

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 24

MÉXICO, 2000

NÚMERO 24

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Mario Alberto Becerra Pocoroba, *Rector*
Lic. Ismael Gómez Gordillo, *Primer vocal*
Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Segundo vocal*
Lic. Carlos Sodi 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 Muggenburg
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.

ISSN 0185-1438

© 2000. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 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

JORGE ADAME GODDARD	
Comentarios a las reformas del Código Civil del Distrito Federal en materia de matrimonio y concubinato	9
JAIME DEL ARENAL FENOCHIO	
El proyecto de constitución del Segundo Imperio Mexicano: Notas sobre el manuscrito de la archiduquesa Carlota	23
MIGUEL BONILLA LÓPEZ	
Sobre el régimen disciplinario de los secretarios de juzgados de distrito y tribunales de circuito	47
ROBERTO COLÍN PIANA	
Derecho del trabajo: de la revolución a la evolución	75
MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ	
El aprovechamiento de los recursos naturales. Hacia un nuevo discurso patrimonial	91
LEÓN R. ELIZONDO CASTRO Y XAVIER GINEBRA SERRABOU	
Análisis económico de la Ley Federal de Telecomunicaciones	173
ÓSCAR A. ESTRADA CHÁVEZ	
Las escuelas clásicas de interpretación y la argumentación jurídica. Primera parte. La Escuela de la Exégesis	205

- ✓ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
Panorámica actual de la doctrina procesal 235
- ✓ YURI GONZÁLEZ ROLDÁN (Traductor)
Gai Institutiones. Commentarius Primus.
Institutiones de Gayo. Comentario Primero 271
- ✓ MARCO ANTONIO LANDAVAZO
Gobernadores y congresos en los estados: ¿supremacía
del legislativo o equilibrio de poderes? Un análisis
a partir de las constituciones estatales durante el régimen
constitucional mexicano de 1824 355
- ✓ CAROLINA ORTIZ PORRAS
Derechos sociales e intereses difusos (una cita a ciegas) 371
- ✓ MIGUEL PÉREZ LÓPEZ
El recurso de revisión de la Ley Federal de Procedimientos
Administrativos 379
- ✓ JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
Democracia y ley natural desde el iusnaturalismo católico
de Suárez 413
- ✓ ANTONIO CARLOS WOLKMER
Matrices teóricas para repensar una crítica del derecho 427
- SECCIÓN MONOGRÁFICA**
- ✓ DAVID CIENFUEGOS SALGADO
La protección civil de la persona humana en México 435
- ✓ RODRIGO LABARDINI
Sobre el concepto de derechos humanos 511

- ✓ DAVID SÁNCHEZ RUBIO
Derechos humanos, producción y reproducción de la vida
humana y trabajo vivo 567

MISCELÁNEA

- ✓ SUSANA BARROSO MONTERO
La biotecnología desde el punto de vista de un país "en vías
de desarrollo" 597
- ✓ ALEJANDRO MAYAGOITIA
240 años del I. y N. Colegio de Abogados de México 609
- ✓ RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL
A las hijas e hijos de la Escuela Libre de Derecho 613

IN MEMORIAM

- ✓ Ramón Sánchez Medal (1917-2000) 619

DISCURSOS

- ✓ Discurso del señor Lic. don Mario A. Becerra Pocoroba,
Rector de la Escuela Libre de Derecho en la Ceremonia
de Inauguración de Cursos 2000-2001 623
- ✓ Discurso del señor Lic. don Cecilio González Márquez,
profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia
de Inauguración de Cursos 2000-2001 627
- ✓ Discurso del alumno Gustavo Antonio Robles Cuevas,
en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 2000-2001 631

COMENTARIOS A LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE MATRIMONIO Y CONCUBINATO

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO. I. Introducción. II. El concepto de matrimonio. III. El régimen de bienes. IV. El concubinato. V. Apreciación general.

I. INTRODUCCIÓN

El 25 de mayo de 2000 se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal varias reformas al Código Civil del Distrito Federal que afectan diversas materias. En este trabajo se ofrece una primera reflexión sobre las reformas relativas al matrimonio, el régimen matrimonial de bienes y el concubinato. El objetivo es, en primer lugar, comprender el contenido de las reformas para, posteriormente, hacer un juicio crítico de las mismas en cada uno de estos temas. Al final presento, a manera de síntesis, una apreciación general de las reformas en materia matrimonial.

II. EL CONCEPTO DE MATRIMONIO

El nuevo art. 146 dice literalmente:

“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”

La noción o concepto de matrimonio expresada ahí se puede precisar analizando pormenorizadamente sus diversos elementos y relacionándolo-

los con otros artículos de la reforma que implican un concepto de matrimonio.

Dice la primera frase que el matrimonio es “unión libre”. Esto se entiende en el sentido de unión voluntaria, mas no de unión informal, puesto que al final de la misma definición se dice que debe celebrarse ante el juez y con las formalidades de ley. Con esto se relaciona el nuevo art. 35 que dice que corresponde al juez del registro civil “autorizar los actos del estado civil”, de modo que el matrimonio, siendo uno de los actos del estado civil, no se contrae válidamente sin la “autorización” del juez. Añade que es unión “de un hombre y una mujer”, con lo cual mantiene como nota esencial del matrimonio la unicidad de los cónyuges y la heterogeneidad sexual, de las cuales provienen la unidad del matrimonio.

El matrimonio consiste en una unión que tiene como fin “realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”. Y esto parece ser en el concepto de los legisladores la esencia del matrimonio: el realizar una “comunidad de vida”, lo cual parece significar una vida en el mismo domicilio, ya que es obligación de los cónyuges (a. 163) vivir en el mismo domicilio, y que el mero hecho de que los cónyuges no vivan en el mismo domicilio (sin importar la causa de ello) por más de un año, es causa para que cualquiera de ellos demande el divorcio (a. 267-IX). Los objetivos específicos de esa comunidad de vida son por demás ligeros: sólo procurarse (ni siquiera darse) “respeto, igualdad y ayuda mutua” Son semejantes, aunque no iguales, a los deberes que el nuevo art. 138 sextus señala para los familiares en general: “consideración, solidaridad y respeto”. A la luz de estos artículos puede interpretarse el contenido del primer párrafo, no reformado, del art. 162 que dice que los cónyuges “están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente”; los “fines del matrimonio” serían procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua”.

No hay artículos que definan o den contenido a la obligación de “procurar respeto”, y mucho menos a la de “procurar igualdad” (que parte implícitamente del supuesto de que los cónyuges no son iguales, por lo que se entiende que deban procurarse mutuamente). En cambio, la obligación de ayudarse o socorrerse mutuamente, sí tiene contenido jurídico, determinado en el art. 164, que señala que deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, distribuyéndose las cargas en la proporción que ellos acuerden; un nuevo art. 164 bis aclara que el trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como “contribu-

ción económica al sostenimiento del hogar”. Es jurídicamente exigible únicamente la obligación de darse alimentos, prevista en el art. 302.

El matrimonio, entendido como comunidad de vida, puede tener de acuerdo con la nueva definición del legislador, aunque no es un fin esencial, la posibilidad de la procreación. Esto significa que puede haber matrimonio sin que los cónyuges tengan la intención de procrear, lo cual coincide con ciertas políticas demográficas que estimulan las uniones sin hijos. Pero las reformas van todavía más lejos, pues establecen (art. 156, penúltimo párrafo) que la impotencia no es un impedimento para contraer matrimonio si el otro cónyuge la conoce y acepta, lo cual implica que la unión sexual entre varón y mujer tampoco es un componente esencial del matrimonio.

En conclusión, el nuevo concepto de matrimonio se reduce a la unión voluntaria y formal entre un varón y mujer para vivir en el mismo domicilio y ayudarse económicamente, con o sin procreación, con o sin unión carnal. En esta concepción el matrimonio ya no está necesariamente ligado con la fundación de una familia.

Esta definición de matrimonio me parece criticable por varios aspectos:

a) El legislador adopta una actitud moralizante, en tanto pretende imponer a la población un concepto de matrimonio determinado. Es un error, que no es propio de la legislatura que aprobó el código, sino que proviene de la misma ideología del Estado moderno democrático, que se concibe a sí mismo como fuente de todo derecho y de la ética social. El error se introdujo en la ley de matrimonio civil de 1859,¹ que señala que el matrimonio tendrá la validez que determinen las leyes, y se consolida en el decreto de Adiciones y Reformas a la Constitución de 1873,² que añade que el matrimonio tendrá los efectos que determine la ley.

