989. *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid, Alianza Editorial. (Alianza Universidad). 1979, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos (Biblioteca Universitaria).
- TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro, 1991. *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, Alianza Editorial.

RACIONALIDAD ANALÓGICA: UN MODO DE ACCESO AL IUSNATURALISMO HISTÓRICO

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. Derecho: Concepto Análogo. 1.1 Sobre la analogía en sí misma. 1.2 Analogado principal, en el orden del conocer. 1.3 Cómo resolver la cuestión del analogado principal en el orden del ser. 1.3.1 Posición original de González Morfín, respecto del analogado principal del derecho. 1.3.2 La posición actual de González Morfín, respecto del analogado principal del derecho. 1.3.3 Nuestra posición actual. II. Cuestionamiento sobre la historización de los derechos humanos y la justicia. III. Iusnaturalismo histórico. 3.1 Naturaleza e historia. 3.2 La analogía entre el acto y el inequívocamente otro. La analéctica como método. IV. Crítica de la juricidad mexicana desde el iusnaturalismo histórico.

I. DERECHO: CONCEPTO ANÁLOGO

El concepto "derecho" no es unívoco, no significa una sola cosa, no da cuenta solamente de una realidad. Por "derecho" entendemos la ley, en cuanto que conjunto de normas; pero también al decir "derecho", entendemos las facultades que poseemos como sujetos, como seres humanos, como personas; además, cuando decimos "derecho" también sabemos que es la relación que se da entre el obligado para con otro a darle lo que le corresponde, que es la justicia; y todavía más, cuando se dice "derecho" se sabe que se trata de una ciencia, la llamada "Ciencia del Derecho". Son cuatro realidades distintas que todas son "derecho".

La palabra "derecho" es *ambigua*, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de "banco"), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí.¹

¹ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*. ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 14.

Ante la constatación de lo anterior Carlos Nino escribía:

Disentimos de lo expresado por el profesor Nino. Es cierto que el vocablo "derecho" no es *unívoco*, pero tampoco es *ambiguo*; se trata de un término *análogo* y precisamente por los "significados relacionados estrechamente entre sí". La relación analógica entre los diversos sentidos de la palabra "derecho", lejos de ser "la peor especie de ambigüedad" como dice Nino, proporciona un instrumento intelectual muy importante para el conocimiento del fenómeno jurídico en su integridad.

Efraín González Morfín nos propone² acceder al ser del derecho por medio del conocimiento análogo, es decir por la analogía. Y esto en virtud de que el derecho es un concepto análogo y no unívoco; de tal manera que se abstrae la realidad del derecho por medio del conocimiento que proporciona la analogía.

De acuerdo con su etimología, el conocimiento análogo se da *ana logon*, esto es, según la relación de un ser con otro.

La analogía supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido, mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos.

Si no se diera conveniencia entre los seres conocidos por analogía, no se podría pasar del ser más conocido al menos conocido; por otra parte, si no se diera discrepancia, sería inútil la analogía, ya que el tránsito de un ser a otro no añadiría ningún conocimiento nuevo y sería formalmente tautológico...³

Según Mauricio Beuchot la *analogía* es un método de conocimiento, que constituye *casi una racionalidad*.

La analogía es un método, un modo de pensamiento y hasta casi una racionalidad en la que se trata de salvaguardar las diferencias en el margen de cierta unidad. Las diferencias son lo principal, y la unidad es solamente proporcional. Es un método porque es un instrumento lógico, ayuda a pensar ordenando las cosas en una je-

² GONZÁLEZ MORFIN, Efraín, "Analogía, ser del derecho y ser de la sociedad", en *Jurídica*, núm. 6, *Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, julio de 1974.

³ GONZÁLEZ MORFIN, *op. cit.*, p. 283.

rarquía o gradación, o por lo menos según la relación de proporción que guardan entre sí. Es relacional y ordenada, busca estructurar las cosas por sus semejanzas y diferencias, y por sus grados de éstas, ayuda a distinguir para poder unir sin forzar las cosas. La analogía está vinculada con la distinción, y ésta se logra sobre todo en la discusión; por eso es dialógica también.⁴

Así el derecho es un término que se predica en forma análoga de varias realidades: la norma o derecho objetivo, la facultad o derecho subjetivo, lo justo objetivo y la ciencia del derecho.

1.1 Sobre la analogía en sí misma

Antes de adentrarnos en el conocimiento analógico del Derecho, conozcamos un poco más a la analogía en sí misma, y veamos sus distintas clases.

Se dice que existen tres clases principales de analogía: *de desigualdad*, *de atribución* y *de proporcionalidad*. Y en la analogía "tenemos tres elementos: un nombre común a varias cosas, una razón o concepto significado por ese nombre, y unas relaciones que tienen las cosas analogadas con esa razón significada".⁵

La analogía de desigualdad, es la "menos propia" dice Beuchot, y siguiendo a Cayetano⁶ escribe que es la que tiene que ver con "todas aquellas cosas cuyo nombre es común y la razón significada por ese nombre es completamente la misma, pero desigualmente participada".⁷ Por ejemplo el nombre "cuerpo" es participado de modo diferente por los cuerpos inferiores y los superiores, teniendo estos últimos mayor perfección que los primeros.

La segunda analogía es la de atribución. Esta —dice Beuchot— "sí cumple con la prioridad y la posterioridad de orden en cuanto a la significación"; y explica: "quiere decir que la razón o noción

⁴ Mauricio BEUCHOT, "Sobre la analogía y la filosofía actual", en *Analogía Filosófica*, México, enero-junio de 1996, p. 61.

⁵ BEUCHOT, *op. cit.*, p. 62.

⁶ Se trata de DE VIO, Tomás (1469-1534), el famoso Cardenal Cayetano, en su obra clásica sobre la materia: *De nominum analogia*.

⁷ BEUCHOT, *op. cit.*, p. 62.

significada por el nombre sirve de polo o término por relación con el cual los significados son diversos y guardan una jerarquía”.⁸

Debemos distinguir entre analogía de atribución intrínseca y extrínseca, y en éstas el analogado principal y los secundarios. La analogía de atribución, atribuye determinada forma o cualidad a un ser, que la tiene de manera propia y sobresaliente, y a otros seres que la tienen con dependencia respecto del anterior. Es intrínseca la analogía cuando tanto el analogado principal como los analogados secundarios tienen realmente la forma o perfección atribuida. Por el contrario, en la analogía de atribución extrínseca la forma de perfección se da realmente sólo en el analogado principal, pero no en los secundarios, que reciben la misma denominación verbal porque tiene que ver o se relacionan de alguna manera con el analogado principal.⁹

La tercera analogía es la de proporcionalidad; dice Beuchot que “es la más propia”.¹⁰

El nombre que tiene esta analogía es común, y la razón significada por ese nombre es sólo proporcionalmente la misma. Es decir, los analogados se unifican porque proporcionalmente significan lo mismo, como la vista corporal y la intuición intelectual son proporcionalmente lo mismo. Pero sólo proporcionalmente. Es una semejanza de relaciones, y no tanto de cosas. Esta analogía se divide en dos: analogía de proporcionalidad propia y analogía de proporcionalidad impropia o metafórica. Esta última es la más cercana a la equivocidad, y sólo se aplica a uno de los términos relacionados, pues sólo uno recibe la denominación o la predicación de manera literal, mientras que el otro la recibe de manera metafórica; como en “la risa es al hombre lo que las flores al prado”, y con fundamento en esa relación de proporción podemos decir metafóricamente “el prado ríe”, entendiéndolo por comparación con el hombre. La analogía de proporcionalidad propia es el modo más perfecto de la analogía, pues en ella el nombre común se dice de ambos analogados sin metáfora, y respetando proporcionalmente

⁸ *Ídem., supra*, p. 64.

⁹ Cfr. GONZÁLEZ MORFÍN, *op. cit.*, p. 284.

¹⁰ BEUCHOT, *op. cit.*, p. 65.

las diferencias de uno y otro, como en “el corazón es al animal lo que el cimiento es a la casa”.¹¹

La analogía de signo suareciano es la de atribución; la de signo tomista es la de proporcionalidad.¹² Nuestro filósofo dominico, Mauricio Beuchot, como buen seguidor del Aquinate, al comparar las analogías de atribución y de proporcionalidad, dice que esta última es:

...la analogía más perfecta y principal porque se hace según la causa formal intrínseca (mientras que los otros modos lo hacen preponderantemente según la denominación extrínseca, ya que en la de atribución sólo el analogado principal tiene denominación intrínseca, y en esta de proporcionalidad propia la tienen todos los analogados).¹³

Es necesario decir, en contra de lo que sostiene Beuchot, que en la *analogía de atribución intrínseca*, tanto el analogado principal, como el o los analogados secundarios, tienen las cualidades del ser, sólo que el principal lo tiene de manera prioritaria; tal como sucede en la analogía de *proporcionalidad propia*. Dice González Morfín:

Es intrínseca la analogía cuando tanto el analogado principal como los analogados secundarios tienen realmente la forma o perfección atribuida...¹⁴

Además, el filósofo jalisciense, más inclinado a aceptar la analogía de corte suareciano —quizás por su formación jesuita—, al referirse a la analogía de proporcionalidad, dice que:

Aunque explícitamente esta analogía no incluye la dependencia como nota evidente de su contenido, reductivamente la requiere, si se trata de proporcionalidad propia y no sólo metafórica.¹⁵

¹¹ *Ídem., supra*.

¹² Cfr. GONZÁLEZ MORFÍN, *op. cit.*, p. 285.

¹³ BEUCHOT, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

¹⁴ GONZÁLEZ MORFÍN, *op. cit.*, p. 284.

¹⁵ *Ídem., supra*, p. 285.

Para hacer uso de la racionalidad analógica en relación al derecho, vamos a tomar en cuenta lo dicho anteriormente sobre la analogía, y tomaremos el camino propuesto por la analogía de atribución, siguiendo las enseñanzas del maestro González Morfín, quien hace este planteamiento:

Debemos, pues, distinguir dos aspectos del problema de la analogía en el derecho: primero, cuál es el analogado principal para el conocimiento humano, es decir, la realidad jurídica que, por la relación que tiene con otras realidades jurídicas, nos lleva a conocerlas en un proceso que va de lo más conocido a lo menos conocido o desconocido. En segundo lugar, cuál es el analogado principal en el orden del ser, es decir, aquella realidad jurídica en la que se da propiamente la esencia del derecho y que influye realmente en los analogados secundarios, si se trata de analogía intrínseca, o por lo menos fundamenta su denominación jurídica, si la analogía es extrínseca.¹⁶

Antes de intentar resolver lo relativo a la cuestión del analogado principal tanto en el orden del conocer, como en el orden del ser, en el Derecho, quiero resaltar la enorme trascendencia que tiene el uso de la racionalidad analógica a las cuestiones jurídicas.

Para nuestros propósitos, la racionalidad, el modo de pensamiento, que constituye la *analogía*, es muy importante, ya que nos permite romper con la *univocidad* del derecho. Mauricio Beuchot escribe que

...por causa de la modernidad se perdió el sentido de la analogía y se buscó únicamente la univocidad: lo claro y distinto; y por causa de la postmodernidad da la impresión de que se va hacia lo equívoco, al menor por rechazo de lo unívoco.¹⁷

Y eso precisamente sucedió con el concepto del derecho en la Modernidad, reservándolo para la normatividad impuesta por el Estado; es por lo que el Derecho moderno se entiende desde una concepción unívoca de la juridicidad, y no acepta teóricamente la

¹⁶ *Ídem.*, *supra*. p. 287.

¹⁷ BEUCHOT, *op. cit.*, p. 66.

posibilidad del pluralismo jurídico; a éste sólo puede aceptarse en una racionalidad analógica, que no es una racionalidad formal sino que parte de la realidad. Por otro lado la equivocidad de la postmodernidad, es producto de su relativismo, que rompe con una idea de la juridicidad que puede ser una y varia.

1.2. *Analogado principal, en el orden del conocer*

Estamos de acuerdo con González Morfín, que sostiene que el analogado principal para el conocimiento humano, es el derecho subjetivo; es la realidad jurídica que descubre o conoce primeramente el ser humano. No conoce el hombre primero la norma, ni lo justo objetivo, ni mucho menos la ciencia jurídica. Su primer descubrimiento es en cuanto a sus derechos elementales, aunque sólo los balbucee, los intuya, es decir, aunque no puede bien decirlos y ni sistemáticamente explicarlos.

... la vivencia del derecho del ser humano común, desde su infancia, apunta hacia el derecho como facultad de cada quien sobre lo suyo, y hacia la justicia como respeto recíproco de esa facultad...¹⁸

Cuando en el orden del ser se considera, explícita o implícitamente, como analogado principal al derecho objetivo, esto es a la ley, a la normatividad, se está haciendo a un lado un dato objetivo de la vida real, que es el conocimiento que tiene el sujeto, el ser humano, de sus facultades.

1.3 *Cómo resolver la cuestión del analogado principal en el orden del ser*

Empecemos por decir cuál de los analogados no podemos aceptar como analogado principal del Derecho: la ley o normatividad, el derecho objetivo.

Existen quienes afirman que el analogado principal en el orden del ser es la norma jurídica. Esta consideración trae como conse-

¹⁸ GONZÁLEZ MORFÍN, *op. cit.*, p. 288

cuencia toda una concepción del hombre y de lo jurídico, en la cual la vida humana se subordina al derecho objetivo y éste se convierte en una serie de principios racionales o de expresiones normativas de razones de Estado.

Nosotros, siguiendo la postura original de Efraín González Morfín, hemos sostenido, hasta ahora, que el analogado principal del Derecho es el derecho subjetivo.¹⁹

Decíamos que González Morfín tenía como postura original la defensa del *derecho subjetivo* o facultad como analogado principal del Derecho, porque en sus últimos trabajos ha venido sosteniendo que lo *justo objetivo* es prioritariamente el Derecho.

Vamos a ver de qué modo, con qué argumentos, con qué razonamientos, ha defendido una y otra de sus posiciones.

1.3.1. Posición original de González Morfín, respecto del analogado principal del derecho

Esta posición original del maestro González Morfín, de sostener que el Derecho de manera prioritaria es la facultad del ser humano sobre lo suyo, esto es, el derecho subjetivo, la sostenía con tesis fundadas en el ser y valor de la persona humana. Con argumentos personalistas, pues, escribe:

Si se ha de sostener la concepción equilibrada del derecho en el orden del conocimiento y en el orden del ser, hay que decir que la realidad original o analogado principal es la facultad o potestad moral de la persona sobre lo suyo, con toda la amplitud que corresponde a esa expresión tan breve: se trata no sólo de bienes físicos o materiales, sino de todo el repertorio ontológico de que puede disponer el ser humano para desplegar sus capacidades y alcanzar su fin.²⁰

¹⁹ Cfr., DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas*, ed. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1992; y *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*, ed. Jus, México, 1992 (Se trata de la segunda edición, en la primera no abordamos el tema de la analogía.).

²⁰ GONZÁLEZ MORFÍN, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

Y agrega:

El significado aceptable de la fidelidad o del servicio a la norma sólo puede consistir en ser fieles o en servir a las personas que se benefician del cumplimiento de las normas, sin convertir en fin último de la decisión o de la conducta la intermediación normativa, que carece de valor último en sí.²¹

Tampoco lo justo objetivo es el analogado principal, sostenía González Morfín. La objetividad de lo jurídico como expresión de la justicia deviene de la facultad o potestad de la persona, "única capaz de exigir auténticamente algo a otras personas."²²

Todavía en un ensayo publicado en 1989, el actual Secretario de Educación Pública del Estado de Jalisco, sostenía su posición original; escribía:

El sentido fundamental del derecho, al que sirven los demás significados, es el derecho como facultad o potestad de la persona sobre su ser, capacidades, actividades, posesiones para lograr su desarrollo histórico y llegar a la plenitud de su fin último, la unión con Dios.²³

1.3.2. La posición actual de González Morfín, respecto del analogado principal del derecho

En unos artículos publicados en 1994, el maestro González Morfín cambia su postura con relación al analogado principal del Derecho, sosteniendo que es lo justo objetivo.²⁴

Explica así su posición:

En relación con la analogía, hay que recordar que el término "dere-

²¹ *Ídem.*, *supra.* p. 293.

²² *Ídem.*, *supra.* p. 290.

²³ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Doctrina social cristiana y derechos humanos", en *Jurídica* 19, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1988-1989, p. 245.

²⁴ Cfr., GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Filosofía del derecho. Epistemología", *op. cit.*, p. 188; y "Filosofía del derecho. Ontología", en *Revista Jurídica Jalisciense* núm. 9, Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas", Universidad de Guadalajara, Guadalajara, mayo-agosto de 1994.

cho" significa tres realidades diferentes y relacionadas entre sí: derecho objetivo o lo justo objetivo, es decir, cosa o conducta que se debe a otro; derecho subjetivo o facultad del titular del derecho respecto de lo justo objetivo que se le debe; derecho normativo o norma que establece tanto lo justo objetivo como la facultad y la obligación en relación con el mismo. De estas tres realidades se predica el término "derecho". Hay que considerar cuál es el analogado principal y qué tipo de analogía se da entre los tres derechos.

La pregunta por el analogado principal se refiere a la realidad que es derecho en sentido propio y prioritario. Si se considera esta cuestión con objetividad, debe reconocerse que la facultad y la norma existen para que las personas humanas, individuales y asociadas, puedan lograr, conservar y promover lo justo objetivo que se les debe en los distintos ámbitos de la existencia humana. La afirmación contraria resulta absurda: no se puede afirmar que lo justo objetivo existe para que haya normas y la gente tenga derechos subjetivos. A pesar de que el acento en el estudio del derecho se suele cargar sobre la norma o sobre la facultad subjetiva, debe aceptarse que norma y facultad son analogados secundarios, es decir, derecho por referencia a lo justo objetivo. Imagínese una sociedad saturada de normas jurídicas y de derechos subjetivos, pero con el inconveniente de que las normas no se cumplen y los derechos subjetivos no se pueden ejercer con eficacia. Falta la realidad concreta y existencial de lo justo objetivo en las diversas relaciones jurídicas. No hay duda de que en este caso la ausencia del derecho objetivo, del *jus* objeto de la justicia, manifiesta con claridad la insuficiencia y el carácter instrumental de la facultad y de la norma. Es correcta la definición que atribuye el derecho objetivo, la cosa o conducta que se debe a cada quien, como objeto propio a la virtud de la justicia.²⁵

Tanto cuando sostenía que el analogado principal era el derecho subjetivo,²⁶ como ahora que sostiene que es lo justo objetivo,²⁷ considera que se trata de analogía de atribución extrínseca, pues sólo el analogado principal tiene las cualidades del Derecho en sentido propio.

²⁵ GONZÁLEZ MORFÍN "Ontología", *op. cit.*, p. 152.

²⁶ GONZÁLEZ MORFÍN "Analogía...", *op. cit.*, p. 300.

²⁷ GONZÁLEZ MORFÍN "Ontología", *op. cit.*, p. 153.

1.3.3. Nuestra posición actual

Nosotros hemos venido sosteniendo que la raíz de todo derecho es el ser humano; en la persona humana radica el derecho, en cuanto que ser con un valor individual y que se realiza como tal en la relación con los demás. Si partimos de este dato real, como dice Mounier *realismo personalista*,²⁸ podemos establecer la prioridad de lo jurídico tanto en la persona que exige lo que es suyo, esto es en la facultad o derecho subjetivo, como en lo justo objetivo, que implica la cosa o conducta que se debe a otro, a la otra y a las otras personas. Y en una y otra opción, pensamos que se trata de analogía de atribución intrínseca; el ser del *ius*, del derecho, está en uno y otro analogado. Lo fundamental para nosotros está en sostener la juridicidad como algo profundamente, radicalmente, humano.

En cualquiera de las hipótesis anteriores, creemos que la normatividad también es derecho en sentido propio, pero como analogado secundario, subordinado a la persona humana, ya sea en cuanto que exige lo suyo (facultad o derecho subjetivo), o en cuanto que se le debe una conducta o una cosa (justo objetivo); en ese sentido la ley está al servicio de la persona. El derecho como ciencia, consideramos que es analogado secundario, subordinado entonces, también. Pero en este caso sí se trata de una atribución extrínseca; la ciencia jurídica, no tiene las cualidades del *ius*.

Creemos que no es fácil resolver lo relativo al analogado principal del Derecho, entre el derecho subjetivo y lo justo objetivo. Por un lado encuentro que la posición que hemos sostenido de aceptar la facultad o derecho subjetivo como el prioritario de la juridicidad ha motivado entusiasmas adhesiones y ha servido de fundamento a posturas jurídicas humanistas innovadoras;²⁹ y sostener el derecho subjetivo como lo fundamental del derecho, resulta muy importante en los aspectos de raíz concernientes a los derechos humanos, constituye su base y una motivación para vivirse y para exigirse.

²⁸ *Cf.*, MOUNIER, Emmanuel, *El Personalismo en Obras III*, ed. Sígueme, Salamanca, 1990, p. 463.

²⁹ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, en su tesis de maestría "Direito e Novos Movimentos Sociais; Uma Abordagem a Partir da Filosofia da Libertação em Enrique Dussel", da una gran relevancia al modo en que reflexionamos sobre el derecho aceptan-

Pero, por otro lado, como bien dice González Morfín actualmente, de nada sirven los derechos subjetivos que no se pueden ejercer con eficacia, faltando la realidad concreta y existencial de lo justo objetivo; mismo que implica la *obligación* para con el otro de darle la cosa o conducta debida, que no es algo distinto que su derecho.

González Faus, citando a Simone Weil, sostiene que la noción de obligación prima sobre el derecho; ya que un derecho no es eficaz por sí mismo sino por la obligación que le corresponde.³⁰ Lo justo objetivo implica la obligación de manera prioritaria, pues está en la base de la relación en que se le da al otro la cosa o conducta que se le debe.

Estamos conscientes que estas reflexiones constituyen sólo aproximaciones, ya sea tanto para confirmar nuestra posición de aceptación del derecho subjetivo como analogado principal o para el convencimiento por la opción de lo justo objetivo, como lo prioritario de la esencia del *ius*. A estas alturas de la investigación no puedo fundar mi opción. Pero sí reiterar que partimos de la base que la juridicidad es radicalmente humana; que el Derecho tiene como raíz al ser humano mismo; y esto aparece priorizando tanto el derecho subjetivo como lo justo objetivo.

II. CUESTIONAMIENTO SOBRE LA HISTORIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA

De acuerdo a lo que hemos dicho, resulta claro que estamos ubicados en la corriente de Filosofía del Derecho del iusnaturalismo. Los derechos humanos que constituyen los derechos subjetivos más importantes, lo justo objetivo que no es otra cosa que la justicia, y el bien común en cuanto que conjunto de beneficios para todos que se construyen socialmente cumpliendo cada uno con sus obligaciones, constituyen la más rica veta de reflexión de ese iusnaturalismo.

do al derecho subjetivo como analogado principal, y lo proyecta como una base que motiva a los "nuevos movimientos sociales", esto en su apartado 3.2. que titula: "Jusnaturalismo histórico: a essencialidade dos direitos subjetivos e dos direitos humanos", Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, octubre de 1996.

³⁰ GONZÁLEZ FAUS, José I., "Derechos humanos, deberes míos", II, en *Christus* núm. 703, México, noviembre-diciembre de 1997, p. 47.

Sin embargo esos derechos, esa justicia y ese bien común, de larga trayectoria iusfilosófica, frecuentemente se convierten sólo en ideas sin ninguna incidencia social, sin trascendencia histórica. El peligro del iusnaturalismo es su ahistorización.

Con razón se pregunta Ignacio Ellacuría, refiriéndose al bien común y a los derechos humanos —y nosotros podríamos ampliar la pregunta sobre la justicia—: "¿Por qué esos temas tan graves en un correcto planteamiento de la ética personal y de la ética política han tenido tan poca incidencia en la configuración ética de la persona y de la sociedad? ¿Por qué, al contrario, han servido y están sirviendo para una tan permanente negación real del bien común y de los derechos humanos? ¿Cómo se debería orientar el enfoque de este problema para que realmente se propiciara un efectivo bien común y un ejercicio actual de los derechos humanos?"³¹

El mismo Ellacuría nos ofrece esta respuesta: "su mismo carácter formal y su interpretación en la línea de la abstracción idealista... De lo cual resulta que ni se tiene claro cuál debe ser en cada situación histórica el contenido del bien común, ni se tiene determinado cuál es el camino de conseguirlo."³² En otras palabras, falta su historización. Y esto acarrea que se acepte lo establecido como justo y como la realización del bien común.

Para aceptar la validez de los postulados iusnaturalistas, es necesario historizar los derechos humanos, la justicia y el bien común.

Ellacuría nos dice en qué consiste esa historización, que no es otra cosa que "ver cómo se está realizando en una circunstancia dada lo que se afirma abstractamente como un 'deber ser' del bien común..." y "...en la posición de aquellas condiciones reales sin las que no se puede dar la realización efectiva del bien común..."; en síntesis: "la historización consiste entonces, en probar cómo se da en una realidad histórica determinada lo que formalmente se presenta como bien común... y en mostrar cuáles son los mecanismos por lo que se impide o se favorece la realización efectiva del bien común."³³

³¹ ELLACURÍA, Ignacio, "Derechos humanos en una sociedad dividida", en *Christus*, núm. 527, México, octubre de 1979, p. 42.

³² *Ídem.*, *supra*, p. 44.

³³ *Ídem.*, *supra*, pp. 45 y 46.

En relación directa a los derechos humanos, Ellacuría pensaba la historización en estos términos:

La historización consiste *a)* en la verificación praxica de la verdad-falsedad, justicia-injusticia, ajuste-desajustes que se da del derecho proclamado; *b)* en la constatación de si el derecho proclamado sirve para la seguridad de unos pocos y deja de ser efectivo para los más; *c)* en el examen de las condiciones reales, sin las cuales no tienen posibilidad de realidad los propósitos intencionales; *d)* en la desideologización de los planteamientos idealistas, que en vez de animar a los cambios sustanciales, exigibles para el cumplimiento efectivo del derecho y no sólo para la afirmación de su posibilidad o desiderabilidad, se convierten en obstáculo de los mismos; *e)* en la introducción de la dimensión tiempo para poder cuantificar y verificar cuándo las proclamaciones ideales se pueden convertir en realidades o alcanzar, al menos, cierto grado aceptable de realización.³⁴

III. IUSNATURALISMO HISTÓRICO

El iusnaturalismo que aceptamos es el que hemos denominado *iusnaturalismo histórico*³⁵ y que otros han llamado *iusnaturalismo crítico* o "racionalidad crítica del derecho natural".³⁶ Esta concepción iusnaturalista no entiende el derecho natural como un cuerpo normativo acabado, terminado una vez y para siempre; sino como un conjunto de criterios racionales basados en los datos objetivos que nos proporciona la naturaleza del ser humano, esto enriquecido con el personalismo. Le llamamos histórico porque pretende afrontar el reto de la ahistorización que señala Ellacuría, y para ello introducimos categorías de pensamiento de la filosofía de la liberación (totalidad/ exterioridad, alienación/liberación)³⁷ y, también como categoría filosófica, el *mispát*, esto es, la concep-

³⁴ ELLACURÍA, Ignacio, "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", en *Estudios Centroamericanos (ECA)*, núm. 502, San Salvador, 1990, p. 590.

³⁵ Cfr., DE LA TORRE RANGEL, *op. cit.*

³⁶ Cfr., HERRERA FLORES, Joaquín, "Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1987, p. 408.

³⁷ Cfr., DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la Liberación*, ed. Edico, México, 1977.

ción bíblica del Derecho como liberación del oprimido.³⁸ Creemos que con estas categorías podemos reflexionar siempre en concreto, históricamente, sobre los derechos humanos, la justicia y el bien común.

No pretendemos ocuparnos aquí de esta reflexión iusfilosófica que ya hemos expuesto en otros lugares. Sino que nuestro objeto es ahora enriquecer esa reflexión a partir de la racionalidad analógica, tomando para ello algunas ideas de Mauricio Beuchot.

3.1. Naturaleza e historia

Es frecuente la crítica a la locución *iusnaturalismo histórico*, por implicar, se dice, una contradicción precisamente entre naturaleza e historia, ya que la primera es inmutable y la segunda implica cambio constante. Beuchot nos muestra, como haciendo uso de la analogía, esto es desde la racionalidad analógica, el ser humano puede ser considerado entre naturaleza e historia, porque en la persona humana hay naturaleza o esencia y es quien hace la historia. Beuchot escribe:

Por eso creo que la naturaleza y la historia se junta en el ser humano, el hombre es el lugar de su encuentro, su límite y horizonte; él es limítrofe y analógico respecto de ellas, y así puede integrarlas. Integrarlas sin destruirlas, sino creando una consideración más amplia, más compleja de las mismas. El hombre hace de la naturaleza una naturaleza histórica, pero también da a la historia una estructura que evita su ambigüedad caótica, le da una estructura dinámica, analógica, pero estructura, al fin y al cabo.³⁹

El ser humano naturaleza e historia; no unívocamente esencia, no sólo naturaleza; sino que análogamente, proporcionalmente, naturaleza e historia en relación: ser en la historia.

³⁸ Cfr., MIRANDA, Porfirio, *Marx y la Biblia. Crítica a la Filosofía de la Oposición*, México, 1971; y. SICRE, José L., *Con los pobres de la tierra. La justicia social en los profetas de Israel*, ed. Cristiandad, Madrid, 1984.

³⁹ BEUCHOT, Mauricio, "Réplica a Ángel Hernández", en *Isonomía* núm. 6, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril de 1997, pp. 180 y 181. (Se trata de una respuesta al artículo de Ángel Hernández publicado en la misma revista titulado "¿Fundamentación o protección de los derechos humanos? Las tesis de Bobbio y de Beuchot").

3.2. *La analogía entre el otro y el inequívocamente otro. La analéctica como método*

Levinas dice que el *otro* se manifiesta en el *rostro*, y la “presencia del rostro significa así una orden irrecusable —un mandato— que detiene la disponibilidad de la conciencia”.⁴⁰ Así decimos que el *otro* provoca a la justicia, por el solo hecho de ser *otro*.

Dice también Levinas:

La significancia del rostro, en su abstracción, es, en el sentido literal del término, extraordinaria, exterior a todo orden, exterior a todo mundo.⁴¹

Aquí es donde entra lo *analéctico*, que en palabras de Dussel “quiere indicar el hecho real humano por el que todo hombre, todo grupo o pueblo se sitúa más allá (anó-) de la totalidad”.⁴²

La analéctica nos abre el horizonte metafísico, el más allá de la totalidad: la exterioridad, el ámbito del otro. El ámbito de la analéctica es la exterioridad, es decir el ámbito mismo del otro.

En nuestro concepto, pues las categorías de la Filosofía de la Liberación permiten la historización de los derechos humanos, el bien común y la justicia. Es el *otro*, desde la *exterioridad*, el que dará siempre la pauta de una búsqueda histórica de la vigencia real de los derechos humanos, la justicia y el bien común. Y de un modo inequívoco, son los oprimidos, los pobres, el *otro* en su expresión más radical, los que nos permitirán darle el dinamismo histórico a la justicia y al bien común, pues viene reclamado por aquellos que sufren violación sistemática de sus derechos.

La analéctica nos lleva al lugar desde donde debemos pensar la justicia:

—Desde el ser humano, cualquier ser humano, libre e inmanipulable que la provoca;

⁴⁰ LEVINAS, Emmanuel, *Humanismo del otro hombre*, ed. Siglo XXI, México, 1974, p. 61.

⁴¹ *Ídem.*, *supra*, p. 60.

⁴² DUSSEL, *op. cit.*, p. 166.

—E inequívocamente, de manera radical, desde el pobre, desde el oprimido, desde el negado, desde aquel que sufre la injusticia, esto es, desde el *inequívocamente otro*.

La distinción entre el *otro* y el *inequívocamente otro* la hace Dussel,⁴³ tratando de subsanar la deficiencia que ve en Levinas tendiente a la equivocidad,⁴⁴ al no distinguir al *otro* próximo cualquiera del *otro oprimido, excluido, negado, víctima* de la totalidad instrumental, que vendría a ser el *inequívocamente otro*.

En esta cuestión, una vez más desde la racionalidad analógica, Beuchot dice:

Además, el conocimiento analógico del otro como prójimo y como oprimido puede subsanar deficiencias que se echan de ver en la postura de Levinas del conocimiento y del reconocimiento del otro, que a veces corre el riesgo de equivocismo.⁴⁵

Y es que es al *otro* que en justicia se le deben cosas y conductas, se le debe su derecho; y entre el *otro* —cualquiera persona— y el *inequívocamente otro* —persona negada, excluida, víctima—, existe una relación analógica. Hay una base de igualdad, los mismos derechos comunes; sin embargo el *inequívocamente otro* es distinto, pues en el momento histórico concreto es víctima de la injusticia, padece la ausencia de la eficacia en el ejercicio de sus derechos.

Esta racionalidad analógica nos enriquece las reflexiones sobre el *iusnaturalismo histórico*; hace precisamente que se trate de un *iusnaturalismo* no abstracto, pues acepta la relación proporcional de naturaleza e historia en el ser humano. Además no le basta afirmar la igualdad esencial de todos los seres humanos, basándose en su dignidad, busca, por el contrario, que aquellos que han sido aplastados en su dignidad sean realmente, históricamente, beneficiarios de esa igualdad que se afirma en abstracto.

⁴³ *Cfr.*, DUSSEL, *op. cit.*, p. 53; y SCANNONE, Juan Carlos, *Teología de la liberación y praxis popular*, ed. Sígueme, Salamanca, 1976, pp. 151 y 152.

⁴⁴ DUSSEL, Enrique, “La analogía de la palabra, (El método analéctico y la filosofía latinoamericana)”, en *Analogía Filosófica*, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁵ BEUCHOT, “Sobre la analogía...”, *op. cit.*, p. 75.

IV. CRÍTICA DE LA JURIDICIDAD MEXICANA DESDE EL IUSNATURALISMO HISTÓRICO

Considerando que una de las tareas de la filosofía del derecho es la crítica permanente; se puede desde el *iusnaturalismo histórico*, hacer una reflexión de la juridicidad en México que sea socialmente útil, en búsqueda de la justicia y la efectividad de los derechos humanos.

La juridicidad mexicana puede ser abordada críticamente desde el *iusnaturalismo histórico*. Desde el reclamante de justicia, desde aquel que es negado en sus derechos, se pueden establecer criterios para evaluar el sentido de la normatividad, los intereses que ésta protege y su eficacia; también podremos saber qué tanto, en cosas y conductas, se les debe a esos otros reclamantes de lo suyo; y sabremos qué derechos que la ley reconoce, no dejan de ser declaraciones programáticas y qué otros, no reconocidos, simples anhelos.

Creemos que es necesaria una crítica seria de la juridicidad en México, que implique criterios éticos sólidos. Ésta puede hacerse, como hemos dicho, desde el *iusnaturalismo histórico* que incorpora la *racionalidad analógica*.

SECCIÓN MONOGRÁFICA

LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS Y LA JUSTICIA ELECTORAL EN MÉXICO

José Luis DE LA PEZA

SUMARIO: I. *Introducción y delimitación del tema*; II. *Breve referencia a nuestra evolución histórica*; A) *El México precolombino*; B) *El México colonial*; C) *El México independiente*; III. *El debate internacional*; IV. *Análisis del régimen normativo vigente*; A) *El contenido del artículo 40, Constitucional*; B) *Determinación de conceptos*; C) *Inclusión y alcances de la cuestión electoral*; a) *Deberes impuestos por el Convenio 169 de la OIT*; b) *Principios impuestos por el Convenio 169 de la OIT que deben respetarse*; V. *La autonomía indígena a través de la institución municipal*; A) *Marco general*; B) *La situación en México*; C) *Los inconvenientes legales*; VI. *Breve referencia a la legislación oaxaqueña*; VII. *Comentario final*.