Los códigos civiles de 70 y 84 propusieron la definición de matrimonio congruente con la ética cristiana, según la cual “el matrimonio

¹ Ley del 3 de julio de 1859, una de las llamadas “leyes de Reforma”, artículo 1.

² *Decreto de adiciones y reformas a la Constitución Política de la República Mexicana* (puede verse en: DUBLÁN Y LOZANO, *Legislación mexicana*, t. XII, México, 1882, pp. 502-503), artículo 2 “El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan”. El texto pasó sin cambios al art. 130 de la Constitución de 1917, donde todavía se conserva, salvo la frase inicial que afirma que el matrimonio es un contrato civil.

es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.³ Posteriormente, la *Ley de relaciones familiares*⁴ introduce una nueva definición de matrimonio en que se tipifica éste como un “contrato” de vínculo disoluble, pero conserva la mención expresa de los fines del matrimonio, la procreación y la ayuda mutua. El código civil de 1928 no da ninguna definición de matrimonio, ni se refiere expresamente a sus fines, aunque menciona en abstracto los “fines esenciales del matrimonio”, contra los cuales no vale un pacto en contrario; en algunos artículos se refiere al matrimonio como contrato.

En esta evolución, los legisladores han definido el matrimonio como unión legítima indisoluble orientada a la procreación y la ayuda mutua (códigos de 70 y 84), contrato disoluble orientado a la procreación y ayuda mutua (ley de relaciones familiares), contrato disoluble orientado a fines esenciales no especificados (código de 28), y ahora como unión voluntaria disoluble orientada esencialmente a la ayuda mutua y eventualmente a la procreación. Llama la atención la inestabilidad de los legisladores en este punto que contrasta notablemente con la estabilidad que tienen en cuanto a las definiciones de, por ejemplo, compraventa, arrendamiento, usufructo, y las demás instituciones jurídicas. Esta inestabilidad se debe a que el matrimonio no es una institución jurídica que pueda ser definida por los juristas o los legisladores, sino que es una institución ética que depende de la naturaleza misma del hombre y que se conforma de acuerdo con las tradiciones religiosas y éticas de cada pueblo. Cuando los legisladores pretenden definir lo que es el matrimonio, asumen un papel que no les corresponde: a ellos no les toca decidir cuál es el contenido del amor conyugal ni cuáles son los deberes o servicios que han de prestarse los cónyuges entre sí; el amor conyugal se define, se vive y se transmite en el seno de las familias, en relación con las tradiciones religiosas. Que venga el legislador a decir qué es el matrimonio, que es tanto como decir qué es el amor conyugal, es realmente una intromisión inaceptable a la que, desgra-

³ Art. 159 del Código Civil de 1870.

⁴ Art. 13: “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

ciadamente las sociedades modernas se han acostumbrado a fuerza de aceptar el viejo principio de la Ilustración, según el cual los gobernantes “ilustrados” mediante sus leyes “iluminan” al pueblo.

Es evidente que el legislador debe regular ciertos aspectos del matrimonio y sancionar ciertos deberes conyugales de contenido patrimonial, por ejemplo, el de ministrarse alimentos, pero para este fin no es necesario que pretenda definir qué es el matrimonio, basta simplemente que señale los medios de tutela jurídica adecuados para cuidar la libertad del consentimiento matrimonial, la publicidad y registro del matrimonio y para sancionar los deberes conyugales de contenido patrimonial.

- b) Analizando en concreto el contenido de la definición propuesta por los legisladores del Distrito Federal hay una deficiencia grave, al admitir que el matrimonio puede darse con fines de procreación o sin ellos. Es sabido que cualquier tipo de sociedad o unión entre personas se especifica por el fin común que pretenden alcanzar. La finalidad de lucro, por ejemplo, es lo que distingue una sociedad mercantil de una sociedad civil; la finalidad política es la que especifica a un partido político y la finalidad religiosa es la que constituye la esencia de una asociación religiosa. Del mismo modo, la unión entre varón y mujer con fines de procreación es esencialmente diferente de la unión de varón y mujer sin esos fines, y por lo tanto no deben asimilarse ni tratarse jurídicamente de la misma manera.

En el derecho matrimonial mexicano el matrimonio se había considerado siempre como el medio de fundar una familia, y es precisamente esta finalidad la que hacía que el matrimonio fuera de interés público. La unión matrimonial abierta a la procreación trasciende el interés privado de los cónyuges, pues lleva a la constitución de una familia, en la cual se reproducen, conservan y transmiten las tradiciones y la vida de la nación. Por eso el matrimonio resulta una institución de orden público, y por eso es necesaria la intervención del legislador para su regulación y la presencia de un representante de la nación, el juez o el oficial del registro civil, en el momento de su constitución. Pero si el matrimonio se reduce al fin de ayuda mutua entre los cónyuges, tal unión no rebasa el interés privado de los mismos, y no es necesario darle un tratamiento público, pues basta constituirla como una sociedad civil de ayuda mutua, sin ánimo de lucro.

- c) Desde el punto de vista ético, del perfeccionamiento de la persona humana, la noción de matrimonio introducida en las reformas es real-

mente inaceptable. El matrimonio es la forma más perfecta de amor humano, en la que varón y mujer se entregan plena y recíprocamente, en unión vitalicia, con el fin de fundar una familia y ayudarse a su completa realización. Es la forma de amor humano en la que se cumple cabalmente la llamada "regla de oro": ama a tu prójimo como a ti mismo. La afirmación de que el matrimonio es la simple convivencia bajo un mismo techo y con obligación de contribuir al sostenimiento económico es pretender, como dicen que hacían los conquistadores españoles, cambiar oro por baratijas.

III. EL RÉGIMEN DE BIENES

Dada la concepción del matrimonio como sociedad de ayuda mutua, el régimen patrimonial se vuelve muy importante para los contrayentes, y en algunos casos hasta podrá ser el motivo determinante de la voluntad. Sin embargo, como el código no considera esencial que el matrimonio lleve a la fundación de una familia, resulta que el régimen de bienes no tiene ya que verse como un complemento de la estructura familiar.

En concreto, las reformas más importantes me parece que son las siguientes:

Se prefiere el régimen de sociedad conyugal, salvo que se pacte expresamente la separación de bienes (art. 179). Cuando no hay capitulaciones matrimoniales, o estas son imprecisas (art. 182 bis), se aplica el régimen supletorio indicado en los arts. 182. ter a 182 sextus; este régimen supletorio indica: *a)* la sociedad conyugal incluye todos los bienes y utilidades obtenidos durante el matrimonio, salvo que pruebe que son propios; *b)* la sociedad se establece en partes iguales; *c)* se determina qué bienes son propios y quedan excluidos de la sociedad, que son: los adquiridos o poseídos antes del matrimonio, los adquiridos por herencia, donación o fortuna, objetos de uso personal y los instrumentos de trabajo, y los bienes que uno haya comprado a plazos antes del matrimonio si los sigue pagando con su propio dinero; sin embargo, la vivienda, los enseres y el menaje familiar adquiridos antes del matrimonio, si fueron pagados a plazos, son siempre parte de la sociedad conyugal (pero no si se pagaron de contado); *d)* la administración la llevan ambos cónyuges.

El régimen pactado de la sociedad conyugal tiene las siguientes novedades: *a)* se presume que todos los bienes que se adquieran durante el matrimonio entran a la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario (art. 183 §

2); *b)* se debe hacer la declaración de si incluye o no los bienes de herencia; *c)* el cónyuge mal administrador, por dolo o negligencia, pierde su derecho a la parte de los bienes que le corresponde en favor del otro, y si hubiere pérdidas de bienes, debe indemnizar el valor perdido y los daños y perjuicios (art. 194 bis); *d)* el cónyuge abandonado (sin precisar qué es esto ni por cuánto tiempo), si no recibe alimentos para sí o sus hijos, y tiene necesidad, puede pedir al juez que autorice la venta, renta o gravamen de los bienes comunes (art. 206 bis).

El régimen, siempre pactado, de separación de bienes, se modifica en forma importante al establecerse que: *a)* Los bienes propios de cada cónyuge están afectados al pago de alimentos, de modo que en caso de que un cónyuge injustificadamente deje de dar alimentos, el otro podrá pedir al juez que autorice la venta, renta o gravamen para satisfacer las necesidades alimentarias (art. 212); *b)* en caso de divorcio, el cónyuge que se haya dedicado al cuidado del hogar, puede demandar el 50% de los bienes adquiridos por el otro durante el matrimonio, si el primero no adquirió bienes o adquirió pocos; el juez decidirá caso por caso de acuerdo con las circunstancias (art. 289 bis).