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

El movimiento armado que estalló en Chiapas el 1° de enero de 1994 vino a poner de relieve la existencia en México de un conflicto de carácter étnico, ya que independientemente de las demandas de carácter puramente económico o político, el tiempo transcurrido desde entonces ha dejado ver la existencia de un substrato indígena demandante de ciertas prerrogativas de índole social y cultural, principalmente relacionadas con sus formas de convivencia y autodeterminación, así como de subsistencia de sus costumbres centenarias.

Quienes estudian la problemática de los pueblos indígenas, suelen considerar que la misma y, en general, la relacionada con las llamadas "minorías", tiene su origen en el fenómeno del colonialismo, esto es, en la expansión por cualquier medio de culturas

dominantes que en su desarrollo absorben o eliminan a otras culturas, cuestión que, a su vez, se manifiesta en la opresión de un pueblo sobre otro, con inevitables consecuencias fatales para el grupo y cultura oprimidos. No obstante ello, también se afirma que, hoy en día, se puede señalar que el asunto de mérito se centra en gran medida en la interrelación que se da entre los pueblos y grupos indígenas con el "Estado-Nación" y sus diferentes órganos.

Rodolfo Stavenhagen resume los problemas fundamentales que enfrentan las comunidades indígenas, en seis grupos: a) definición, membresía y estatuto legal; b) la tierra, el territorio y los recursos; c) el desarrollo económico; d) lengua, educación y cultura; e) el derecho indígena y la organización social; y f) el autogobierno, la autonomía y la libre determinación.²

Ahora bien, al ser una cuestión eminentemente interdisciplinaria, un estudio integral de la misma implicaría abarcar el análisis por ámbito de materia, ya que en dicho universo se detectan cuestiones de índole jurídico, sociológico, político, económico, cultural (dentro del que encuadraríamos la problemática educativa) y, probablemente, hasta psicológico. No pretendo desarrollar tan colosal tarea, ya que requeriría manejar datos y materias lejanas, cuando no ajenas, a las disciplinas que he cultivado en mi vida profesional, docente y académica.³

Por el contrario, circunscribiré el presente trabajo a llamar la atención —y tan sólo eso—, de las dificultades que pueden derivarse en la aplicación de los sistemas de usos y costumbres adoptados en las comunidades indígenas del país con la existencia de normas positivas de derecho, constitucionales y secundarias.

¹ En este sentido, *vid.*, MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor, "Los derechos de los grupos indígenas en la Constitución (La adición al artículo 4o.)", en *Reformas constitucionales y modernidad nacional*, (Leonel Pérez Nieto, compilador), Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, Cambio XXI Fundación Mexicana, México, 1992, pp. 78 y ss.

² *Cfr.*, STAVENHAGEN, Rodolfo, "Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional", en *Revista del Instituto de Derechos Humanos*, San José, julio-diciembre, 1989, pp. 43 y ss.

³ Debe tenerse en cuenta, por otra parte, lo escaso que resultan los estudios jurídicos que se ocupen del fenómeno indigenista, en específico del derecho consuetudinario de las distintas etnias, pues en su mayor parte los análisis de la materia se han llevado a cabo desde el punto de vista antropológico o sociológico, y aun éstos no se concentran en los usos y costumbres de dichas comunidades.

Tal precisión merece, a su vez, una nueva acotación. No señalaré la problemática en la aplicación de usos y costumbres en cualquier materia jurídica, sino que trataré de limitarme a ciertas cuestiones de índole electoral, cuyo complejo entramado ameritan, a mi juicio, especial atención: las relativas a la justicia electoral, entendida ésta en la dimensión que le dieron las reformas constitucionales de 1996: un sistema pleno de control de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de los órganos y autoridades encargadas de organizar, celebrar y calificar los comicios municipales, estatales y federales, por virtud de los cuales se renueven los integrantes de los órganos de gobierno a elegir mediante el sufragio universal, así como la actividad de los órganos encargados de resolver las controversias que en dichos actos se presenten.

Una vez precisado el objetivo específico de estudio, haré una breve referencia, a los antecedentes históricos que estimo esenciales para el entendimiento actual de las circunstancias que prevalecen en México⁴ respecto de la cuestión indígena, para posteriormente hacer mención del régimen jurídico previsto en nuestra Ley Fundamental y los principios que del mismo deben derivarse.

Ahora bien, tales consideraciones, las referiré al caso de Oaxaca, respecto del sistema de usos y costumbres previsto en la constitución local y la ley electoral reglamentaria, la experiencia adquirida en dicha entidad durante el proceso electoral local en el año de 1995 y los problemas que eventualmente puedan surgir para el proceso electoral de 1998. El caso de Oaxaca constituye un universo complejo y representativo de la situación indígena y, en mi concepto, su sistema legal de reconocimiento de usos y costumbres puede considerarse, pese a todos los inconvenientes que

⁴ Omitiré una descripción de los antecedentes que construyeron el sistema de justicia electoral con que actualmente contamos y los principios que lo sustentan, debido a dos razones fundamentales. La primera: no estimo indispensable su inclusión en el presente análisis, ya que dicho tópico será abundado desde el derecho positivo, haciendo de manera excepcional alguna referencia a instituciones o procedimientos pretéritos. Además, ya en otros estudios he abordado la temática de mérito, *cfr.*, DE LA PEZA, José Luis, "Notas sobre la justicia electoral en México", conferencia pronunciada en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Electoral, celebrado en la ciudad de Cancún, Quintana Roo, el 23 de marzo de 1998, en prensa.

podieren señalarse, como un punto de partida para abordar la cuestión.

El presente estudio no pretende ceñirse fundamentalmente a una postura de *lege ferenda*, sino principalmente al desglose y comentario de la normatividad vigente, sin que pasen desapercibidas las críticas y exigencias que infinidad de actores de la vida política y jurídica nacionales han hecho valer. Valga esta precisión para que el lector tenga a bien comprender el objetivo trazado: mejorar la normatividad aplicable a partir del conocimiento de la vigente.

II. BREVE REFERENCIA A NUESTRA EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A) El México precolombino

Como señala Soberanes Fernández,⁵ es muy poco lo que realmente sabemos de los elementos que constituían el derecho indígena, así como la forma en que operaban, debido a su carácter preponderantemente consuetudinario, la destrucción de la mayor parte de las fuentes de conocimiento y demás testimonios originales, así como por la imperiosa necesidad en que se encontraron obligados los indios de ir abandonando sus costumbres para adoptar las europeas.⁶

Pese a que es en el Periodo Clásico (años 1 a 1000 d. C.) de la cultura mesoamericana durante el cual tienen lugar el desarrollo

⁵ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 4a. ed., Porrúa, México, 1996, p. 29.

⁶ Debemos tener en cuenta asimismo la advertencia que realiza Esquivel Obregón, en el sentido de que muchas de las fuentes que nos fueron dejadas se realizaron por personas más interesadas en errar "curiosidades" y consecuentemente poco objetivas, así como también en el hecho de que los datos recolectados por los misioneros son poco confiables, "...pues sabido es que en los pueblos primitivos la historia y la ritualidad son del dominio exclusivo de la clase sacerdotal, y los sacerdotes que quedaron después de la conquista debieron ocultar sigilosamente su carácter, y, si no lo lograban, no han de haber sido muy comunicativos en lo que tocaba a sus antiguos dioses... pues sabido es cómo, en el mismo Egipto, en que se conservaban los hechos aun con inscripciones fonéticas sobre piedra, se adulteraban las narraciones para seguir los gustos del vencedor o del gobernante que imperaba, y puede por ahí colegirse cuánto más podrían variarse los relatos confiados a la memoria o a la pintura memorativa". ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del Derecho en México*, tomo I, 2a., ed., Porrúa, México, 1984, pp. 137 y ss.

de las grandes ciudades (Teotihuacán, Tajín, Pátzcuaro, Monte Albán, Kaminaljuyú, Kabah, Sajil, Puuc, Chichén y Tikal), lo cual implica que debió existir un notable desenvolvimiento social, político, religioso y jurídico, hoy en día la información más o menos confiable con que se cuenta proviene de la etapa posclásica (años 1000 a 1521 d. C.).⁷ Dentro de este periodo, en la zona central, se suele destacar el surgimiento del *calpulli*, denominación náhuatl que identificaba a los núcleos de población pequeños cuyos integrantes gozaban normalmente de una profesión común, el cual:

Era gobernado por un consejo de ancianos, mismo que era presidido por el *teáchcauch*. El tribunal de cada *calpulli* se denominaba *tecalli* o *teccalco*.

Un conjunto de *calpullis* integraba una unidad política denominada *tlatocáyotl* (o *hueitlatocoyótl* si era más importante), mismo que era gobernado por el *tlatoani*, el cual es... como el gobernante vitalicio con poder político, judicial, militar y religioso, superior al de cualquier otro funcionario de *tlatocayótl*... era escogido entre los hijos del *tlatoque* anterior, o sea, los *tlazopipiltin*; a partir de su elección adquiría un carácter sobrenatural, casi divino.

El *tlatoani* escogía una especie de adjunto suplente que se llamaba el *cihuacóatl*, quien le auxiliaba en el gobierno; además presidía el tribunal supremo *tecpilcali*. Otros tribunales eran el *tlacxitlan* y el *tecalli*... aparte de los especializados para los guerreros, religiosos, sacerdotes y estudiantes, y para los asuntos mercantiles.

... para el control de los diversos *calpullis* se dividía la ciudad en cuatro sectores (*nauhcampan*) al frente de los cuales había un funcionario responsable.⁸

En cuanto a la organización política, en los distintos reinos que integraban lo que actualmente corresponde al territorio mexicano, los historiadores han tratado de encontrar en los pueblos que habitaron el altiplano del país ciertas costumbres "electorales" —iden-

⁷ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *op. cit.*, p. 30.

⁸ *Ibid.*, pp. 32 y ss. Originalmente, el *calpulli* (barrio de gente conocida o linaje antiguo) se fundaba en el parentesco o linaje. Para evitar eventuales levantamientos, *Techo-tlala* ordenó el intercambio poblacional en las comunidades que gobernaba, situación que provocó que la relación que unía a los miembros de los *calpullis* fuera meramente vecinal. *Cfr.*, MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, *El derecho precolonial*, 6a. ed., Porrúa, México, 1992, pp. 11 y ss.

tificadas como “indirectas”— para la sucesión del rey fallecido, elección que debía recaer en alguna persona de la casa real, mediante reglas consuetudinariamente adoptadas, aunque con ciertas variantes según el pueblo de que se trate, llegando inclusive a afirmarse la existencia de gobiernos conducidos por varios príncipes que actuaban colegiadamente. En tanto, se dice que en las organizaciones mayas la organización política provenía de la unión de diversos clanes, con la existencia de jefes de grupo predominantes respecto de los demás y cuyo poder político se transmitía de padres a hijos, forma de gobierno que poco a poco sustituyó a los consejos de ancianos que mandaban y elegían a los funcionarios subalternos. Lo cierto es que no existe plena certidumbre respecto de los aspectos que realmente cubrían a las formas precolombinas, pues de autor a autor suelen encontrarse descripciones distintas, cuando no contradictorias, según la fuente de la que aquellos hayan abrevado.⁹

B) El México colonial

Consumada la conquista, el mosaico de lenguas, razas, cosmovisiones, religiones y estructuras sociales y políticas de las distintas culturas existentes en lo que actualmente es nuestro territorio— así como en prácticamente todo el resto del continente— vino a ser sustituido por una visión única apoyada en un régimen jurídico cuyos fundamentos se basaban en la desigualdad, pues se estimaba que cada grupo social cumplía un rol específico dentro de la comunidad,¹⁰ principio que fue adaptado a las condiciones sociopolíticas del nuevo mundo.

En tal concepción, al indígena se le calificó como un “incapaz relativo”. Consecuencia de esta particular consideración hacia la población indígena, se estimó que la misma debía ser “protegida”

⁹ Cfr., GONZÁLEZ, María del Refugio, *Historia del Derecho Mexicano*, McGraw Hill, México, 1998, p. 7; MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El derecho...*, op. cit., pp. 35 y ss., y ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, op. cit., tomo I, pp. 161 y ss.

¹⁰ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia de Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, p. 313.

o “tutelada” por las autoridades y las normas,¹¹ planteamiento que comenzó desde los inicios de la conquista con el testamento de Isabel La Católica y que con el paso de los años se tradujo en una serie de presunciones favorables a los indígenas, así como la adopción de reglas procesales que pretendieron beneficiar a dicha parte de la población, llegándose incluso a crear instancias propias en los litigios en los que se encontrarán involucrados indios.¹²

El régimen jurídico que predominó durante la colonia se caracterizó por ser sumamente burocrático y de un contenido altamente casuístico, pues se encontraba formado por los “cuerpos jurídicos castellanos, reales cédulas, reales órdenes, mandamientos de gobernación, autos acordados, ordenanzas, pragmáticas, leyes”,¹³ entre otros. Tal situación obedeció a que la posibilidad de dictar normas correspondía en principio al soberano, quien podía delegar tal facultad a un individuo o a un grupo de individuos, ordenado a los súbditos que obedecieran las normas así dictadas. Por las particulares características de la Nueva España, aparte de las normas emitidas para todo el reino, existieron reglas especiales a esta colonia dictadas tanto por las autoridades metropolitanas como por las encargadas de la administración local:

En la Nueva España el derecho español era el común, y el dictado para las Indias en general o para la Nueva España en particular, el especial. El primero tenía carácter supletorio, ya que se daba preferencia al último, el cual sólo se dictaba para aquello que, por no es-

¹¹ GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, McGraw Hill, México, 1997, p. 27.

¹² Conforme al planteamiento filosófico actual, la idea de la existencia de castas y clases sociales, con derechos y obligaciones diversos, causa repulsa. Empero, atendiendo al momento histórico en que se presentaron tales circunstancias, se han llegado a defender las virtudes de considerar al indio como “sujeto especial” de derecho: “Malas si se quiere, e ineficaces las Leyes de Indias, tenían cuando menos, algo indiscutiblemente bueno: el principio fundamental que las animaba a considerar al indio en todos los aspectos del sistema, como a un individuo diferente del blanco y del cruzado, a quien era indispensable otorgarle la protección y el cuidado de la Ley mientras elevaba su situación cultural”, MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Las poblaciones indígenas de América ante el Derecho actual*, 2a. ed., Editorial Cultural, México, 1935, p. 64.

¹³ GONZÁLEZ, María del Refugio, op. cit., p. 35. Véase también, SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis., op. cit., pp. 60 y ss.

estar contemplado en el ordenamiento español, requería de regulación propia; esto por lo que se refiere al derecho secular. La legislación pontificia y conciliar requería del pase regio para tener validez en el virreinato; por otra parte, no hay que olvidar que las leyes y costumbres de los naturales sobrevivieron...¹⁴

Los cuerpos normativos especiales para las colonias españolas, o para alguna de ellas en específico, constituyeron la llamada legislación indiana, misma que se caracterizó por la gran cantidad de disposiciones emitidas por el gobierno colonial. De ahí que hayan surgido diversos intentos recopiladores que no fructificaron hasta la recopilación de leyes de los reinos de indias de 1680. En lo que importa, es el libro VI de dicha recopilación el que se encontraba dedicado a los problemas que surgían en relación con el indio, tales como: las reducciones de indios, sus tributos, los protectores de indios, caciques, repartimientos, encomiendas y normas de índole laboral.¹⁵

Ahora bien, a la compleja legislación existente durante la colonia, se agregaba una estructura administrativa igualmente complicada, en donde si bien la última autoridad la constituía el Rey representado en estas tierras por los virreyes, existían otras autoridades independientes de éstos y directamente responsables ante la Corona, como bien lo eran los adelantados, los capitanes generales y los presidentes. Ubicados en el colofón de la estructura administrativa se encontraban los dignatarios municipales, cuyas atribuciones variaban según la forma en la que habían adquirido tal carácter.¹⁶

¹⁴ GONZÁLEZ, María del Refugio, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵ MARGADANT S., Guillermo, *Introducción a la historia del Derecho Mexicano*, 9a. ed., Esfinge, México, 1990, p. 53. En la "Recopilación de las Indias", DE LEÓN PINELO, Antonio (edición y estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella), Miguel Ángel Porrúa (en coedición con varias instituciones educativas y dependencias gubernamentales), México, 1992, se contiene un anteproyecto formulado por De León Pinelo en 1635, en donde la problemática indígena se desarrolla principalmente en el libro VII, la cual pasaría a la edición publicada en 1680 a los libros IV y VI, principalmente, el estudio preliminar, tomo I, p. 59.

¹⁶ De donde se suele decir que existían cuando menos dos corrientes: la autocrática—cuando las funciones públicas eran otorgadas a un cierto grupo de españoles y las mismas eran heredables durante algunas generaciones— y la relativamente democrática. *Cfr.*, MARGADANT S., Guillermo, *op. cit.*, p. 66.

En España, el municipio, cabildo o ayuntamiento, había surgido durante la Alta Edad Media como una forma de los vecinos de tener ingerencia en los asuntos de interés común, primero en forma directa antes de la misa mayor de los domingos y posteriormente mediante la designación de delegados que constituían un cabildo. Poco después, la influencia de los monarcas se infiltró en la institución y así fue como junto con los delegados comunes (llamados concejales) nombrados popularmente, aparecieron los regidores y los corregidores, ambas figuras de origen real.¹⁷

En la Nueva España se encontró un ambiente favorable para que el Municipio se desarrollara, sobre todo debido al aislamiento en que permanecieron las comunidades hispánicas en las colonias durante el siglo XVI y por el hecho de que muchos de los españoles residentes en el nuevo continente habían conocido en sus tierras de origen la institución municipal. Es así como lo básico de este sistema municipal español fue trasladado a las Indias, aunque con matices propios del mundo novohispánico.¹⁸

La institución del municipio se encuentra sumamente ligada con las llamadas "capitulaciones", que no eran sino convenios celebrados entre la Corona y algunos descubridores por virtud de los cuales éstos adquirirían, en ocasiones, el título de "adelantados" (transmisible hereditariamente), que les hacía independientes de virreyes y audiencias y los facultaba a repartir entre los participantes en la expedición respectiva ciertas funciones públicas, así

¹⁷ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *op. cit.*, p. 166.

¹⁸ "La institución municipal hispanoamericana... no constituye un desarrollo independiente, sino la amalgama formada por el principio jurídico hispano implantado con el aparato de dominio colonial en situaciones tan diversas como principios de organización territorial autóctona hayan existido en América. En el contexto mesoamericano suele considerarse a la organización basada en el *calpulli* como la forma predominante. De ahí que se hable de las 'dos instituciones que de alguna forma influyeron en el municipio mexicano: el *calpulli* azteca y el municipio español' ... Esta influencia resulta bastante compleja tanto en los aspectos meramente jurídicos como en la práctica resultante. La reglamentación jurídica colonial cambió de acuerdo con los acontecimientos metropolitanos y adaptándose a las circunstancias americanas. Lo mismo se adaptaron, en la medida de las necesidades y posibilidades, las instituciones indígenas". SALMERÓN CASTRO, Fernando I, "El municipio en la antropología política" en *El municipio en México*. Brigitte Boehm de Lameiras (coordinadora), El Colegio de Michoacán, Zamora, 1987, pp. 119 y ss.

como establecer encomiendas, entre otros privilegios judiciales y administrativos. Por virtud de una "capitulación", pues, era posible constituir un nuevo centro poblacional: ciudad, villa o lugar.¹⁹

Junto con la "capitulación", la fundación de un poblado podría tener verificativo por medio del permiso otorgado por la Corona a un grupo de colonos, supuesto en el cual, cabían dos posibilidades:²⁰ a) que la administración del nuevo centro de población se llevara a cabo mediante la participación directa de todos los colonos, por lo que se hablaba de la existencia de un "cabildo abierto"; y b) que la administración se efectuara por medio de autoridades escogidas periódicamente por los colonos, sistema también conocido como de "cabildo cerrado" y que fue el régimen predominante.

Por lo que hace a las comunidades indígenas,²¹ a éstas les fue permitido por la Segunda Audiencia administrarse por sí mismas, concediéndoseles asimismo jurisdicción en asuntos penales y civiles de menor cuantía e importancia, "utilizando a los antiguos ca-

¹⁹ "Ligábase así a los descubridores con la Corona; pero esa unión se estrechaba con otro vínculo que nacía del contrato: la capitulación o asiento que aquél debía celebrar con aquélla o sus representantes". DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, "Las leyes de descubrimiento en los siglos XVI y XVII", en *Estudios de Historia Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, p. 22.

²⁰ MARGADANT S., Guillermo, *op. cit.*, p. 68.

²¹ ESQUIVEL OBREGÓN, señala, por su parte, que en materia de pueblos indígenas cabe distinguir cuatro clases, a saber: a) pueblos que ya existían antes de la conquista, con instituciones costumbres y territorio propio, sin que sea posible determinar actualmente qué tanto conservaron sus tradiciones pese a la orden real de que fueran observadas y guardadas; b) pueblos que tenían vida civil y costumbres definidas y compatibles con las nuevas costumbres, pero carecían de tierra suficiente para sus necesidades, caso en el cual se ordenaba que ésta les fuere acrecentada; c) pueblos que pese a tener un territorio no se encontraban reducidos a vida civil sedentaria, sino que vivían de la caza, "sin asiento bien definido", supuestos en los que se les respetaba la tierra y se les organizaba conforme a las reglas de la vida municipal castellana, pero conservando sus costumbres; y d) pueblos nuevos ya familiarizados con la cultura española que se asentaban en lugares de avanzada, como medio de introducir las nuevas instituciones e ir reduciendo "a los salvajes". ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio., *op. cit.*, tomo I, pp. 356 y ss. Para los elementos históricos fundamentales de este apartado, preferimos las distinciones que efectúa Margadant por su sencillez, en el entendido de que no existe unanimidad por parte de los historiadores en este aspecto, pues para hablar de una clase de asentamiento indígena se apoyan unos en datos que otros toman para hablar de otro tipo de población o para dar una descripción de carácter general.

ciques oficialmente como *Trait-d'union* entre la administración española y el mundo indiano".²²

Al lado de las nuevas comunidades constituidas por españoles y de los pueblos indios que recibieron un status semejante al de un municipio o ayuntamiento, existían considerables cantidades de grupos indígenas dispersos por el territorio y que se habían retirado intencionalmente de los territorios ocupados por los españoles para evitar el pago de tributos y la participación en los servicios personales y públicos.²³ Por instrucciones de la Corona, a partir de 1598, bajo el gobierno del virrey Conde de Monterrey y mediante el uso de jueces de congregación, se empezó a congregarse por la fuerza a dichos grupos en nuevos centros poblacionales ("reducciones de indios"), con el objeto de que aprendieran a vivir el "modo cristiano-español",²⁴ fomentar su incorporación a la economía de la colonia y, por supuesto, contribuyeran con el pago del tributo respectivo. En tales organizaciones existían alcaldes y regidores indios, así como algunos magistrados inferiores.²⁵ Con miras-

²² MARGADANT S., Guillermo, *op. cit.*, p. 65.

²³ El problema que representaba contar con una población considerable de indígenas dispersa a lo largo y ancho de los territorios conquistados fue anticipado por el propio Cortés en sus *Cartas* y diversas órdenes, inquietud que siguió siendo manifestada por los colonizadores subsiguientes y que se patentizó con numerosos intentos, fallidos, de reducción de indígenas. De las comunicaciones que en estos intentos se produjeron, resalta para nuestra materia una real cédula de 1549, en la que el monarca ordenaba al virrey y a las audiencias a que se persuadiera a los indios "por la mejor, más blanda y amorosa que se pudiese en su provecho y beneficio, se juntasen e hiciesen pueblos de muchas casas juntas en las comarcas que ellos eligiesen, porque estando derramados no pueden ser doctrinados como convendría ni promulgarles las leyes que se hacen en su beneficio. Y que en todos los pueblos se creasen y proveyesen alcaldes ordinarios para que hiciesen justicia en las cosas civiles, y también regidores cadañeros elegidos por ellos para procurar el bien común, y también en cada pueblo de indios hubiese mantenimientos y se instituyesen algunas otras formas institucionales que beneficiaran tanto a los indios como a los españoles que transitasen por ellos". DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, "Las congregaciones de indios como una fase de la política de población y colonización en América", en *Estudios...*, *op. cit.*, p. 130.

²⁴ "Pronto se vio que el aislamiento en que vivían los naturales y su propensión a la dispersión impedía la prédica de la fe, razón por la cual se incentivó la reducción de los aborígenes a poblados (por eso tomaron el nombre de reducciones), que permitía, además, la aculturación del natural". DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *op. cit.*, p. 326.

²⁵ "Cuando un pueblo tenía menos de ochenta casas nombraba anualmente un alcalde y un regidor, y dos alcaldes y cuatro regidores, si tenía más de ese número de casas.

a proteger a los indios en las comunidades de mérito, se estableció la figura del "corregidor de indios" que, mediante la configuración de distritos, vigilaban las actividades de las "reducciones de indios".²⁶

Se suele afirmar que las "reducciones de indios" rompieron con un sistema milenario por el que se había permitido la creación de organismos socio-políticos diversos, para dar cabida a una sola forma de organización semejante a la europea, que, pese a las diferencias sociales, económicas, políticas y religiosas, constituyó una forma de organización que se impuso en nuestro desarrollo económico.²⁷

Tenemos así que en la colonia la distribución del poder iba de la Corona al Consejo de Indias, de éste al virrey y la Audiencia, para descender a nivel provincial y distrital a los gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y menores y tenientes de corregidor, último eslabón político-administrativo trabado a los gobiernos indígenas. Mediante esta estructura el gobierno colonial se aseguraba la recaudación del tributo, la administración y el empleo de los bienes de la comunidad, el repartimiento de mano de obra indígena y la implantación de su orden moral y religioso. El régimen de intendencias introducido en 1786 sustituyó parte de esta estructura por intendentes y subdelegados de las mismas.

Hacia 1560 estaban organizados definitivamente el gobierno y la administración a nivel local a través de cabildos o ayuntamientos indios con apego a la concepción estamentaria de la segregación de la república de indios. Los gobernadores, alcaldes, regidores, jueces, alguaciles y demás oficiales de la república cumplían funciones asignadas por el orden legal dominante, por lo demás desarrollado en grado extremo por los conquistadores. La corporación municipal administraba justicia menor, emprendía obras pú-

Estos oficiales debían de ser indios y ni tales empleos ni ningún otro en pueblo de indios eran vendibles, sino de elección anual en presencia del cura". ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *op. cit.*, tomo I, p. 358.

²⁶ MARGADANT S., Guillermo, *op. cit.*, pp. 68 y 83. Este mismo autor indica que aparte de los tipos de comunidades indígenas arriba señaladas, en las zonas insuficientemente exploradas, existieron las "misiones" formadas, con permiso de la Corona, por los jesuitas u otros frailes y en donde se congregaban pueblos de indios, bajo la autoridad de un fraile y sus asistentes.

²⁷ DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, "Las congregaciones...", *op. cit.*, p. 138.

blicas, fomentaba la fe religiosa, cobraba los tributos reales y manejaba los bienes de comunidad. Los encargados del cabildo eran, a este respecto, funcionarios políticos con los roles de intermediarios entre la comunidad y el estado, papel todavía vigente en la estructura municipal actual.²⁸

Es de resaltarse que los usos y costumbres indígenas precolombinos obtuvieron sanción oficial en el sentido de ser confirmadas, esto es, que las mismas se respetarían y aplicarían en tanto no afectaran la religión católica ni la legislación real, según orden que el 6 de agosto de 1555 dictaron el Emperador Carlos V y la princesa Juana, mandato que fue contenido en la ley 4, título i, libro segundo de la "Recopilación de leyes de los reynos de las Indias", 1680: "Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gouierno y las que se hicieren de nueuo".²⁹

La disposición supone el reconocimiento amplio del Derecho indígena y no pierde vigencia, pues es recopilada.

Sin embargo, el reconocimiento no tiene efectos prácticos. Los pueblos indígenas han conocido numerosas instituciones e incluso, una organización política y administrativa compleja, pero no han

²⁸ VÁZQUEZ LEÓN, Luis, "Gobierno indígena y estructura de poder municipal en dos jurisdicciones de Michoacán, en *El municipio...*, *op. cit.*, p. 98.

²⁹ Decía el decreto: "ORDENAMOS y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gouierno y policía y sus vsos y costumbres obseruadas y guardadas depues que son christianos y que no se encuentren con nuestra sagrada religión y las que an hecho y ordenado de nueuo, se guarden y executen y siendo necesario por la presente las aprouamos y confirmemos con tanto que nos podamos añadir lo que fuere seruidos y nos pareciere que conuiene al seruicio de Dios nuestro señor y al nuestro y a la conseruación y policia christiana de los naturales de aquellas prouincias no perjudicando a lo que tienen hecho ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos". *Recopilación de leyes de los reynos de Indias*, ed., facsimilar de la edición Príncipe de 1681, Escuela Libre de Derecho, Miguel Ángel Porrúa, México, 1987, tomo I, folio 126 (vuelta). En la *Recopilación de Leyes de 1635* esta norma se encontraba como la Ley 6 del mismo título y libro. *Cfr.*, DE LEÓN PINELO, Antonio, *Recopilación...*, *op. cit.*, tomo I, p. 341 y tomo III, p. 3001 (concordancia). "Esta medida no fue una novedad. En la península ibérica la Ley de Toro de 1505 reconocía la existencia de los fueros en los reinos conquistados por los castellanos, no obstante se reservaba el derecho a modificarlos y mejorarlos en caso de ser contrarios a la ley del Estado y de Dios. Esta disposición no hizo sino reactualizar lo establecido por el Ordenamiento de Alcalá de 1348". GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 19.

podido resistir la avasalladora y numerosa legislación castellana. Sólo algunas instituciones, que han recordado las medievales castellanas, han podido sobrevivir mezclándose con aquéllas.³⁰

En cuanto a la impartición de justicia en esta época, se encontraba sujeta a un régimen de múltiples fueros, con tribunales especiales según la materia de la controversia o las partes del litigio. Así, en lo que importa, cuando se presentaban conflictos de poca importancia entre indios, un alcalde del pueblo indio respectivo pronunciaba la sentencia de primera instancia, que luego podía ser apelada ante el cabildo indígena.³¹

Con motivo de las condiciones desfavorables en que se encontraban los indígenas, así como por la particular concepción que respecto de ellos tenían los españoles, el obispo Zumárraga organizó un sistema de audiencias especiales para recibir quejas de los indígenas, el cual continuó el virrey Antonio de Mendoza dedicando dos mañanas por semana a la tarea de atender personalmente las quejas de la población indígena. Como consecuencia de estas prácticas, en 1591 se estableció en México un Juzgado General de Indios, órgano que no excluyó la competencia de los alcaldes mayores y corregidores, pues los indígenas podían libremente optar entre cualquiera de estas autoridades jurisdiccionales. En tanto, para aquellos juicios entre indios y españoles que hubieren sido resueltos en primera instancia por los corregidores o alcaldes mayores, existió la apelación ante la audiencia, en donde a partir también de 1591 se dispuso que debería existir un "protector de indios".³²

³⁰ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho Español*, selección de textos históricos por Sixto Sánchez, Lauro, 4a. ed., EUB, Barcelona, 1995, p. 366. Al respecto remarca Esquivel Obregón que "es de lamentarse que no se haya hecho un estudio y descripción por hombres estudiosos de cada localidad, de las costumbres jurídicas que en ella recuerden las primitivas de sus pueblos...". ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *op. cit.*, tomo I, p. 356.

³¹ MARGADANT S., Guillermo, *op. cit.*, p. 70.

³² *Idem.*

C) El México independiente

La fase de creación del derecho indiano culminó en 1821, subsistiendo este derecho provisionalmente en todo lo que no fuera incompatible con la nueva realidad política, hasta que, gradualmente y de forma sumamente lenta, parte de sus reglas, a menudo modernizadas, se trasladaron a diversas normas expedidas en el México independiente, mientras que otras normas fueron abrogadas, expresa o tácitamente.³³

Pese a que no se presentó un parteaguas respecto del régimen normativo que regulaba las relaciones sociales, debe admitirse, empero, que sí existió un cambio radical en la filosofía que inspiraría a las nuevas leyes, tomada de las ideas que habían surgido durante la ilustración, como reacción en contra de la existencia legal de clases y de castas. Era, pues, la veneración a los principios de la igualdad de todos los hombres. Fue determinante, asimismo, el modelo a seguir que muchos vieron en los Estados Unidos de América, cuyo sistema federal entusiasmó a más de un integrante del Congreso Constituyente de 1823-1824.³⁴

Desde la Independencia, los nuevos países hispanoamericanos sintieron la necesidad de reformar su legislación, mejor dicho, de darse una legislación propia ya que todo su régimen jurídico provenía de las autoridades españolas.

Pero al dictar sus propias leyes, lejos de tener en cuenta el carácter heterogéneo de su población, formada, como en la época colonial por grupos de diversa raza y de diversa cultura, consideraron utópicamente la igualdad de dicha población ante la ley y adaptaron códigos inspirados, cuando no calcados, en la legislación europea contemporánea.³⁵

³³ *Ibid.*, p. 56. Al respecto, señala Soberanes Fernández que las disposiciones indígenas vigentes siguieron siendo relevantes por lo menos hasta 1812-1814 y 1820 y 1821 con la legislación liberal emanada de la Constitución de Cádiz, en que prácticamente las suprimió en aras del principio de igualdad de los gobernados frente a la ley. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *op. cit.*, p. 59. Respecto del orden de prelación de normas una vez constituido el nuevo Estado mexicano. *Cfr.*, pp. 96 y ss.

³⁴ *Cfr.*, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15a ed., Porrúa, México, 1989, p. 153.

³⁵ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Las poblaciones...*, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

Fue así que, primero, en los años que transcurrieron para que el movimiento insurgente lograra la conquista y, después, los difíciles tiempos que siguieron para consolidar el nacimiento de la incipiente nación y las instituciones que habrían de gobernarla, que la población indígena fue olvidada como grupo étnico y cultural diverso al mexicano mestizo, a efecto de que se incorporara, nuevamente, a un régimen jurídico que le era ajeno.

El establecimiento del principio jurídico fundamental de igualdad de los hombres, inspirado como he dicho en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en donde el sistema central se basa en la protección del individuo en su persona y en sus bienes y en la exaltación del individuo dentro de la sociedad, no vino a solucionar la marginación en que se encontraban los indígenas mexicanos, sino a profundizarla, puesto que en las comunidades indígenas que aún no abandonaban los primitivos sistemas comunales en los que el individuo se encuentra absorbido dentro del grupo, un sistema individualista, impuesto a rajatabla, no podía sino fracasar.³⁶

No sería hasta épocas recientes que en nuestro ordenamiento positivo se plasmó expresamente el reconocimiento del Constituyente Permanente y el legislador secundario de las condiciones en que se encuentran las poblaciones indígenas. Sin embargo, debe destacarse la participación de Ignacio Ramírez (*El Nigromante*) durante el Congreso Constituyente de 1856-1857, en donde aludió al error histórico que se cometía al tratar de adaptar modelos extraños a la versátil composición étnica nacional. Como es de todos sabido, sus palabras no fueron tomadas en consideración y con la Constitución de 1857 se restauró el régimen federal caído poco más de veinte años antes.

³⁶ Villoro sintetiza las condiciones en que se llevó a cabo el proceso histórico que desembocó en la creación de los estados nacionales: "Se fundó en la idea de un poder soberano único sobre una sociedad homogénea, que se compondría de individuos iguales en derechos, sometidos al mismo orden jurídico. Su ideal profesado era el de una asociación libre de ciudadanos, que se ligan voluntariamente por contrato. Incluía libertad y la igualdad de derechos de todos los contratantes, cuya mejor expresión se dio en las declaraciones de derechos humanos de las revoluciones norteamericana y francesa. El Estado era visto como el resultado de la voluntad concertada de individuos autónomos. Suponía, por lo tanto, la uniformación de una sociedad múltiple y heterogénea y la su-

Señores: El proyecto de Constitución que hoy se encuentra sometido a las luces de vuestra soberanía revela en sus autores un estudio, no despreciable, de los sistemas políticos de nuestro siglo; pero, al mismo tiempo, un olvido inconcebible de las necesidades positivas de nuestra patria... El pacto social que se nos ha propuesto se funda en una ficción...

La división territorial aparece todavía más interesante considerándola con relación a los habitantes de la República. Entre las muchas ilusiones con que nos alimentamos, una de las no menos funestas es la que nace de suponer en nuestra patria un población homogénea. Levantemos ese ligero velo de la raza mixta que se extiende por todas partes y encontraremos cien naciones que en vano nos esforzaremos hoy por confundir en una sola, porque esa empresa está destinada al trabajo constante y enérgico de peculiares y bien combinadas instituciones. Muchos de esos pueblos conservan todavía las tradiciones de un origen diverso y de una nacionalidad independiente y gloriosa...

También la diversidad de idiomas hará por mucho tiempo ficticia e irrealizable toda fusión. Los idiomas americanos se componen de radicales significativas, no ante los ojos de la ciencia, sino en el trato común; estas radicales, verdaderas partes de la oración, nunca o rara vez se presentan solas y con una forma constante como en los idiomas del viejo mundo; así es que el americano en vez de palabras sueltas tiene frases. Resulta de aquí el notable fenómeno de que al componer un término el nuevo elemento se coloca de preferencia en el centro por una intersucesión propia de los

bordinación de las diversas agrupaciones y comunidades, detentadoras antes de diferentes derechos y privilegios, al mismo poder central y al mismo orden jurídico.

En algunos casos, los menos, el Estado reivindicó límites geográficos que coincidían con los de una nacionalidad. En la mayoría, las fronteras de los estados divergieron de las de los pueblos reales. Es frecuente que un Estado abarque varias comunidades culturales, con orígenes históricos diferentes, como en España, Italia o la antigua Unión Soviética. A la inversa, un pueblo con una unidad de cultura a menudo está dividido entre varios estados, como es el caso de Irlanda, de Armenia o del Kurdistán. Los estados del "tercer mundo" llevan, por su parte, la huella de una violencia histórica: la dominación colonial... En América Latina, los estados independientes siguieron la traza de las divisiones administrativas coloniales, sin atender a diferencias entre los pueblos indígenas...". VILLORO, Luis, "Los pueblos indígenas y el derecho de autonomía", en "Etnicidad y Derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales" (ciclo de conferencias dentro de las V Jornadas Lascasianas), *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, serie L, Derecho Indígena, núm. 4, México, 1996, pp. 124 y s.

cuerpos orgánicos; mientras en los idiomas del otro hemisferio el nuevo elemento se coloca por yuxtaposición, carácter peculiar a las combinaciones inorgánicas. En estos idiomas donde el menor miembro de la palabra palpita con una vida propia, el corazón afectuoso y la imaginación ardiente no pueden manifestarse sino bajo las formas animadas y seductoras de la poesía. Pero estos tesoros cada nación los disfruta en familia, ocultos por el temor, carcomidos por la ignorancia, últimos jeroglíficos que no pudo quemar el obispo Zumárraga ni destrozar la espada de los conquistadores. Encerrado en su choza y en su idioma, el indígena no comunica con los de otras tribus ni con la raza mixta sino por medio de la lengua castellana. Y, en ésta, ¿a qué se reducen sus conocimientos? A las fórmulas estériles para el pensamiento de un mezquino trato mercantil y a las odiosas expresiones que se cruzan entre los magnates y su servidumbre. ¿Queréis formar una división territorial estable con los elementos que posee la nación? Elevad a los indígenas a la esfera de ciudadanos, dadles una intervención directa en los negocios públicos, pero comenzad dividiéndolos por idiomas, de otro modo no distribuirá vuestra soberanía sino dos millones de hombres libres y seis esclavos...

La nación mexicana no puede organizarse con los elementos de la antigua ciencia política, porque ellos son la expresión de la esclavitud y de las preocupaciones; necesita una constitución que le organice el progreso, que ponga el orden en el movimiento. ¿A qué se reduce esta constitución que establece el orden en la inmovilidad absoluta? Es una tumba preparada para un cuerpo que vive. Señores, nosotros acordamos con entusiasmo un privilegio al que introduce una raza de caballos o inventa una arma mortífera; formemos una constitución que se funde en el privilegio de los menesterosos, de los ignorantes, de los débiles, para que de este modo mejoremos nuestra raza y para que el poder público no sea otra cosa más que la beneficencia organizada.³⁷

Pese a que el predominio del postulado de la igualdad jurídica de los hombres subsistió tras el reconocimiento constitucional de la existencia de los derechos sociales en 1917, dentro de nuestro mar-

³⁷ ZARCO, Francisco. *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*. El Colegio de México. 1956. pp. 467 y ss.

co normativo fundamental vigente —y aun un poco antes en cuanto a materia agraria—,³⁸ se expidieron diversos preceptos que tendían a proteger a aquellos individuos pertenecientes a clases sociales desprotegidas,³⁹ aunque en ningún momento se hizo referencia expresa a las razas indígenas. Sin embargo, en todo caso se trató de normas aisladas que en forma alguna constituyeron un sistema o legislación de clase, presentándose el fenómeno de que algunos de dichos preceptos se encontraban referidos —en cuanto a su ámbito espacial de validez— a entidades federativas en las que la población indígena es poco representativa, por lo que en los estados en los que se presentaban fuertes núcleos indígenas continuaba rigiendo en su máxima expresión el derecho individualista.

³⁸ La Ley de 6 de enero de 1915, en materia agraria, sin referirse especialmente a las comunidades indígenas, estableció un régimen especial tratándose de propiedad rústica de los núcleos ejidatarios indígenas casi en su totalidad inspirado en las formas de organización precoloniales que subsistieron después de la conquista, aunque adaptado al sistema de cabildos establecido por los españoles. En dicho régimen, el ejidatario podía disfrutar pero no disponer de su parcela, estando obligado a cultivarla regularmente. Tal sistema fue reconocido en la Constitución de 1917, cuya fracción VI del artículo 27 decía: "Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, pueblos, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan, o que se les haya restituido o restituyeren conforme a la Ley de 6 de enero de 1915, entretanto la ley determine la manera de hacer el repartimiento únicamente de las tierras...". La primera reforma a este precepto se publicó el 10 de enero de 1934, sustituyéndose los términos "condueñazgos", "pueblos", "rancherías" y "comunidades" por el de "núcleos de población" pasando con dicha modificación a ser la fracción VII, en tanto que la anteriormente identificada con este número pasó a ser la VI. El artículo 27 ha sido objeto de reforma en quince ocasiones más. La última de ellas publicada el 28 de enero de 1992. De todas ellas, resalta la publicada el 6 de enero del mismo año, por virtud de la cual, entre otras cuestiones, por primera ocasión es consignado en el texto constitucional la palabra "indígena": VII. La ley reconoce y protege la propiedad ejidal y comunal de la tierra, tanto para el asiento humano como para las actividades productivas.

"La ley protegerá la integridad territorial de los pueblos indígenas. Considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, la ley protegerá la base territorial del asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores". Veintidós días después, sería publicada la reforma al artículo 4o. de la Ley Fundamental, a que nos referimos más adelante.

³⁹ Cfr., MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, "Las poblaciones...", *op. cit.*, pp. 74 y ss. Este autor hace notar que, en las primeras décadas de este siglo, con motivo de la difusión periodística sobre la inicua explotación de que eran víctimas los indios radicados en el

Como un intento del gobierno federal por promover la integración de las comunidades indígenas en los entornos social, político, cultural y jurídico nacionales, el 4 de diciembre de 1948 se expidió la ley por la que se creó el Instituto Nacional Indigenista, órgano descentralizado, filial del Instituto Indigenista Interamericano.⁴⁰ El propósito de dicha entidad consistía, fundamentalmente, en investigar los problemas relativos a los núcleos indígenas, estudiar las medidas para el mejoramiento de dichos núcleos y promover ante el Ejecutivo Federal la aplicación de las medidas que considere pertinentes, fungiendo asimismo, una vez adoptadas las medidas de mérito, como coordinador y director de las acciones de los órganos gubernamentales legalmente competentes para llevarlas a cabo. Estas facultades, junto con las de asesoría, le otorgan al Instituto Nacional Indigenista un campo de actuación limitado, amén que dentro del consejo con el que cuenta, la participación de los grupos indígenas se encuentra sumamente reducida, pues predomina la concurrencia de los representantes de diversas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.⁴¹

En tales condiciones, la situación de los mexicanos indígenas no se corrigió con la creación del Instituto de mérito, como manifiestamente lo hizo notar la iniciativa de reforma al artículo 4o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que el 7 de diciembre de 1990 presentó el Ejecutivo de la Unión al Congreso:⁴²

Estado de Chiapas, las autoridades de dicha entidad pensaron en expedir una ley protectora del indio, de la cual incluso llegó a existir un proyecto concluido, empero, nunca se le expidió y publicó formalmente.

⁴⁰ La exposición de motivos de la iniciativa de mérito manejó como necesaria la creación de un organismo que estudiara y planeara la resolución de las necesidades de los grupos indígenas pues, una vez desaparecido el Departamento de Estudios Indígenas, no existía ningún organismo especial encargado de estudiar en su integridad los problemas de dichas comunidades, que en conjunto sumaban, para ese entonces, más de cuatro millones de personas

⁴¹ Artículos 2, 5 y 7 de la citada ley.

⁴² La iniciativa fue resultado de los trabajos realizados por la Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México del Instituto Nacional Indigenista, instalada el 7 de abril de 1989, a través de la celebración de diversos foros de consulta pública. *Cfr.*, MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor, *Los derechos...*, op. cit., p. 84.

Hace cuarenta y dos años el Honorable Congreso de la Unión aprobó la creación del Instituto Nacional Indigenista como organismo especializado para la atención a los indígenas. El trabajo desempeñado por esta institución ha sido ciertamente importante y trascendente, pero no ha bastado para acercarnos a nuestra aspiración. Desde entonces la población indígena de nuestro país se duplicó y un poco más. Sus condiciones objetivas de existencia, pese a los esfuerzos realizados, no han mejorado en términos relativos. Siguen en el fondo de nuestra sociedad, injusta y gratuitamente...

Respecto de las circunstancias imperantes en 1990, la misma iniciativa afirmaba:

El setenta por ciento de los indígenas del país viven en municipios rurales, proporción que es inversa a la del conjunto de la población nacional, y fincan su subsistencia en las actividades primarias. El noventa y seis por ciento de los indígenas en municipios rurales radica en localidades calificadas como de elevada marginación, con la consecuente escasez de servicios públicos, carencia de fuentes de trabajo y empleo remunerado, bajos ingresos, precariedad, aislamiento y exclusión. Los seiscientos treinta y siete municipios rurales con más del treinta por ciento de población indígena —la cuarta parte de todos los municipios del país— han sido clasificados con alto o muy alto grado de marginación. El treinta por ciento de los indígenas asentados en municipios considerados como urbanos, viven en condiciones de pobreza y marginación casi en su totalidad. Así lo ilustran, por ejemplo, las condiciones en que viven casi un millón de indígenas en la zona metropolitana de la ciudad de México.

Por tales motivos, en la aludida reforma constitucional se pretendieron delinear las bases esenciales que permitieran impulsar las acciones gubernamentales, federales y locales, tendientes a revertir la problemática indígena, mediante tres aspectos fundamentales, a saber: a) el reconocimiento de la composición pluricultural de la nación mexicana; b) el desarrollo constitucional de dicho reconocimiento y tutela por medio de la actuación del legislador ordinario, a fin de prever los mecanismos adecuados que permitan el pleno e igualitario acceso de los indígenas a la jurisdicción del Estado, así como la protección y desarrollo de sus or-

ganizaciones, culturas y recursos; y c) la obligación de tomar en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas de los pueblos indígenas en los juicios y procedimientos agrarios en los que formen parte los indios.

Tras la discusión por los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, a partir del 2 de julio de 1991, el proyecto de reforma fue aprobado y posteriormente promulgado por el Ejecutivo y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992, adicionándose, en consecuencia, un primer párrafo al artículo 4o. de la Ley Fundamental, texto que hasta el momento de escribir estas líneas se encuentra vigente, en los siguientes términos:⁴³

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

III. EL DEBATE INTERNACIONAL

El paulatino, aunque lento, desenvolvimiento de nuestro marco jurídico en relación con los indígenas no puede explicarse únicamente desde una perspectiva nacional, sino que responde también a las inquietudes que internacionalmente se han expresado, a través de organismos y organizaciones internacionales, públicas y privadas. Si bien es cierto que en el sistema de las Naciones Unidas la preocupación por la situación y la protección de los pueblos indígenas es también relativamente reciente, podría decirse que el

⁴³ El contenido de las discusiones originadas por el proyecto en las Cámaras puede consultarse en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4a. ed., Cámara de Diputados, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Miguel Ángel Porrúa, México, 1994, tomo I, artículos 1o.-4o., pp. 1383 y ss.

proceso de elaboración de normas internacionales en su beneficio ha sido igualmente lento y poco eficaz, pues por lo regular estas normas son elaboradas por los Estados, obedeciendo a los intereses de ellos mismos y raras veces los grupos indígenas han sido consultados para su elaboración.

En cuanto al interés de la comunidad internacional respecto a los problemas de los pueblos indígenas, encontramos los siguientes antecedentes:

A) *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Este organismo ha tomado medidas en relación con estas poblaciones desde hace muchos años. Cabe destacar su "Estudio sobre los Pueblos Indígenas" realizado en 1953, mediante el cual dio a conocer algunos aspectos acerca de su situación real, sus condiciones socio-económicas, el estado de sus derechos humanos y los marcos legales dentro de los cuales se llevaban a cabo sus relaciones con los Estados; y en 1957 la OIT adoptó el "Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales" el cual tendía al desarrollo de programas coordinados con miras a la integración de las comunidades indígenas en la vida de sus respectivos países, convenio que fue objeto de serias críticas tanto por la parte indígena como por los Estados, por lo cual, dicha organización, llevó a cabo un proceso de revisión del mismo y en 1989 fue presentado con algunas sugerencias expuestas por los grupos indígenas.

Es así como en la ciudad de Ginebra, Suiza, el 27 de junio de 1989, dentro del marco de la Septuagésima Sexta Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, se adoptó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual entró en vigor el 6 de septiembre de 1991, tras haber sido depositados los instrumentos de ratificación por dos de los países miembros de la organización (artículo 37, párrafo 2): Noruega y México.⁴⁴ Es así que, de conformidad con el

⁴⁴ En efecto, la Cámara de Senadores aprobó dicho convenio el 11 de julio de 1990 (*Diario Oficial de la Federación* del 3 de agosto de 1990 y depositada la ratificación el 5 de septiembre del mismo año). La publicación oficial del convenio se efectuó el 24 de enero de 1991. Con posterioridad, el instrumento internacional ha sido ratificado por Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca y Guatemala, según

artículo 133 de la Ley Fundamental, el Convenio 169 forma parte de nuestro ordenamiento y consecuentemente habrá que tomarlo en cuenta para determinar las reglas aplicables.

B) *Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)*. Esta organización ha realizado un importante trabajo en sus áreas de atribución que tienen incidencia en el esclarecimiento y afirmación de los derechos de las poblaciones indígenas. En efecto, esta organización ha afirmado la importancia del fomento y conservación de los idiomas vernáculos como elemento indispensable de las políticas culturales de los estados, particularmente en lo que respecta a la educación de los grupos minoritarios, pues los llamados derechos lingüísticos constituyen actualmente uno de los principales temas de discusión y reivindicación de los pueblos indígenas. De hecho, en los últimos años varios países han cambiado sus posiciones tradicionales de discriminación o descuido de las lenguas indígenas y de minorías tribales, diseñando políticas para promoverlas y protegerlas. Pese a las constantes denuncias en el sentido de que los estados frecuentemente no reconocen a la educación indígena tradicional basada en procesos educativos autóctonos, existe en algunos países intentos de desarrollar nuevas políticas lingüísticas y educativas que tomen en consideración las exigencias indígenas, siguiendo al efecto las directrices y recomendaciones que han formulado las naciones integrantes de la Convención contra la Discriminación en Materia de Educación de la UNESCO.⁴⁵ En nuestro país, por ejemplo, el artículo 7 de la Ley General de Educación (1993) incluye como uno de los fines de la educación que imparte el Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios: “Promover, mediante la enseñanza de la lengua nacional —el español—, un idioma común para todos los mexicanos, sin menoscabo de proteger y promover el desarrollo de las lenguas indígenas (fracción IV)”.

relaciona en su texto la exposición de motivos de la iniciativa de Decreto de Reformas a los artículos 4o., 18, 26, 53, 73, 115 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, remitida por el Ejecutivo al Congreso de la Unión en el mes de marzo del presente año.

⁴⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

C) *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Durante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) celebrada en noviembre de 1988, algunos miembros y organismos del sistema interamericano llamaron la atención acerca de la carencia de normas sobre los derechos indígenas en los instrumentos de protección regional de los derechos humanos y manifestaron su interés porque la CIDH estudiara alguna propuesta al respecto. Un año después, la Asamblea General de la OEA resolvió encargar a la CIDH y al Instituto Indigenista Interamericano (III) la preparación de un instrumento relativo a los derechos de las poblaciones indígenas para que fuera adoptado en 1992, año para el cual la CIDH únicamente había acordado llevar a cabo una primera consulta entre los gobiernos sobre el contenido que debería contener el instrumento de mérito, por medio del envío de un cuestionario que remitió a los gobiernos y puso como fecha de cierre de recepción de respuestas el 31 de agosto de 1992. “Concluido el período de recepción, sólo el gobierno de Costa Rica había dado respuesta a dicho cuestionario”.⁴⁶

D) *Organización de las Naciones Unidas (ONU)*. Sus textos fundamentales no contienen mención explícita y específica de las poblaciones indígenas, sin embargo, de las diversas disposiciones de la Carta de Naciones, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que se refieren a los derechos humanos, a la promoción del progreso social de todos y a las libertades fundamentales en general, se desprenden derechos que se hacen extensivos a las poblaciones indígenas como seres humanos.

Fue hasta el año de 1970 cuando la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, recomendó que se

⁴⁶ BURGUETE CALMAYOR, Araceli y RUIZ HERNÁNDEZ, Margarito Xib, “Hacia una carta universal de Derechos de los Pueblos Indígenas”, en *Derechos indígenas en la actualidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, p. 133.

llevarse a cabo un examen general y completo de la naturaleza y magnitud del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, y en la resolución, del 18 de agosto de 1971, la Subcomisión decidió nombrar al Sr. José R. Martínez relator especial para que llevarse a cabo el estudio.

En diversos periodos de sesiones, celebrados entre 1973 y 1980, la Subcomisión examinó los informes sobre la marcha de los trabajos que presentó el Relator Especial; entre 1981 y 1983 examinó el informe final, y en 1984 tuvo ante sí el trabajo denominado "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas".⁴⁷

Entre las medidas generadas por el estudio citado, se encuentra la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (1982), el cual se integra por cinco miembros de la Subcomisión que se reúne en el mes de agosto de cada año, a fin de examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, dedicando atención especial a la evolución de normas relativas a los derechos de esas poblaciones.

Uno de los principales avances de las reuniones del grupo de trabajo, lo constituye la creación de un proyecto de Declaración Universal sobre Derechos Indígenas, que se espera sea adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Esta declaración se encuentra aún en forma de proyecto y no hay seguridad de que sea adoptada por los Estados miembros de Naciones Unidas, sin reservas, empero, es importante señalar que por primera vez un documento de la ONU de este tipo refleja las propuestas y sugerencias aportadas por numerosas organizaciones indígenas a lo largo de los años de las sesiones del grupo de trabajo.

⁴⁷ MARTÍNEZ COBO, José R., *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, (vol. V, *Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones*), Naciones Unidas, Nueva York, 1987, p. 1. En este documento, respecto de derechos políticos en particular, *Cfr.*, párrafos 575 a 584, pp. 44 y ss.).

IV. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE

A) El Contenido del artículo 4o. Constitucional.

El artículo 4o. constitucional recién transcrito no ha sido desarrollado hasta la fecha —y probablemente no ocurra esto con la redacción actual— por legislación reglamentaria alguna. Tan sólo existen disposiciones relativas a los indígenas contenidas en diversos cuerpos normativos, expedidos o reformados con posterioridad a la reforma que nos ocupa. Se encuentran, principalmente, en esta situación: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,⁴⁸ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente,⁴⁹ Ley Agraria,⁵⁰ Ley Forestal,⁵¹ Ley General de Educación⁵² y Ley General de Asentamientos Humanos.⁵³ Debe advertirse, no obstante, que ya con anterioridad a la modificación del artículo 4o., en algunos cuerpos legales de carácter procedimental penal, se habían incorporado avances importantes en el reconocimiento de la situación de los indígenas.⁵⁴

⁴⁸ Artículo 32, fracciones VI y VII, por reformas publicadas el 25 de mayo de 1992.

⁴⁹ Artículos 15, fracción XIII, 45, fracción VII, 47, 58, fracción III, 59, 64 Bis 1, 67, 78, 78 Bis, fracción IV, 79, fracción X, y 158, fracción VI, en virtud de las reformas y adiciones publicadas el 13 de diciembre de 1996.

⁵⁰ Publicada el 9 de julio de 1993. Artículos 106 y 164. Recuérdese que en esta materia la reforma constitucional que contempló la protección a los indígenas (identificados con esta expresión) se produjo 22 días antes de la modificación al artículo 4o. *Cfr.*, nota de pie de página núm. 38.

⁵¹ Artículos 1o., fracciones III, IV y VIII, 13, 19 Bis 4, y 33, fracción I. Esta ley fue publicada el 22 de diciembre de 1992, aunque sus últimas reformas datan del 20 de mayo de 1997.

⁵² Artículos 7o., fracción IV, 13, fracción I, 16, 20 y 38 de la referida ley, publicada el 13 de julio de 1993.

⁵³ Artículos 3, fracción VIII, 13, fracción X, 30 y 49, fracción VI, los cuales no contienen modificación alguna desde que fueron publicados el 21 de julio de 1993.

⁵⁴ *Cfr.*, Artículos 95, fracción II, 124, 128, fracción IV, 146, 154, 220 Bis y 223 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 72, fracción II, 165 Bis, 171, 269, fracción IV, 285, 290 y 296 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a partir de 1991, comenzaron a ser reformados en ese sentido. Por cuanto hace al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, con motivo del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1994, se prevé que el juez para imponer la pena correspondiente por la comisión de un delito, entre otros factores, debe tomar en consideración, de ser el caso, los usos y costumbres del grupo étnico al que pertenezca el indígena.

Al no existir ley reglamentaria que detalle la manera en que habrán de aplicarse las prerrogativas que reconoce y otorga la nueva redacción del precepto constitucional, en primer lugar, desglosaré los elementos contenidos en la misma, a efecto de identificar cuáles serían los aspectos que repercuten en materia electoral, y así poder identificar el aspecto que interesa a este estudio.

El primer párrafo del artículo 4o. constitucional contiene, en términos generales, una declaración genérica y tres formas de tutela específica. En efecto, al afirmarse "La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas", se subraya, con un marcado aspecto sociológico, el reconocimiento a una realidad pluriétnica y multicultural del pueblo mexicano, anteriormente omitida por nuestras leyes fundamentales desde la consolidación del estado-nación, en aras de sustentar la igualdad jurídica —aunque no real— de todos los hombres, principio ideológico que conservó al derecho ajeno a la problemática indígena. Se busca ahora incorporar dicha problemática mediante la aceptación de una multiplicidad de pueblos geográficamente distribuidos en el territorio nacional, pero sin que se pierda la existencia de un núcleo de unidad, que no es sino México como Estado.

El enunciado, de carácter programático, además de intentar conformar una nueva forma de asociación política, es igualmente un acto de justicia histórica con los pueblos indígenas, el cual no debe considerarse como una mera frase o enunciado ilustrativo. Al incorporarse al texto constitucional, base y cúspide del sistema jurídico, ordenamiento recopilador de las aspiraciones políticas, sociales, culturales y económicas, más allá de convertirse en un reconocimiento a nuestras raíces étnicas y culturales, debe considerarse un principio que consagra y tutela el derecho a esa pluralidad y a esos grupos, el cual debe reflejarse en la actuación del legislador secundario, de la autoridad administrativa y de los órganos judiciales. Obviamente, el principio no puede aplicarse en forma directa en todos los casos, sino que requiere directrices más o menos concretas que indiquen las manifestaciones de ese bien jurídicamente protegible, por lo que el propio texto constitucional ha dispuesto que sea la ley la que desarrolle dichos mecanismos,

bajo los lineamientos que en aquél mismo se contienen. En cuanto a lo que la legislación secundaria sea omisa o confusa, estimo que debe estarse a la intención del constituyente permanente al efectuar esta reforma en nuestra Carta Magna.

Los lineamientos que el legislador debe seguir y tratar de hacer cumplir con normas y mecanismos idóneos, contenidos en el propio primer párrafo del artículo 4o. son los siguientes:

- a) Proteger y promover las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social de los pueblos indígenas;
- b) Garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado; y
- c) Tomar en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas de cada uno de dichos pueblos en los juicios y procedimientos de índole agrario en los que sus integrantes sean parte.

La protección y promoción de los aspectos a que se refiere el inciso a), indudablemente presuponen un reconocimiento y respeto de los mismos, esto es, las "lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social" deben gozar, cuando menos en un primer acercamiento, de un pleno sustento jurídico, o cuando menos, surtir efectos en el orden normativo. Desde mi punto de vista, sólo de esta forma puede buscarse, posteriormente, su protección y promoción.

Delimitando el campo de estudio, la cuestión obligada consiste en plantearnos si la protección o promoción aludidos comprende la materia electoral. Dicho sea en otras palabras, si a los pueblos indígenas la Constitución les reconoce y concede la posibilidad de que, bajo sus propios mecanismos y procedimientos, designen a las personas que deben encargarse de la administración⁵⁵ de los asuntos de su comunidad, así como si existe la posibilidad de encauzar jurídicamente las eventuales controversias que pudieren suscitarse.

⁵⁵ Limitamos la elección de integrantes de órganos de gobierno al ámbito por nosotros conocido como administrativo, pues como hemos podido constatar en los antecedentes, bajo la óptica de los antiguos habitantes de lo que hoy constituye México, no

De antemano puede indicarse que, tratándose de elecciones federales, para integrar los órganos de gobierno correspondientes a dicho ámbito normativo, es necesario concluir negativamente el planteamiento formulado, en atención a que no se trata de elegir autoridades de los pueblos indígenas, sino del Estado mexicano, situación por la cual ni el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE)⁵⁶ ni algún otro ordenamiento expedido por el Congreso de la Unión se ocupan de la cuestión.

Consecuentemente se debe concentrar el planteamiento en el campo relativo a las elecciones locales. La solución que pretenda encontrarse en este marco, ya positiva, ya negativa, derivará de los alcances que se le atribuyan a ciertos conceptos contenidos en el precepto referido para lo cual, es necesario fijar primariamente una postura.

Me refiero a "pueblos indígenas". De la determinación que en el espectro jurídico se haga de este concepto, dependerá que la reciente adición al artículo 4o. tenga vigencia realmente efectiva, dado que los antecedentes que nos muestran las ciencias antropológicas y sociológicas, materias en la que con mayor extensión se han dedicado al estudio de esta cuestión, demuestran lo poco que los estudiosos se han ocupado de dicho fenómeno socio-jurídico, sin que exista un criterio uniforme y definido. El alcance que se le otorgue a "pueblos indígenas", pues, determinará o fijará las condiciones que deberán reunir las colectividades a las cuales se les pueda aplicar este régimen.

Así, junto con "pueblos", se suelen utilizar para referirse a las colectividades indígenas, principalmente, los vocablos "comunidades", "naciones" o "etnias". De igual forma, es menester ahondar respecto del significado de la palabra "indígena".

existían cuerpos colegiados encargados de crear el derecho aplicable, pues éste era preponderantemente oral y consuetudinario. Asimismo, en múltiples ocasiones quien gobernaba cumplía también con ciertas funciones de índole religiosa. Estas características se mezclaron con las formas de organización que impusieron los españoles, según se ha dicho.

⁵⁶ Reformado en varias ocasiones con posterioridad al 28 de enero de 1992, fecha de la publicación de la reforma artículo 4o.

B) Determinación de conceptos

Partiendo del ámbito sociológico, podemos decir que no existe una diferencia clara y contundente entre "pueblo" y "comunidad". Tönnies⁵⁷ encuentra que las notas características de una comunidad son las siguientes:

- a) Constituye una relación originaria, positiva y recíproca de agrupaciones humanas que actúa dentro de ellas mismas unitariamente y que se proyecta al exterior de idéntica manera;
- b) Denota una manifestación de la vida real y orgánica, cuyo fundamento se encontraría en la unidad perfecta de la voluntad humana.

La "comunidad" se distingue de la "sociedad" toda vez que a ésta se le tipifica como una formación ideal y mecánica, como mera coexistencia de personas que viven en común de una manera aparente, integrando un agregado que es sólo artificial.

Una vez precisado el concepto genérico de "comunidad", basta ahora individualizarlo al caso concreto del indigenismo. Para ello existen múltiples definiciones y criterios utilizados por los gobiernos y por expertos en la materia, sin que exista una definición exacta de lo que debe entenderse por "personas indígenas". Empero, hay perfiles constantes en cada una de ellas: la idea que son los descendientes de los habitantes originales de un territorio, que fueron sometidos o subordinados a otros pueblos por medio de invasiones o conquistas, que ocupan una situación no dominante en la sociedad y que son culturalmente distintos de las poblaciones no indígenas.

A partir de la segunda mitad del presente siglo, la tendencia ha sido en el sentido de identificar a los indígenas como componentes de diversos "pueblos". También en este aspecto no existe unanimidad por parte de los estudiosos del Derecho que se han avocados a delimitar el concepto jurídico de "pueblo", sin embargo,

⁵⁷ TÖNNIES, F., "Comunidad y Sociedad", trad. del alemán por José Rovira Armengol, Lozada, Buenos Aires, 1947, pp. 19-21 y 32, *cit.*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1985, vol. III, p. 543.

puede afirmarse que han partido del derecho de autodeterminación del que deben gozar los pueblos sin Estado. Así pues, se dice que "pueblo" es cualquier forma particular de comunidad humana cuyos integrantes están unidos por la voluntad de constituir una unidad, con autoidentificación y proyecto histórico común. De igual manera, se contemplan como nociones trascendentales el que la comunidad tenga características culturales propias que le identifiquen y a la vez distingan de entre otras comunidades, así como el que exista una relación con un territorio determinado.

A decir de Luis Villoro,⁵⁸ los antropólogos y juristas coinciden en los siguientes puntos como distintivos del vocablo "pueblo":

a) Una colectividad con cultura propia que la distingue de las otras (costumbres, lengua, derecho consuetudinario e instituciones sociales y jurídicas propias), es decir, como unidad cultural;

b) Que la mayoría de los que componen dicha colectividad se autoidentifiquen como integrantes de la misma y, en consecuencia, participen en la conformación de una voluntad común;

c) Que los integrantes tengan como punto de referencia una historia común;

d) Que exista relación hacia un territorio común, aunque dicha relación sea ambigua por haber sido expulsados del territorio, toda vez que pueden hacer referencia a él mediante sus tradiciones.

De lo anterior, resulta que, cuando menos en el aspecto que nos encontramos estudiando, tanto "pueblo" como "comunidad" se utilicen de manera alternada y prácticamente como sinónimos para aludir a una colectividad afín en costumbres, lengua, derecho consuetudinario e instituciones sociales y jurídicas propias, así como a los demás elementos descritos. Empero, tal situación no es unánime en materia jurídica. Así, la iniciativa de reformas constitucionales en materia de derechos indígenas de fecha 14 de marzo de 1998, enviada por el Ejecutivo al Congreso de la Unión, al día siguiente, señala en su parte considerativa: "Los conceptos de pue-

blo y comunidad no tienen un significado unívoco. En esta iniciativa, pueblo se utiliza para referirse a grupos étnicos con identidades y continuidades culturales que se reconocen en los procesos históricos. Comunidad se refiere a los grupos sociales que pueden identificarse en espacios precisos o instituciones concretas".

Por otra parte, resulta ilustrativo lo que considera en este sentido el Convenio 169 de la OIT:

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los *pueblos tribales* en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los *pueblos* en países independientes, *considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

2. La *conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*

3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Para nuestros efectos, se puede concluir que estaremos en presencia de un pueblo o comunidad indígena, (utilizamos "pueblo" o "comunidad" como sinónimos, pero debe tenerse en cuenta lo advertido líneas arriba) cuando se trate de una colectividad que:

⁵⁸ VILLORO, Luis, *Los pueblos...*, op. cit., p. 130.

a) Descienda de las poblaciones que habitaban en el país o en una fracción territorial de éste cuando se llevó a cabo la conquista o la colonización;

b) Conserve parte o la totalidad de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; y

c) Exista por parte de sus integrantes la unidad de conciencia de su carácter indígena.

De ahí que, en tanto, por "persona indígena" debe entenderse al individuo que pertenezca a una población indígena (conciencia de grupo) y que su calidad de miembro le sea reconocida y aceptada por dicha población (aceptación del grupo).⁵⁹

Por cuanto hace a la aclaración prevista en el párrafo 3 del artículo transcrito, cabe advertir que se refiere a la situación que derivó de los términos utilizados en algunos instrumentos internacionales que consagran el derecho a la libre determinación. Con base en éste, consignado en los artículos 1o. del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Político y 1o. del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a partir de la Segunda Guerra Mundial se promovió la independencia de naciones antes colonizadas. En los preceptos invocados puede observarse que la terminología utilizada varió de "Estado" a "Pueblo":

Artículo 1o. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de ese derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural.

De igual manera, el segundo de los pactos indicados agrega:

Art. 1o...

Art. 2o. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que deriven de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a algún pueblo de sus propios medios de subsistencia.

⁵⁹ Según se desprende del "Manual de documentos para la defensa de los derechos indígenas", Academia Mexicana de Derecho Humanos, México, 1989, p. 116, cit. por MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor, *Los derechos...*, op. cit., p. 84.

Art. 3. Los Estados partes en el presente pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas...

Art. 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde en común, con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Con tales disposiciones, ejemplificativas indebidamente "pueblo" adquirió, en la práctica, el sentido de "Estado nacional" desconociendo que aquél hace referencia a la comunidad cultural relacionada con su territorio, en tanto que el segundo de los términos aludidos denota un sistema de poder soberano que se ejerce sobre uno o varios pueblos, según la acepción más aceptada confundiendo, por vía de consecuencia, la autodeterminación con la soberanía política.⁶⁰

De igual forma, en ocasiones se aplica el concepto de "pueblo" a las "naciones", si por éstas se entiende a las comunidades culturales que han constituido un Estado y a las nacionalidades que tienen el proyecto de constituirlo. A guisa de ejemplo, puede citarse el caso de la Constitución Española de 1978, donde la redacción de dos de sus preceptos ha dado lugar a críticas e interpretaciones diversas. El artículo 1.2 indica: "La soberanía nacional reside en el *pueblo español*, del que emanan los poderes del Estado"; en tanto, el numeral 2 dispone: "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la *autonomía* de las *nacionalidades* y *regiones* que la integran y la solidaridad entre todas ellas".⁶¹

⁶⁰ Cfr., VILLORO, Luis, *Los pueblos...*, op. cit., pp. 131 y ss.