Las reformas parecen preferir el régimen de sociedad conyugal, pero no establecen claramente esta preferencia. El art. 179, hablando de las capitulaciones matrimoniales en general, dice que la administración de los bienes "deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario". De aquí puede inferirse que el legislador prefiere el régimen de sociedad conyugal, salvo que haya pacto expreso de separación de bienes, pero la inferencia no es segura. Un acierto de la reforma ha sido el haber establecido (arts. 182 bis a 182 sextus).

En el régimen de separación de bienes, la nueva regla (art. 212) de que los bienes del cónyuge deudor de alimentos pueden ser enajenados o gravados por orden del juez, en provecho de los acreedores alimentarios, para "satisfacer sus necesidades alimentarias" tiene la loable intención de asegurar el pago de alimentos, pero técnicamente la disposición parece incompleta, pues no indica si la venta o gravamen se hace respecto de los alimentos debidos o también respecto de los futuros; además, la acción del juez que ordena la venta de bienes constituye un acto expropiatorio que deberá cumplir con los requisitos del caso.

Es más discutible el derecho que otorga el nuevo art. 289 bis al cónyuge que habiéndose casado por separación de bienes se dedicó preponderantemente al cuidado del hogar. El precepto dice que tal cónyuge "en la deman-

da de divorcio" podrá demandar del otro "una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio". Parece claro que el objetivo de esta disposición era proteger económicamente al cónyuge, de ordinario la esposa, que se dedica al cuidado del hogar, pero en la forma que quedó expresada no se consigue dicho objetivo. En primer lugar, la protección se limita sólo al caso de divorcio,⁵ dejando aparte los casos de nulidad o disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.

Pero, sobre todo, la disposición es imprecisa, pues no señala cuál es el fundamento de esa "indemnización". En principio, indemnizar significa reparar los daños, dejar indemne. En caso de divorcio, el art. 288, penúltimo párrafo, dice que el cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, "a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado". No se ve claro entonces cuáles sean los daños que hayan de indemnizarse con la otra "indemnización" que contempla el art. 289 bis y, en consecuencia, queda al libre albedrío del juez determinar la cantidad que deba pagarse, con la única limitación de que no exceda del valor del 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio por el cónyuge deudor. Esta vaguedad legislativa puede dar lugar a graves abusos, pues la disposición puede interpretarse en el sentido de que el cónyuge que se ha dedicado al hogar tiene derecho al 50% de los bienes que adquiera el otro cónyuge, lo cual sería entender que existe entre ellos una sociedad de gananciales, pero con la salvedad que el cónyuge que se dedica al hogar no participa en las deudas ni en los riesgos, pues tiene derecho directamente al 50% del valor de lo adquirido y no al 50% de las utilidades, lo cual es absurdo.

Quizá en este artículo el legislador, al usar la palabra "indemnización", quisiera referirse a una compensación por el trabajo doméstico; con esta interpretación concuerda el contenido del nuevo art. 164 bis que indica que el trabajo en el hogar "se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar". Visto así, el alcance del art. 289 bis sería darle al cónyuge que se ha dedicado al hogar el derecho a reclamar una compensación económica por su trabajo en el hogar que no puede exceder del valor

⁵ El artículo se ubica en el contexto del divorcio necesario, por lo que parece lógico que sólo proceda en esos casos; sin embargo, la disposición puede servir de argumento, durante la negociación de un divorcio voluntario, para obtener alguna ventaja económica en favor del cónyuge que se dedicó al hogar.

correspondiente al 50% de los bienes que el otro cónyuge haya adquirido durante el matrimonio. La cantidad que el juez fijara como compensación la calcularía teniendo en cuenta principalmente el trabajo aportado, para lo cual podría considerar el tiempo que duró el matrimonio, el número de hijos, la edad de los mismos, y demás circunstancias que permitieran estimar el trabajo en el hogar.

Con la posibilidad de que el juez ordene por sí la venta o gravamen de los bienes del cónyuge deudor de alimentos o que condene al pago de una "indemnización" hasta por el 50% de los bienes adquiridos, el régimen de separación de bienes ya no garantiza a cada cónyuge una disposición plena de sus bienes, pues éstos quedan afectados de alguna manera al pago de alimentos y de compensación por el trabajo doméstico; esto puede generar conflictos con los acreedores que otorgan un crédito a uno de los cónyuges, con el entendido de que está casado bajo el régimen de separación de bienes, si luego ocurre que los bienes del cónyuge deudor son vendidos por orden del juez para pago de deudas alimentarias o el juez le ordena el pago de una compensación alta por el trabajo doméstico. La separación de bienes sería efectiva sólo en el caso de que ambos trabajen y adquieran bienes.

El nuevo régimen legal de la sociedad conyugal, al establecer una sociedad que en principio incluye todos los bienes y utilidades que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, con algunas excepciones (arts. 182 bis a 182 quintus) y que ha de ser administrada por ambos (arts. 179 y 182 sextus), parece poco practicable y más bien fuente de conflictos que de pacífica y eficaz administración.

De modo que lo que puede resultar más conveniente es un régimen pactado de sociedad conyugal, en el que se especifique un número determinado de bienes y un solo administrador de los bienes comunes.

Parece un acierto que tanto en el régimen pactado de sociedad conyugal como en el legal, el cónyuge que no recibe alimentos puede acudir al juez para que le autorice a vender o gravar los bienes comunes a fin de cubrir sus necesidades alimenticias (art. 206 bis). Pero, también en este caso, la regla es imprecisa, pues dice que quien puede acudir al juez es el "cónyuge abandonado", sin precisar qué significa esto, que parece implicar que el otro cónyuge ya no vive en el domicilio conyugal, y además requiere que se hayan dejado de suministrar alimentos, pero no precisa por cuánto tiempo.

Otro error grave de las reformas fue no disponer, en artículos transitorios, qué ocurriría en los casos de matrimonios contraídos antes de las reformas bajo el régimen anterior de separación de bienes: ¿se les aplican

las nuevas disposiciones en cuanto a los bienes o se mantiene entre ellos el régimen anterior? Por ejemplo, un cónyuge casado antes bajo separación de bienes que deja ahora de pagar alimentos al otro, podrá éste de acuerdo con el nuevo art. 212, acudir al juez para que autorice la venta o gravamen de los bienes a fin de cubrir los alimentos?; o, en caso de que hubiera un divorcio, ¿podrá el cónyuge que se dedicó al hogar reclamar la compensación por el trabajo doméstico siendo que cuando se casó por separación de bienes no tenía esa expectativa?

IV. EL CONCUBINATO

Las reformas introducen un capítulo especial sobre concubinato (capítulo XI) en el Título Quinto "Del matrimonio". Tal ubicación indica la intención del legislador de considerar el concubinato como una forma de matrimonio; de lo contrario se podía haber hecho un título especial sobre el concubinato, con un capítulo único, a la manera que hizo el título "Cuarto bis" "De la familia" con un capítulo único. Esta interpretación la corrobora el que en dicho título "cuarto bis" sobre la familia, se dice (art. 138-quintus) que las relaciones familiares surgen de parentesco, matrimonio o concubinato; de modo que es exactamente igual la familia fundada en un matrimonio que la fundada en un concubinato. En el mismo sentido, el art. 294 afirma que el parentesco por afinidad se establece por matrimonio o concubinato.

El concubinato se constituye por el hecho de que el varón y la mujer, sin impedimentos para contraer matrimonio, vivan "en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años", o sin tal plazo si tienen un hijo en común (art. 291 bis). No hay concubinato si existen dos o más uniones de este tipo. Aquí la reforma sólo reduce el plazo de convivencia de cinco años, que preveía el anterior art. 1635, a dos años.

El concubinato genera entre los concubinos "Derechos alimentarios y sucesorios", además de los que reconozcan otras leyes (art. 291 quater). No se especifica qué derechos alimentarios, por lo que quizá haya que suponer que son los mismos que tienen los cónyuges entre sí (ver art. 164). En cuanto a los derechos sucesorios, son los mismos que tienen los cónyuges entre sí (ver arts. 1602 y 1635). Estos mismos derechos ya los reconocía el código anterior, pero la reforma introduce una afirmación nueva, según la cual entre los concubinos regirán "todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables" (art. 291 ter). No se precisa cuáles sean esos derechos y obligaciones, pero como se refiere a la

"familia" y las reformas introducen un nuevo título sobre la familia, cabría pensar que se refiere a los derechos y obligaciones que están previstos en ese título; pero ahí no habla de derechos y obligaciones, sino sólo del deber moral de observar entre familiares "consideración, solidaridad y respeto recíprocos" (art. 138 sextus). Si se interpretara que el artículo 291 ter se se refiere a los derechos y obligaciones de los cónyuges, entonces se aplicarían a los concubinos todo el régimen de los cónyuges, lo cual parece absurdo, pues sería eliminar toda diferencia entre ambas uniones.