⁶¹ Para mayor información y referencias, véase GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, *El Estado Unitario Federal. La autonomía como principio estructural del Estado*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 150 y ss.

Por su parte, cabe advertir que pueblo indígena no equivale a hablar de "etnia", en virtud de que por ésta, se entiende a cualquier grupo de indígenas ligados por características comunes que constituyen, fundamentalmente, una cultura, en tanto que las primeras, como hemos visto, aluden además a la existencia de una identidad propia, de un proyecto histórico común y, en mayor o menor medida, a una relación con un territorio determinado.⁶²

C) Inclusión y alcances de la cuestión electoral.

Delimitado lo que entenderemos por "pueblos indígenas", debemos determinar si los campos señalados en la redacción del primer párrafo del artículo 4o. constitucional comprenden la materia electoral. El precepto alude a que se protegerán y promoverán, entre otras cuestiones, sus "formas específicas de organización social". Si por organización entendemos el "conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado",⁶³ por social lo "perteneiente o relativo a la sociedad",⁶⁴ y por ésta última la "reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones" o la "agrupación natural o pactada de personas que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida",⁶⁵ indudablemente que las cuestiones electorales se incluyen en dichas formas específicas de organización, ya que lo electoral atiende al método de selección de aquellos que desean desempeñar en nombre del grupo social, algún cargo o comisión.

Ahora bien, ¿existe actualmente en nuestra Ley Fundamental precepto alguno que imponga los lineamientos respecto de la forma en la que las entidades federativas deberán "promover" o "proteger" estas formas específicas de organización social? La respuesta es negativa. En tal virtud, al no encontrarse en la Carta

⁶² VILLORO, Luis, *Los pueblos...*, op. cit., p. 130.

⁶³ *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Real Academia Española, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 1486.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 1894.

⁶⁵ *Idem.*

Magna ningún principio que obligue a las entidades federativas a regular la materia en un sentido u otro, ni desarrollada ley reglamentaria alguna, éstas se encuentran en plena libertad de hacerlo conforme estimen oportuno, siempre en el entendido de que deberá respetarse el espíritu que motivó la reforma del 28 de enero de 1992.

No obstante, debe matizarse aun más esta afirmación. En efecto, el convenio 169 de la OIT, establece en su artículo 6, párrafo 1, 8, párrafos 1 y 2, y 12, algunos principios que deben respetarse a las poblaciones indígenas, así como ciertos deberes jurídicos impuestos a los gobiernos de los países que han ratificado y depositado dicho instrumento, como en el caso de México, según se ha visto.

a) Deberes impuestos por el convenio 169 de la OIT

i) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Así, por ejemplo, en la iniciativa de reformas constitucionales en materia de derechos indígenas enviada por el Ejecutivo al Congreso en marzo pasado se establece que:

La presente iniciativa recoge o incorpora la pluralidad de ideas expresadas en los muchos foros que se abrieron para analizar y debatir la cuestión indígena en nuestro país. Destaca la Consulta Nacional sobre Derechos y Participación Indígena que realizaron conjuntamente los Poderes Ejecutivo y Legislativo y cuyas conclusiones se dieron a conocer en marzo de 1996. En los 33 foros estatales, 120 encuentros con pueblos y comunidades indígenas en 18 entidades, múltiples reuniones y coloquios de dicha Consulta Nacional, participaron 25 mil personas que presentaron más de 4 mil ponencias con cerca de 12 mil propuestas de diverso orden y magnitud. En las reuniones de la Consulta se expresaron todas las posiciones, se reflejaron todas las opciones, se escucharon los agravios y los reclamos en los que los propios indígenas fincan sus demandas. En ese debate emergió con fuerza y nitidez la diversidad de puntos de vista acerca de la situación de los pueblos indí-

genas y la vigorosa pluralidad de perspectivas que la analizan. También surgieron con claridad la necesidad y la voluntad de actuar para enfrentar sin dilación los problemas y las restricciones que afectan a las comunidades indígenas.

De esta suerte, en las reformas que pretendan realizar las entidades federativas a este respecto, deberá actuarse de manera análoga, a efecto de no incumplir con el instrumento internacional.

ii) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones e instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan.

Este deber jurídico específico, pienso, no ofrece ningún problema, en atención al principio de igualdad jurídica que ha consagrado nuestro sistema jurídico desde el nacimiento del Estado mexicano, de ahí que su violación no únicamente entrañaría la conculcación de lo que hoy se han dado en llamar los derechos de los pueblos indígenas, sino de garantías individuales.

iii) Establecer los medios para el desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Los alcances de esta disposición pueden resultar sumamente amplios, pues tendría que especificarse en primer término la materia en concreto a la que se quiere referir, de ahí que sólo por vía de actuación legislativa o desarrollo reglamentario puede plantearse su aplicación.

b) Principios impuestos por el convenio 169 que deben respetarse:

i) Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deben tomarse "debidamente" en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario.

Este principio se encuentra ya comprendido dentro de la redacción actual del primer párrafo del artículo 4º constitucional. En la materia que nos ocupa, se traduce fundamentalmente en que sean respetados los mecanismos o procedimientos que la comunidad de

que se trate utilice en la designación o elección de sus autoridades o funcionarios, aunque con las limitaciones que a continuación nos referimos.

ii) Los pueblos indígenas deben tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, *siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*, debiendo asimismo establecerse, de ser necesario, los procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Este postulado se encuentra sumamente relacionado con el inmediato anterior, así como con el siguiente, dedicado a la existencia de vías para la solución de controversias. Del mismo se desprende claramente que los derechos de las colectividades indígenas no son absolutos, en cuanto a que no encuentran límite alguno, pues si bien es cierto que la tendencia predominante en las últimas décadas ha sido reconocerles su propia idiosincrasia cultural y política, desde el momento en que se encuentran encuadrados dentro de un régimen jurídico estatal y soberano, sin que en consecuencia se admita la existencia de fueros internos que se le opongan, el derecho consuetudinario indígena debe encuadrarse bajo ciertos postulados, normalmente considerados universales, que constituyen el substrato mínimo de respeto de la norma (como expresión del poder soberano) frente al ser humano.

Así, en lo que importa, los derechos de los pueblos indígenas podrán conservar sus usos, costumbres, tradiciones e instituciones, así como derecho consuetudinario, en la elección o designación de sus autoridades o funcionarios, en lo que no se opongan a los "derechos fundamentales" previstos en el ordenamiento nacional, ni a los "derechos humanos" consagrados en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados, en este caso, por las autoridades mexicanas competentes (Ejecutivo y Cámara de Senadores).

La reforma al artículo 4o. constitucional publicada en el año de 1992 se efectuó bajo esta premisa, según se observa en la iniciativa que le originó:

La solidaridad entre los propios indígenas, que se expresa a través de su organización social, mitiga conflictos y ofrece protección

que resulta insuficiente. Está sustentada en prácticas jurídicas arraigadas y respetadas entre ellos, que en la mayoría de los casos no sólo no contradicen sino que podrían complementar las normas del derecho positivo. Las instituciones tradicionales indígenas también contienen elementos para cambiar determinadas situaciones, de tal forma que la solidaridad que aquellas protegen y defienden sirva para el desarrollo y el bienestar que los indígenas reclaman y merecen. Sin embargo, algunas de esas formas de organización social merecen el reconocimiento y sus principios no son tomados en cuenta. Es necesario procurar la armonía entre las tradiciones jurídicas de los indígenas con las normas legales que coinciden en la aspiración de un estado de derecho...

La reforma propuesta parte de reconocer diferencias y desigualdades.

En el marco de nuestra ley suprema, respeta las primeras pero rechaza las segundas.

Proporciona una base jurídica para proteger las diferencias que enriquecen al conjunto de la nación, pero no crea ningún privilegio ni establece una categoría diferente entre los mexicanos...

Respecto de lo que debemos entender por "derechos fundamentales" y "derechos humanos", pretender analizar en este espacio el concepto de su esencia y si se trata de dos cuestiones distintas, o bien, de expresiones que en el fondo encierran lo mismo, rebasaría por mucho los propósitos planteados, delimitados al principio. En efecto, las locuciones "derechos humanos", "derechos individuales", "derechos de los ciudadanos", "derechos políticos", "derechos constitucionales", "derechos fundamentales", "libertades públicas", "derechos del hombre", "derechos de la persona humana", "derechos naturales del hombre", entre las más representativas, aparejan la conflictiva de su real significado, sin que exista una expresión universalmente aceptada, pues los distintos ordenamientos estatales optan por la que estiman más conveniente y representativa, según las condiciones sociales, culturales y políticas que le sirvan de entorno.⁶⁶

⁶⁶ Sobre un análisis de la terminología empleada y las prerrogativas que se engloban, Cfr., BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, 2a. reimpresión a la 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1993, pp. 2 y ss.

A pesar de lo anterior, en mayor o menor medida, las distintas denominaciones a que hemos aludido se refieren a esas facultades esenciales e inherentes a todo ser humano por el mero hecho de serlo, necesarias para que el individuo se encuentre en aptitud de cumplir con los fines que se imponga y persiga dentro del marco del derecho, y que se traducen en ámbitos de protección vedados a la actuación de los órganos del Poder Público. Como sabemos, el origen de estas ideas se encuentra en la filosofía derivada de las revoluciones francesa y norteamericana del siglo XVIII. En nuestro país la constitución y la doctrina especializada las ha llamado "garantías individuales", cuestión que nos lleva a una indispensable mención.

Con el predominio de la llamada "Tesis Vallarta", en los últimos veinticinco años del siglo pasado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la improcedencia del juicio de amparo en cuestiones políticas en virtud de que, afirmar lo contrario, implicaba desnaturalizar al Poder Judicial, distorcionando su función como garante del orden jurídico. Las tesis que al efecto se emitieron razonaban que de acuerdo con lo previsto por el título primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el juicio de amparo se había instituido para la protección exclusiva "de los derechos del hombre", de tal manera que siendo éstos los inherentes a la naturaleza humana con un carácter de inalienables e imprescriptibles, no podían dar cabida dentro de ellos a los derechos políticos, pues la titularidad de los mismos sólo correspondía a los "ciudadanos".⁶⁷

⁶⁷ El contenido de las tesis quedaría plasmado posteriormente en los textos positivos: las fracciones VII y VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen como causales de improcedencia para el juicio de amparo, aquellos que se interpongan contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral, así como contra de las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen (recuérdese que hasta épocas muy recientes, existían en nuestro país procedimientos de autocalificación y heterocalificación política para calificar las elecciones federales. Hoy en día, esta previsión sólo aplica cuando el Congreso se erige en colegio electoral para elegir un presidente sustituto, en términos de los artículos 84 y 85 de la Ley Fundamental), de las legislaturas de los estados o de sus respectivas comisiones o diputaciones permanentes, en elección, suspensión o remo-

Bajo esta perspectiva, no podríamos considerar a los derechos de índole político-electoral como innatos a la naturaleza del hombre y, consecuentemente, como fundamentales. Empero, pese a que nos encontramos frente a derechos de naturaleza diversa, existen semejanzas que merecen advertirse. La verdadera razón para construir una teoría de los "derechos humanos", "derechos fundamentales" o "garantías individuales", según se prefiera, radica en el fin último de existencia de una vía jurisdiccional especial para su protección. Resultaría inútil teorizar sobre la supremacía de estas facultades si no se hiciera con el propósito de garantizarles una forma de tutela adecuada y preferente, en razón, precisamente, de los valores jurídicamente amparables.

¿Qué ocurre con los derechos de índole político-electoral? Ciertamente no son garantías individuales, conforme lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia, y, consecuentemente, no son tutelables por medio del juicio de amparo. Ello no significa que carezcan de toda protección jurídica, como durante largo tiempo aconteció en México. Muy por el contrario, de forma gradual y prácticamente plena a partir de las reformas constitucionales y legales de 1996, se cuenta con todo un andamiaje jurídico-procesal tendente a garantizar su cumplimiento y respeto, a través de un sistema de medios de impugnación previsto en la propia Constitución, así como en las leyes correspondientes, el cual, además, pretende satisfacer las peculiaridades existentes en la materia y que seguramente resultaría complicado tratarlas de amoldar al amparo mismo.

Existe una opinión común entre los expertos, según la cual los derechos políticos están incluidos en el concepto de derechos humanos o íntimamente vinculados con éstos.

El concepto de participación política desempeña un papel relevante en el sistema de protección de los derechos humanos dado que existe un consenso, acerca de que la defensa del libre ejercicio de los derechos políticos es presupuesto para la defensa de aquéllos. Este ejercicio está vinculado en forma inseparable con el de la legitimidad y permite no sólo que se exprese la voluntad de la ma-

ción de funcionarios, en los casos en que las constituciones correspondientes les confían la facultad de resolver soberana o discrecionalmente.

yoría, sino que las minorías expresen su disenso, propongan soluciones distintas e influyan sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente.⁶⁸

En mi opinión y sin cuestionar tal concepto, hay una clara diferencia entre nuestras garantías individuales, tuteladas por el juicio de amparo, y los llamados derechos políticos, que ahora están constitucionalmente protegidos en forma diversa.

Las garantías individuales son derechos subjetivos del individuo que habita en el territorio nacional frente a las autoridades del Estado, cuyo ejercicio no está vinculado con los derechos de los demás y consiste en el reconocimiento constitucional de los atributos de la persona humana en cuanto a la vida, la libertad, la familia, la propiedad, etcétera.

Los llamados derechos políticos, en el caso de ser verdaderamente derechos, lo que pongo en duda, son substancialmente distintos a los derechos subjetivos ordinarios, puesto que: 1) no existe un sujeto pasivo que tenga el deber jurídico correspondiente; 2) su ejercicio no es potestativo sino obligatorio; 3) están condicionados a la pertenencia a la comunidad puesto que su ejercicio actualiza la soberanía popular; y 4) son privativos de los ciudadanos.

El carácter de los derechos político-electorales, en una acepción amplia, tiene como punto de partida los artículos 39 y 40 de la Constitución:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental.

⁶⁸ COLAUTTI, Carlos E., *Derechos humanos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 221.

Visto lo anterior, conforme a nuestra Constitución, los principios fundamentales relacionados con derechos político-electorales que, a nuestro juicio, las entidades federativas deben tomar en consideración al momento de reglamentar los derechos de los pueblos indígenas para conservar sus usos, costumbres, tradiciones e instituciones, así como derecho consuetudinario, en la elección o designación de sus autoridades o funcionarios, se enlistan a continuación. Se advierte al lector que la enumeración es meramente representativa y no limitativa.

1. Al reconocerse el principio democrático como rector de la forma de gobierno, todo aquél que reúna la calidad de ciudadano, varón o mujer, tiene derecho a votar en las elecciones populares, a ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión y a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica de los asuntos políticos del país (artículos 34 y 35, fracciones I a III). En virtud de lo anterior, no es jurídicamente aceptable que subsistan y sean válidos “usos y costumbres” que no puedan ser considerados como democráticos, como en las épocas anteriores a la conquista española.

2. Por lo tanto, el límite natural al ejercicio de los derechos a que se alude anteriormente, es la satisfacción de los requisitos legalmente previstos, así como encontrarse suspendido en los derechos o prerrogativas ciudadanas por las causas constitucionalmente consignadas (artículo 38).

3. Los partidos políticos nacionales tienen derecho a participar en las elecciones estatales y municipales (artículo 41, fracción I). Nótese que el precepto se refiere únicamente a elecciones estatales y municipales, por lo que eventualmente no contarían con la prerrogativa constitucional de intervenir en la elección o nombramiento para la integración de las autoridades de un pueblo indígena, cuando éste no se identificara con la elección municipal. Empero, conlleva el problema a que más adelante aludimos.

4. Los actos y las resoluciones electorales están sometidas a un sistema de medios de impugnación para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad, dar definitividad a las distintas

etapas de los procesos electorales, así como para garantizar la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociación (artículo 41, fracción IV).

5. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (respecto de leyes) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (respecto de actos y resoluciones) son las máximas autoridades jurisdiccionales en la materia, pudiendo eventualmente conocer, respectivamente, de las reformas a las constituciones locales, así como de las leyes que pretenda reglamentar los derechos de los pueblos indígenas, y de los actos o resoluciones con los cuales se lleve a cabo el procedimiento de elección o integración de las autoridades indígenas, por supuestas alegaciones de inconstitucionalidad o ilegalidad, según sea el caso (artículos 105, fracción II, y 99).

6. El municipio es la base de la división territorial y de organización política y administrativa de los Estados (artículo 115, fracción I). Así como no puede existir ninguna autoridad entre el ayuntamiento del municipio y el gobierno del Estado, tampoco es de aceptarse la existencia de unidades u organizaciones políticas y administrativas menores y distintas de los municipios, pues éstos son la “base”.

7. El municipio debe ser administrado por un ayuntamiento de elección popular directa, no pudiendo existir ninguna autoridad intermedia entre éste y el gobierno del Estado (artículo 115, fracción I).

8. Debe tomarse en consideración el principio de no reelección relativa para presidentes municipales, regidores y síndicos de los ayuntamientos, consignado en el artículo 115, fracción I, segundo párrafo.

9. Las elecciones estatales y municipales deben realizarse mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, debiéndose introducir el principio de representación proporcional en las que se elijan diputados y ayuntamientos (artículos 115, fracción VIII, y 116, fracciones II, último párrafo, y IV, inciso a).

10) Las autoridades encargadas de la función electoral deben sujetarse a los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia (artículo 116, fracción IV, inciso b).

11. Las autoridades encargadas de organizar las elecciones, así como las jurisdiccionales que resuelvan las controversias que se susciten, deben gozar de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones (artículo 116, fracción IV, inciso c).

12. Debe existir un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad (artículo 116, fracción IV, inciso d).

13. Deben estar previstos los plazos convenientes para el desahogo de todas las instancias impugnativas. (artículo 116, fracción IV, inciso f).

Es evidente que los usos y costumbres indígenas en lo que respecta a esta materia, se encuentran prácticamente inhibidos por la Constitución, no obstante que como ya hemos visto la misma consagra el principio general de la tutela a los mismos. En efecto, prácticamente el campo de acción de cualquier elección indígena es nulo. Si se pretende respetar principios que no son de dichos pueblos sino, antes al contrario son ajenos a ellos. Sin embargo, no adelantaré mayores datos hasta no haber concluido de analizar algunos puntos necesarios para una cabal comprensión a la problemática escrita.

Los derechos humanos previstos en los tratados en los que México es parte, en términos del artículo 133 de la Constitución, relacionados con el tema, protegen básicamente tres aspectos: derecho al sufragio, participación política y acceso a las funciones públicas. Existe igualmente la clara tendencia de subrayar la igualdad de la mujer dentro de este ámbito participativo, a efecto de desaparecer toda inclinación hacia la marginación o discriminación en razón del sexo. Este es el texto de lo previsto en algunos instrumentos internacionales:

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado y abierto a firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966. Tras la aprobación por parte del Senado mexicano, el instrumento fue depositado el 23 de marzo de 1981 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo del mismo año:

Art. 25.1. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2o.,⁶⁹ y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y abierta a firma, ratificación y adhesión el 7 de noviembre de 1969. Tras la aprobación por parte de la Cámara de Senadores, el instrumento fue depositado el 24 de marzo de 1981 y publicado el 7 de mayo del mismo año:

Art. 23.1. Derechos políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

⁶⁹ El artículo 2o., dice: 1. Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de sus derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

3. Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer, de 2 de mayo de 1948. Tras la aprobación por parte de la Cámara de Senadores, el instrumento fue depositado el 2 de marzo de 1981 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de abril del mismo año:

Artículo 1o. Las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo.

4. Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 20 de diciembre de 1952, abierto a firma el 31 de marzo de 1953. Tras la aprobación de la Cámara de Senadores, el instrumento fue depositado el 23 de marzo de 1981 y publicado el 28 de abril de dicho año:

Artículo I. Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

origen nacional o social, posición económica nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los estados parte en el presente pacto se comprometen a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo II. Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad de los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo III. Las mujeres tendrán derechos a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

5. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979. Tras la aprobación del Senado mexicano, el instrumento fue depositado el 23 de marzo de 1981 y publicado el 12 de mayo del mismo año (con fe de erratas publicada el 18 de junio siguiente):

Artículo 1o. A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquiera otra esfera...

Artículo 7o. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndum públicos y ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Tales son, pues, los principios o derechos constitucionales que necesariamente, conforme se encuentra en estos momentos nuestro orden normativo nacional y federal, tendrían que respetarse al momento de reglamentar las potestades de los pueblos indios para organizarse políticamente, lo que no es sino resultado del predominio filosófico, individualista que continúa hasta nuestros días, lo que resulta evidentemente paradójico, pues constantemente se reitera que tal postura no ha hecho sino contribuir al atraso y aislamiento de los indígenas en los pueblos latinoamericanos, pero mi pretensión al escribir estas líneas no es criticar una u otra postura, sino simplemente hacer notar lo que de nuestro derecho positivo se desprende, gústenos o no. Sólo analizando las normas aplicables y sus consecuencias, estaremos en aptitud de encontrar un nuevo camino jurídico que guíe los pasos que se intenten dar.

iii) Los pueblos indígenas deben tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos, debiéndose tomar las medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoseles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Esta cláusula genérica de tutela de los derechos de los pueblos indígenas, integrada en el artículo 4o. Constitucional, como hemos visto en los lineamientos al principio enunciados, debe entenderse no solamente en cuanto a la existencia de instancias, vías y procedimientos adecuados para que los integrantes de estas colectividades canalicen sus controversias ordinarias y las cuestiones que atenten en contra de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, sino también de aquellas en las que hagan valer violaciones a derechos sustanciales, esto es, transgresiones a sus garantías individuales y, por supuesto, a sus derechos de índole político-electoral, dado que, independientemente de ser individuos que pertenecen a ciertas comunidades a las que la Constitución les reconoce ciertas prerrogativas y condiciones especiales, son seres humanos con derechos fundamentales inalienables, así como integrantes del cuerpo político con

derecho a manifestar su voluntad en forma democrática en la conformación de las distintas instancias gubernativas, entre las que se encontrarían, a no dudar, las autoridades comunitarias indígenas.

No existe una legislación propiamente indigenista que establezca un sistema de protección de este importante segmento de la población del país, como no sea la ley que en 1948 estableció el Instituto Nacional Indigenista, que hoy se encuentra adscrito a la SEDESOL...

En la actualidad, parece faltar la ley que establezca los juicios y procedimientos para respetar a las comunidades indígenas.

Esta ley debe ser en lo esencial agraria —aunque también pertenezca a otras ramas jurídico-procesales— como lo indica el precepto constitucional mencionado (el artículo 4o.)... Pero cabe subrayar que los juicios y procedimientos deben proteger no solamente la propiedad y posesión de las tierras de los indígenas, sino también su cultura, idiomas, costumbres, por lo que puede haber varias jurisdicciones que conozcan de los que podría ser denominado “derecho procesal de protección al indígena...”⁷⁰

Ahora bien, por cuanto hace a nuestra materia límite de nuestro objeto de estudio, de conformidad con las fracciones IV y V del artículo 99 de la Constitución, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es competente para conocer y resolver de: a) las impugnaciones de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado de la elección (a través de lo que la ley reglamentaria llama juicio de revisión constitucional en materia electoral);⁷¹ y b) las impugnaciones de

⁷⁰ CABRERA ACEVEDO, Luis, “Notas sobre la protección judicial de los grupos indígenas en México”, en *Temas de Derecho Procesal. Memorias del XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1996, pp. 330 y ss.

⁷¹ La Constitución agrega que esta vía solo procede cuando la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y sea factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios elegidos.

actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país (por medio del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano).

Estas atribuciones facultan al Tribunal Electoral, independientemente de la competencia con que cuenta respecto del ámbito federal, para revisar —a petición de parte legitimada— la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales dictados en las entidades federativas que más inciden en la integración de las instancias de gobierno. En mi concepto, dentro de este abanico de posibilidades podrían entenderse incluidos los procesos y comicios celebrados, mediante las reglas de derecho consuetudinario, tendentes a la elección o nombramiento de las autoridades de los pueblos indígenas, en el caso de actualizarse en la ley, porque esa ha sido la intención del Constituyente Permanente.

La iniciativa de la reforma constitucional de agosto de 1996, que por primera vez en nuestra historia reciente ha sido aprobada por unanimidad de todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la Unión, decía en dos de sus párrafos:

La presente iniciativa propone trascendentales reformas a la dimensión del sistema de justicia electoral e introduce nuevos mecanismos jurídicos que le otorgan mayor eficacia y confiabilidad.

Las reformas pretenden que, como sistema, se consolide como uno de los instrumentos con que cuenta nuestro país para el desarrollo democrático y para afirmar el estado de Derecho. Por ello, las reformas que se someten a la consideración de esta soberanía, se dirigen a la *constitución de un sistema integral de justicia en materia electoral, de manera que por primera vez existan en nuestro orden jurídico, los mecanismos para que todas las leyes y actos electorales, se sujeten invariablemente a lo dispuesto por esta Constitución.*

Dicha pretensión se robustece si se tiene en cuenta la obligación consignada en la Carta Magna a las entidades federativas en su artículo 116, fracción IV, inciso d), para que se establezca un

sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten al principio de legalidad.

Sin embargo, para hacer efectivas las atribuciones de mérito, es indispensable se cuente con un marco jurídico adecuado a las necesidades especiales que plantea el nombramiento democrático de las autoridades de los pueblos indígenas pero, no es posible anticipar con exactitud esos requerimientos, pues en mucho dependerán de las reglas que imponga cada entidad federativa para con las comunidades indígenas asentadas en su territorio, así como de estudios amplios y minuciosos de las reglas y usos más comunes que rijan en los procedimientos electivos de dichas colectividades, cuestión que, hasta donde me es conocido, no existe en nuestro país, pues normalmente suelen documentarse análisis aislados que, las más de las veces, son poco específicos en la materia que nos interesa: los procedimientos de elección. Muy probablemente, los resultados de dichos estudios nos lleven a la conclusión de la casi imposibilidad de hacer plena la justicia electoral en estos casos, cuando menos en el sentido en el que la tenemos conceptualizada.

No obstante ello, podemos decir que tendrá que ser revisada la legitimación para la interposición de los medios de impugnación en materia electoral, en donde los partidos políticos gozan de un papel sumamente relevante. Como sabemos, los partidos políticos no son entidades que únicamente puedan interponer el juicio de amparo cuando consideren que una garantía individual les ha sido violada, o bien, seguir todo un procedimiento contencioso administrativo cuando intente dirimir una controversia con un órgano de la administración pública, pues cuentan con otra dimensión en virtud de los fines que la propia Constitución les asigna. En efecto, los partidos políticos, además de gozar de las garantías individuales como personas morales, tienen características de excepción, ya que son parte del sistema político; mediadores o intermediarios necesarios para la postulación de candidatos; son el medio a través del cual se ejercen prácticamente todos los derechos políticos; son la manifestación de la actualización de la garantía de reunión para efectos políticos de los ciudadanos y, consecuentemente, son los que cuentan con mayor interés jurídico en la vigencia de lo

constitucional y lo legal, respecto de la estructura, la organización y el desempeño de los órganos electorales.

Y es que nuestro sistema democrático está basado en la participación de los ciudadanos a través de estos institutos políticos. Esta afirmación se manifiesta claramente en los medios de impugnación en los que pueden participar como actores: revisión, apelación, inconformidad, reconsideración y juicio de revisión constitucional. Por su parte, el ciudadano puede hacer valer: apelación (únicamente cuando ha sido objeto de una sanción por parte del Consejo General del Instituto Federal Electoral, de ahí que la posibilidad de que sea actor se lo da su carácter de sancionado, no el de ciudadano), inconformidad (exclusivamente en casos de inelegibilidad), reconsideración (también sólo en casos de inelegibilidad) y juicio para la protección de los derechos político-electorales (que sería propiamente la vía natural del ciudadano o de un grupo de ellos). De todos los medios mencionados, sólo el juicio de revisión constitucional y el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano pueden versar sobre asuntos referentes a las entidades federativas. Los demás son de carácter federal.

Si se atiende a la naturaleza y propósitos buscados con el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en la elección de sus autoridades, no se puede explicar la participación de un partido político en el procedimiento electoral de que se trate,⁷² en el cual pueden presentarse violaciones a la Constitución y a las leyes, no reparables por medio del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, destinado únicamente a falta de expedición de credencial para votar, inclusión o exclusión indebidas en el listado nominal, negativa de registro como partido o agrupación política y no otorgamiento o revocación del registro como candidato o de la constancia de mayoría y validez por cuestiones de inelegibilidad. Y siendo que

⁷² "En la mayoría de las comunidades indígenas las decisiones se toman por consenso. Se considera que la intromisión de los partidos políticos rompe la unidad del grupo e impide el acuerdo...", VILLORO, Luis, "El derecho de los pueblos indios", en *Equis. Cultura y Sociedad*, núm. 1, Dossier (Autonomías en el Mundo), mayo de 1998, p. VIII.

el juicio de revisión constitucional electoral sólo lo pueden interponer los partidos políticos, debe plantearse la posibilidad de ampliar a los sujetos legitimados para presentar dicho juicio, precisamente para no hacer inoperante, por principio, el propósito del Constituyente Permanente en estos casos.

Otro punto fundamental que tendrá que tenerse en mente es el de la cuestión probatoria, pues si tomamos en cuenta que las reglas de elección o nombramiento de autoridades indígenas son de carácter consuetudinario, esto es, que atienden a prácticas muchas veces centenarias, a las cuales el ordenamiento positivo les está otorgando consecuencias jurídicas, el derecho o la costumbre deberá ser probado en el procedimiento contencioso electoral, no siendo aplicable el principio consignado en el artículo 15, párrafo 1, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral ("Son objeto de prueba los hechos controvertibles. No lo será el derecho, los hechos notorios o imposibles, ni aquellos que hayan sido reconocidos"), sino al que se refiere el párrafo 2 ("El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación envuelve la afirmación expresa de un hecho"). Al romperse con el sistema de derecho escrito en que tradicionalmente se ha organizado el derecho mexicano, nos encontramos con que las reglas que normalmente se emplean resultan inaplicables para estos supuestos.

Para concluir este rubro tengo que señalar que son muy variados los temas que tendrán que analizarse para verificar la viabilidad de la justicia electoral plena, conforme la tenemos entendida, pues los términos legales en que se encuentra estructurada actualmente conculca la posibilidad de que los grupos indígenas o alguno de sus integrantes que consideren vulnerados sus derechos constitucionales en materia electoral, por haberse llevado a cabo el procedimiento de elección de autoridades conforme a sus usos y costumbres puedan promover algún modo de impugnación pese a que, constitucionalmente, aparentemente sería procedente la vía.

V. LA AUTONOMÍA INDÍGENA A TRAVÉS DE LA INSTITUCIÓN MUNICIPAL

A) Marco general

La autonomía de gestión (respeto y promoción de organización social y política propias) de los pueblos indígenas ha sido exigida por distintos grupos indígenas latinoamericanos, así como por organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales a lo largo de la segunda mitad del presente siglo, alegando como base las declaraciones internacionales que confundieron, deliberadamente, "Estado" con "pueblo" o "pueblos", según hemos referido con anterioridad.

Con todo y las adhesiones que con el paso de los años han ido acrecentando este tipo de propuestas, el tema se ha analizado relativamente poco, por lo que "el término comienza a cargarse de connotaciones prodigiosas, para unos, y de signos amenazantes para otros. Se corre el riesgo de que el concepto de autonomía termine por convertirse en un verdadero cajón de sastre, en el que se incluye el conjunto más heterogéneo de ideas, perspectivas e ilusiones. La diversidad de enfoques y aún de conjeturas, no es negativa *per se*. Lo que puede ser perjudicial para el futuro desarrollo de un debate fructífero, es la cantidad de mitos y extravagancias que se están adhiriendo gradualmente a la noción que nos ocupa: autarquía, separatismo, soberanía plena, retorno a la vida "natural", etcétera".⁷³

En este orden de ideas, lo medular de la cuestión es determinar el alcance y características de la autonomía. Un primer sentido la concibe como una permisión más o menos delimitada para que los grupos étnicos se ocupen de sus propios asuntos o para que mantengan sus usos y costumbres. Este criterio plantea un problema: su ambigüedad e indeterminación, ya que se estará a las condiciones y preferencias de quienes detentan el poder y por lo que, una vez cambiando las condiciones originales, las concesiones y privilegios desaparecen por la misma voluntad que los concedió.

⁷³ DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, Siglo XXI, Editores, UNAM, México, 1991, p. 150.

Un segundo sentido define a la autonomía "como régimen político", entendida en específico como "un régimen especial que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades integrantes, las cuales erigen así autoridades que son parte de la colectividad, ejercen competencias legalmente atribuidas y tienen facultades mínimas para legislar acerca de su vida interna y para la administración de los asuntos".⁷⁴

La concepción anterior puede parecer demasiado vaga o general, sin embargo, debe entenderse que los rasgos específicos de cada autonomía están determinados, en una parte, por la naturaleza histórica de la colectividad que la ejerce, además de que la búsqueda de una definición más concreta y específica incurriría, necesariamente, en generalizaciones inadecuadas e invalidadas para la enorme variedad de situaciones que cubre el sistema autonómico. Lo anterior, permite entender que las regiones de autonomía pueden ser, en la práctica sumamente variadas y que incluso observen en su operación distintos grados de autonomía, según los medios históricos en que tienen lugar, por lo que cada sistema autonómico debe ser evaluado en términos de aquellas condiciones históricas de las que resulta y a las que, al mismo tiempo, quiere dar respuestas.

Algunos autores opinan que lo esencial de la autonomía radica en que se posean las potestades legislativas (aunque constitucionalmente limitadas). Empero, lo fundamental radica en que la colectividad política (indígena en este caso), pueda normar su vida interna de acuerdo con los parámetros constitucionales y legales predeterminados, pues, el número y calidad de las facultades asignadas dependerá del medio histórico y de las condiciones en que se produzca el compromiso nacional, que da lugar a la autonomía y de acuerdo con el desarrollo alcanzado por la comunidad indígena en el terreno socioeconómico y en lo relativo a sus demandas y reivindicaciones, el autogobierno para la administración de sus propios asuntos podría considerarse un contenido adecuado del régimen de autonomía.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 151.

A este respecto puede hablarse de autonomías 'mínimas' y 'máximas', y pensarse en todo un complejo de graduaciones autonómicas que también deberán ser evaluadas en función del medio histórico correspondiente. Así, lo que en una situación puede verse como autonomía máxima, en otra puede considerarse como mínima y viceversa (sic). También la autonomía que sería mínima para un grupo, puede ser sencillamente inaceptable para otro. Por lo demás, no debe perderse de vista que todo régimen autonómico es, de por sí, dinámico: ningún arreglo se concibe como acabado o perfecto. Por lo tanto, en ciertas circunstancias las potestades administrativas o reglamentarias pueden ser consideradas como una etapa de un proceso de autonomía que incorpora gradualmente otras competencias, precisamente en la medida en que lo requiere el desarrollo del grupo y se profundiza el proceso democrático.

La cuestión de las competencias y de su correspondiente reparto, es precisado en consecuencia, según la naturaleza y el grado del régimen de autonomía del que se trata. Una autonomía máxima, que incluya amplias facultades legislativas, por lo común requerirá un tipo de reparto de competencias... constitucionalmente regulada y estatutariamente asumido. Para la autonomía enfocada a lo administrativo, generalmente bastará que se indiquen en los respectivos estatutos los asuntos que son competencia de los órganos de autogobierno regional y las formas de reglamentación, señalándose en la Constitución tan sólo las bases o principios que lo legitiman tales facultades.⁷⁵

B) La situación en México

Por lo que hace al caso específico de nuestro país, se dice que las colectividades indígenas han logrado preservar sus identidades culturales, territoriales y políticas debido a la disposición de la corona española de respetar, en lo esencial, las costumbres indígenas. Sin embargo, tales costumbres tuvieron —desde ese entonces— límites de convivencia con otras figuras auténticamente españolas. Así, los indígenas supieron preservar algunas de sus prácticas prehispánicas de gobierno con las particularidades derivadas de modelos que les fueron impuestos, entre las que es posi-

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 169 y ss.

ble destacar el concepto de comunidad de determinados bienes, específicamente las tierras (situación percibida por las autoridades desde los primeros tiempos de la conquista, procurada años después de estabilizada la nación mexicana mediante la reasignación de las tierras despojadas y plasmada en las legislaciones agrarias desde la segunda década del presente siglo), así como las funciones espirituales o religiosas de algunos de los integrantes de los cabildos o ayuntamientos.

Básicamente por estas razones es que muchos han visto en la propia institución del municipio el instrumento por virtud del cual los pueblos indígenas concreticen sus formas específicas de organización social.⁷⁶ Al igual que lo hicieron los ideólogos durante la revolución francesa, se concibe desde esta perspectiva a la institución municipal como una sociedad natural anterior al Estado y, por consiguiente, había que reconocerla ahí donde existiere: "la base natural del municipio estriba en las relaciones de vecindad, de convivencia social de un grupo de familiar en un entorno reducido, y por lo cual dispone de un derecho natural de autogobierno".⁷⁷

Por su parte, Aguirre Beltrán señala que en el cambio de las formas de gobierno indígena se encamina a la evolución política que permite la instauración de la figura del municipio libre, estructura que en su concepto proporciona realmente una cabal autonomía de gobierno a la comunidad indígena al eliminar a los funcionarios intermedios del cabildo que, según él, eran instrumentos de subordinación y de gobierno indirecto:

⁷⁶ Al respecto, opina Franco Salas: "... al definir las reformas se debe contemplar la relación de las comunidades indígenas con los órdenes de gobierno existentes. No parece existir una opción mejor que ubicar dichas relaciones en el nivel municipal... En algunos casos, por su propio desarrollo y condiciones, podrían convertirse en municipios; más en aquellos casos en que ello no se justifique, parecería lo más conveniente que las mismas fuesen consideradas como entidades municipales...", FRANCO, G.S., J. Fernando, "Chiapas. Dificultades y paradojas", en *Voz y voto. Política y elecciones*, núm. 64, junio 1998, p. 24.

⁷⁷ LÓPEZ CHAVARRÍA, José Luis, *Las elecciones municipales en México (Estudio jurídico-político)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, p. 169 y ss.

Aguirre Beltrán ilustra su discurso de poder con el caso de Oaxaca, donde casi cada comunidad corresponde a un municipio. Sol Tax observó el mismo fenómeno en Guatemala, sugiriendo que los municipios eran importantes unidades culturales y económicas muy diferenciadas. En México, si atendemos al total de municipios (2,392), veremos que los estados con mayor densidad de población indígena son también los de mayor dispersión municipal (Oaxaca, Puebla, Veracruz, México, Michoacán, Chiapas e Hidalgo). Existe, pues, una relación entre la forma de la división político-territorial y la población indígena. Andrés Lira ha sugerido que los ayuntamientos, organizados con apego a la Constitución de Cádiz (1812), se superpusieron a las comunidades de indios o bien éstas se adaptaron a la organización municipal al declarárseles legalmente extinguidas. Este pudiera ser el caso de Michoacán y otros estados. Sin embargo, a nivel de las tendencias actuales se aprecia que en los municipios michoacanos de población mestiza es donde prevalece una disgregación territorial mayor que donde vive la población indígena. Es muy probable que la dispersión territorial esté asociada a la evolución regional del sistema de tenencia de la tierra por tratarse de lugares donde la gran propiedad latifundista se desmembró en tiempos relativamente recientes...⁷⁸

Empero, Vázquez León refuta tal postura poniendo como ejemplo a la organización social de los tarascos, de los que se suele afirmar que representan el punto más alto del proceso unilineal a que se refiere Aguirre Beltrán pues han adoptado del todo la organización del municipio libre (a diferencia de tarahumaras y tzeltales), cuestión que implicaría una práctica identificación de la comunidad indígena dentro de la sociedad nacional. Dicho autor señala:

Ciertamente el municipio libre ha pasado a ser parte de la estructura de las comunidades indígenas modernas. Pero no existe una relación mecánica entre los procesos locales y los supralocales. En uno de los casos estudiados aquí, el de la comunidad indígena de Santa Cruz Tanaco, la institución local de la jefatura de tenencia

—parte integral de la estructura municipal de Michoacán,— no obstante sus funciones de mediación política y su “exacta observancia de los ordenamientos legales de la federación y del estado”, retiene funciones religiosas propias del cabildo colonial; se ocupa también de organizar el trabajo comunitario (faenas) y sanciona, en cuanto autoridad legal y tradicional, las transacciones y disputas de tierras agrícolas, completamente ajenas e ignoradas por el derecho agrario vigente pero funcionales en la legalidad local. Tal como ocurre en la comunidad otomí de San Felipe Los Alzati, el conflicto político adquiere características análogas, esto es, se da un faccionalismo que gira en torno a las instituciones legales de la jefatura de tenencia y el comisariado de bienes comunales, no obstante las ostensibles diferencias étnicas.⁷⁹

Y es que resulta prácticamente imposible encontrar una solución uniforme a un fenómeno sociopolítico cuyo principal rasgo descansa precisamente en la diversidad, la cual no se presenta únicamente en dicho plano, sino también, probablemente con mayor crudeza, en el económico. Una nueva regulación constitucional respecto de los municipios para prever los casos y las posibles maneras en las que podrían conformarse los ayuntamientos respectivos con arreglo a las formas sociales propias a la idiosincrasia de sus integrantes —como uno de los posibles ámbitos de ejercicio de la autonomía— tendría que ser en términos por demás genéricos. La situación se complica aún más si se toma en consideración que sólo una minoría de las poblaciones indias cuentan con que su hábitat corresponde aproximadamente a un territorio geográfico bien delimitado (en donde sería relativamente sencillo establecer una región autónoma), pues en la mayoría de los casos la etnias indígenas se encuentran mezcladas entre sí con los mestizos y criollos, o bien, ocupan poblados aislados sin una conexión sólida entre ellos, lo que dificultaría la posibilidad de establecer una región autónoma, de ahí que incluso se piense mejor en establecer ámbitos personales de validez y hacer a un lado la territorialidad.⁸⁰

⁷⁹ *Ibid.*, p. 97.

⁸⁰ No entraremos a comentar esta problemática, que entraña dificultades por demás considerables y que ya en otro lado se han encargado de advertir las consecuencias de adoptar ciertas posturas. *Cfr.*, COSSIO DÍAZ, José Ramón, “Comentarios al anteproyecto

⁷⁸ VÁZQUEZ LEÓN, Luis, *Gobierno indígena...* op. cit., p. 96.

C) Los inconvenientes legales

Por cuanto hace a la forma de elección o nombramiento de las autoridades que integrarían los órganos gubernativos⁸¹ estarían sujetas a, cuando menos, los principios jurídicos básicos que hemos referido párrafos arriba. Sobre el tema, Roldán Xopa sostiene:

La experiencia indica que es posible que los usos y costumbres de los municipios "indígenas" pueden presentar variaciones con las ideas "occidentales" de democracia representativa basada en el voto personal, libre, secreto, directo y con participación de los partidos políticos.

Así, la Constitución Federal establece que los presidentes municipales, regidores y síndicos serán electos popularmente por elección directa (párrafo segundo, del art. 115) y que las leyes de los estados introducirán el principio de representación proporcional en la elección de los ayuntamientos (fracción VIII, del mismo artículo). Además, el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, establece el derecho de los partidos políticos para participar en las elecciones estatales y municipales.

En consecuencia, las constituciones estatales, y las leyes que establezcan la posibilidad de utilizar el procedimiento de usos y costumbres, cuando excluyan, p. e. la participación de los partidos políticos, o el voto secreto, las mismas resultarán inconstitucionales en tanto se vulneraría el principio constitucional de voto secreto y el derecho de los partidos políticos a participar en este tipo de elecciones...

La forma de ordenar tal situación es la de establecer, a nivel de Constitución Federal la posibilidad de que en los municipios se elijan sus autoridades por medio de usos y costumbres...⁸²

de reformas constitucionales en materia de Derecho Indígena", en *Constitución Tribunales y Democracia*, Themis, México, 1998, pp. 233 y ss.

⁸¹ Que bien no pudieran identificarse necesariamente con la manera con que actualmente se conforman los ayuntamientos: presidentes municipales, regidores y síndicos. Cabe advertir, además, que el actual artículo 115 de la Ley Fundamental no restringe la existencia de otros cargos o, incluso, cuerpos colegiados.

⁸² ROLDÁN XOPA, José, "Análisis de las iniciativas sobre reforma indígena", en *Lex Difusión y Análisis*, núm. 35, 3a. época, año IV, mayo, 1998, p. 47 y ss.

En mi concepto, con la reforma que se propone se solucionarían los problemas referentes a la integración del ayuntamiento, tanto respecto de los que se eligen por el sistema de mayoría relativa como en el caso de representación proporcional, así como el relativo al derecho con que cuentan los partidos políticos para participar en este tipo de elecciones (municipales). Sin embargo, no sucedería lo mismo si se pretendieran abolir las características con que debe contar el sufragio (universal, libre, secreto y directo según refiere el artículo 116, fracción IV, inciso a) de la Ley Fundamental), ya que las mismas no se encuentran únicamente en la Carta Magna, sino que también forman parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos internacionales suscritos, aprobados y depositados por las autoridades competentes de nuestro país.

No pretendo sostener una postura "monista internacional", esto es, que prive el Derecho Internacional por encima del orden estatal mexicano, inclusive de la Constitución,⁸³ pues al contar los tratados con la misma jerarquía que las leyes del Congreso de la Unión que emanan de la propia Constitución,⁸⁴ se encuentran en

⁸³ Cfr., SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, 16a. ed., Porrúa, México, 1991, pp. 67 y ss.

⁸⁴ En este sentido, la siguiente tesis: "TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA". El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, puesto que en el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución sino que el rango que les confiere a uno y otros es el mismo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. —Amparo en revisión 256/81. C. H., Bohering Sohn, 9 de julio de 1981. Unanimidad de votos.

Volúmenes 151-156, Sexta Parte, p. 196, tomada de *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, vol. V (Q-Z), p. 3718. Criterio similar fue adoptado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en noviembre de 1992, con la te-

evidente inferioridad normativa con lo que disponga al efecto la Ley Fundamental. En este orden de ideas, una reforma constitucional en el sentido indicado derogaría en lo conducente los tratados aludidos, pues debe presumirse que el Constituyente Permanente tuvo a su alcance los datos necesarios para formular su determinación. Empero, el Estado mexicano estaría incurriendo en responsabilidad internacional, lo que sugiere un escenario poco probable en dicho sentido. Y como la denuncia de los instrumentos de mérito debe también considerarse como poco probable, la única salida sería proponer a las instancias respectivas una enmienda en el sentido que se ha indicado, hasta en tanto no sea aprobado el proyecto de Declaración de los Derechos de los pueblos indígenas que el seno de la ONU se ha formulado.⁸⁵

Como se ve, desde el punto de vista constitucional la única solución posible para una efectiva vigencia de los usos y costumbres en materia indígena sería aquella que desde la Constitución consagrara el respeto de los mismos. De esta manera, no se vería vulnerado el sistema constitucional electoral plasmado en ella misma, sino que se trataría de un verdadero régimen de excepción constitucional. No se entiende, en mi concepto, una efectiva protección y tutela de los usos y costumbres indígenas si éstos tienen que respetar a su vez, principios que no fueron formulados en el seno de esas comunidades.

VI. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN OAXAQUEÑA

Una vez precisado el régimen jurídico de los usos y costumbres indígenas en materia de justicia electoral, considero necesario ilustrar parte de la problemática con base en un análisis de la legislación electoral del Estado de Oaxaca.

sis de jurisprudencia identificada con el rubro: "Leyes federales y tratados internacionales. tienen la misma jerarquía normativa".

⁸⁵ Cfr., los artículos 1o. 3o. y 5o. de dicho proyecto en, GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *Derecho...*, op. cit., p. 83. Dichos preceptos permitirían que coexistieran los derechos humanos y libertades fundamentales con los derechos de los pueblos indígenas.

Y es que en Oaxaca aún se encuentra vigente en muchos pueblos indígenas un sistema de usos y costumbres en materia política. Su diverso componente étnico ha sido un factor fundamental para que en ese Estado exista un verdadero modelo de régimen jurídico aplicable en esta materia.⁸⁶

El 9 de agosto de 1990, el gobernador del Estado de Oaxaca remitió a la legislatura local una iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución, las cuales fueron aprobadas mediante Decreto número 56 de fecha 26 de octubre del mismo año. Tres días después, fueron publicadas en el *Periódico Oficial del Estado*. De entre ellas, destaca la efectuada al artículo 16, por virtud de la cual se reconoció la composición étnica plural de la entidad y se ordenó que la ley dispusiera de normas, medios y procedimientos que protejan y preserven el acervo cultural de las etnias y que promoviera el desarrollo de las formas específicas de organización social de las comunidades indígenas.

Así pues, la Constitución oaxaqueña se adelantó por más de un año a la federal en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, lo que pone de manifiesto la imperante necesidad de dar cauce legal a un fenómeno socio-político que en dicha entidad se presenta de forma acentuada: González Galván relata que existen sesenta sistemas jurídicos distintos en el país, entidad equivalente a un mismo número de pueblos indígenas,⁸⁷

⁸⁶ En este sentido, Cfr., CORDERO AVENDAÑO DE DURAND, Carmen, *La vara de mando. Costumbre jurídica en la transmisión de poderes*, H. Ayuntamiento Constitucional de Oaxaca de Juárez, México, 1997, pp. 149. En esta magnífica obra la autora señala en su introducción lo siguiente: "Voy a referirme al derecho consuetudinario, respecto a una de las tradiciones de mayor significado en los pueblos antiguos de México: la transmisión de los Poderes de Mando. Esta costumbre jurídica tiene un gran vínculo con la cosmogonía indígena y hasta la fecha pervive en las distintas regiones de nuestro Estado. Es de importancia vital para los pueblos indígenas no sólo el conservar sus tradiciones y costumbres jurídicas, sino de exigir con base a ellas que el Gobierno respete y dé validez a sus conceptos. Oficialmente por medio de la Constitución el Gobierno reconoce la necesidad de tomar en cuenta y de respetar esa pluriétnicidad y pluriculturalidad. Desafortunadamente la falta de conocimientos sobre la riqueza cultural de la etnias, hace difícil la aplicación de medidas concretas a favor de éstas."

⁸⁷ *Ibid.*, 51 y ss., y *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1995, pp. 170 y ss.

tanto, la iniciativa de reformas constitucionales en materia indígena remitida por el Ejecutivo al Congreso enfatiza particularmente la diversidad de los pueblos indígenas en México, señalando que existen 56 lenguas indígenas cuya distribución es sumamente irregular, tanto geográficamente como respecto de las colectividades que las hablan. Volviendo a Oaxaca, el propio artículo 16 de la constitución reconoce y protege 16 lenguas indígenas.⁸⁸ Los municipios de la entidad (570) representan el 23% de los que existen en el país. De aquéllos, sólo el 10 no se registran hablantes de lenguas indígenas y en 245 se alcanzan rasgos superiores al 50% sobre la población total mayor de 5 años. En fin, se identifican 16 grupos étnicos distribuidos en las 8 regiones en que se estila dividir al Estado.⁸⁹

Pero no basta la amplia diversidad, cultural, social y política para entender los cambios que en Oaxaca han llevado a que por primera vez en la historia independiente de nuestro país se reco-

⁸⁸ Con la reforma constitucional de junio de 1998 (*Cfr.*, *infra*, nota de pie de página núm. 92) desapareció la enumeración casuística, quedando los dos primeros párrafos de dicho numeral en los siguientes términos:

El Estado de Oaxaca tiene una composición étnica plural, sustentada en la presencia de los pueblos y comunidades indígenas que lo integran. El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en consonancia con el orden jurídico vigente, por lo tanto tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales, en los términos de la ley reglamentaria que al efecto se expida. La ley reglamentaria determinará los pueblos y comunidades indígenas que el Estado reconozca y cuyos derechos hará valer y respetar.

La ley reglamentaria establecerá las normas, medidas y procedimientos que aseguren el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos, comunidades indígenas, para: su organización social y política, sus formas de gobierno tradicional, sus sistemas normativos internos, la jurisdicción que tendrán en sus territorios, el acceso a los recursos naturales de sus tierras y territorios, su participación en el quehacer educativo y en los planes y programas de desarrollo, sus formas de expresión religiosa y artística, la protección de las mismas y de su acervo cultural, y en general para todos los elementos que configuran su identidad. Los derechos sociales reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas se ejercerán exclusivamente en forma directa por los interesados y sus autoridades, quedando prohibida la participación de gestores o intermediarios.

⁸⁹ Datos proporcionados por FLORES CRUZ, Cipriano, "El sistema electoral por usos y costumbres: el caso de los municipios indígenas del Estado de Oaxaca". Ponencia presentada en el marco del III Congreso Internacional de Derecho Electoral, en la ciudad de Cancún, Quintana Roo, el 24 de marzo de 1998, p. 1.

nociera en un texto legal la posibilidad de que los pueblos indígenas designaran a sus autoridades, conforme a sus propias tradiciones democráticas.⁹⁰

En efecto, el 13 de mayo de 1995 apareció publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca* el Decreto 278, por virtud del cual se reformaron diversos preceptos constitucionales, entre ellos el artículo 25 (equivalente al 41 de la Constitución Federal), cuyo último párrafo⁹¹ dice:

La ley protegerá las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas, que hasta ahora han utilizado para la elección de sus ayuntamientos.

Si bien se observa que el precepto constitucional opta porque la manifestación de una cierta autonomía se canalice a través de la institución municipal, desde luego resalta de la parte final del texto que en Oaxaca (o cuando menos en algunos de sus municipios) había venido imperando una situación de facto al margen de los preceptos constitucionales y reglamentarios, consistente en que ciertas comunidades de indios nombraban a sus autoridades utilizando sus propios métodos y mecanismos, probablemente con rasgos democráticos, aunque no precisa exactamente los contenidos en los preceptos legales que se hubieren considerado aplicables siguiendo puramente el orden normativo positivo. La aceptación de este fenómeno es plena en la exposición de motivos de la nueva iniciativa de reformas constitucionales que el Gobernador envió a la Legislatura el 21 de marzo pasado.⁹²

⁹⁰ *Cfr.*, CORDERO AVENDAÑO DE DURAND, Carmen, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁹¹ Con motivo de las reformas constitucionales aprobadas en dicha entidad en 1997, actualmente es el penúltimo párrafo.

⁹² Durante la revisión de trabajo, el 5 de junio de 1998, diversos medios impresos de comunicación social informaron que la Legislatura local había aprobado la iniciativa de mérito, por virtud de la cual, el gobierno oaxaqueño pretende precisar los alcances y ámbitos de la autonomía y de los derechos individuales y sociales de los indígenas, mediante la reforma y adición de diversos preceptos. Aprobadas las modificaciones constitucionales, se encuentra en proceso de discusión la iniciativa de la ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca.

Por muchos años, las prácticas políticas y culturales de los pueblos y comunidades indígenas de Oaxaca basados en sus tradiciones ancestrales, fueron toleradas por el gobierno. Estaban vigentes, lo mismo para constituir sus autoridades que para administrar justicia, pero siempre expuestas a una acción discrecional que podía impugnarlas, puesto que los derechos indígenas, ejercidos cotidianamente por ellos, no estaban reconocidos en nuestras leyes.

Con un proceso electoral para renovar integrantes de ayuntamientos en ciernes, el 14 de septiembre de 1995 fueron publicadas las reformas al Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca (CIPPE), las cuales pretendían concretizar el derecho constitucional inserto en el entonces último párrafo del artículo 25.⁹³

La reforma consistió en cambiar la denominación del libro cuarto del CIPPE por el de la "Renovación de Ayuntamientos en los municipios de elección por usos y costumbres", constante de un solo título y 6 artículos. Asimismo, se eliminó del artículo 136, párrafo 1, la palabra "exclusivamente" a la atribución de los partidos políticos para solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular.

Tan parca regulación obedeció a que la Comisión que redactó el documento, como la que elaboró el Dictamen correspondiente, estimaron que ante la imposibilidad de encontrar rasgos comunes en los procedimientos seguidos en todas las comunidades indígenas era preferible dictar lineamientos generales y no una serie de reglas casuísticas. De estas previsiones legales, pueden destacarse los siguientes puntos:

A) Se entiende por comunidades de un municipio que observa el régimen de usos y costumbres, "aquellos que desde tiempo inmemorial o cuando menos hace tres años, eligen a sus autoridades mediante mecanismos establecidos por su derecho consuetudinario".

⁹³ Debe destacarse que la iniciativa de reformas no provino del Ejecutivo estatal, sino de la Comisión Plural para la reforma político-electoral, integrada por representantes de cada uno de los partidos políticos que conformaban la Legislatura.

B) Dichas comunidades pueden, respetando sus usos y costumbres, registrar a sus candidatos directamente, sin intervención de partido político alguno o a través de éstos.

C) Para ser miembro de un ayuntamiento electo según el sistema de usos y costumbres, únicamente se requiere ser reconocido y aceptado por la comunidad.

Según hacía notar el dictamen que motivó esta reforma, se optó por incluir estas disposiciones en un libro independiente "en virtud de que constituyen normas específicas aplicables exclusivamente a los sujetos definidos (en realidad, no existía tal definición) en el propio libro, sin que su aplicación pueda extenderse a otras situaciones". Como consecuencia de esta concepción, se estableció que las decisiones de las comunidades no estarían sujetas a la revisión por ningún órgano estatal: "Habrá un respeto irrestricto a la voluntad comunitaria en materia de elección de sus autoridades, voluntad que se expresará en forma que las propias comunidades lo estimen conveniente" (considerandos quinto y octavo).

Como puede observarse, lo que verdaderamente habían conceptualizado los integrantes de la legislatura era un régimen de excepción, en donde ni siquiera se preveían los procedimientos para verificar que las prácticas tradicionales fueran, como ordena la constitución local (así como la Constitución Federal y los tratados internacionales suscritos), de características democráticas. Además, el hecho de que bastara ser reconocido y aceptado por la comunidad para ser integrante de un ayuntamiento violentaba flagrantemente las constituciones federal y local, pues según la norma estatal secundaria nada impedía que, por ejemplo, un extranjero ocupara el cargo de Presidente Municipal, o bien, que fuese la misma persona quien ocupara dicho cargo durante más de un periodo en forma sucesiva.

Pese a las críticas que pudiesen formularse a esta legislación, en el año de 1995, 412 de los 570 municipios con que cuenta esta entidad federativa se acogieron al sistema de usos y costumbres, lo cual implicó un notable esfuerzo por parte de las autoridades electorales para conciliar a los diferentes partidos políticos, a efecto de que determinaran en qué municipios no registrarían candida-

tos y de esta manera permitir que en los mismos se desarrollara el sistema de derecho consuetudinario indígena. Como manifestamos líneas arriba, el derecho constitucional de los partidos políticos nacionales para participar en las elecciones estatales y municipales es uno de los puntos medulares que deben reformarse para que los municipios con población india puedan ceñirse por sus tradiciones, sin la "intromisión" de dichos institutos políticos. En el caso de la elección oaxaqueña de 1995 pudo superarse esa barrera mediante la negociación, no obstante, se requería únicamente la inconformidad de uno de ellos para, en términos reales, dejar sin efecto la prerrogativa reconocida a las comunidades de indios. Dicho sea en otras palabras, no bastaba el reconocimiento legal sino que era necesario el consentimiento de los partidos.

Con la experiencia obtenida, el Instituto Electoral del Estado de Oaxaca en unión de las comunidades interesadas efectuaron encuestas y estudios con el propósito de plantear nuevas reformas constitucionales y legales, que perfeccionaran el régimen jurídico aplicable, para las elecciones municipales que tendrán verificativo el presente año.⁹⁴

Así, los días 8 de marzo y 1o. de octubre de 1997 aparecieron publicadas las reformas constitucionales y legales en materia electoral, dentro de cuyos paquetes se encontraban modificaciones al sistema de usos y costumbres. Las normas que se desprenden del contenido de los preceptos correspondientes, evidencian serias incompatibilidades con el régimen constitucional vigente. Por ejemplo, de una interpretación *strictu sensu* del artículo 98, primer párrafo y sus distintas fracciones, se colige que la elección de funcionarios municipales por el principio de representación proporcional se encuentra limitada a aquellos ayuntamientos que se elijan mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, en contraposición de los ayuntamientos que son electos bajo el sistema de usos y costumbres,⁹⁵ lo cual resulta inconstitucional a la luz de lo ordenado en el numeral 115, fracción VIII de la Constitución General, según se ha visto.

⁹⁴ Para mayor referencia de las actividades realizadas, *Cfr.*, FLORES CRUZ, Cipriano, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁹⁵ De hecho, de la lectura de dicho precepto se infiere claramente que hay ayuntamientos (precisamente los sometidos al régimen de usos y costumbres) que no se eligen

Ahora bien, una vez llamada la atención sobre dicha circunstancia, sólo resta destacar los siguientes lineamientos derivados del actual régimen electoral oaxaqueño, relacionados con lo que conocemos como justicia electoral, los cuales se acompañan de un comentario cuando se estima conveniente:

A) Se agregó un segundo párrafo al artículo 24 constitucional para referir, después de afirmar que las elecciones de los ayuntamientos se harán mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, que en los municipios con comunidades que se rigen por el sistema de usos y costumbres, se deben proteger sus tradiciones y prácticas democráticas.

Este precepto no debe entenderse como una excepción a las características que debe reunir el sufragio, pues el mandato deriva desde la propia Constitución federal y de los tratados internacionales ya mencionados.

B) Se establece que los "concejales" electos por el sistema de usos y costumbres deben tomar posesión en la misma fecha que todos los demás ayuntamientos (1o. enero), permaneciendo en el cargo durante el tiempo que dicten sus tradiciones, sin que en ningún caso pueda excederse el término de 3 años (artículo 98, último párrafo, de la Constitución de Oaxaca). Esto significa que la renovación de integrantes municipales no será homogénea en todo el Estado, sino de manera sucesiva e independiente en cada uno de los municipios, según lo ordenen sus propias tradiciones.

C) Se define al procedimiento electoral como "el conjunto de actos realizados por las autoridades competentes y por los ciudadanos de una comunidad, para proponer públicamente a los concejales municipales y para elegirlos, basados en las normas consuetudinarias del municipio". Dicho conjunto comprende "los actos que consuetudinariamente realizan los ciudadanos de un municipio, los órganos comunitarios de consulta y las autoridades electorales competentes, para renovar a las autoridades municipales desde los actos previos, incluyendo la preparación, las pro-

mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, lo que igualmente constituye una violación a la Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 116, fracción IV, inciso a).

puestas de concejales, las formas de votación y de escrutinio, hasta el cierre de la elección (artículo 109, párrafos 3 y 4 CIPPE).

Como se indicó con anterioridad, la diversidad en los procedimientos seguidos en cada una de las comunidades vuelve prácticamente imposible regularlos, a no ser que se haga una enunciación casuística que no necesariamente será definitiva. Esto nos da una idea que la forma de designar candidatos ("propuestas de concejales") dista mucho de ser siquiera semejante a la que nos encontramos acostumbrados.

De igual forma, la votación se realiza normalmente en un espacio público a donde concurren los integrantes de la comunidad que renovará autoridades (conformando la llamada "asamblea comunitaria", manifestando sus opiniones respecto de quienes han sido propuestos, para finalmente emitir su voto. El mecanismo para hacerlo varía, pues puede efectuarse mediante manifestación en público, anotación en una pizarra, la instalación de una o varias mesas (con funciones distintas a las Directivas de casilla), entre otras.

Lo anterior se constituye en uno de los puntos más debatibles del sistema de usos y costumbres, pues puede emitirse el voto sin las características constitucionalmente requeridas.⁹⁶ Además, si el sufragio es oral o de cualquiera otra forma en la que únicamente quede constancia de los votos emitidos en acta única, firmada por quienes fungieron como autoridades electorales, sería virtualmente imposible probar si el recuento fue doloso o, simplemente, equivocado en la computación, sin tener la posibilidad de, una vez efectuado el acto, verificar su validez. Evidentemente, para dificultar aún más la situación, muy probablemente no se haga uso de algún tipo de padrón electoral.

D) Se consideran municipios de usos y costumbres (artículo 110 CIPPE):

- a) Los que han desarrollado formas e instituciones políticas propias, diferenciadas e inveteradas, que incluyan reglas internas o procedimientos específicos para la renovación de sus ayuntamientos de acuerdo a las constituciones federal y estatal;

⁹⁶ Cfr., *supra*, nota de pie de página inmediata anterior.

- b) Los que reconozcan como principal órgano de consulta y designación de cargos para integrar el ayuntamiento a la asamblea general comunitaria de la población que conforma el municipio u otras formas de consulta a la comunidad;
- c) Las que por decisión propia, por mayoría de asamblea comunitaria, opten por el régimen de usos y costumbres en la renovación de sus órganos de gobierno.

E) A diferencia del régimen jurídico vigente en 1995, ahora sí se exige cumplir con los requisitos de elegibilidad previstos en la constitución local para poder ser integrante del ayuntamiento (artículo 112, fracción I del CIPPE).

F) Para estos municipios, no opera una fecha única de elección, sino que se respetarán sus tradiciones (artículos 115 y 117, párrafo 2, del CIPPE).

G) El órgano electoral encargado de nombrar a la autoridad debe ser integrado en los términos que dicte la asamblea general comunitaria, pudiendo quedar integrada en aquél la autoridad municipal (artículo 116).

Con este supuesto tan amplio, se corre el riesgo que, de quedar el órgano electoral mayoritaria o totalmente conformado por funcionarios municipales, no pueda ser considerado como autónomo en los términos a que se refiere el artículo 116, fracción IV, inciso c) de la Constitución federal.

H) Realizada la elección se debe levantar un acta en la que firmen en todo caso la autoridad municipal en funciones, así como los integrantes del órgano que presidió el procedimiento electoral, los ciudadanos que intervinieron, los que por costumbre deban hacerlo y quienes se considere pertinente. Hecho lo anterior, debe hacerse llegar al Instituto Estatal Electoral el resultado de la elección, encontrándose obligado a sesionar el Consejo General de dicho Instituto para declarar la validez de la elección y expedir las constancias respectivas (artículo 117, párrafo 3, 119 y 120 del CIPPE).

De acuerdo con el artículo 59, fracción VII de la Constitución estatal, la Legislatura es la facultada para calificar las elecciones

de los ayuntamientos, por lo que la declaración que efectúe el Consejo General respecto de la elecciones efectuadas en los municipios bajo el sistema de usos y costumbres debe considerarse como un mero acto formal y mecánico. De ahí que el artículo 122 del CIPPE agregue que la Legislatura del Estado “conocerá de la elección de las autoridades municipales por usos y costumbres y ratificará, en su caso, la validez de las mismas y expedirá el decreto correspondiente que enviará para su publicación en el Periódico Oficial”.

1) Respecto del surgimiento de controversias en estos procedimientos electorales, únicamente se establece que el Consejo General del Instituto Estatal conocerá de las mismas, debiendo procurar la conciliación de las partes y de tomar en cuenta los usos y costumbres de la comunidad de que se trate, o bien, realizar una consulta con la comunidad (artículo 125 del CIPPE). Por las razones expresadas en el punto anterior, esta decisión es revocable o modificable por la Legislatura del Estado.

Ambas decisiones, desde una óptica estrictamente jurídica, son eventualmente impugnables ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por medio del juicio para la protección de los derechos político-electorales del Ciudadano, si se refiere al no otorgamiento de la constancia a uno o varios de los concejales electos por razones de elegibilidad, acción que tendrían que intentar directamente los afectados. En cualquier otro caso, ya he mencionado la problemática que ofrece la legitimación exigida por la LGSMIME respecto de los juicios de revisión constitucional en materia electoral.

Pese a que existe la posibilidad jurídica para allegarse de la vía constitucional señalada, los evidentes contrastes que derivan de la yuxtaposición de dos órdenes normativos esencialmente distintos y, en algunos puntos, hasta contradictorios, trascenderían en la resolución de los remedios constitucionales diseñados con las reformas al Código Fundamental de 1996, redundando en una mayor complejidad a la que por sí éstos conllevan, por no mencionar los breves plazos con que normalmente se cuenta para dirimir estas controversias y la escasa noción que sobre los mismos seguramente tendrán los sujetos legitimados involucrados.

VII. COMENTARIO FINAL

Hasta el momento de escribir estas líneas, se encuentran pendientes de discusión en el Congreso de la Unión la iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena que fueron presentadas durante el mes de marzo por el Ejecutivo Federal y los Partidos Acción Nacional y Verde Ecologista de México, sin que exista certeza respecto del texto final que sea aprobado, previo al consenso de los partidos políticos que integran las Cámaras.

Ante esta incertidumbre espero que este breve estudio llame la atención respecto de los pueblos indígenas, la elección de sus autoridades y la problemática que enfrentaría el control constitucional y legal de los actos y resoluciones que se dictaran durante el proceso respectivo.

Siguiendo una línea de pensamiento basada en la cultura “occidental” de defensa de los derechos más elementales del ciudadano como persona y como componente del aparato político llamado Estado (comprendido éste en todas sus dimensiones, o sea, desde la federal hasta la indígena), debe concluirse que si no se pone un especial énfasis en el tipo de justicia electoral con el que deben contar los integrantes de los pueblos indígenas para hacer valer sus derechos político-electorales equivalentes a los de todo ciudadano y los particulares basados en su condición, se corre el riesgo de que la historia se repita una vez más: que las prerrogativas que se les otorguen queden manifiestas únicamente en el papel mas no en la realidad que sólo queda evidenciada por los hechos, al no contar con medios jurídicos adecuados para combatir las arbitrariedades.

Y es que con base en tal postura, el reconocimiento a la idiosincrasia indígena no puede ni debe significar el olvido de las instancias de control constitucional y legal para las minorías étnicas de nuestro país. No obstante, las filosofías y culturas étnicas responden a criterios muy distintos a los que comúnmente se adoptan como universalmente válidos, de donde cabe concluir que la noción de justicia —en específico la electoral— que, tomada de otras latitudes, hemos adoptado, modificado y materializado en casi ciento noventa años, no corresponde a la concepción que de

la misma tengan cada una de las comunidades indígenas enclavadas a lo largo y ancho de nuestro país. Parecería, después de todo, que la luz en el camino se halla en la coexistencia armónica de los distintos órdenes existentes, lo cual requiere, en principio, un mayor conocimiento y entendimiento de la visión de nuestros compatriotas indígenas.

RESERVAS AL USO EXCLUSIVO

Susana BARROSO MONTERO

La reserva al uso exclusivo es una figura que vale la pena analizar, desde un punto de vista jurídico, por los objetos que protege y por su ubicación dentro del derecho de autor.

Ya desde el fundamento constitucional del que parte la regulación de los derechos derivados de la Propiedad Intelectual se provoca la tendencia de reunir a la propiedad industrial y al derecho de autor dentro de parámetros similares.

La Ley Federal del Derecho de Autor nace como reglamentaria del artículo 28 constitucional, justificando entonces su existencia en una excepción a la prohibición de monopolios establecida en el cuerpo dogmático de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El mencionado artículo 28, después de declarar la prohibición general a los monopolios, señala que "...No se considerarán monopolio 'los privilegios' que se otorguen por tiempo determinado a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso de sus inventos se otorguen a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora."