Al terminar el concubinato (art. 291 quintus), se da al concubinario que carezca de bienes suficientes para su sostenimiento, acción para exigir una pensión alimenticia al otro por el mismo tiempo que duró el concubinato, siempre que no entre en otro concubinato ni contraiga matrimonio. El requisito es simplemente la carencia de bienes suficientes, y que no haya conducta que demuestre "ingratitude".

Con esta reforma, se suprime la diferencia esencial entre el matrimonio y el concubinato. En ambos casos se trata de una relación entre varón y mujer, con o sin hijos, con o sin cópula, en un mismo domicilio y con la obligación de darse alimentos. El concubinato no es ya una mera unión de hecho, pues produce efectos jurídicos entre los contrayentes, como es la obligación de darse alimentos que puede prolongarse después de terminada la convivencia, efectos respecto de los hijos, que tienen la misma situación jurídica que los nacidos de matrimonio, y respecto de terceros con quienes se establece el parentesco por afinidad. Los derechos que derivan de ambas relaciones son en gran parte iguales: los hijos de matrimonio o de concubinato son hijos legítimos con los mismos derechos; el parentesco por afinidad se contrae tanto por matrimonio como por concubinato; los derechos hereditarios de los cónyuges y de los concubinarios son iguales. No hay tampoco ninguna diferencia entre la familia que surge del matrimonio que la que surge del concubinato.

Hay, sin embargo, dos diferencias importantes entre concubinato y matrimonio, que no son propiamente ventajas para el matrimonio. La principal diferencia es que el matrimonio es un acto formal (no obstante que la definición de matrimonio dice que es "unión libre") y el concubinato es un acto que se cumple sin formalidad alguna, simplemente con la voluntad de ambos de vivir juntos en un mismo domicilio; pero tanto la unión matrimonial como la unión concubinaria producen los mismos efectos jurídicos entre los contrayentes (obligación de darse alimentos) y respecto de los hijos y los parientes; la disolución de la unión es posible en ambos casos,

pero la disolución del vínculo conyugal requiere de un acto formal, el divorcio aprobado o dictado por el juez, mientras que la unión concubinaria se disuelve por la mera separación voluntaria; la situación, una vez disuelta la unión, del contrayente que carece de bienes o de medios para trabajar está más asegurada en el matrimonio, pues tiene derecho a una pensión alimenticia (y quizá a una compensación por el trabajo doméstico) mientras no contraiga nuevo matrimonio o adquiera bienes suficientes, en tanto que en caso de concubinato, tiene derecho a la pensión solo por un tiempo equivalente al que duró el concubinato.

La otra diferencia es que el matrimonio requiere un régimen sobre los bienes (sociedad conyugal o separación de bienes) y el concubinato no lo requiere, de modo que la situación patrimonial de cada concubino es exactamente igual que si no estuviera unido.

Estas dos diferencias pueden, en muchos casos, ser sentidas como desventajas del matrimonio: qué caso tiene hacer el acto formal, cuando los derechos son casi los mismos, y además, de no hacerse el acto formal, la disolución se hace mucho más fácil, sin necesidad de juicio ni abogados. Y respecto del régimen de bienes, con las nuevas disposiciones, al eliminarse prácticamente el régimen de separación de bienes, el concubinato puede ser una alternativa práctica para tener un régimen efectivo de separación de bienes, y el concubino que no trabaje por dedicarse al hogar, tiene la protección de la acción por alimentos durante el concubinato y a su disolución y las expectativas hereditarias. Con la tendencia actual de las parejas jóvenes de trabajar ambos y formar cada quien su propio patrimonio, de evitar tener hijos durante los primeros años del matrimonio, es previsible que prefieran simplemente unirse concubinariamente que formalizar un matrimonio que no les da ninguna ventaja apreciable.

V. APRECIACIÓN GENERAL

Las reformas no representan ningún avance hacia una mejor convivencia, organización y estructura del matrimonio, sino más bien un serio retroceso. Hay dos errores graves a mi juicio que afectan todo el contenido de la reforma. El primero es la necia pretensión del legislador de definir el matrimonio y pretender organizar un régimen jurídico que cubra todos los aspectos de la relación matrimonial, pero éste es un error, no propio de la legislatura que aprobó las reformas, sino un error antiguo que se había introducido con la ley de matrimonio civil de 1859 e incorporado a la cons-

titución general. El otro error, que sí es muy propio de esta legislatura, es el de desvincular el matrimonio de la fundación de la familia, pues al quedar reducido éste a una mera asociación en gastos y de ayuda mutua no tiene por qué tener un régimen diferente del que puede tener una asociación civil de socorros mutuos o una sociedad cooperativa de consumo. Tampoco se entiende la necesidad de establecer un régimen especial para los bienes en uniones que no tienen como finalidad la fundación de una familia, pues a los que así se unen basta que se les aplique el régimen común de bienes. La formalidad que requiere todavía el matrimonio, tampoco se justifica desde la perspectiva de una unión sin intención de hacer una familia: ¿qué caso puede tener dar solemnidad a una unión que únicamente afecta los intereses patrimoniales de dos personas?, y por la misma perspectiva se antoja que el concubinato sea una forma de unión más práctica que el matrimonio.

EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DEL SEGUNDO IMPERIO MEXICANO: NOTAS SOBRE EL MANUSCRITO DE LA ARCHIDUQUESA CARLOTA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *El manuscrito*. III. *Testimonios y referencias*. IV. *La intervención de la Archiduquesa Carlota*. V. *El destino de la Constitución*. VI. *Su contenido*. APÉNDICE: *Proyecto de Constitución del Imperio Mexicano*.

I. PRESENTACIÓN

El viernes 24 de enero de 1934, en el Hotel Drouot-Salle de la ciudad de París, salió a pública subasta —organizada por M. Etienne Ader— un manuscrito redactado en español por la emperatriz Carlota de México y titulado en el catálogo respectivo como *Constitution de l'Empire du Mexique*. Su “mas grande importancia” era reconocida por los autores de dicho catálogo quienes informaban a los posibles compradores que el documento formaba parte de una “colección de piezas autógrafas y documentos históricos”. La autenticidad de la pieza era garantizada por Pierre Cornau, perito en autógrafos del Tribunal Civil de la Siene y quien era asimismo la persona que lo ofrecía a remate. El manuscrito lo formaban trece páginas que comprendían nueve capítulos divididos en 65 artículos.¹ Durante los años siguientes nadie más pareció conocer la existencia de un documento sobre el que pocos historiadores habían reparado.

¹ CUEVAS CANCINO, Francisco, “La Constitución de 1857 y el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano”. *El Foro*, cuarta época, números 20-21, enero-junio, 1958, pp. 67-68.

Fue hasta el año de 1957, cuando en la serie de conferencias que organizó la Barra Mexicana de Abogados con motivo del primer centenario de la promulgación de la Constitución Federal de 1857, don Francisco Cuevas Cancino, abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho, internacionista, historiador, diplomático y escritor, dio a conocer públicamente el texto del manuscrito ofrecido en París más de dos décadas atrás. Al parecer, tanto el catálogo como el manuscrito le fueron proporcionados por su amigo y colega, el también jurista e historiador del derecho egresado de las aulas de la misma institución, don Javier de Cervantes.² En las páginas de *El Foro*, la prestigiosa revista de la Barra Mexicana, transcribió el texto del documento imperial como apéndice a su conferencia titulada “La Constitución de 1857 y el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano”.³ Tal vez este título, y la ocasión nada propicia para reflexionar sobre documentos constitucionales no republicanos fueron las causas de que por décadas se desconociera, una vez más, el proyecto del texto constitucional imperial, y que ninguno de nuestros constitucionalistas e historiadores de las constituciones mexicanas, hiciera la mínima referencia al mismo. La tierra pareció tragárselo de nuevo, como durante mucho tiempo ocurrió con el propio *Estatuto Provisional del Imperio*, redescubierto primero en la tesis profesional del estudiante de la Escuela Libre Emilio González de Castilla⁴ y, más tarde y en forma definitiva, en las *Leyes Fundamentales de México* de Felipe Tena Ramírez, también egresado de la mencionada escuela.⁵ Durante casi cuarenta años, entre 1958 y 1997, ninguno de los que nos ocupamos en la historia jurídica del Segundo Imperio, supimos ni de la existencia del texto escrito por la Archiduquesa, ni del artículo de Cuevas Cancino; tampoco los historiadores de esa etapa de nuestra historia, ni los biógrafos modernos de Maximiliano y de Carlota.

En 1997, con motivo de un ciclo de conferencias organizadas por la maestra Patricia Galeana, directora entonces del Archivo General de la Na-

² *Idem*, p. 51, nota 1: “Para elaborar esta conferencia, el autor contó con documentación de la biblioteca del señor licenciado don Javier de Cervantes”, y p. 68, al transcribir el *Proyecto*, afirma: “este documento fue proporcionado al autor, con su característica cortesía, por el Sr. Lic. don Javier de Cervantes”.

³ *Idem*, pp. 67-73.

⁴ *El derecho público del Segundo Imperio*, Tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho. 1944.

⁵ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1957*, México, Porrúa, 1957.

ción, fui invitado a presentar un comentario sobre el *Estatuto Provisional*;⁶ fue entonces cuando me topé con el artículo de Cuevas Cancino y volví a llamar la atención sobre el ignorado documento imperial, que por entonces ni siquiera se mencionaba en las más modernas colecciones documentales de la Emperatriz, compiladas por Luis Weckmann o por José N. Iturriaga.⁷ Acicateado por el redescubrimiento, traté de localizar el manuscrito original de Carlota. Con el embajador Francisco Cuevas Cancino no tuve suerte, pues vagamente recordaba los hechos que yo le narré hacia el mes de abril de 1997, así que dirigí mis pesquisas a la figura de Javier de Cervantes. Sabía que parte de su biblioteca había pasado a su muerte, ocurrida en 1963, a la biblioteca de la Escuela Libre de Derecho pero no sus manuscritos, los que pudieron pasar a las manos de don Ignacio Conde, erudito abogado también egresado de la Escuela Libre de Derecho, especialista en la historia del Segundo Imperio y familiar político de don Javier. A través de mi buen amigo, el jurista historiador Alejandro Mayagoitia, hice la indagatoria correspondiente sin resultado alguno: Conde ignoraba la existencia del manuscrito. Para fortuna mía, en ese tiempo conocí a la joven y talentosa historiadora Érika Pani, quien estaba concluyendo en El Colegio de México su tesis de doctorado precisamente sobre el Segundo Imperio Mexicano.⁸ Fue ella quien halló nuevamente el manuscrito de la emperatriz Carlota y quien, con toda generosidad, me obsequió copias fotostáticas del mismo. Lo localizó en la colección de manuscritos de la Bancroft Library, de la Universidad de California en Berkeley. La carátula difiere un poco de los datos aportados por Cuevas Cancino, si bien está autenticado por el mismo P. Cornuau —quien aparece como el director de la negociación “Autographes & Documents. Vente et achat”— y está numerado con el mismo número 139 del catálogo de 1934 y con la misma identificación (“*Mexique. Constitution de l'Empire du Mexique. / Manuscrit autographe de*

⁶ DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, “Marco jurídico del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano”, en Patricia GALEANA (Comp.) *México y sus constituciones*. México, Fondo de Cultura Económica-Archivo General de la Nación, 1999, pp. 299-313.

⁷ WECKMANN, Luis, *Carlota de Bélgica. Correspondencia y escritos sobre México en los archivos europeos (1861-1868)*. México, Porrúa, 1989. (Biblioteca Porrúa 95). ITURRIAGA DE LA FUENTE, José N., *Escritos mexicanos de Carlota de Bélgica*. México, Banco de México, 1992.

⁸ PANI BANO, Érika Gabriela, *Para nacionalizar el Segundo Imperio. El imaginario político de los imperialistas*. Tesis de doctorado en Historia. México, El Colegio de México, 1998.

l'Impératrice Charlotte. 13 pp. ¼ in fol. / Précieux document historique de la plus grande importance. Il comprend/ 9 chapitres divisés en 65 articles. Magnifique pièce entièrement de la main/ de l'Impératrice Charlotte), por lo que se puede concluir que se trata del mismo manuscrito que estuvo en poder de don Javier de Cervantes y que reprodujo Cuevas Cancino en las páginas de *El Foro* en 1958.

En esta ocasión considero oportuno dedicar unas líneas, en forma particular por vez primera, al análisis del todavía desconocido proyecto de Constitución del Segundo Imperio, en la versión escrita de puño y letra de Carlota Amalia, princesa de Bélgica, archiduquesa de Austria, y emperatriz de México entre abril de 1864 y su muerte, ocurrida en enero de 1927.

II. EL MANUSCRITO

Tal y como lo certificara el perito Cornuau, el documento fue escrito por la Archiduquesa, lo que no necesariamente obliga a concluir que fuera la autora del texto constitucional que contiene, pues bien pudo haberlo copiado de un ejemplar de autor diverso. Lo integran no 13 páginas sino 14 y no lleva ningún título, ni está fechado. Se encuentra dividido en nueve títulos, el primero de los cuales —los ocho primeros artículos— no lleva ningún rubro, los otros ocho, por el contrario, sí: “Del Imperio” —artículos 9 a 24—, “Del Consejo de Estado” —artículos 25 a 31—, “Del Senado” —del 32 al 43—, “Del Poder Judicial” —44 a 50—, “De las Provincias y los municipios” —artículos 51 y 52—, “De la Hacienda” —53 a 57—, “De la Fuerza Pública” —del 58 al 60— y, el último, “Disposiciones Generales y Transitorias”, con lo artículos 61 al 65. Este último resulta de extraordinaria importancia porque permite ubicar temporalmente la redacción del manuscrito. En efecto, dispone que “La Regencia del Imperio gobernará el Estado hasta la llegada del Emperador y sus decretos se publicarán en nombre del Soberano sin perjuicio de su ratificación”, lo que permite ubicar la redacción entre julio de 1863, cuando la Asamblea de Notables nombró al archiduque Fernando Maximiliano emperador de México y quedó establecida la Regencia,⁹ y abril de 1864, cuando Maximiliano aceptó la Corona del Imperio y prestó el juramento respectivo en su palacio de Miramar, después de lo cual ordenó la disolución de la Regencia y nombró a Juan

⁹ Vid. TAFOLLA PÉREZ, Rafael, *La Junta de Notables de 1863*. México, Jus, 1977, pp. 149-155.

Nepomuceno Almonte como Lugarteniente del Imperio.¹⁰ Por otra parte, el artículo 10 dispuso que “los poderes constitucionales del Emperador son hereditarios en la descendencia directa y legítima de S. M. Fernando I de Habsbourg-Lorena”; es decir, la constitución hubo de ser redactada cuando Maximiliano aún no había preferido utilizar su segundo nombre en lugar del primero, que mucho recordaría a los mexicanos el del conquistador Fernando Cortés.

Los meses que corren de julio de 1863 a abril de 1864 son de enorme importancia y de una intensa actividad política y diplomática tanto en México como en Europa. Hay que recordar que Maximiliano va a condicionar su aceptación al trono mexicano a la ayuda militar y financiera de Francia, al asentimiento del emperador Francisco José de Austria y a la manifestación expresa del pueblo de México a favor de la monarquía que él encabezaría; por otra parte, su hermano insistirá, hasta lograrlo, en la renuncia de Maximiliano a sus derechos hereditarios a la corona austriaca, lo que estuvo a punto de dar al traste con los planes de los monárquicos mexicanos. Inglaterra tratará de disuadir al archiduque ofreciéndole la corona de Grecia, y al fracasar en su intento, mostrará una prudente y escéptica actitud frente al apoyo solicitado por aquél. Leopoldo I de Bélgica, por su parte, apoyará el establecimiento del Imperio pero se limitará a darles consejos —algunos no tan prudentes— a su hija y al esposo de ésta, sin implicarse mayormente en la aventura mexicana. En México, el problema de la ratificación de las Leyes de Reforma, particularmente de la libertad de cultos, por parte de los franceses hará crisis y provocará la caída del arzobispo Labastida como miembro de la Regencia, mientras que continuará la oposición bélica de los republicanos. Meses de viajes de la pareja imperial a Viena, a Bruselas, a París y a Londres; de planes y proyectos para ultimar satisfactoriamente el establecimiento de un imperio latino que contuviera el expansionismo norteamericano sobre el Golfo de México y el istmo de Panamá; de consultas, negociaciones y consejos, públicos y privados, familiares incluso, sobre la forma de organización más conveniente para este segundo imperio mexicano. En fin, meses de dudas, de esperanzas y de temores pero, sobre todo, de una intensa labor epistolar entre los actores europeos y americanos de aquella tragedia cuyos frutos hoy se encuentran dispersos en decenas de archivos junto con memorias y otros documentos

¹⁰ DE PAULA ARRANGOIZ, Francisco, *México desde 1808 hasta 1867*. 3a., ed., México, Porrúa, 1974, pp. 579 y 676.

muy significativos para el presente estudio, algunos hoy por desgracia destruidos para siempre. Esta documentación resulta clave para reconstruir el fallido intento de establecer un Imperio *constitucional* en México en la sexta década del siglo XIX, pues precisamente durante estos meses se conserva el mayor número de referencias documentales acerca del interés de los potenciales emperadores y sus aliados para dotar a su imperio de una constitución política. Los testimonios, sin embargo, en ocasiones difieren y provocan cierta confusión.