Este texto, en cuanto a su redacción resulta arcaico e inadecuado, puesto que evoca recuerdos monárquicos y absolutistas, cuando el rey no reconoce un derecho como inherente al ser humano, sino que, graciosa y discrecionalmente, otorga un privilegio a un súbdito o grupo de súbditos para distinguirlos de los demás, situación que resulta extraña en el contexto de un país como el nuestro en el que los recuerdos del imperio son tan escasos.

Pero además, el espíritu del artículo 28 expresa una preocupación eminentemente económica de proteger la libre competencia en el mercado, la cual no va de acuerdo con el interés de preservación cultural a través de la protección al autor y a su obra, que es premisa fundamental del derecho de autor.

Es por ello que hubiera sido más preciso desprender la protección a los derechos de autor de una garantía constitucional que ampare el derecho de los ciudadanos para expresarse libremente, así como el derecho de la población para acceder a la educación y a la cultura.

En el caso de la propiedad industrial, se puede sostener el artículo 28, como fundamento de la propiedad industrial porque es importante establecer que el ejercicio de los derechos exclusivos derivados de las patentes o de los registros marcarios no constituye una actividad monopólica, ya que el fin de la actividad monopólica es primordialmente comercial, al igual que en la explotación de un título de patente o de un registro de marca.

No resulta así en el caso de los derechos de autor, cuyo objeto es la protección de la obra como expresión del espíritu, de las ideas, emociones y sentimientos de su creador. Independientemente de que finalmente la obra pueda, o no, estar en el comercio, su fin último es la expresión artística.

Plantear límites claros para el derecho de autor y la propiedad industrial, desde su fundamento constitucional, no sólo no resulta ocioso, sino que resolvería problemas que continuamente se presentan para delimitar el campo de acción entre las dos vertientes que conforman los derechos sobre Propiedad Intelectual y que son, por una parte, el derecho de autor, que va encaminado a la protección de las manifestaciones intelectuales en el campo del arte y la cultura y, por otra parte, la propiedad industrial, que es resultado de una manifestación, también intelectual, pero enfocada a la industria, al intercambio comercial y a lograr la protección en el mercado evitando la competencia desleal.

No obstante, el tratar de definir fronteras entre el concepto de derecho de autor y el de propiedad industrial cada vez se hace más difícil, dado que vivimos en una época en que la razón eco-

nómica predomina y parece que la globalización es la panacea de todo problema.

Lo anterior se ha reflejado en nuestra legislación sobre derechos de autor y en la de propiedad industrial, las que han sufrido modificaciones como resultado del cumplimiento de compromisos adquiridos en convenios internacionales tales como el Tratado de Libre Comercio y los Acuerdos en Materia de Comercio.

Por ejemplo, en la Ley Federal del Derecho de Autor se incorpora la protección de programas de cómputo, equiparando dichos programas a las obras literarias y otorgándoles la misma protección que la ley brinda a ese tipo de obras, provocando con ello una protección que resulta excesiva si tomamos en cuenta que el programa de cómputo estará protegido durante la vida de su autor y setenta y cinco años después de su muerte para sus causahabientes, lo cual, en el caso de un objeto que es afectado tan directamente por el acelerado avance de la tecnología, es inoperante.

Asimismo, unos meses después de publicarse la Ley Federal del Derecho de Autor, se decide expedir una reforma a la Ley de Propiedad Industrial con el objeto de incorporar la protección de circuitos integrados o *microchips*. Tal parece que vamos dando bandazos entre una y otra ley, colocando materias según convenga a presiones externas o con base en decisiones que son más políticas que jurídicas.

Una de las cuestiones que no presenta una naturaleza clara y que se ha situado en nuestra legislación autoral, es el régimen de reservas.

En nuestra legislación sobre derechos de autor, junto al régimen que establece el registro de obras, ha convivido otro, que es el llamado de *Reservas al uso exclusivo*.

Ya en el apartado relativo al Derecho de Autor, contenido en el Código Civil de 1928, se contemplaba el derecho exclusivo al título o cabeza de un periódico, por todo el tiempo de su publicación, para aquellos que hubiesen hecho el depósito correspondiente. Si se suspendía la publicación por más de seis meses, se perdía el derecho.

Al desprenderse del cuerpo del Código Civil las disposiciones sobre derechos de autor, la ley de 1948 recoge esta disposición y

se amplía la exclusividad al uso de títulos o cabezas de noticieros cinematográficos, programas de radio y a toda publicación o difusión periódica, además de que se amplía el plazo de protección durante todo el tiempo de publicación y un año más. Para la subsistencia de ese derecho el titular debía comprobar que se estaba haciendo uso del título o cabeza.

También la ley de 1948 otorgaba la exclusividad al uso de características gráficas originales que fueran distintivas de la obra o colección.

En la ley de 1956, las disposiciones referentes a reservas pasan sustancialmente de la misma forma y se conservan en las reformas de 1963.

La Ley Federal del Derecho de Autor, vigente a partir de marzo de 1997, incluye un capítulo referente a las reservas de derechos al uso exclusivo y define la reserva como "la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza a alguno de los géneros siguientes:

- Publicaciones periódicas;
- Difusiones periódicas;
- Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos;
- Personas o grupos dedicados a actividades artísticas; y
- Promociones publicitarias.

Como se puede observar estos renglones de la actividad humana, que abarcan las reservas, no son propiamente una obra artística que el Estado tuviera que proteger como derecho de autor, pero son, sin duda alguna, manifestaciones del intelecto que, en caso de tener alguna originalidad, deben ampararse de usos arbitrarios o abusivos por parte de terceros.

Sin embargo, considero que el beneficio que obtiene el titular de la reserva en estos casos es más bien de tipo mercantil, encaminado a proteger la plaza comercial para el tipo de actividad en la que se desenvuelve el titular y que busca impedir la competen-

cia desleal que puede darse cuando un tercero se aprovecha del prestigio ganado entre el público consumidor.

Entre las diferencias fundamentales entre el régimen de registro y el de reservas están las siguientes:

El registro no es condición para que una obra se encuentre protegida por el derecho de autor. La obra se encuentra protegida en lo que tenga de original, sin que su protección esté sujeta a ninguna formalidad. El registro de la obra es meramente declarativo, es una presunción de que son ciertos los datos en él contenidos y solamente constituye un medio de prueba en caso de conflicto que el juez tendrá que valorar como *juris tantum*. El registro no es renovable, se utilice, o no, la obra, el derecho subsiste. La protección a la obra ampara plazos muy largos que van, incluso, después de la muerte del creador.

Por su parte, la reserva sí es requisito indispensable para tener el uso exclusivo del título o del nombre amparado por el título y para que este derecho pueda ser oponible a terceros. En caso de conflicto el certificado constituye una prueba *jure et de jure*. El certificado de reserva tiene un plazo corto de vigencia y es renovable siempre y cuando el titular compruebe el uso, excepto en el caso de promociones publicitarias las cuales una vez terminada su vigencia pasan a dominio público.

TÍTULOS DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS

En la protección de títulos de publicaciones periódicas, la Secretaría de Educación, a través del Instituto Nacional del Derecho de Autor, se encarga de verificar que no exista otro título parecido en grado de confusión con el solicitado; sin embargo, la Secretaría de Gobernación a través de la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas ilustradas también interviene otorgando certificados de licitud de título y contenido de las publicaciones.

La intervención de la Comisión resulta un aparato arcaico de censura, creado con base en una ley de principios de siglo, que es la Ley de Imprenta. Estos permisos son necesarios para que el material circule libremente y para que la publicación no sea declarada "clandestina", según lo afirma la misma Ley de Imprenta.

La protección para los títulos de una obra artística que denoten alguna originalidad, se encuentra contemplada en casi todas las legislaciones, por considerarlo parte de la obra misma.

Al respecto, la Convención Interamericana de Washington de 1946, establece que: "El título de una obra protegida que, por la notoriedad internacional de esta última, adquiere un carácter distintivo que la identifique, no podrá ser reproducido en otra, sin consentimiento del autor."

En la Ley Federal del Derecho de Autor vigente, extrañamente desapareció el artículo 20 de la ley anterior, que contemplaba esa protección al título de la obra protegida y decía que el título de una obra intelectual o artística que se encontrara protegida o el de una publicación periódica sólo podrían ser utilizados por el titular del derecho de autor.

El requisito de originalidad es indispensable para que el título de una obra se considere protegido y consiste en los rasgos distintivos que éste contenga, porque hay títulos que por sí solos identifican a la obra e incluso al autor, como *Las flores del mal* o *Cien años de soledad*, pero también hay títulos que son tan genéricos o comunes que no indican nada por sí solos, como *Tus ojos*, *Te amo* o *Tú* y en este caso no susceptibles de protección.

La ley señala expresamente que no son reservables los subtítulos, ni tampoco las características gráficas, las letras o números aislados, la traducción a otros idiomas o la variación ortográfica caprichosa, o la construcción artificial de palabras no reservables, ni los nombres de personas utilizados en forma aislada, tampoco los nombres de países, ciudades o poblaciones o gentilicios.

La vigencia del certificado de reserva al uso del título de publicaciones periódicas es de un año, renovable, siempre y cuando el titular compruebe su uso.

La reserva al título de publicaciones periódicas, normalmente no se encuentra en otro país. Solamente México y Colombia la tienen y esto debido a que Colombia tomó como modelo la ley mexicana de 1963 para la elaboración de su ley. Esto se explica porque en la mayoría de los países, cuando el titular tiene interés en proteger el título de sus publicaciones lo hace a través del derecho marcario.

La ley señala que no es reservable la traducción a otros idiomas, sin embargo, pienso que debería haber una regulación que proteja a los títulos que tienen nombres extranjeros y que circulan en nuestro país en su idioma original, como es el caso de revistas como: *National Geographic*, *Time* o *Der Spiegel*. Muchos de los titulares de estos derechos buscan la protección en el ámbito marcario.

NOMBRES DE PERSONAJES HUMANOS DE CARACTERIZACIÓN, O FICTICIOS O SIMBÓLICOS

Por lo que se refiere a los personajes humanos de caracterización o ficticios o simbólicos, se busca proteger tanto el nombre como las características físicas y psicológicas de estos personajes en lo que tengan de original.

La vigencia de los derechos es de cinco años, contados a partir de la fecha de expedición del certificado, renovable por periodos iguales siempre que se compruebe su uso.

Para llevar a cabo una reserva verdaderamente eficiente es importante distinguir entre el personaje sobre el cual se pretende obtener la reserva al uso exclusivo y los posibles actores que interpreten el personaje en el caso de los de caracterización. El personaje debe presentar características físicas y psicológicas perfectamente delimitadas en el momento de la solicitud de reserva, de manera que se pueda identificar al personaje independientemente del actor que lo interprete.

Un problema que se presentaba con cierta frecuencia en el caso de nombres artísticos era la doble protección que se daba en la práctica cuando un titular tenía la reserva al uso exclusivo de un nombre artístico y por otra parte otra persona registraba una marca para servicios de entretenimiento, y era difícil para el juzgador decidir cuál derecho era el mejor, puesto que tanto el registro como la reserva son constitutivos de derechos para el titular.

Afortunadamente este problema se ha resuelto a partir de la inclusión en la Ley de Propiedad Industrial de una disposición que establece que no son registrables como marca los títulos de obras, de publicaciones y difusiones periódicas de personajes fic-

ticios o de caracterización, los nombres artísticos y denominaciones de grupos artísticos, a menos que el titular del derecho lo autorice.

También el artículo 89 de la Ley sobre Propiedad Industrial define que puede ser utilizado como marca el nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o con un nombre comercial publicado.

Este artículo 89 hace evidente otra importante similitud entre el derecho que otorga la reserva al uso exclusivo y el que otorga el registro marcario y que es su naturaleza de derecho real, al grado de que una persona no podrá usar su nombre verdadero cuando éste se encuentre registrado por otra como nombre artístico.

En este caso la reserva es oponible a tercero, incluso si el tercero es el que lleva el nombre correspondiente a su registro de nacimiento.

El derecho de persecución que se tiene sobre el nombre significa que el titular de la reserva puede reivindicar su nombre artístico de cualquiera que lo usare sin su consentimiento.

En este sentido el interés del legislador es proteger el acreditamiento y reconocimiento que ha logrado el artista con su trabajo y evitar confusiones entre el público consumidor, que paga por ver a un artista que identifica a través de un nombre determinado.

Incluso existen muchas propagandas tramposas para inducir a confusión, como sería el caso de que se pusiera con letras mayúsculas en carteles panorámicos o en periódicos que se presentará "Juan Gabriel" y con letras muy pequeñas, "el imitador" o Juan Gabriel "García" lo cual representa una conducta fraudulenta mediante la cual se busca obtener un lucro aprovechándose del error en que se ha inducido a otro, conducta que puede y debe ser sancionada.

PROMOCIONES PUBLICITARIAS

En cuanto la reserva al uso exclusivo de promociones publicitarias, en la ley anterior se pedía solamente que dicha promoción tuviera señalada originalidad, pero la ley vigente introduce, además del mecanismo novedoso, dos requisitos para que sea susceptible de reserva:

a) "que no tenga protección" (suponemos que se refiere a otra protección distinta de la de derechos de autor), y

b) "que tienda a promover y ofertar un bien o servicio, con un incentivo adicional de brindar la posibilidad al público en general de obtener otro bien o servicio, en condiciones más favorables que en las que normalmente se encuentra en el comercio".

En este caso se protegerá al primero que solicite la reserva y que demuestre originalidad e incentivo adicional, como en el caso de los puntos adicionales por el uso de una tarjeta de crédito. En este caso, al igual que en el caso de marcas, si nadie solicita la reserva, el uso de la promoción publicitaria no podrá protegerse con posterioridad a que ya se encuentre en el mercado.

En este aspecto resulta claro que fueron tomadas, en la Ley Federal del Derecho de Autor, disposiciones de la Ley de Propiedad Industrial.

CARACTERÍSTICAS GRÁFICAS DISTINTIVAS

Éstas eran protegidas en la Ley de Derechos de Autor como reservas al uso exclusivo, hasta antes de la expedición de la nueva ley.

Las características gráficas resultan muy importantes para el editor, al grado de que, en muchas ocasiones, el diseño o disposición de las letras, así como su color provocan una identificación a simple vista de manera tan inmediata que, al reconocer la tipografía, el espectador supone el mensaje que contiene la misma antes de leer el mensaje.

A partir de marzo del año pasado, en la Ley Federal del Derecho de Autor, se excluye expresamente como materia de reservas a las características gráficas.

Esto es porque dentro del título V de la Ley de los derechos conexos se incluyeron los derechos de los editores y, como parte de esos derechos conexos, se ha establecido que "los editores de libros tendrán derecho de exclusividad sobre las características tipográficas y de diagramación para cada libro, en cuanto tengan de originales". Esa protección se otorga por cincuenta años, contados a partir de la primera edición.

Por otro lado, la fracción X del artículo 163, establece la posibilidad de inscribir en el Registro Público del Derecho de Autor las características gráficas y distintivas y el artículo 128 de la ley otorga a las publicaciones periódicas la misma protección que a los libros.

Así, es claro entonces, que las características gráficas distintivas de una publicación pasaron, del régimen de reservas, al régimen de registro, a partir de la expedición de la nueva ley sobre derechos de autor, con las consecuencias derivadas de las diferencias existentes entre uno y otro régimen, apuntadas con anterioridad.

Ahora, el título de una publicación periódica es reservable, pero las características gráficas para el editor de la misma publicación, son registrables.

¿Qué consecuencias tiene eso? La reserva del título tendrá una duración de un año y su renovación está sujeta a la comprobación de que el titular lo sigue utilizando. Pero, al mismo tiempo, el editor tendrá un derecho sobre las características gráficas distintivas de la misma publicación periódica, durante cincuenta años sin que dicha vigencia esté sujeta a comprobación de uso.

Yo considero que, para el caso de libros, resulta adecuado el plazo de protección, pero en el caso de revistas, dicho plazo resulta excesivo e innecesario, puesto que la reserva al uso exclusivo del título, que se expresa como contenido de las características gráficas distintivas, puede declararse insubsistente y, aún más, puede haber sido otorgada a un tercero; en ese momento continuaría vigente la protección de las características gráficas para el editor, pero no serviría de nada puesto que dichas características quedarían sin contenido.

Por ello me parece que era más atinado el artículo 26 de la ley anterior que otorgaba la facultad para editores de obras intelectuales o artísticas, de periódicos o revistas, productores de películas o publicaciones semejantes de obtener la reserva al uso exclusivo de características gráficas originales distintivas de la obra o colección, así como de promociones publicitarias cuando presentaran señalada originalidad, dando una protección de dos años, a partir de la expedición del certificado correspondiente, renovable, sujeto a comprobación.

En la ley anterior también quedaba muy claro, en el artículo 20, que el título de una obra intelectual o artística que se encontrara protegida, o el de una publicación periódica, solamente podrían ser utilizados por el titular del derecho de autor. Este artículo, como ya se dijo antes, desapareció en la nueva ley.

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RESERVAS

Tomando en cuenta el bien tutelado por las reservas al uso exclusivo, considero que el beneficio que obtiene el titular en estos casos es un beneficio más bien de tipo comercial, encaminado a proteger la plaza mercantil para el tipo de actividad en la que se desenvuelve el titular y que busca impedir la competencia desleal que puede darse cuando un tercero se aprovecha del prestigio ganado entre el público consumidor.

Se trata de proteger los signos distintivos, el mensaje tanto auditivo como visual, que lleva a identificar un producto comercial de otros similares en el mercado y que busca evitar la confusión entre el público consumidor.

Los productos que protegen las reservas van encaminados a la técnica novedosa, aun cuando muchas veces requieran del arte para su elaboración.

Aun cuando no podría decirse que el título de una obra literaria constituye una marca, sin embargo, el título de una publicación periódica sí se podría considerar dentro del derecho marcario porque esas publicaciones, en sí, no son obras protegidas por el derecho de autor, aunque su contenido esté conformado por obras protegidas como son los artículos periodísticos o científicos o las fotografías.

Por lo que respecta a la forma como el Estado plantea el campo de las reservas, el certificado consiste en un permiso ya que es un acto administrativo que otorga autorización a un particular para ejercitar un derecho, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio en relación con el interés específico que la autoridad debe titular.

La autorización o permiso levanta una prohibición, siempre y cuando el particular cumpla con ciertas condiciones, y mediante el

permiso otorgado se certifica un hecho o condición especial, haciendo derivar de ello ciertas ventajas para los particulares.

Es en este sentido donde sí pienso que cabe la fundamentación constitucional en el artículo 28 para las reservas al igual que para la propiedad industrial, ya que existe en principio una prohibición a crear monopolios, pero la autoridad levanta esa prohibición para otorgar un derecho real de explotación sobre la cosa.

El título de una publicación periódica o de un nombre artístico puede ser defendido, cuando dicho título sea utilizando por un tercero, por separado y sin autorización del titular y cabe, incluso, dentro de las infracciones a la Ley Federal de Competencia Económica.

Sin embargo, para que procediera una reclamación de este tipo sería necesario que el título tuviera alguna significación distintiva, que fuera igual o parecido en grado de confusión, que se demostrara el perjuicio que se causa con su utilización, que el nombre se hubiera utilizado o por lo menos publicitado y que hubiera dolo.

En cambio, si el derecho a la libre expresión y a la creación ha de ser considerado como derecho inherente al ser humano, la actividad del Estado debe entenderse, no como un otorgamiento o como un permiso, sino como un reconocimiento de la paternidad del creador sobre la obra objeto de su intelecto y como un medio de expresión íntimamente ligado al espíritu del autor.

No es que se deje de lado el valor artístico que puede contener el título pero, en este caso, lo que importa preservar es el valor comercial de dicho título o nombre y no la expresión artística del mismo.

Por último, parece que la misma Ley Federal del Derecho de Autor vigente reconoce este carácter mercantil de las reservas, al ubicar las infracciones a los derechos otorgados por las reservas como infracciones en materia de comercio:

Artículo 231. Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas, cuando sean realizadas con fines de lucro, directo o indirecto:

[...]

VII. Usar, reproducir o explotar una reserva de derechos protegida o un programa de cómputo sin el consentimiento del titular;

VIII. Usar o explotar un nombre, título, denominación, características físicas o psicológicas, o características de operación de tal forma que induzcan a error o confusión con una reserva de derechos protegida.

En contraposición con la disposición anterior, la ley sitúa la sanción por el empleo de un título de una obra (literaria o artística) que induzca a confusión con otra publicada con anterioridad, dentro de las infracciones en materia de derechos de autor.

Como conclusión creo que, visto el fin comercial de los rubros que protegen las reservas al uso exclusivo, debería buscarse su incorporación en el campo de la propiedad industrial que parece ser, por todas las razones antes expuestas, el recinto más propicio conforme a su naturaleza jurídica.

En este, como en otros muchos renglones de actividad humana, se debería evitar el paralelismo de preceptos legales en cuestiones que puedan regularse por un solo cuerpo normativo, en lugar de contar con muchas disposiciones sobre el mismo asunto, tener una sola regulación más precisa, lo cual da más seguridad, tanto al gobernado, como a la autoridad encargada de aplicar el derecho.

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA*

XU GUODONG¹

SUMARIO: I. *Análisis histórico.* II. *Las religiones en China.* III. *El gobierno chino frente a las religiones.* IV. *Conclusiones.*

I. ANÁLISIS HISTÓRICO

Diffícilmente podríamos considerar que en China el problema religioso pueda ser analizado aisladamente, es forzoso tomar en consideración diversos factores, como son el aspecto histórico, el nacionalismo y la ideología de nuestro pueblo.

El cristianismo en China tuvo una larga y malograda difusión (algunos sostienen que el nestorianismo fue introducido en nuestro país en la dinastía Tang²); sin embargo, el florecimiento de tal religión se da en la época en que nuestro país se encontró sometido al colonialismo occidental. Al final de la dinastía Chin (1840), las

* Traducción de Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

¹ Profesor ordinario en derecho civil y derecho romano en la Universidad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas del Centro Sud (Wuhan) de la China. En el mes de septiembre tuvimos oportunidad de dar una conferencia en la mencionada Universidad bajo el título: "La codificación del derecho privado en México", en aquellas fechas el profesor Xu Guodong nos hizo favor de traducir y publicar en su idioma nuestra investigación en la prestigiosa revista *Civil and Commercial Law Review*, vol. 9, Pekín, 1998, pp. 389-401; a continuación presentamos su investigación que realizó en italiano para mostrarnos un aspecto de la realidad jurídica en China.

² Tal dinastía en la historia de China duró del 617 al 907. Se dice que el Nestorianismo fue introducido a la ciudad de Changan capital de la dinastía Tang en el año 635 cuando Tangtaizong mejor conocido como "Li shimin" era el emperador. Al respecto ver: Zhangsui, *Las palabras sobre la religión: la historia y la actualidad*, Shanghai, 1985, p. 150 (atención todas las obras citadas están escritas en lengua china).

potencias occidentales agredieron nuestro territorio con la Gran Bretaña al mando, momento en que las órdenes religiosas de los países occidentales se encontraban establecidas. Según el punto de vista de las obras oficiales chinas en el campo de la historia, las órdenes religiosas realizaron intrigas y tuvieron como función la coordinación de las agresiones militares de los países occidentales³; así, por ejemplo, el ámbito territorial de los misioneros portugueses se encontraba en Nankino, Pekín y Macao.⁴ A causa de la conexión entre las agresiones militares y las órdenes religiosas occidentales, estas últimas eran la causa de los conflictos entre China y las potencias extranjeras⁵ reflejándose en todo momento la dificultad de convivencia y falta de comprensión entre las diferentes culturas.

China es un país pluricultural donde se encuentran cincuenta y seis pueblos; existen diversas naciones en nuestro territorio con costumbres y religiones diferentes. La nación "Han" por ejemplo es la más extensa en nuestro país, sigue la religión budista bajo enfoques diferentes a la nación môngola y tibetana; otras naciones siguen el islamismo como son la "Hui" que tiene el mismo origen del pueblo árabe, y la "Weiwuer" que comparte semejanzas culturales con el pueblo turco. En las regiones autónomas del Tibet y del Xinjiang, una budista y la otra musulmana, existe el problema del separatismo que se funda en la cohesión religiosa de tales pueblos alentándose por sus representantes religiosos y utilizando los lugares de culto como centro de actividades subversivas; atentándose por ello a la idea ortodoxa que el bien de nuestro gran país depende de la unidad y que cualquier actividad separatista es vista como un gran mal.

Como todos saben a partir de 1949 la República Popular de China aceptó la ideología marxista, por ello el gobierno vio en la religión de

³ Por ejemplo el protestantismo entró en la provincia de Taiwán junto al ejército holandés; la Iglesia ortodoxa rusa entró en nuestro país en el mismo momento en que el Ejército cosaco agredió la región de Yakesa que se encuentra en la provincia de Heilongjiang. Confrontar Zhangsui, *op. cit.*, p.153.

⁴ Al respecto ver: Zhangli y Liu Jiantang, *La historia de los casos religiosos en China*, Chengdu, 1987, pp. 131-132.

⁵ Vg., en la región de la Mongolia interna nueve sacerdotes fueron asesinados en el periodo del movimiento "Yihetuan", confrontar Zhangsui, *op. cit.*, p. 524.

de acuerdo con los postulados de Marx, una expresión psíquica de la desesperación de los hombres frente a la imposibilidad de poder controlar las fuerzas naturales, el "opio del pueblo" con el cual se anestesia su espíritu sometiéndolo bajo su dominio;⁶ por ello se pensaba que la religión tenía solamente una función negativa, siendo el punto de vista estándar del gobierno chino por largo tiempo.⁷

El pensamiento del pueblo chino se fundamenta en la filosofía de Confucio que durante dos milenios ha regido nuestra vida, los antiguos emperadores velaron por su salvaguarda y aplicación práctica, ocasionando por ello que el cristianismo se viese como un rival que desviase a nuestro pueblo de los principios confucianos arraigados en nuestra cultura. A partir de 1949 el marxismo sustituyó al pensamiento confuciano, el cual ha visto con recelo cualquier tipo de concurrencia ideológica.

II. LAS RELIGIONES EN CHINA

Las tres religiones mayormente importantes en el mundo; el cristianismo, budismo e islamismo, se encuentran establecidas en China. El cristianismo en la actualidad se practica bajo dos enfoques: el catolicismo y el protestantismo; sin embargo, la religión ortodoxa actualmente carece de influencia en nuestro país, si bien empezó a difundirse en la región de Yakesa que todavía pertenecía a nuestro dominio a partir del año 1671 y al inicio de 1800 llegó a Pekín. El budismo que se originó en la India llegó a nuestro país a partir de la dinastía Han,⁸ difundiéndose al Japón por medio de la recepción cultural que recibió de China. Tal religión tiene dos vertientes de pensamiento, por una parte la "Han" que tuvo influencia en gran parte del territorio chino, encontrándose templos a lo largo de nuestro país.

No obstante, visto que la educación pública es atea, pocos jóvenes siguen actualmente tal creencia religiosa.

⁶ Al respecto ver en su traducción china las obras de Lenin sobre el comportamiento de los partidos del trabajador en materia de religiones especialmente en el vol. 15, Pekín, 1957, pp. 367-379.

⁷ Véase Ya Hanzhang, *Los problemas nacionales y aquellos religiosos*, Chengdu, 1984, p. 193.

⁸ Tal dinastía duró del año 202 a.C al 220 d.C.

El budismo tibetano exige una vida espiritual de gran sacrificio, de la que personalmente tuvimos la oportunidad de percatarnos; los tibetanos después de haber acumulado sus bienes, emprenden un fatigoso y largo viaje a Lhasa, la santa sede; al final de la peregrinación ofrecen todos ellos a los templos, para regresar como mendigos a su pueblo, y comenzar de nuevo con su vida económica; sería difícil pensar que la religión budista-tibetana no haga daño a la vida económica de la región, cuando el treinta por ciento de la población masculina llegó a tener vida monacal y no productiva.

El islamismo se practica por la nacionalidad "Hui" en la parte occidental de la China y por las nacionalidades "Weiwuer" y "Kasak" que habitan en la región autónoma del Xinjiang y Nin-xia, lugares conflictivos donde los movimientos separatistas tienen intención de fundar una república islámica turco este.

Las religiones anteriormente citadas tienen un origen extranjero, la única que es originada en China es el taoísmo, cuya normativa se centra en el respeto a la naturaleza y en el gozar de la vida activa. Si bien el confucionismo se origina en China, no puede ser entendido como religión, sino como un sistema de pensamiento que forma la propia personalidad.

A grandes rasgos hemos mencionado las principales religiones en China; si bien existen otras como son el culto al loto blanco, al dios de la tierra, del hogar, el Tao de Yiguan, y la puerta de Huidao; esta última ha derivado en un movimiento de insurrección en contra del gobierno, y sus miembros son mandados a prisión.

III. EL GOBIERNO CHINO FRENTE A LAS RELIGIONES

La heterogeneidad de las religiones en China y el ateísmo que caracteriza al gobierno chino ha ocasionado dificultad en la aceptación de la libertad religiosa. A partir de 1949, con la expulsión de las potencias colonialistas, el gobierno se encargó de extinguir su influencia dentro del territorio nacional, y las religiones que habían sido traídas por ellos fueron vistas como un producto de su propia agresión cultural. La ideología marxista vio en las religiones rivales políticos que debían ser eliminados; sin embargo, visto que el islamismo, cristianismo y budismo son religiones suprana-

cionales, la presión internacional permitió que poco a poco sus actos en lo referente a la religión fuesen hoy en día más prudentes.

En 1931, al inicio de la llegada al poder del partido comunista, se estableció la primera constitución que garantizaba la libertad religiosa en China diciendo de la siguiente forma: "El gobierno soviético⁹ de la China garantiza la libertad religiosa a los trabajadores, campesinos y a la población que trabaja arduamente, pero los ciudadanos soviéticos gozarán del derecho de realizar propaganda antirreligiosa. A ninguna institución religiosa de los imperialistas será permitida su permanencia a menos que no observen la ley soviética." El método establecido por las siguientes constituciones ha sido más o menos el mismo, hasta llegar al artículo 36 de la constitución promulgada en 1982 con vigencia actual que a la letra dice:

Los ciudadanos chinos gozan de la libertad de creencia religiosa. Ningún órgano estatal, organización pública o individuo pueden constreñir a los ciudadanos a creer, o a no creer en una religión, ni aun así realizar discriminación en contra de los que creen o no creen. El Estado protege las actividades religiosas normales, ninguno puede hacer uso de su religión para atentar al orden público, dañar la salud de los ciudadanos o interferir en el sistema nacional de educación.

Pero en el artículo 24 se establece:

El Estado instruye al pueblo en el materialismo dialéctico e histórico, combate las concepciones capitalistas y feudales así como otras ideas decadentes.

Sobre la normativa anterior podemos considerar que la Constitución de la República Popular China reconoce la libertad de creencias religiosas, así como también el ateísmo. Como hemos podido observar existe la coexistencia tanto de una normativa positiva como también negativa, donde el legislador ha expresado su tolerancia a la libertad religiosa; si bien es cierto, mostrando sus propias dudas sobre la misma; no pudiéndose negar una realidad

⁹ Recordar que en aquella época la China tenía una relación sumamente estrecha con la ex Unión Soviética.

existente en nuestro país, que es la necesidad que tiene todo ser humano de creer.

La doctrina marxista ha tratado de explicar la libertad religiosa con base en que al inicio del desarrollo de la sociedad humana, el nivel científico y cultural de los hombres era sumamente bajo, situación por la que no era posible la explicación de los fenómenos naturales, tal hecho según ellos, originó la necesidad de un dios (o dioses) que dominase la naturaleza, al cual se adorase, creyese y ayudase a los necesitados. Conforme evolucionó la sociedad humana las religiones sirvieron como instrumento de dominación y de opresión al pueblo trabajador por parte de la clase dirigente; sin embargo, mediante el desarrollo de la fuerza productiva social y el aumento del nivel científico y cultural del pueblo, la necesidad de la creencia religiosa desaparecerá poco a poco, por ello; mientras se logra tal cometido, debe tolerarse su existencia, y permitir la libertad de su práctica.

Las religiones de nuestro país han unido a las diferentes naciones que conviven en nuestro territorio; sabemos que no podemos obligar a nuestros ciudadanos a no creer, porque tal hecho ocasionaría un golpe sumamente fuerte en contra de las naciones que se encuentran unidas gracias al factor religioso. Las tres religiones más importantes que se practican en nuestro país tienen un carácter universal, que va más allá de nuestras fronteras, por lo que si protegemos constitucionalmente la libertad religiosa de nuestros ciudadanos, favoreceremos la promoción de contactos sociales de amistad en el ámbito internacional, propugnando por la paz y unidad mundial.¹⁰ No es difícil observar que el gobierno chino hasta hoy ha visto a las religiones como "las otras ideas decadentes" del artículo 24 constitucional, así como un obstáculo a la filosofía oficial del materialismo dialéctico e histórico que triunfará según éste, con la desaparición de las religiones.

La normativa constitucional sobre la materia religiosa no ha sufrido cambios importantes en los últimos cuarenta y ocho años; no obstante, el problema religioso puede analizarse a la luz de los dos periodos de la historia nacional contemporánea. El primero que

¹⁰ En el presente sentido ver: *El camino de la constitución china* bajo dirección de Lian Xisheng, Pekín, 1994. p. 274.

corresponde a la época de Mao Tse Tung de 1949 a 1976 y la segunda al periodo de Deng Xiaoping que va del año 1979 hasta nuestros días, si bien es cierto que tal político recientemente ha muerto.¹¹

El periodo de Mao se caracteriza por la intolerancia religiosa, es la llamada época de la persecución, los sacerdotes fueron asesinados, arrestados y expulsados. Aquellos que se negaban a colaborar con el gobierno fueron encarcelados y obligados a trabajos forzados. Se confiscaron los bienes de la iglesia y se les impusieron impuestos gigantescos.

En el año de 1957 se funda la asociación patriótica de los católicos chinos, que buscaban eliminar toda relación con la santa sede, negándose el poder papal de nombrar obispos, y designándolos ellos mismos. En el periodo de la Gran Revolución Cultural de los diez años, la actividad religiosa fue prácticamente paralizada y la tumba del padre Mateo Ricci, sacerdote italiano símbolo del catolicismo en Oriente, fue destruida porque representaba según la postura oficial el poder del imperialismo, violándose el respeto por parte del gobierno de la libertad religiosa establecida en la Constitución.

En la época de Deng Xiaoping que va hasta nuestros días, las persecuciones terminaron, ya que Deng fue un hombre realista, que buscó el aumento de la fuerza productiva más que la lucha por la pureza ideológica. La libertad religiosa ha sido respetada, los sacerdotes encarcelados han salido en libertad y las iglesias han abierto de nuevo. En el Tibet el gobierno ha financiado las obras de restauración de los templos budistas, para tener de tal manera aceptación por parte del pueblo tibetano. Los acuerdos con el Dalai Lama iniciaron y se ha permitido que sus seguidores puedan regresar a su patria libremente. Las propiedades de las iglesias han sido restituidas y en lo referente al catolicismo, el número de creyentes ha aumentado de tres millones y medio que existían en 1949 a cincuenta millones,¹² ya no siendo perseguidos

¹¹ En el año de 1997, pero su sucesor Jiang Zemin ha garantizado a nuestros ciudadanos que conservará todos los postulados políticos de su antecesor.

¹² La cifra puede ser consultada en el *Gran diccionario de la política contemporánea China*, bajo la dirección de Liao Yigai y otros; Changchun, 1991 p. 11.

en la actualidad. Sin embargo, a pesar de dicha libertad religiosa, todavía permanece vigente la normativa del partido comunista de prohibir la entrada en su organismo a personas que profesen cualquier tipo de religión, y si cualquiera de sus miembros iniciase la práctica de cualquiera de ellas, automáticamente sería expulsado del mencionado partido oficial.