III. TESTIMONIOS Y REFERENCIAS

En Miramar, el 3 de octubre de 1863 Fernando Maximiliano de Habsburgo declaró a la diputación mexicana encargada de ofrecerle el trono de México su "firme resolución de seguir el ejemplo del Emperador, mi hermano, abriendo a vuestro país, por medio de un régimen constitucional, la ancha vía del progreso, basada en el orden y en lo moral, y de sellar con mi juramento, luego que aquel vasto territorio esté pacificado, el pacto fundamental con la nación",¹¹ palabras que se interpretaron como una promesa de conducir la marcha del imperio sobre la vigencia de un orden constitucional. Sin embargo, el tiempo del cumplimiento de dicha promesa quedó indeterminado, pues si por una parte indicaba que abriría la ancha vía del progreso "por medio de un régimen constitucional", luego aclaró que "el pacto fundamental con la nación" se sellaría "luego que aquel vasto territorio" estuviera pacificado.

Ralph Roeder afirma, sin fundamentarlo, que antes de este ofrecimiento:

Un miembro de la delegación ya había recibido la comisión de preparar un proyecto constitucional conforme a las ideas del Archiduque; éstas abarcaban la libertad de cultos, la libertad de prensa, la igualdad ante la ley y otros preceptos que se apartaban imperceptiblemente [*sic*] de los principios de la Constitución de 1857; el texto había sido sometido a Napoleón, quien lo aprobó en principio, pero desaconsejó la precipitación al poner el proyecto en práctica. No era con la libertad parlamentaria como se regeneraría a un pueblo en las convulsiones de la anarquía: lo que se necesitaba en México —decía— era una dictadura liberal; la libertad seguiría espontáneamente. El proyecto quedó, pues, en suspenso y hasta Gutiérrez Estrada,

¹¹ El discurso se encuentra en TAFOLLA, *op. cit.*, p. 176.

adversario declarado de la monarquía constitucional y clerical fanático, no se inquietó ante el porvenir.¹²

Ernesto de la Torre, por su parte, sostiene que:

Desde los días en que se le ofreció el trono, Maximiliano, con el ejemplo de lo que ocurría en Europa, trató de que se elaborara una Constitución que pudiera regir a México y desde Miramar, en 1863, con el Consejo de emigrados preparó un anteproyecto que fue presentado por Carlota al rey Leopoldo. Es posible que Napoleón III fuera informado del mismo, mas este monarca, acostumbrado como estaba a los golpes de Estado y a vivir fuera de la constitución, le había aconsejado que gobernara personalmente pero a base de los grandes principios de la civilización moderna...¹³

La idea, pues, de dotar al imperio de una constitución parecería haber surgido de la iniciativa del propio Maximiliano. Sin embargo, no fue así, al menos no del todo, puesto que la proposición surgió de la entrevista que sostuvieron el emperador Fernando José y su hermano en el palacio de Schönbrunn en agosto del 63. Aquí se decidió que el segundo declararía a la comisión de mexicanos nombrados para ofrecerle el trono que "estaba decidido, siguiendo el ejemplo del augusto jefe de su casa, a reinar constitucionalmente."¹⁴ La constitución del Imperio se convertiría en cortísimo plazo en un importante argumento para obtener el apoyo de Inglaterra y de Bélgica, no sólo para ratificar una vez más la política liberal sostenida por el propio imperio francés. Por lo mismo, su redacción se convirtió en una cuestión de relativa urgencia ya que no era lo mismo prometer un régimen constitucional que acompañar la promesa con el texto de un proyecto constitucional. Así lo deseaban los austriacos y Napoleón III no se oponería a ello, al menos no al principio, si con la constitución ayudaba a decidirse a Maximiliano y obtenía el apoyo de ingleses y belgas. Por esta misma razón tampoco se resistirían algunos de los mexicanos que más se encontraban implicados en la aventura imperial, como José Manuel Hidalgo,

¹² ROEDER, Ralph, *Juárez y su México*. México, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 824.

¹³ DE LA TORRE, Ernesto, "El establecimiento del Imperio". *Historia de México*. México, Salvat Mexicana de Ediciones, 1985, t. 9, p. 2099.

¹⁴ CONTE CORTI, Egon Caesar, *Maximiliano y Carlota*. 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 171.

quien en agosto del mismo año se encontraba junto con el archiduque en el castillo de Miramar,¹⁵ donde comenzaron a elaborar el proyecto de constitución.¹⁶ Como quiera que sea, ni Napoleón III ni la propia Carlota, quien había acompañado a su esposo a la entrevista de Schönbrunn, fueron ajenos a este plan.

En los *Apuntes* que Hidalgo formó para elaborar su propia biografía o para colaborar con Luis García Pimentel en la redacción de su frustrada *Historia del Imperio de Maximiliano* confiesa, sin precisar fechas, que estando en Biarritz, Napoleón III le dio “un embrión de Constitución”, del que se lamentaba no tener copia, y al cual el emperador francés no pareció darle demasiada importancia, recomendando a Hidalgo dársela al archiduque con esta frase: “*Donnez-lui cela et puis i fera ce qu’il voudra.*”¹⁷ Hidalgo llevó el proyecto a Miramar y aquí debió haberlo discutido con Maximiliano. Según esta versión la autoría del proyecto sería del propio Napoleón, lo que explicaría, de ser éste el texto redactado por Carlota, el parecido con la constitución francesa de 1852 que Cuevas Cancino hiciera notar en su oportunidad.¹⁸ Por otro lado, existe la versión del propio Maximiliano, quien el 23 de agosto asentó en su diario, refiriéndose a la constitución mexicana —escrita en francés, según Brigitte Hamann—: “Las frases melodiosas y las libertades autónomas las tomamos de la Constitución belga; el armazón enérgico, de la Constitución imperial [francesa]. En conjunto espero que tenga una forma buena y lógica y que constituya un acertado término medio.”¹⁹ El uso del plural confirma la intervención de Hidalgo. Conte Corti confirma la estancia de éste en Miramar en la segunda quincena de agosto de 1863, trasladándose después a Biarritz, a donde llegó después del 12 de septiembre, entrevistándose con el emperador francés antes del día 20 para

¹⁵ ARRANGOIZ, *op. cit.*, p. 554.

¹⁶ HIDALGO asienta, refiriéndose a Maximiliano, que “Respecto de su futura política, convenía, y aun trabajó en su gabinete sobre esto con el autor de estos apuntes, en la necesidad de dar una constitución, pero hasta que la tranquilidad pública estuviese asegurada en todo el Imperio mexicano”. *Vid.* HIDALGO, José Manuel, *Proyectos de Monarquía en México*. México, Jus, 1962, p. 148 (México Heroico 3).

¹⁷ “Dásela y después él hará lo que él quiera”. *Un hombre de mundo escribe sus impresiones. Cartas de José Manuel Hidalgo y Esnaurrizar, ministro en París del Emperador Maximiliano*. Recopilación, prólogo y notas de VEREA DE BERNAL, Sofía, México, Porrúa, 1960, p. 51.

¹⁸ CUEVAS CANCINO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹ Citado por HAMANN, Brigitte, *Con Maximiliano en México. Del diario del príncipe Carl Khevenhüller. 1864-1867*. México, Fondo de Cultura Económico, 1989, p. 40.

discutir el proyecto de constitución que con toda seguridad había trabajado con el archiduque:

Días después llamó Napoleón a Hidalgo a su despacho donde, en unión con la emperatriz Eugenia, examinaron el proyecto de constitución y conferenciaron durante dos horas y media sobre el alcance de determinados artículos que, como decía Hidalgo, parecían atar demasiado las manos del nuevo monarca de México. Napoleón vio sobre todo un peligro en la creación de una sola cámara y, en particular, las disposiciones sobre el derecho electoral le parecieron peligrosas.²⁰

Según estas dos y otras fuentes,²¹ la iniciativa partió originalmente de Miramar, lo que no impide suponer que el proyecto analizado en Biarritz por Napoleón y por la emperatriz Eugenia fuera el mismo enviado a Maximiliano en agosto y devuelto ahora a uno de sus autores incluyendo las correcciones, reformas y supresiones realizadas por el archiduque y por Hidalgo, entre las cuales estaría, tal vez, la supresión de la libertad de cultos a la que se refiere Roeder. En lo que no se puede dudar, es que para comienzos de septiembre ya se había redactado un proyecto de constitución para el Imperio Mexicano, que en su elaboración intervinieron Maximiliano e Hidalgo, cuando menos; que el dicho proyecto fue presentado para su discusión a Napoleón III; que su existencia pudo asegurarse el 11 de septiembre por Arrangoiz ante el ministro inglés Palmerston, quien mostraría su beneplácito porque Maximiliano otorgara “una especie de constitución”;²² y, lo más importante, que Carlota, a mediados del mismo mes, llevó consigo una copia a Bruselas, a donde llegó el mismo 11 de septiembre para entrevistarse con su padre el rey Leopoldo I.²³ Se puede concluir que los proyectos enviados a Napoleón y a Leopoldo eran iguales y que ambos salieron de Miramar, bien sea que su redacción original correspondiera al emperador francés o a Maximiliano e Hidalgo, o que éstos enmendasen el proyecto original enviado por el primero.

²⁰ CONTE, *op. cit.*, p. 189.

²¹ ROEDER, *loc. cit.*, DE LA TORRE, *loc. cit.*, CONTE CORTI, *op. cit.*, p. 184; el barón CAMILLE BUFFIN. *La tragédie mexicaine*, afirma que Maximiliano había preparado una constitución, citado por GONZÁLEZ DE CASTILLA, *op. cit.*, p. 21.

²² CONTE, *op. cit.*, p. 182.

²³ *Idem*, p. 183. La fecha está equivocada, pues CONTE señala el absurdo “11 de diciembre de 1863”.

IV. LA INTERVENCIÓN DE LA ARCHIDUQUESA CARLOTA

El texto de la princesa belga que actualmente se conserva en California fue redactado en español después de las conversaciones que sostuvo con su padre entre el 12 y el 19 de septiembre, y donde presentó para su discusión el proyecto surgido en Miramar. La prueba se encontraba en un documento al parecer hoy perdido que se guardaba en el Archivo Mexicano del emperador Maximiliano, del Archivo del Estado, en Viena, escrito por Carlota y titulado *Conversations avec cher Papa*,²⁴ pero por fortuna parcialmente transcrito por Conte Corti, lo que permite hacer el cotejo respectivo. En efecto, en esta obra se transcribe ampliamente parte de la conversación sostenida entre padre e hija con motivo de la lectura de la constitución “que se pensaba dar a México y que había proyectado en Miramar el archiduque con los mexicanos.”²⁵ Carlota leyó varios artículos que corresponden casi literalmente al texto conservado, y sobre los cuales recayó la opinión de Leopoldo I. Aprobó expresamente el artículo primero (“La nación mexicana es libre, soberana, e independiente”), el tercero (“Todos los ciudadanos son iguales ante la ley”), una fórmula corta y restrictiva de la libertad de prensa, y el establecimiento de la católica como religión de Estado, aunque opinó que más tarde habría que pensar en la tolerancia de cultos. En lo que el rey no estuvo de acuerdo fue en el establecimiento de “una sola cámara”, a la que también se oponía Carlota. En general, el monarca belga opinó: “Estoy de acuerdo en que Max se declare emperador constitucional y también en que haga votar una constitución por el congreso nacional en vez de otorgarla. Por lo demás está muy bien adaptarse un poco a los deseos de los mexicanos y es muy natural que se les pregunte”. Finalmente, se inclinó por un senado de tipo norteamericano, “aconsejó las organizaciones provinciales y municipales, y la creación de un tribunal de cuentas permanente nombrado por el soberano”. El texto de Carlota no contempla ni la libertad de cultos, ni el sistema bicamaral, pero sí el tribunal de cuentas y una libertad de prensa restringida. El hecho de que en estas conversa-

²⁴ *Idem*, p. 183, nota 89, las fechas están, una vez más, equivocadas: las conversaciones se llevaron a cabo en septiembre no “desde el 12 hasta el 19, XI [sic], 1863”. No lo mencionan ni Weckmann ni Iturriaga, obras citadas *supra* nota 7. Sobre estos escritos *vid.* Alfred JACKSON HANNA y Kathryn ABBEY HANNA. *Napoleón III y México*. México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 100. *Cfr.* André CASTELOT. *Maximiliano y Carlota. La tragedia de la ambición*, México, Edamex, 1985, pp. 143-144.

²⁵ *Idem*, p. 184.

ciones se hiciera alusión a “dos fórmulas” del artículo sobre la libertad de prensa —una corta, sencilla y enérgica que apoyaba la futura emperatriz, y una restrictiva, más extensa y detallada— y que el artículo 3o. hable de “ciudadanos” y no de “mexicanos” permite, sin embargo, pensar que tal vez Carlota llevó consigo dos proyectos, o que, teniendo uno escrito, en el curso de las conversaciones trajera a cuenta otras alternativas e introdujera algunas de las modificaciones sugeridas por el rey, como el tribunal de cuentas, lo que no parece descabellado. La versión conservada en la Bancroft Library no parece ser un simple borrador, sino una limpia versión resultado de esas conversaciones.

Otros documentos de enorme trascendencia para precisar la intervención personal de Carlota en este proyecto son las “Pro Memorias” escritas pero no fechadas por la propia Carlota en Miramar, poco antes de su traslado a Bélgica (principios de septiembre) o a pocos días de su regreso, y conservadas hoy en el Archivo del Palacio Real de Bruselas. En ellas alude reiteradamente al proyecto constitucional y significan, al decir de Weckmann, “testimonios de la parte activa que esa princesa tuvo en las negociaciones que condujeron a la creación del Segundo Imperio”.²⁶ En efecto, antes de la partida de Arrangoiz a Inglaterra, la futura emperatriz escribió:

Habría que hacer comprender al gobierno británico que el archiduque está muy ajeno a toda idea de fanatismo religioso o de tendencias retrógradas en materia política. Que, muy por el contrario, ha sido el primero en reclamar una base constitucional y que este deseo será explicado ampliamente a la diputación mexicana que se espera para fines de mes.²⁷

Hablar de la constitución, de las ideas liberales moderadas en cuestión religiosa. Sería bueno que todo esto se supiera en Inglaterra.²⁸

Y ante la inminente llegada de la comisión mexicana nombrada para ofrecerle el trono de México a su esposo, ante la cual Maximiliano habría de pronunciar un discurso, asentó:

El archiduque dirá [...] Que, de todas maneras, si alguna vez asciende al trono de México, espera que su gobierno tenga un fundamento constitucional. Que, a su juicio, la mejor vía a seguir para lograr este objetivo sería la

²⁶ WECKMANN, *op. cit.*, p. 155.

²⁷ ITURRIAGA, *op. cit.*, p. 130; núm. 5, *Memoria*.

²⁸ *Idem*, p. 133; núm. 7, *Memoria*.

siguiente: después de que se hayan emitido pronunciamientos análogos al de la capital en las principales ciudades de México, con lo que quedaría bien establecido el deseo de la nación de instaurar un imperio constitucional y ofrecer la corona al archiduque, convocaría a un congreso constituido por diputados de todos los departamentos, electos según el sistema electoral de 1856, con el fin de que elaboren y sometan a la sanción del futuro soberano el *proyecto de constitución*. [...]

Al mismo tiempo se escribirá a Almonte, de la manera más confidencial posible, para explicarle el deseo del archiduque de que la constitución tenga como base una combinación del programa adjunto con las disposiciones esenciales de la constitución del imperio francés (sin las modificaciones que se le introdujeron en 1859 y que, en el estado actual del país, aún no parecerían apropiadas a sus necesidades, y para comprometerlo a hacer que el congreso adopte un proyecto de constitución redactada con sus puntos de vista) [...]