En vista del aumento de las relaciones internacionales de nuestro país con el Occidente los sacerdotes occidentales han regresado, se está contactando con la Santa Sede y parece que próximamente el primer ministro encontrará al Papa,¹³ pensándose inclusive en establecer relaciones diplomáticas entre China y el Vaticano. Los testimonios anteriores nos hacen considerar que se ha alcanzado el respeto a la libertad religiosa en nuestro país. En la ciudad de Wuhan donde se encuentra nuestra universidad, existen tres iglesias católicas y algunas protestantes, pudiéndose practicar libremente las actividades religiosas. No obstante, el hecho de que en la actualidad existe una corriente del catolicismo originada en China que niega la relación con la Santa Sede, ha ocasionado que existan dos iglesias católicas. Los representantes de esta nueva iglesia se han esposado y han designado a sus propios obispos, existiendo confusión en su forma de actuar.

IV. CONCLUSIONES

El gobierno chino hoy en día muestra un mayor respeto disminuyéndose los factores limitativos a la libertad religiosa. Al inicio de la vigencia del comunismo en China sólo se aceptaba una verdad, la que consideraba el partido oficial, en la actualidad se respetan otras ideologías. El gobierno central presta gran atención a la propia independencia del país, por lo que en lo que respecta a las conexiones entre la iglesia china y la extranjera no podemos tener todavía una presunción optimista. El olvido del marxismo ha dejado en la mayoría de nuestros conciudadanos ateos una crisis moral, que ha ocasionado una adoración a los bienes materiales;

¹³ Tal afirmación se ha realizado dentro de la comunidad católica china de Roma en el año 1996, siendo necesaria una confirmación al respecto.

actualmente lo importante es producir a menor costo y ser competitivos en el mercado, no importando los aspectos espirituales. Las relaciones entre los hombres no son armónicas se busca a toda costa el poder que da el dinero y en la explotación del semejante; este vacío moral de nuestra sociedad sólo podrá ser llenado mediante los valores de la religión, sea cual fuere la que profesen nuestros ciudadanos.

Se aprecia que actualmente en las zonas de nuestro país donde se practica una religión la tasa de criminalidad es menor, así también el desarrollo social es más alto que en otras. Se reconoce que la función de los misioneros occidentales es la de difundir cultura, la tumba del padre Mateo Ricci ha sido reparada y se han hecho homenajes en su memoria. Se reconoce que las iglesias hicieron numerosas obras de caridad, hospitales, orfanatorios, escuelas y universidades de donde incluso provienen algunos diplomáticos.

Se comienza a reconocer que sería mejor que las acciones humanas fuesen juzgadas bajo tres cortes, la jurídica, la moral y la divina, la falta de esta última es la que ocasiona la infelicidad de la China. Frente a la degradación de los valores éticos de nuestro pueblo nos podemos preguntar, ¿Si la existencia de un infierno puede espantar a algunas personas para que no realicen actos en contra de sus semejantes, entonces, que mal existe si presumimos la existencia del infierno?

Después de lo visto anteriormente podemos afirmar que la actuación del gobierno chino en lo referente a las religiones se hace cada vez más tolerante, la libertad religiosa de los ciudadanos chinos se hace cada vez más actual.

¿UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?

Miguel Ángel HERNÁNDEZ ROMO

Toda persona medianamente versada en derecho se percata que una legislación elaborada para el Distrito Federal en el año de 1928 es inadecuada para regir a los habitantes de esta región en los umbrales del siglo XXI.

El jurista Gurtvich nos ha enseñado que el derecho social deja atrás a al derecho condensado y por eso en los países de derecho codificado deben hacerse periódicamente los ajustes y adaptaciones legislativos que los cambios sociales exigen.

Es plausible por ello, la inquietud de la recientemente estrenada Legislatura del Distrito Federal que anhela cumplir su misión, legislar para resolver la problemática social en materia civil en el Distrito Federal.

El derecho civil estudia, como lo describe García Maynez: el "I. Derecho de las Personas (personalidad jurídica, capacidad, estado civil, domicilio); II. Derecho Familiar (matrimonio, divorcio, legitimación, adopción patria potestad, tutela, curatela, etcétera); III. Derecho de los Bienes (clasificación de los bienes, posesión propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbre, etcétera.); IV. Derecho Sucesorio (sucesiones testamentaria y legitima); V. Derecho de las Obligaciones" y añadimos VI. Derecho sobre los contratos en particular.

Una somera observación sobre esa temática, nos permite formular algunos comentarios que deben tomarse en cuenta para la elaboración de un Nuevo Código Civil.

Villoro apunta que: "Entre los numerosos esquemas construidos por la ciencia jurídica, el de persona ocupa un lugar destacado; más aún, el lugar más importante; es natural: en torno de la persona humana y de la conducta humana gira todo el derecho."

Es evidente que un código civil, al igual que todo el derecho, debe regular un contenido social, no individualista. Pero no es menos evidente que entre los intereses del individuo y los intereses de la sociedad hay una mutua interacción. En otras palabras, un código civil debe orientarse al cuidado de la comunidad humana, sin descuidar los intereses de la persona. Ni aplastante totalitarismo, ni trasnochado individualismo sino armonía entre los intereses de la comunidad y los intereses de la persona humana, cuya dignidad trasciende los valores meramente materiales y temporales.

Un nuevo código no puede ignorar la "revolución genética" que invade al mundo. Todos sabemos que la bioética estudia la licitud e ilicitud de la intervención humana en el campo de la moderna biología y de la medicina, debido a los grandes progresos que se han dado en esos campos en las últimas décadas. También al Estado compete evitar la manipulación genética. El Estado debe proteger a la persona humana y sus valores, desde el momento de la concepción durante su desarrollo y hasta una muerte digna.

La familia es por naturaleza la célula fundamental de la sociedad humana y por ello exige la protección legislativa. Al legislador compete evitar las caricaturas de la institución familiar. Asimismo, se impone un estudio serio sobre las causales de divorcio, con criterios protectores de los valores sociales.

Por otra parte, los problemas creados por los asentamientos humanos en el área del Distrito Federal, exigen una seria revisión de las normas concernientes a tales problemas.

Los principios que rigen todo el tratado de las obligaciones requieren una adecuada regulación, estudiando las fórmulas propuestas en los nuevos códigos civiles nacionales y extranjeros, a manera de ejemplo, como el del estado de Jalisco y como el Código Civil Italiano. La regulación de múltiples instituciones debe ser revisada, como las fuentes obligacionales, el anatocismo, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, la lesión sobrevenida, etc., etc., etc., tomando en consideración que los principios jurídicos que regulan las obligaciones constituyen la savia de todo el derecho.

Los especialistas del derecho sucesorio nos ilustraran sobre las necesidades del mundo moderno, para sugerir los cambios pertinentes.

A todos nos consta que las figuras modernas de una contratación compleja, han superado los viejos moldes de los contratos tradicionales y por ello es necesaria una regulación típica de los contratos atípicos.

La vida sencilla de los años veintes se ha vuelto muy compleja a finales de siglo y por ello las normas que rigen a nuestra comunidad deben ser revisadas. Esto es evidente e imperativo.

Sin embargo, también debemos observar que la labor legislativa no es sencilla de realizar. Como enseña Geny, el legislador debe tomar en cuenta todos los "datos" objetivos que lo rodean, de índole social, material, ideal, racional, para elaborar la "construcción" legislativa. De lo contrario, se expone al fracaso. Porque legislar por legislar es un error.

Un código al vapor, sera un grave error. Un código precipitado será un código fracasado.

La historia, maestra de la vida, nos enseña que Triboniano con un gran equipo de juristas tuvo que emplear varios años para realizar la obra Justiniana. Sus principios jurídicos todavía prevalecen en nuestros días.

El Código Napoleón no se hizo en un día. Tronchet y sus colaboradores trabajaron varios años para plasmar su obra y sus principios jurídicos todavía inspiran a muchos códigos civiles en el mundo. En cambio, observamos que las codificaciones a la ligera pasan como "las naves, como las nubes, como las sombras".

Es necesario un nuevo Código Civil para el Distrito Federal. Pero la elaboración de ese Código Civil debe prepararse con la realización previa de estudios sociológicos para conocer la realidad y necesidades de pueblo del Estado en el Distrito Federal, cuya solución jurídica se pretende plasmar en ese nuevo código, pero con criterios de justicia, de seguridad jurídica y para el bien común, sin los cuales el Código Nuevo quedaría como cuerpo sin alma.

NECESIDAD DE DIFUNDIR Y PROMOVER EL ESTUDIO DEL DERECHO MARÍTIMO EN MÉXICO

Francisco Xavier MANZANERO ESCUTIA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Terminología empleada en cuanto al nombre de esta disciplina.* III. *Especialidad del Derecho Marítimo.* IV. *Ubicación del Derecho Marítimo dentro del Derecho Mexicano y sus relaciones con el Derecho Internacional.* V. *Materias comprendidas dentro del estudio de esta disciplina.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

No obstante la gran trascendencia e innegable importancia del Derecho Marítimo y a pesar de que México es y ha sido un país envuelto en una intensa actividad marítima, debido principalmente a su privilegiada situación geográfica y a la extrema riqueza de sus recursos naturales, desafortunadamente al Derecho Marítimo, como disciplina, rama o materia de estudio del Derecho en general, no se le ha dado en nuestro país la importancia y el lugar que merece.

Es suficiente con observar, aunque sea someramente, el mapa de la República Mexicana para comprender lo anterior, pues es evidente que un país que cuenta con litorales tan largos que llegan a medir cerca de 10,000 kilómetros, y que tiene mares que en la actualidad y de acuerdo a los espacios marinos reconocidos por el Derecho Interno y por el Derecho Internacional comprenden una superficie aproximada de 2,892,000 kilómetros cuadrados —incluyendo mar territorial, zona contigua y zona económica exclusiva, en términos de las disposiciones aplicables de la Ley Federal del Mar y de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONFEMAR), aprobada en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982 y ratificada por el Senado de la República—, es

y debe ser un país marítimo por excelencia. Además, considerando que México posee una gran riqueza de recursos naturales, principalmente petroleros y pesqueros, resulta obvio y plenamente explicable que nuestro país tenga, como ya se ha dicho, una intensa actividad marítima.

Lo anterior sin considerar que con la celebración del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica por parte de nuestro país, que entró en vigor el 1o. de enero de 1994, se ha incrementado y se incrementará aún más de manera muy considerable el tráfico mercantil con los Estados Unidos de América y con Canadá, cuyo tráfico comercial requiere —por lo que hace al movimiento de carga, productos y mercaderías de mucho volumen y a gran escala—, del transporte marítimo, cuyo estudio evidentemente también es materia propia del Derecho Marítimo.

A manera de ejemplo, basta apuntar que la cátedra de Derecho Marítimo fue fundada aproximadamente por el año de 1952 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y que actualmente sólo se imparte en contadas escuelas de derecho del país, en algunas ocasiones como materia obligatoria, y en otros casos como simple materia optativa, pero en algunas escuelas ni siquiera se considera dentro del plan de estudios, como lamentablemente ocurre con nuestra Escuela Libre de Derecho.

El anterior fenómeno tal vez resulta de algún modo explicable aunque sea sólo parcialmente, mas no justificable, por las siguientes razones: en primer lugar, porque si bien es cierto que existe una profusa doctrina y bibliografía sobre Derecho Marítimo, estas fuentes de conocimiento por regla general no son propias del Derecho Mexicano, sino que en su mayoría son obra de autores y tratadistas extranjeros. Además de lo anterior, encontramos como segunda razón el hecho de que en México en realidad hay muy pocos abogados y maestros interesados en el estudio de esta disciplina, habiendo muy pocos especialistas que cuenten con experiencia en esta importante e interesantísima rama del Derecho.

Como quiera que sea, debe encontrarse una pronta y adecuada solución a esta situación y para ello, desde mi punto de vista muy personal, debería de empezarse por incluir de manera obligatoria el estudio del Derecho Marítimo en todas las escuelas de Derecho

del país, como materia que forme parte integrante del plan de estudios o de las asignaturas que deben cursarse para alcanzar el grado académico de abogado o licenciado en Derecho, según sea el caso, máxime que en México tenemos la posibilidad de contar con bibliografía extranjera y nacional sobre esta materia, aunque esta última sea escasa, y porque igualmente contamos con diversas disposiciones legales, reglamentarias y de otro tipo sobre el particular, como la Ley de Navegación y la Ley de Puertos, así como las diversas convenciones o tratados internacionales aplicables en materia de Derecho Marítimo, algunos de los cuales han sido ratificados por México.

Hechos los anteriores comentarios, a continuación pasaré a tratar de una manera muy superficial, elemental y con fines meramente ilustrativos, algunos de los aspectos de la materia que nos ocupa que me parecen de interés, a fin de que se comprenda de la mejor manera y en el lapso más breve que sea posible, el por qué al Derecho Marítimo de manera general se le denomina como tal, el por qué se considera que es un derecho especial, cuál es su situación frente al Derecho Público, frente al Derecho Privado y frente al Derecho Internacional, y finalmente mencionaré cuáles son las principales materias o temas que son objeto de su estudio.

II. TERMINOLOGÍA EMPLEADA EN CUANTO AL NOMBRE DE ESTA DISCIPLINA

La terminología más comúnmente utilizada en todo el mundo respecto de la disciplina que nos ocupa, es precisamente la de Derecho Marítimo, ya sea en español o en otros idiomas como el inglés (*Maritime Law or Admiralty*), o el francés. Igualmente se han empleado otros términos o denominaciones diferentes para referirse a esta misma materia, tales como Derecho de la Navegación, Derecho del Mar e inclusive por ahí algún autor ha usado el término Derecho Oceánico. Sin embargo, en mi opinión lo más correcto y, por lo tanto, lo preferible, es hablar de Derecho Marítimo que es, como ya se ha dicho, el término de aceptación más generalizado y más comúnmente utilizado.

Algunos autores hablan del Derecho de la Navegación y para tal efecto distinguen entre navegación aérea y navegación por

agua, aclarando que por lo que respecta al tema que nos ocupa, el Derecho de la Navegación sólo debe ceñirse, en estricto sentido, a la navegación por agua y, abundando al respecto, igualmente distinguen a la navegación marítima de la navegación fluvial. Lo anterior es correcto pero es preferible hablar de Derecho Marítimo, pues el Derecho de la Navegación no es tan amplio como el Derecho Marítimo que comprende a otros aspectos inherentes a esta disciplina que no están incluidos en estricto sentido en el acto mismo de la navegación, como podrían ser, por ejemplo, los contratos de construcción de barcos, las maniobras portuarias de carga y descarga, etcétera.

Por su parte, otros autores hablan de Derecho del Mar, pero una vez más en estricto sentido no es lo mismo el Derecho Marítimo que el Derecho del Mar, aunque evidentemente ambas ramas guardan muy estrecha relación entre sí. Aquí, de nueva cuenta encontramos que el Derecho Marítimo es, en mi opinión, más amplio que el Derecho del Mar, que básicamente implica el estudio de los diferentes espacios marinos y zonas marinas como podrían ser el mar territorial, cuya extensión es de 12 millas marinas; la plataforma continental; la zona contigua, cuya extensión es de 24 millas marinas; la zona económica exclusiva, cuya extensión es de 200 millas marinas; la zona conocida como alta mar y los fondos marinos.

Naturalmente, las anteriores extensiones son las reconocidas por el Derecho Internacional, a través de la ya citada CONFEMAR, y han sido incorporadas al Derecho Mexicano por la Ley Federal del Mar en los artículos 25, 43, 50 y demás aplicables.

Obviamente el mar es el escenario principal en el que tienen lugar la mayoría de las relaciones, actos y hechos jurídicos materia del estudio del Derecho Marítimo, sin excluir por supuesto a otras aguas o cuerpos de agua navegables como los ríos, canales, lagos, mares interiores, etcétera.

Por lo tanto y sin dejar de reconocer la clara y estrechísima relación que existe entre el Derecho del Mar y el Derecho Marítimo, de nueva cuenta considero que es más recomendable usar el término Derecho Marítimo.

III. ESPECIALIDAD DEL DERECHO MARÍTIMO

Si uno estudia con detenimiento todas y cada una de las instituciones, figuras, contratos o situaciones que son materia del Derecho Marítimo, de manera necesaria se concluirá que se trata de un Derecho con rasgos muy especiales o particulares. Por esta razón, la doctrina dominante acepta y concluye que esta rama del derecho está influenciada e investida de un elocuente particularismo o especialidad. Como ejemplo de lo anterior, basta citar algunos aspectos como los contratos de fletamento en todas sus modalidades, la operación y funcionamiento de las sociedades clasificadoras, los contratos de construcción de barcos, así como el equipo y avituallamiento de ellos, los ajustes para el caso de averías a la gruesa, reglas de navegación, abordajes, operaciones de rescate para el caso de naufragios, contratos de remolque, contratos de seguro marítimo en todas sus modalidades, limitación de responsabilidad, etcétera.

Consecuentemente, debe concluirse que el Derecho Marítimo es un derecho especial, pero esto no significa que por tal razón carezca de importancia en cuanto a su estudio y práctica, sino todo lo contrario.

IV. UBICACIÓN DEL DERECHO MARÍTIMO DENTRO DEL DERECHO MEXICANO Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Uno de los temas sobre los que más se ha escrito y discutido dentro del derecho en general, es la distinción entre Derecho Privado y derecho Público, siendo conocidas por todos los estudiosos del Derecho las diferentes teorías que se han elaborado para tratar de explicar dicha distinción, tales como la Teoría Romana conocida con el nombre de Teoría de Interés en Juego, la Teoría de la Naturaleza de la Relación o Teoría del Plus-Valor, etcétera.

Naturalmente ninguna de las posturas que nos ocupan resuelve de manera satisfactoria la cuestión de la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público, pero lo que sí es innegable es que dicha distinción, que tiene su fundamento en aspectos teóricos, reviste una importancia práctica fundamental para fines didácticos y de sistematización del derecho.

Con base en lo anterior, tradicionalmente en nuestro sistema jurídico se ha distinguido al Derecho Privado del Derecho Público. En efecto, dentro del Derecho Privado encontramos, a nivel interno, básicamente al Derecho Civil y al Derecho Mercantil y, a nivel internacional, al Derecho Internacional Privado. Por otro lado, dentro del Derecho Público encontramos, a nivel interno, al Derecho Constitucional, al Derecho Administrativo, al Derecho Penal y al Derecho Procesal, en tanto que a nivel internacional, encontramos al Derecho Internacional Público.

Hemos hecho alusión a las anteriores nociones elementales, para tratar de encuadrar dentro del Derecho Positivo Mexicano e igualmente con fines meramente didácticos y de sistematización, al Derecho Marítimo.

En el caso específico del Derecho Marítimo, encontramos que es una disciplina difícil de encuadrar en forma radical, tajante y definitiva dentro de la anterior clasificación, toda vez que el Derecho Marítimo tiene rasgos que son comunes tanto a las disciplinas del Derecho Privado como a las de Derecho Público, en el entendido de que tal identidad se da igualmente por lo que hace a las normas del Derecho Internacional.

A las normas del Derecho Marítimo tradicionalmente se les ha encuadrado, en cuanto a su estudio e inclusive en cuanto a su regulación, dentro del Derecho Mercantil que, como ya se ha dicho, forma parte del Derecho Privado. Igualmente, muchísimas normas de Derecho Marítimo por su naturaleza misma deben ser consideradas y de hecho lo son, en cuanto a su estudio y regulación, como normas de Derecho Administrativo el cual, reiteramos, forma parte del Derecho Público.

Lo anterior es aplicable a nivel interno, pero a nivel internacional encontramos también que muchos casos, actos y situaciones jurídicas que se presentan dentro del ámbito del Derecho Marítimo, son regulados en algunos casos por normas de Derecho Internacional Privado y en algunos otros por normas de Derecho Internacional Público.

No obstante todo lo anterior y en síntesis, podemos afirmar que a nivel interno, el Derecho Marítimo puede ser considerado tanto dentro del Derecho Mercantil, como dentro del Derecho Adminis-

trativo, no debiendo perderse nunca de vista el hecho de que como lo he sostenido a lo largo de este trabajo, el Derecho Marítimo en sí es una rama completa e independiente del Derecho, informada por principios especiales y particulares y, por lo tanto, el Derecho Marítimo merece un tratamiento y estudio individual como disciplina jurídica.

Ahora bien, por lo que hace a las relaciones del Derecho Marítimo con el Derecho Internacional en general, encontramos que el Derecho Internacional de manera irrefutable tiene y ejerce una tremenda influencia sobre el Derecho Marítimo. Esto se origina por la circunstancia de la clara y marcada nota internacionalista de las relaciones jurídicas que regula el Derecho Marítimo, lo cual ha hecho posible que cada vez con mayor frecuencia existan conjuntos de normas de Derecho Marítimo en forma de convenios internacionales abiertos a la ratificación y adhesión de los gobiernos de los diversos países marítimos del mundo, dentro de los cuales obviamente se encuentra México.

Existen varios tratados bilaterales en materia de Derecho Marítimo, pero cabe destacar por su importancia a diversos Convenios Internacionales que han ayudado en gran medida a la unificación del Derecho Marítimo a nivel internacional, sin dejar de nombrar la importante y loable labor que realizan diversos organismos internacionales oficiales, tales como el Comité Marítimo Internacional y algunos otros que se mencionarán más adelante.

De manera ejemplificativa, a continuación se hará referencia a algunos de los mencionados Convenios Internacionales en materia de Derecho Marítimo, algunos de los cuales han sido ratificados por nuestro país:

1. Unificación de Reglas en Materia de Abordaje (1910).
2. Unificación de Reglas en Materia de Asistencia y Salvamentos Marítimos (1910, modificado parcialmente en 1967).
3. Unificación de Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque (1924).
4. Convención Internacional celebrada en 1924 como un esfuerzo para desarrollar un sistema internacional relativo a la asignación de responsabilidades entre transportistas de carga

por mar y propietarios de carga, que culminó con las Reglas de la Haya en 1924, que entraron en vigor en 1931.

5. Unificación de Reglas Relativas a Inmunidad de Buques Propiedad del Estado (1926-1934).
6. Unificación de Reglas sobre Embargo Preventivo de Buques (1952).
7. Reglas conocidas como "Visby", expedidas en 1968 con la finalidad de modificar a las Reglas de la Haya. Las modificaciones contenidas en las Reglas Visby están en vigor en aquellos países cuyos gobiernos las han ratificado.
8. Reglas sobre Averías a la Gruesa, conocidas como Reglas York-Amberes (1974).
9. Nueva Convención para el Transporte de Mercaderías por Mar, conocidas como Reglas de Hamburgo (1978). Las Reglas de Hamburgo entraron en vigor un año después de la fecha en que se depositó el vigésimo instrumento gubernamental de ratificación de las mismas, en cuyo momento sustituyeron a las Reglas de la Haya-Visby, pero única y exclusivamente por lo que hace a los países que ratificaron las Reglas de Hamburgo.

Las Reglas de Hamburgo, a enero de 1993, habían sido ratificadas por veinte países que no tienen el carácter de auténticas potencias marítimas a nivel internacional, dentro de los que se encuentran Barbados, Botswana, Chile, Egipto, Hungría, Kenia, Lituania, Marruecos, Nigeria, Rumania, Senegal, Sierra Leona, Tanzania, Tunes, Uganda y Zambia.

Al 31 de julio de 1998, México no había ratificado aún tales Reglas.

10. Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos, adoptado en la ciudad de Hamburgo en 1979.
11. Convenio de Transporte Marítimo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de España (1980).
12. Convenio de Transporte Marítimo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos, firmado en la Haya en 1984.

13. Convenio entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Argentina sobre Transporte Marítimo (1984).
14. Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974, aprobado por el Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional el 20 de noviembre de 1981, cuyas enmiendas fueron promulgadas mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de enero de 1988.
15. Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques, adoptado en Ginebra, Suiza, en 1986, promulgado por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 17 de marzo de 1988.
16. Convenio Internacional sobre la Seguridad de los Contenedores (CSC) adoptado en Ginebra, Suiza, en 1972, promulgado por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 28 de agosto de 1989.
17. Decreto por el que se aprueba el Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de los Estados Unidos de América, que modifica al Acuerdo de Cooperación entre los dos gobiernos sobre la Contaminación del Medio Marino por Derrames de Hidrocarburos y otras Sustancias Nocivas del 24 de julio de 1980, concluido por canje de notas efectuado el 6 de diciembre de 1980 y el 20 de marzo de 1989, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 8 de febrero de 1990. El Decreto Promulgatorio de dicho Acuerdo de Cooperación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el día 25 de enero de 1991.
18. Decreto por el que se aprueba el Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de los Estados Unidos de América sobre Búsqueda y Rescate Marítimo, del 7 de agosto de 1989, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 9 de febrero de 1990.
19. Decreto por el que se aprueba el Convenio número 166 y la recomendación número 174 sobre la Repatriación de la Gente de Mar, adoptados en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra, Sui-

- za, el 7 de octubre de 1987, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 10. de agosto de 1990. El Decreto Promulgatorio del Convenio número 166 sobre la Repatriación de la Gente de Mar, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el día 26 de marzo de 1991.
20. Decreto por el que se aprueba el Convenio número 164 sobre la Protección de la Salud y la Asistencia Médica de la Gente de Mar, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra, Suiza, el 8 de octubre de 1987, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 7 de agosto de 1990. El Decreto Promulgatorio de dicho Convenio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el día 25 de enero de 1991.
 21. Decreto Promulgatorio del Convenio número 163 sobre el Bienestar de la Gente de Mar en el Mar y en Puerto, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 25 de enero de 1991.
 22. Decreto de Promulgación del Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos, adoptado en la Ciudad de Bruselas, Bélgica, el 18 de diciembre de 1971. Dicho Decreto Promulgatorio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 1994.
 23. Decreto de Promulgación del Convenio Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, cuyo Decreto Promulgatorio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de agosto de 1994.
 24. Decreto por el que se aprueba el texto de la Resolución A.735 (18) aprobada por la Asamblea de la Organización Marítima Internacional el 4 de noviembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de enero de 1995.
 25. Decreto de Promulgación del Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 1990, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1995.
 26. Decreto de Promulgación del Protocolo de 1984 que enmienda el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1969, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1995.
 27. Decreto de Promulgación del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1969, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1995.
 28. Decreto de Promulgación del Protocolo de 1984 que enmienda el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1971, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1995.
 29. Decreto de Promulgación del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1971, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1995.
 30. Decreto de Promulgación del Protocolo de 1988 relativo al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1995.
 31. Decreto de Promulgación del Protocolo de 1988 relativo al Convenio Internacional sobre las Líneas de Carga, 1966, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1995.
 32. Decreto de Promulgación de la Resolución A.735 (18), mediante el cual se enmiendan los artículos 16, 17 y 19 (b) del Convenio Constitutivo de la Organización Marítima Internacional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de septiembre de 1995.
 33. Decreto por el que se aprueban las enmiendas al Convenio Constitutivo y al Acuerdo de Explotación por la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por

Satélite (INMARSAT), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de noviembre de 1995.

34. Decreto de Promulgación del Tratado sobre Límites Marítimos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1998.

35. Decreto por el que se aprueba el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta Provenientes de la Operación de Buques y Aeronaves en el Transporte Internacional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 1998.

Para concluir este apartado, también cabe mencionar, por su importancia, a diversos organismos internacionales que han contribuido y siguen contribuyendo a la unificación internacional del Derecho Marítimo. Entre ellos destacan el Comité Marítimo Internacional, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD), Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (IMCO).

V. MATERIAS COMPRENDIDAS DENTRO DEL ESTUDIO DE ESTA DISCIPLINA

A fin de que se tenga una mejor panorámica y una más clara perspectiva del amplísimo contenido del Derecho Marítimo y de la gran variedad de materias específicas y particulares que son objeto de su estudio, a continuación y con una intención meramente enunciativa, más no limitativa, mencionaré algunos de los temas y materias de estudio de esta disciplina, en el entendido de que el orden en que los mismos son expuestos no significa necesariamente su orden de importancia:

1. Concepto de Derecho Marítimo y referencias históricas de esta disciplina.

2. Espacios marítimos.
3. Autoridades marítimas.
4. Régimen administrativo aplicable a los puertos marítimos, incluyendo aspectos sanitarios, de aduanas, migratorios, de normatividad, concesiones, permisos, etcétera.

Sobre el particular, es decir, sobre el régimen de disposiciones administrativas aplicables al Derecho Marítimo, de manera meramente ejemplificativa y para demostrar la variedad y especialización de la disciplina que nos ocupa, me permito hacer referencia a las siguientes publicaciones:

a) Norma Oficial Mexicana NOM-032-SCT2/1995, para el transporte terrestre de materiales y residuos peligrosos, especificaciones y características para la construcción y reconstrucción de contenedores cisterna destinados al transporte multimodal de materiales de las clases 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de diciembre de 1997.

Es importante considerar esta norma oficial mexicana, pues en lo atinente al transporte multimodal, naturalmente podría darse el caso de que algún segmento de tal transporte fuese por mar y, por lo tanto, se caería dentro del ámbito del estudio del Derecho Marítimo.

- b) Norma Oficial Mexicana NOM-012-SCT4-1994, lineamientos para la elaboración del plan de contingencias para embarcaciones que transportan mercancías peligrosas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 1998;
- c) Norma Oficial Mexicana NOM-021-SCT4-1995, condiciones que deben cumplir las embarcaciones para el transporte de productos petroquímicos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de junio de 1998;
- d) Norma Oficial Mexicana NOM-011-SCT4-1994, especificaciones técnicas que deben cumplir las anclas para uso en embar-

- caciones, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10. de julio de 1998;
- e) Reglas por las que se establece el Sistema de Organización del Tráfico Marítimo en los accesos al puerto de Veracruz, Ver., publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de julio de 1998;
- f) Reglas mediante las que se establece el Sistema de Organización del Tráfico Marítimo en el puerto de Salina Cruz, Oax., y zonas adyacentes, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 1998.
5. Estudio de los buques y demás embarcaciones, incluyendo su naturaleza jurídica, su régimen administrativo de bandera, matrícula y registro, así como su clasificación realizada por las sociedades especializadas en la materia, conocidas como sociedades clasificadoras.
 6. Modos de adquisición de propiedad del buque, incluyendo contratos de financiamiento que normalmente son garantizados mediante hipotecas constituidas sobre la propia nave, así como contratos de construcción de buques.
 7. Sujetos de Derecho Marítimo, incluyendo a los diversos intereses que podrían estar en juego, como los propietarios del buque, armador o naviero; propietarios de la carga; fletadores, capitán, tripulación, pilotos, estibadores, aseguradores, reaseguradores, corredores, etétera.
 8. Contratos de fletamento en todas sus modalidades, como fletamentos por viaje determinado o por tiempo determinado, o fletamentos de casco desnudo, entre otros,
 9. Régimen aplicable al transporte de carga y mercaderías por mar, con base en un conocimiento de embarque, incluyendo todo el régimen de riesgos que esto implica y las operaciones portuarias de carga y descarga.
 10. Averías particular y a la gruesa, incluyendo el fenómeno de la echazón.
 11. Naufragio, abordaje y arribada forzosa.
 12. Operaciones de remolque en sus distintas modalidades.

13. Régimen especial aplicable para el seguro marítimo, incluyendo el estudio de la gran variedad de diferentes pólizas de este tipo de seguro.
14. Limitación de responsabilidad.
15. Estudio de las situaciones que pueden presentarse en el caso de contaminación de los espacios marinos, ya sea por derramamiento de petróleo o de otras sustancias nocivas.
16. Estudio de las diferentes convenciones internacionales en materia de Derecho Marítimo, incluyendo el estudio mismo de los diferentes organismos internacionales especializados en Derecho Marítimo.
17. Régimen laboral especial y de riesgo de trabajo en el que se ven involucrados los diversos sujetos que intervienen en las relaciones de Derecho Marítimo.
18. Régimen de los gravámenes (embargos o hipotecas) constituidos sobre carga y/o barcos.

Los anteriores son algunos de los más importantes temas o materias de estudio del Derecho Marítimo, en el entendido de que varios de ellos son tan amplios en su contenido y alcance que a veces podrían llegar a ser incluso objeto de estudio de un curso completo.

VI. CONCLUSIONES

Después de haber leído las anteriores líneas, se comprende clara y diáfana el por qué de la elección de su título. En efecto, de la lectura de los apartados que anteceden, se concluye ineluctablemente que en realidad sí existe la necesidad de difundir y promover el estudio del Derecho Marítimo en México, lo cual no puede ni debe ser aplazado por más tiempo.

Ésta es, a mi modo de ver, la principal y más importante conclusión a que podemos llegar, no sin antes dejar de mencionar algunas otras conclusiones que no por ser de menor trascendencia deben pasar inadvertidas sino que, por el contrario, deben ser consideradas todas ellas en conjunto con la conclusión principal asentada líneas arriba.

Tales otras conclusiones son las siguientes:

1. El Derecho Marítimo es una rama completa del Derecho en General y, por lo tanto, debe ser materia de atención especial y de un estudio independiente.
2. No obstante lo anterior, a nivel interno el Derecho Marítimo contiene y está integrado por normas especiales tanto de Derecho Mercantil como de Derecho Administrativo y, por consiguiente, en un momento determinado podría encuadrarse como formando parte de tales ramas del Derecho.
3. Por su marcada nota internacionalista, el Derecho Marítimo se ve cada vez más influenciado y más estrechamente relacionado con el Derecho Internacional, siendo este fenómeno explicable por la celebración de un gran número de tratados y convenciones internacionales sobre diversas materias del Derecho Marítimo, que han contribuido a la unificación de esta rama del Derecho a nivel internacional.
4. México ha ratificado algunos de dichos instrumentos de Derecho Internacional.
5. El Derecho Marítimo es una materia jurídica de un contenido muy amplio y variado, pero a pesar de esto el Derecho Marítimo está investido e informado de un claro principio de especialidad.
6. Es pues necesario difundir y promover el estudio del Derecho Marítimo para que cada vez haya más abogados interesados y especializados en el estudio, conocimiento y práctica de tal rama del Derecho, máxime si consideramos y tomamos en cuenta que México está jugando actualmente un papel preponderante en el panorama marítimo internacional.

En efecto, un abogado mexicano especialista en Derecho Marítimo reconocido a nivel mundial, como es el doctor Ignacio Luis Melo Ruiz, fue designado Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, logrando la sede para México por un periodo de dos años que empezó el 1o. de enero de 1998 y culminará el 31 de diciembre de 1999.

Sobre el particular, cabe señalar que el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo fue fundado en Santa María de la Rabida, Huelva (España) el 24 de octubre de 1997 y que es un organismo reconocido a nivel internacional, pues en 1991 firmó un Convenio de Cooperación con el Comité Marítimo Internacional y en 1993 fue admitido como organismo consultor no gubernamental en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD).

Además, en marzo de 1997 se emprendieron gestiones con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (IMCO), a fin de que se le reconozca al Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo la categoría de organismo consultor oficial, siendo sus objetivos básicos y directrices los siguientes:

- i) El estudio y divulgación del Derecho Marítimo en el ámbito de los países de habla hispana y portuguesa;
- ii) La promoción de la unificación legislativa marítima en dicha área;
- iii) El fomento del arbitraje en los asuntos marítimos;
- iv) La Cooperación en los esfuerzos de unificación y de armonización del Derecho Marítimo con otros organismos públicos y privados que persiguen los mismos fines; y
- v) El estudio y divulgación de la Historia del Derecho Marítimo.

Expuesto todo lo anterior y aún bajo el riesgo de recibir críticas por ser reiterativo, nuevamente insisto en que ahora más que nunca debe dársele al Derecho Marítimo y a su estudio la verdadera importancia que tiene. Debe incluirse el estudio de esta disciplina como una materia obligatoria en todas las Escuelas de Derecho del país y no sólo en aquellas que geográficamente estén ubicadas en entidades federativas que estén cercanas a las costas y, por consiguiente, con posible o más frecuente actividad marítima, ya que la importancia y gran amplitud de esta rama del Derecho así lo requiere.

ALGUNOS DATOS DEL CURSO ESCOLAR DE 1997-1998

SUMARIO: I. Nueva junta directiva. II. Alumnos recibidos y tesis presentadas en la licenciatura. III. Alumnos premiados en la licenciatura.

I. JUNTA DIRECTIVA

En sesión celebrada el día 9 de septiembre de 1998, la Junta General de Profesores de la Escuela Libre de Derecho, eligió como nuevo rector de la Institución al señor licenciado don Mario Becerra Pacoroba. También resultaron electos los señores licenciados don Ismael Gómez Gordillo, como primer vocal; don Jaime del Arenal Fenochio, como segundo vocal, y don Carlos Sordi Serret como vocal suplente.

II. ALUMNOS RECIBIDOS Y TESIS PRESENTADAS EN LA LICENCIATURA

- 2611 Jorge Lerma Santillán
Instauración de un sistema integral de responsabilidad patrimonial del estado.
27 de febrero de 1997
- 2612 Ramiro José Luis Espíndola López
Efectos contra terceros de la sociedad conyugal en el Código Civil.
11 de marzo de 1997

- 2613 Arturo David Reyes Lomelín
Alternativas de negocios jurídicos para el financiamiento de capitales: en caso del cuasicapital.
13 de marzo de 1997
- 2614 Flor de Jesús Rea Gutiérrez
Breve análisis de la responsabilidad médica y la comisión nacional de arbitraje médico.
* Tesis laureada
18 de marzo de 1997
- 2615 Adolfo Reyes Velázquez
El derecho, como producto cultural y su papel en la instrumentación del ser social.
1° de abril de 1997
- 2616 Patricia Toca Gutiérrez
Criterios para la prevención de la delincuencia.
* Tesis laureada
7 de abril de 1997
- 2617 Ana Cristina Sánchez Muro
Régimen jurídico del trasplante de órganos.
8 de abril de 1997
- 2618 Francisco Mauricio Rubio Estrada
Las unidades de inversión.
16 de abril de 1997
- 2619 Roxana Ivette Mayén Carey
Algunas consideraciones en torno al régimen jurídico internacional de los requisitos de desempeño.
24 de abril de 1997
- 2620 Luz de Lourdes Roca Malo
La desaparición de los testamentos especiales.
25 de abril de 1997

- 2621 Armando Trigo Rizo
Formas de participación social en México.
28 de abril de 1997
- 2622 Elsa Guadalupe Ortega López
La bursatilización de créditos hipotecarios en México a través de la figura del fideicomiso.
* Tesis laureada
29 de abril de 1997
- 2623 Miguel Tsuyoshi Ishii Yokoyama
La naturaleza jurídica de la propiedad industrial como especie de los derechos intelectuales y su relación con el derecho de la competencia.
30 de abril de 1997
- 2324 Jorge Alejandro Sánchez Dávila
La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el derecho mexicano. Estudio comparativo.
6 de mayo de 1997
- 2625 Gerardo Vázquez Gómez
La protección de la comisión interamericana de derechos humanos en los derechos políticos de los mexicanos en los procesos electorales recientes.
* Tesis laureada
7 de mayo de 1997
- 2626 Javier Domínguez Torrado
Hacia una nueva regulación de las sociedades públicas.
8 de mayo de 1997
- 2627 Gustavo Alejandro Torres Rincón
Propuestas de reformas a la ley federal del trabajo ante la firma de México al Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
11 de septiembre de 1997

- 2628 Ricardo Rabasa Gamboa
Ley federal de competencia económica
11 de septiembre de 1997
- 2629 María del Carmen Vargas Martínez
Un estudio crítico sobre la figura de los esposales.
17 de septiembre de 1997
- 2630 María de Lourdes Vargas Martínez
Estudio sobre las normas jurídicas que regulan la figura del consejo de ciudadanos en la ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal.
17 de septiembre de 1997
- 2631 Luis Octavio Núñez Orellana
Algunas consideraciones en torno a los contratos de conversión o joint venture. Que tienen por objeto crear sociedades mercantiles en México.
18 de septiembre de 1997
- 2632 Pedro Maceiras Campero
La pena de muerte.
19 de septiembre de 1997
- 2633 Luis Burgueño Colín
Ilicitud e imposibilidad jurídica en el objeto de los actos jurídicos.
22 de septiembre de 1997
- 2634 María José Rueda Beirana
Propuesta de distribución de la potestad tributaria entre la federación, los estados y los municipios.
23 de septiembre de 1997
- 2635 Roberto Leonardo Flores Montiel
La justicia como fin último y último fin del derecho.
24 de septiembre de 1997

- 2636 Rolando Francisco Cañas Moreno
Elementos para un estudio sobre las relaciones entre la lingüística y el derecho.
24 de septiembre de 1997
- 2637 Mónica Patricia González Zamora
Necesidad de reglamentar el contrato normativo para el uso de equipos y sistemas automatizados como instrumentos para expresar la voluntad de los contratos.
26 de septiembre de 1997
- 2638 Juan Pablo Cervantes Navarro
Sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro.
29 de septiembre de 1997
- 2639 Verónica Patricia Gómez Schulz
La readaptación social y los derechos humanos en las prisiones.
1 de octubre de 1997
- 2640 Rodrigo Núñez Sarrapy
Breve análisis del sistema de la normalización administrativa dentro del derecho positivo mexicano.
2 de octubre de 1997.
- 2641 Akuavi Adonon Viveros
El primer código civil en México, código civil de Oaxaca 1827-1829.
* Tesis laureada
3 de octubre de 1997
- 2642 Sergio Salvador Aguirre Sánchez
El fideicomiso de garantía y la constitucionalidad de su ejecución.
3 de octubre de 1997
- 2643 Jenaro Jorge Morales Martínez
El secretario financiero y las sociedades de información crediticia.
6 de octubre de 1997

- 2644 Juan Manuel Campuzano Reyes Retana
La bursatilización de la cartera hipotecaria (una propuesta para su implementación en México).
7 de octubre de 1997
- 2645 Anabelle Bertha Cortés Arvizu
Integración de los apartados A y B del artículo 123 constitucional.
8 de octubre de 1997
- 2646 Scott David Zárate Lowery
El Control jurisdiccional de la acción penal.
9 de octubre de 1997
- 2647 Alfredo García Álvarez
Régimen fiscal del fideicomiso.
14 de octubre de 1997
- 2648 Marco Tulio Venegas Cruz
Intervención judicial en el arbitraje.
16 de octubre de 1997.
- 2649 Luis Vera Prendes
La naturaleza jurídica de la lesión en los contratos.
21 de octubre de 1997
- 2650 Guadalupe Isabel Rojas Hernández
El derecho marcario en México y la protección de las marcas olfativas, gustativas y auditivas.
22 de octubre de 1997
- 2651 Oscar Alberto Estrada Chávez
Estado y razón de estado.
* Tesis laureada
28 de octubre de 1997
- 2652 Carlos Mochón Sacal
La bursatilización de créditos hipotecarios en México.
29 de octubre de 1997

- 2653 Irene Levy Mustri
Marco jurídico de las telecomunicaciones en México.
6 de noviembre de 1997
- 2654 Oscar Langlet González
El arrendamiento financiero. Las medidas cautelares del artículo 33 de la ley general de organizaciones y actividades auxiliares del crédito.
10 de noviembre de 1997
- 2655 Fernando Ramos Casas
La subvaluación de las mercancías a la luz del valor en aduanas.
14 de noviembre de 1997
- 2656 Héctor Gabriel Sequelis Taboada
Breves consideraciones sobre el derecho de oposición de los accionistas.
19 de noviembre de 1997
- 2657 Mónica Jara Hernández
Análisis de la distribución de competencias en materia ambiental en México.
24 de noviembre de 1997
- 2658 Nuria Planas Vidal
La doble imposición internacional, análisis y tratamiento.
27 de noviembre de 1997.
- 2659 Gonzalo Eugenio Ruy-Díaz Benhumea
Algunas consideraciones jurídicas sobre el comité técnico del fideicomiso.
2 de diciembre de 1997
- 2660 Eugenia González Rivas
Depósitos de desechos radioactivos en la frontera entre México y los Estados Unidos. Análisis a la luz del derecho internacional.
3 de diciembre de 1997

- 2661 Sylvia Stella Galindo Esquivel
El derecho autoral mexicano y la comunicación de obras por medios electrónicos.
21 de enero de 1998
- 2662 Alejandro Fernández López
Responsabilidad del estado por actos de la administración pública en su función administrativa.
28 de enero de 1998
- 2663 Alejandra Chacón Gallardo
Una revaloración de la jurisprudencia como fuente del derecho mexicano.
29 de enero de 1998
- 2664 Alejandro Lozano Díez
Del carácter utópico de concepto de soberanía popular.
12 de febrero de 1998
- 2665 Sergio Chagoya Díaz
Reglas que crean el mercado bursátil de futuros y opciones. Análisis de su constitucionalidad.
* Tesis laureada
19 de febrero de 1998
- 2666 Javier Kutz Clever
La acumulación de acciones, autos, partes y vías.
20 de febrero de 1998
- 2667 Carlos Fernando Almazán Arreola
La involución del esquema de enjuiciamiento penal mixto adoptado por la constitución de 1917 para el sistema procedimental penal mexicano.
26 de febrero de 1998
- 2668 Felipe de Jesús Zamora Castro
Aspectos constitucionales del procedimiento administrativo de ejecución en materia Federal.
* Tesis laureada
3 de marzo de 1998

- 2669 Erika Gabriela Peregrino Toris
El contrato de joint venture a la luz del Derecho Mexicano.
9 de marzo de 1998
- 2670 Eduardo Alberto Suárez Torres
De la obtención ilegal de pruebas en el procedimiento civil.
12 de marzo de 1998
- 2671 Mónica Rosado Reygadas
Análisis y estudio de las obligaciones de no competir.
16 de marzo de 1998
- 2672 Ivonne Palacios Flores
Propuesta de adiciones a la ley de quiebras y suspensión de pagos vigente en México.
17 de marzo de 1998.
- 2673 María del Rosario Huet Covarrubias
El concepto de leyes autoaplicativas y la permanencia de la distinción entre éstas y las llamadas leyes hetero aplicativas, para efectos de la procedencia del amparo.
*Tesis laureada
18 de marzo de 1998
- 2674 Luis Miguel Jiménez Cortés
La designación judicial del árbitro en el Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal.
23 de marzo de 1998
- 2675 Alejandro de Jesús Rosado Novelo
La regulación del concubinato en el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal.
24 de marzo de 1998
- 2676 Luis Aguilar Olivares
El bien común como causa final última del derecho.
26 de marzo de 1998

- 2677 Jorge Asali Harfuch
La proporcionalidad tributaria.
1 de abril de 1998
- 2678 María Cecilia Gutiérrez-Sansano Diego Fernández
Migración ilegal hacia México y los Estados Unidos de América; breve estudio del artículo 138 de la ley general de población vigente.
2 de abril de 1998
- 2679 Liliana Karina Rodríguez Matus
Evolución de la minería a través de los impuestos.
16 de abril de 1998
- 2680 María del Rosario Tirado Gutiérrez
El recurso de apelación en materia penal en el Distrito Federal.
17 de abril de 1998
- 2681 Luis Gustavo Parra Noriega
Descentralización subsidiaria.
* Tesis laureada
22 de abril de 1998
- 2682 Carlos Francisco Obregón Rojo.
Aspectos legales de la bursatilización de activos.
* Tesis laureada
23 de abril de 1998
- 2683 Juan Antonio Dorantes Sánchez
El derecho de comunicación al público.
* Tesis laureada
23 de abril de 1998
- 2684 Víctor Manuel Frías Garcés
La limitación de la discrecionalidad en el otorgamiento del reconocimiento a un nuevo gobierno.
27 de abril de 1998

- 2685 Mónica Isabel Zavaleta Izaguirre
Las normas oficiales mexicanas como disposiciones de la administración pública.
28 de abril de 1998
- 2686 Fritzia María Arriaga Aguirre
El Servicio de Administración Tributaria (S.A.T.) como el nuevo sujeto activo de la relación fiscal.
28 de abril de 1998
- 2687 Alonso Cajica Flores
El Federalismo tributario en México.
29 de abril de 1998
- 2688 Carlos Ariel Cano Rojina
Aspectos procesales del arrendamiento financiero respecto a la negativa de los jueces para la entrega de bienes y su naturaleza jurídica.
29 de abril de 1998
- 2689 Carlos Sergio Castillo Flores
Importancia de la inclusión de los derechos personales en el ámbito de la publicidad registral. Inmobiliaria, en el código civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia Federal.
30 de abril de 1998
- 2690 Enrique Bolado Muñoz
Régimen aplicable a los residentes en el extranjero por concepto de publicidad en materia de impuestos sobre la renta.
4 de mayo de 1998
- 2691 Sergio Olivar Moctezuma
Consideraciones sobre el aseguramiento y decomiso de bienes.
6 de mayo de 1998
- 2692 Sandra del Carmen Erosa Álvarez Icaza
Los organismos de radiodifusión como titulares de derechos conexos.
6 de mayo de 1998

- 2693 Jorge Armando Pérez Rivera
Juicio político (análisis de la fracción II del artículo 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
7 de mayo de 1998
- 2694 Gabriela Peña Barrales
Análisis de la intervención telefónica en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
* Tesis laureada
7 de mayo de 1998
- 2695 Alejandro Moreno Morrison
La objetividad del deber ser: reflexiones en respuesta a la tesis subjetivista del positivismo jurídico.
8 de mayo de 1998

III. ALUMNOS PREMIADOS EN LA LICENCIATURA

Primer Año "B"

Segundo Premio

Fernando Carreño Núñez de Álvarez
Patricio Garza Bandala
Ana Ruth Herrera Gómez
Amparo Martínez Ruiz
Roberto Villaseñor González

Primer Año "C"

Primer Premio

Juan Pablo Estrada Michel
Mónica Teresa Estrada Tanck
Edgar González Peredo
Mariano Palacios González

Segundo Premio

Bárbara Garciadiego Fossas
Pablo Esteban Jiménez Zorrilla
Hernando Jorge Ochoa Reyes
María de Lourdes Orrico Bejarano

Segundo Año "A"

Segundo Premio

Ana Guadalupe Correa Torres
Sandra Marcela Pérez Garber
Valeria María Vázquez Maulen

Segundo Año "B"

Primer Premio

Gustavo Antonio Robles Cuevas

Segundo Premio

Luis Asali Harfuch
Ana Josefa de Icaza de Velasco
Gemi José González López
Teresita Lucía Segovia
Mariana Orellana Méndez
Alina Ramos Sánchez
María Ximena Robles Miaja
Jorge Salvador Rosas Torres
Juan Pablo Visoso Lomelín

Tercer Año "A"

Segundo Premio

Manuel Gerardo Mac Farland González

Cuarto Año "B"

Segundo Premio

Alberto Estrella Quintero

Quinto Año "B"

Primer Premio

Miriam Name Almanza

Segundo Premio

Rafael Estrada Michel

José Antonio García Luque

Luis Gómez Romero

José Antonio Hernández Ross

Cecilia Lira Noriega

Daniel Pérez Cirera Santa Cruz

Ilan Rosenberg Druker

María del Pilar Servín Hernández

Gabriela Uriegas Ruiz

DISCURSO DEL PROFESOR DON NARCISO PÉREZ
LARA, PRONUNCIADO EN LA APERTURA
DEL CURSO ESCOLAR 1998-1999
EL DÍA 24 DE AGOSTO

Estimado señor rector

Señores maestros

Alumnos todos, en especial de nuevo ingreso

Señoras y señores:

Una ceremonia de apertura de cursos, es siempre motivo de un gran gozo y alegría, para una institución dedicada a la enseñanza del derecho y a la formación de juristas y abogados, como la Escuela Libre de Derecho, pues es un signo claro, de su vitalidad, pujanza y poder de renovación

Significa en efecto, que nuestra querida Escuela, continúa con paso firme y seguro, el camino que emprendiera hace 85 años, cumpliendo con su alta misión educadora y formadora de abogados honorables, responsables y serios, como los que hasta ahora han egresado de sus aulas.

La presencia el día de hoy en este recinto, de un nutrido grupo de alumnos de nuevo ingreso, prueba la existencia de este proceso de renovación y nueva vida, que año tras año se realiza en esta institución.

Existe, sin embargo, un signo más, que nos muestra la existencia de este proceso de renovación y vitalidad de nuestra Escuela.

Me refiero a la creación de nuevas cátedras que en los últimos años han venido a enriquecer el plan de estudios de esta institución con el fin de responder mejor y más eficazmente, a los retos de los nuevos tiempos tan cambiantes y difíciles que nos han tocado vivir

Dentro de estas nuevas cátedras, está una a la que quiero referirme en forma especial el día de hoy, por la importancia de su contenido y la trascendencia que tiene en la formación integral de los alumnos, no sólo de esta escuela; sino de todas las universidades y facultades de Derecho del país. Me refiero concretamente a la cátedra de Deontología Jurídica.

El nombre de esta asignatura, quizá resulte un poco extraño para algunos de los presentes; no obstante que este vocablo se acuñó hace ya más de 150 años, cuando lo usó por primera vez el filósofo inglés Jeremías Bentham, en su obra póstuma que lleva por título: "Deontology or the science of morality". (Londres 1834).

Este filósofo, pretendió con esta obra, crear una nueva ciencia de la moral o moral científica (*science of morality*), diferente a la moral tradicional, pretensión absurda, como se pudo constatar después, sobre todo al palpar las consecuencias de uno de sus principios fundamentales o sea, el famoso principio del interés en juego, con el que nos dejó una visión filosófica y moral muy pobre del ser humano, reduciéndolo a un nivel meramente animal.

El significado pues, que le dio Jeremías Bentham a este neologismo en su momento, no es el que hoy en día se le da, como semejante o sinónimo de "Ética profesional".

A este respecto, quiero aclarar, que aunque existen autores connotados que usan indistintamente los términos Deontología y Ética Profesional, debido quizá a que la mayor parte de las normas de Deontología Jurídica, son normas de moral o de ética. Sin embargo; estos dos términos no son sinónimos, ya que entre moral, ética y Deontología Jurídica, existen diferencias importantes. En efecto, el contenido de la Deontología Jurídica estrictamente ha-

blando, va más allá del contenido de las normas de moral general o de ética.

El maestro Villoro Toranzo nos dice: "La Deontología, obra de profesionales, establece reglas para que los miembros de la misma profesión, la desempeñen con dignidad y elevación moral." (Deontología Jurídica, edición 1987, p. 12).

Después, citando a Laura Grazziosi dice: "La Deontología trata los deberes éticos y morales no en cuanto tales, sino en cuanto deberes que se imponen a una actividad profesional específica, en razón de la naturaleza misma de esa actividad." (*op. cit.* p. 13).

La Deontología Jurídica pues, comprende normas especiales, necesarias para lograr el honor y la dignidad de los abogados en el ejercicio de su profesión, y para esto, se vale de normas de moral, de moral práctica, de ética, y hasta de simples reglas de educación, o de buenas costumbres.

Porque el abogado, primeramente y antes de ser abogado es hombre. Y debe de ser un buen hombre, con una gran calidad humana, para poder ser un buen abogado.

Por lo que el abogado, está sometido en primer término a las normas de moral y de ética comunes a todos los humanos, pero después, como abogado, asume los deberes propios de su profesión. Deberes muy importantes que rebasan en muchos casos a los deberes comunes impuestos por la moral y la ética a todos los hombres; por lo que son señalados en forma específica por la Deontología Jurídica.

Nuevamente el maestro Villoro Toranzo nos dice: "...si la Deontología se distingue de la ética y de la moral, no es por el contenido de sus reglas; sino por la finalidad muy clara de servirse de esas reglas, para establecer un modelo de conducta que deben de aceptar los miembros de una profesión..." (*op. cit.*, p. 13)

Podemos concluir entonces, que sí existe una diferencia muy clara entre: moral, moral práctica, ética y Deontología Jurídica.

Sin embargo, el tema que en realidad hoy me interesa tratar, es el de la importancia y trascendencia que reviste el estudio de la

Deontología Jurídica, en la formación y educación de los estudiantes de Derecho, futuros abogados, no sólo de nuestra Escuela; sino de todas las universidades y facultades de Derecho del país.

Por experiencia sabemos, que la sola enseñanza teórica o técnica del Derecho, no basta para la formación integral del jurista o abogado, sino que es necesario, completar dicha formación con una disciplina que eduque y forme al alumno en los valores éticos y morales indispensables para que pueda cumplir dignamente con su alta misión dentro de la sociedad.

Decían los romanos *Nemo dat quod non habet*. Nadie da lo que no tiene. En base a esto tenemos que decir: que si el abogado va a luchar por la justicia, tiene que ser antes que nada justo. Pero no se puede ser justo, si no se es honesto. Ya lo había señalado claramente el mismo Aristóteles cuando dijo; "SÓLO EL HOMBRE JUSTO Y PRUDENTE ES CAPAZ DE LO JUSTO".

Los romanos por su parte y por la misma razón, definieron acertadamente la figura del juez como el *Bonus vir jus dicendi peritus*. O sea el hombre bueno, perito en decir, esto es, en establecer el derecho.

La Deontología Jurídica tiene como finalidad, enseñar al estudiante de Derecho, lo que es lícito o ilícito en la práctica de su profesión, para lograr así, el honor y la dignidad necesarios en el desempeño de su actividad profesional.

Por lo que uno de los deberes más importantes de las universidades y escuelas de Derecho, es el de concientizar al alumno de lo anterior, enseñándole el alcance de las normas de Deontología Jurídica, tomadas como ya vimos, de la ética y de la moral general; pero enfocadas directamente al ejercicio honorable y digno de la profesión.

La Deontología Jurídica se convierte así, en uno de los instrumentos más valiosos e idóneos para que las escuelas y facultades de Derecho, cumplan con el deber tan importante que tienen, de lograr la formación integral de los estudiantes, futuros abogados.

Las normas de conducta, que encontramos en los Códigos de ética y de Deontología Jurídica, son el fruto de la experiencia, estudio y dedicación de juristas sabios y prudentes, miembros de los colegios de abogados, que las han formulado, con el fin de lograr que los abogados cumplan cabalmente con la alta misión social que se les ha encomendado.

Pero yo me pregunto: ¿Sabrán en realidad los abogados cuál es esta misión social tan importante que se les ha encomendado? ¿Sabrán de dónde surgió esta misión?

Todos sabemos que fueron las necesidades sociales, las que dieron origen a las distintas profesiones que existen en la actualidad. Así por ejemplo, la necesidad de que alguien se ocupe de nuestra salud y cure nuestras enfermedades, dio origen a la profesión tan antigua de la medicina.

De manera semejante, la necesidad de proteger los derechos violados del hombre y su dignidad como persona humana, para lograr así la pacífica convivencia entre los humanos, a través de la impartición de la justicia y el derecho, fue la causa que dio origen a nuestra profesión. Y si nosotros los abogados, no satisfacemos esta necesidad, no estamos cumpliendo con esta misión, y no tendría entonces razón de ser nuestra profesión.

El Código de Ética de la Barra Mexicana de Abogados establece: "El abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la justicia y que la ESENCIA DE SU DEBER PROFESIONAL ES EL DEFENDER DILIGENTEMENTE Y CON ESTRICTO APEGO A LAS NORMAS MORALES, los derechos de su cliente. (Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana de Abogados Artículo 1)

Vivir nuestra profesión, tratando de satisfacer esta necesidad que le dio origen, sacrificando incluso beneficios personales o y económicos, es lo que le va a dar su auténtica dimensión humana y espiritual de acuerdo a su naturaleza. Cuando el jurista o abogado actúa teniendo esto presente, experimenta necesariamente la inmensa satisfacción del deber cumplido y del bien realizado.

Los abogados todos pues, deberíamos de estar conscientes en todo momento de esta nuestra misión, que es tan importante, que se puede considerar como de vida o muerte para la sociedad, cuya subsistencia depende precisamente de la correcta aplicación del Derecho, ya que sin el Derecho el hombre no puede vivir en sociedad.

Ángel Osorio y Gallardo nos dicen: "Sin justicia no se puede vivir...es para el hombre algo tan esencial como el aire que respiramos", y después añaden: "No se puede ser juez, fiscal, ni abogado sin el orgullo de estar desempeñando las funciones más nobles y más importantes para la humanidad". (El alma de la toga, p. 39)

Para muchos, esta frase les parecerá eso, una frase más, rimbombante quizá; pero sin contenido. Sin embargo, no es así.

Este pensamiento es una auténtica realidad, ya que como vimos, la aplicación del derecho que realizan los jueces, magistrados, juristas y abogados es absolutamente indispensable para lograr la pacífica convivencia entre los humanos y la subsistencia misma de la sociedad. En efecto, sin la racionalidad que da el Derecho, el hombre se vuelve una fiera para sus semejantes o como decían los romanos un lobo *Homo homini lupus*.

La historia, que es la maestra de la vida, nos enseña: que desde que el hombre pisó por primera vez esta tierra hasta nuestros días, se ha empeñado en violar los derechos y la dignidad de la persona humana.

La adecuada impartición de la justicia, a través de la aplicación del Derecho, ha sido el medio más eficaz, para lograr que se respeten los derechos fundamentales del hombre, lográndose así la pacífica convivencia entre los humanos.

Es necesario entonces, que los aspirantes a estos cargos como son todos ustedes, estudiantes de Derecho, sepan desde ahora, lo que implica la misión que van a desempeñar dentro de la sociedad cuando se reciban, y comiencen a sentir desde ahora, el orgullo

legítimo de saber, que un día desempeñarán una de las funciones más nobles e importantes que existen sobre la tierra.

Nuevamente yo me pregunto: ¿cómo vamos a lograr que los estudiantes de ahora, futuros abogados, estén conscientes de lo anterior, si durante su formación académica no se les habla de esta enorme responsabilidad que significa recibirse o titularse como abogado?

La Deontología Jurídica, CÁTEDRA QUE POR FORTUNA YA SE ESTÁ IMPARTIENDO EN NUESTRA ESCUELA, es la encargada de realizar esta labor educadora y concientizadora de los estudiantes.

El Derecho es un arma social muy poderosa que en manos de abogados sin escrúpulos se vuelve una arma muy peligrosa y nociva, pues en lugar de contribuir a la correcta impartición de justicia, se vuelve un elemento destructor de la paz y armonía dentro de la sociedad.

Esto va dando paso a la irracionalidad, a la venganza y a la barbarie, como incluso ha comenzado a suceder por desgracia en nuestro país, donde la gente, a falta de una adecuada impartición de la justicia, ha comenzado a hacerse justicia entre comillas, por su propia mano.

De aquí la importancia que tiene el educar al estudiante, en el correcto manejo de esta arma social tan poderosa, que es el Derecho.

Existe un error muy generalizado en el sentido de que el mejor abogado es el que más juicios ha llevado o ha ganado, y esto no es del todo cierto, pues el juicio es una medida extremo que debería de ser usado por el abogado, como el último recurso que le queda para defender los derechos violados de su cliente.

Ocurre algo semejante en la medicina, donde vemos que el médico, que tiene como finalidad lograr la salud del paciente, lo hace a través de muchos medios, entre los cuales el último es el amputar un órgano al enfermo.

No obstante esto, muchos abogados, sin tomar en cuenta el desgaste físico, moral, emocional y económico que representa para su

cliente el llevar a cabo un juicio, lo hacen, sin buscar primero otras posibles soluciones al problema, a través de una transacción o amigable componenda, dejándose llevar únicamente por su ambición de lucro y el cobro de honorarios.

Otro factor esencial para lograr la formación integral del estudiante es la vocación. Tema primordial en el estudio de la Deontología Jurídica. En efecto, sabemos por experiencia que no se puede llegar a ser un buen profesional si no se tiene vocación. La falta de vocación produce malos o mediocres profesionales, y si lo que se busca en nuestra escuela, es formar no sólo buenos sino los mejores profesionales del Derecho, es necesario entonces cuidar este aspecto relativo a la vocación de los que pretenden llegar a ser abogados.

La vocación en general es un llamado a vivir plenamente el ideal o sea el ETHOS de una profesión. Para nosotros los abogados, el Ethos profesional consiste en el servicio a la justicia y al Derecho, y para conseguir la realización de este ideal, debemos estar dispuestos a evitar cualquiera otra actividad que se interponga en nuestra misión de ser los instrumentos de realización de la justicia.

Es necesario pues que el estudiante de Derecho sepa, desde que ingresa a nuestra Escuela, si tiene o no vocación para ser abogado.

Quedaron atrás ya, así lo espero, aquellos tiempos, en que se estudiaba Derecho por presiones familiares; por no encontrar ya lugar en otra carrera o por ser el Derecho la carrera más fácil y barata. Las cosas afortunadamente han cambiado.

Existen cualidades y aptitudes básicas, para ser un buen abogado. El estudiante de Derecho, debe saber, desde su ingreso a esta Escuela, si tiene o no estas cualidades.

La cátedra de Deontología Jurídica le va ayudar en este aspecto, pues dedica un espacio muy importante al estudio de las aptitudes y cualidades del jurista o abogado, para que el estudiante sepa si las tiene o no, y cuáles le hacen falta para que las vaya adquiriendo a lo largo de la carrera.

En caso de no tenerlas, lo más adecuado es, que desista de su propósito de ser abogado, y busque otra profesión que esté más acorde con sus potencialidades, aptitudes y aspiraciones, sabiendo que de esto va a depender en gran medida, el lograr posteriormente su plena realización, no sólo como profesionalista, sino como hombre, requisito indispensable para lograr a la postre su felicidad.

Es necesario pues, que todo estudiante inicie, desde su primer día de ingreso a esta escuela, el proceso de maduración de su vocación, mismo que deberá continuar a lo largo de su carrera y que culminará con su graduación o titulación como abogado.

La cualidad más importante que se le va a requerir, es sin duda, el ser justo y tener amor a la justicia. Veámos antes, que nadie puede dar lo que no tiene. Por lo tanto, si el estudiante de derecho no es justo ni tiene amor a la justicia, no podrá ser nunca un buen abogado.

El resto de cualidades y aptitudes que los autores requieren de los abogados es muy grande. Para darnos una idea de esto, y concluir con este trabajo, transcribo una cita tomada del libro "La Abogacía" del Lic. Ismael Rodríguez Campos quien nos dice:

"Existe en el mundo un personaje a quien BARCIA le exige ser probo, diligente y entusiasta. Ciuratti por su cuenta le reclama ser experto, literato, crítico, moralista, con experiencia de viejo y memoria de niño."

Enrique Eduardo Villegas por su parte dice que debe ser combativo, honrado, dúctil, consciente de su misión, sociable, culto y ordenado. Arellano García manifiesta que debe de ser capacitado, conocedor de la lógica, experto, de buena fe, honrado, con criterio de equidad, enérgico, discreto, veraz, ecuaníme, respetuoso, con sentido práctico y de negociación, digno, con vocación, culto, leal, sencillo y a la vez formal, dinámico y ordenado.

Finalmente Honorio y Sigüenza le impone ser, honesto, franco, incorruptible, con fe en la justicia, moral, prudente, estudioso y trabajador,

— ¿Quién es este personaje, a quien se le exigen tantas cualidades? ¿Es acaso el superhombre que requiere la humanidad para que solucione todos los conflictos existentes en la faz de la tierra? No. Definitivamente no. Este personaje a quien tantos atributos se le exigen es simplemente: *El Abogado*

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE
DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS, JORGE BATES,
EN LA APERTURA DEL CURSO 1998-1999
EL 24 DE AGOSTO

Respetado maestro don Miguel Ángel Hernández Romo
Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Honorables miembros de la Junta Directiva,
Señor abogado don Pedro Barrera Ardura
Secretario General,
Estimados maestros,
Compañeros:

Ante la oportunidad de tener acceso a tribuna tan importante y de tan profunda tradición, quiero empezar por compartir con ustedes un recuerdo personal. Hace cuatro años, con toda la emoción, la curiosidad e incluso, el temor, que la ocasión provocaba, asistía a una inauguración de cursos como ésta. Resultaba para mí de especial significado por ser aquél mi primer contacto con esta institución. El peso de su historia y tradición hicieron presencia en tan solemne ceremonia e imprimieron en mí sus primeras huellas. Hubo, sin embargo, un hecho que llamó profundamente mi atención: una idea se repitió constantemente con un tono que rayaba en la certeza absoluta, asegurando que “somos la mejor escuela de Derecho”. Pues bien, en esta ocasión, si ustedes me lo perdo-

nan, he decidido no permitirme decirlo nuevamente. Las razones para ello son sencillas, pero profundas.

Quienes hoy llegan por primera vez a esta Escuela han de tener claro el compromiso que asumen. Es necesario que, como estudiantes de Derecho, estemos conscientes que debemos servir antes que exigir, que debemos atender a nuestras obligaciones antes que a nuestros privilegios. La profesión del abogado es, necesariamente y por naturaleza, un ejercicio de humildad, pues en nuestras manos recibimos el cuidado de los valores más preciados del ser humano: su patrimonio, su familia, su libertad. Cualquiera que sea el lugar en que se desempeñe, el ámbito privado, el sector público, la investigación o la docencia, debe el abogado cuidar dichos bienes como a los suyos propios. Debe, por ello, ser nuestra vocación, acometer con plena responsabilidad tan difícil tarea, y no pretender lucrar con la necesidad ajena. Quien se ciega con los laureles del éxito personal, pierde la sencillez que requiere el deber de servicio.

Debemos ser humildes en el estudio y el ejercicio intelectual, la soberbia del dogma o de las verdades propias que se pretenden absolutas oscurece la realidad. Solamente con la audacia del pensamiento crítico adquiriremos mejores herramientas para el ejercicio de nuestra profesión. Siempre es mejor el abogado que, con prudencia, es capaz de idear la solución más adecuada para el caso concreto, que aquel que pretende ajustar la realidad al estrecho molde de los conceptos.

Debemos ser humildes ante los tiempos, porque debemos atender a problemas concretos, que son actuales, debemos idear soluciones concretas y actuales. La soberbia de la evolución que se encierra en sí misma impide la percepción del cambio, obstaculizando oportunidades y cegando la verdadera naturaleza de los problemas. Hoy, como nunca, debemos aprender a adaptar nuestra profesión a nuestro tiempo, sin olvidar nuestro objetivo fundamental: el de procurar una sociedad más justa y equitativa.

La Escuela Libre de Derecho nació como una Escuela de alumnos. Por sus alumnos se fundó, marcó su camino, superó adversidades y forjó su prestigio. Son sus alumnos los que, en el quehacer del estudio cotidiano, la hacen vivir y la hacen crecer. Son sus alumnos quienes vuelven a ella, al concluir los estudios, para retribuirle, en la enseñanza a nuevas generaciones, el tesoro que nos lega. Son sus alumnos quienes, en el ejercicio profesional, son capaces de distinguirse como miembros de esta hermandad académica de excelencia.

Si hemos celebrado 85 años de historia en el estudio del Derecho, hay que decir que, hoy, la Escuela Libre de Derecho empieza nuevos caminos. Que estén sus alumnos dispuestos a hacer vivir a esta Escuela día con día, como lo estuvieron nuestros fundadores. Que estén dispuestos a hacerlo con humildad y vocación de servicio. Que no sea la nuestra solamente una gloria heredada, sino el orgullo del destino construido con nuestras propias manos. Que no sea ésta una Escuela de meras tradiciones; que sea Escuela de una tradición: la del compromiso de sus alumnos.

Si somos capaces de hacer de ésta nuestra vocación, nuestro anhelo constante y nuestra experiencia cotidiana, entonces no hay que decirlo, pues resulta verdad sabida, que "somos la mejor escuela de Derecho".

Que sea por el bien de nuestra Escuela
Que sea por el bien de sus alumnos
Que sea por el bien de México

Muchas gracias