Que en cuanto la nación haya ratificado el voto de la junta de México [se refiere al de la Asamblea de Notables], que el *proyecto de constitución* haya recibido la sanción del príncipe [Napoleón III] y que hayan desaparecido los obstáculos que quedan por superar en Europa, se declare al archiduque emperador de México y se aliste a partir hacia Veracruz.²⁹

Y todavía, en un memorándum escrito antes de embarcarse rumbo a México, insistió: "Constitución, ideas liberales, moderadas en la cuestión religiosa, nada de fanatismo. Sería bueno decirlo en Inglaterra y, en particular, a lord Rusell", ministro de la reina Victoria.³⁰

V. EL DESTINO DE LA CONSTITUCIÓN

Destaca en los anteriores documentos el papel asignado a Francia, tanto porque Napoleón III debería otorgar su sanción al proyecto de constitución, como por el hecho de que este último debía resultar de la combinación de las "disposiciones esenciales" de la constitución francesa de 1852 con un "programa adjunto" que no aparece en los escritos de Carlota y cuyo paradero se desconoce. No cabe duda, sin embargo, que el proyecto de puño y letra de la archiduquesa está claramente inspirado en aquel texto constitucional francés que cuenta con 58 artículos, agrupados en VIII títulos, y si

²⁹ *Idem*, p. 132; núm. 6, *Memoria*. Las cursivas son mías.

³⁰ *Idem*, p. 138, lo ubica hacia marzo de 1864.

bien se trata de una constitución republicana, orientó al texto imperial mexicano hacia un poder ejecutivo fuerte, como se puede apreciar tanto en las facultades del emperador como en las facultades de los demás poderes, salvo en lo que se refiere al sistema bicamaral cuya ausencia en el proyecto mexicano tanto disgustó al rey de Bélgica.³¹ Paradójicamente, será el mismo Napoleón quien frustrará una propuesta que pudo partir de él mismo, así como el propio padre de la princesa Carlota acabará por rematarla. El 2 de octubre, habiendo recibido del archiduque el borrador del discurso "a la comisión mexicana que se esperaba y que debía ofrecerle la corona", el príncipe le contestó:

Hermano mío [...] permítame que llame su atención sobre un punto: no se puede regenerar con libertad parlamentaria una nación hundida en la anarquía. Lo que México necesita es una dictadura liberal. Esto es, un poder fuerte que proclame los grandes principios de la moderna civilización, tales como la igualdad ante la ley, la libertad civil y religiosa, la honorabilidad de la administración, y la rectitud de la justicia. En lo que se refiere a la constitución, debe ser obra del tiempo y creo que, aunque esté prometida y *redactada*, sólo debe ser aplicada después de varios años cuando el país esté pacificado y el gobierno bien consolidado.³²

Al decir de Conte Corti, "de esta manera juzgó Napoleón el proyecto de constitución que le envió Fernando Max, el cual testimoniaba una manera de pensar liberal [de ambos, añado yo], pero en atención a la situación de México le inspiró todo género de reparos."³³ El 9 de octubre, Maximiliano confesó a Napoleón que las alusiones a un régimen constitucional hechas en su discurso del día tres ante la comisión, respondían a "consideraciones que tenía que guardar a la opinión pública de Inglaterra y de Austria."³⁴

³¹ Véase la constitución francesa de 14 de enero de 1852 en Léon DUGUIT et Henry MONNIER. *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 3a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1915, pp. 274-280.

³² Citado por CONTE, *op. cit.*, p. 193, el texto completo en francés en la p. 614; VALADÉS, José C., *Maximiliano y Carlota en México. Historia del Segundo Imperio*, México, Diana, 1976, p. 133, da una traducción diferente. La cursiva es mía.

³³ CONTE, *op. cit.*, p. 193.

³⁴ *Idem*, pp. 196 y 615: "La mention que j'y fais d'un régime constitutionnel m'a été dictée principalement par les égards que réclame l'opinion publique de l'Angleterre et en Autriche même, et déjà, par l'effect de cette indication, on peut constater ici un revirement très favorables dans les idées".

¿Cómo conciliar este rechazo con el hecho de que fuera el propio francés quien, al decir de Hidalgo, fuera el padre del proyecto inicial de constitución? Para mí, el proyecto constitucional fue un instrumento más en manos de Napoleón III, de Maximiliano o de Carlota, para cumplir con cuatro objetivos: satisfacer los deseos del emperador austriaco, obtener el apoyo de Inglaterra y de Bélgica, ratificar el camino liberal que había tomado la intervención francesa en México, e inclinar la voluntad de todos para obligar al indeciso Maximiliano —quien se veía a sí mismo como un liberal— a aceptar la corona de México; la de Carlota, la de su padre, la del emperador Francisco José o la de la opinión pública; pero nunca nadie pensó en que tuviera vigencia inmediata, ni menos que se discutiera o se ratificase por una asamblea de mexicanos. Una vez alcanzadas las metas, la constitución bien podía guardarse en un cajón en espera de mejores tiempos, lo que explicaría la tranquilidad de Gutiérrez Estrada y demás conservadores mexicanos enemigos del régimen constitucional. De aquí la poca importancia que desde un principio notara Hidalgo cuando recibió el proyecto de las manos del emperador de los franceses, y la frase “dásela y después él hará lo que él quiera”. Ya se encargaría el propio Napoleón de indicarle al emperador mexicano lo que éste debía querer, como cuando le aconsejó, ya siendo emperador, “conservar mucho tiempo el poder absoluto” y que los mexicanos le diesen un “poder dictatorial durante algunos años aún.”³⁵

Leopoldo I, por su parte, no mostraría una opinión diferente, la que expresó en carta de 28 de mayo de 1864, cuando la pareja imperial llegaba a San Juan de Ulúa: “Sobre todo en los primeros tiempos habrá que evitar debilitar el poder del gobierno. Las formas constitucionales pueden ser guardadas sólo para después, pues traen consigo demoras y conviene cambiar en primer lugar las propias dificultades y después aquellas que surgen en toda asamblea política.”³⁶

El tiempo, en efecto, no estaba para constituciones. Sólo unas semanas atrás, el 10 de abril de 1864, Maximiliano al aceptar por fin el trono de México, había dicho:

³⁵ Carta de Napoleón III a Maximiliano de 16 de noviembre de 1864, en Patricia GALEANA DE VALADÉS. *Las relaciones Iglesia-Estado durante el Segundo Imperio*, México, UNAM, 1991, pp. 53 y 54.

³⁶ CONTE, *op. cit.*, p. 282.

Acepto el poder constituyente con que ha querido investirme la Nación, cuyo órgano sois vosotros, pero sólo lo conservaré el tiempo preciso para crear en México un orden regular, y para establecer instituciones sabiamente liberales. Así que, como os lo anuncié en mi discurso del tres de octubre, me apresuraré a colocar la Monarquía bajo la autoridad de leyes constitucionales, tan luego como la pacificación del país se haya conseguido completamente.³⁷

Meses después, estando ya en México, le escribió a su suegro confesándole que no se ocupaba “por el momento de ninguna tentativa constitucional; la autoridad en pleno debe quedar en manos del gobierno hasta que el país quede pacificado”.³⁸ El camino estaba claramente marcado pero el tiempo, su tiempo de monarca constitucional, nunca llegó.³⁹ Maximiliano alcanzaría únicamente a promulgar —exactamente un año después— un *Estatuto Provisional del Imperio Mexicano*. Pero ni fue una constitución, ni en nada se parece a un proyecto que se salvó gracias al puño y letra de una mujer, a la vez inteligente y loca.

VI. SU CONTENIDO

Naturalmente, ha sido don Francisco Cuevas Cancino, el descubridor del proyecto escrito por aquélla, el primero en emitir una opinión jurídica sobre el mismo y de señalar sus diferencias con el *Estatuto*, al que con justicia consideró muy inferior al “documento constituyente”.⁴⁰ Destacó a la institución del Senado como “la esencia de este proyecto”, y opinó que si bien este “cuerpo legislativo adolece de características criticables en cuanto a composición y número; tenía, sin embargo, facultades esenciales para todo buen gobierno: la discusión y votación de los proyectos de ley y de contribuciones (no obstante una intervención poco justificada del Consejo

³⁷ ARRANGOIZ, *op. cit.*, pp. 675-676.

³⁸ Citado por CUEVAS CANCINO, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

³⁹ Resulta insostenible pues lo afirmado por los HANNA en el sentido de que en su viaje rumbo a México Maximiliano y Carlota “estudiaron una constitución que habían esbozado el año antes con los consejos del rey Leopoldo y de Napoleón” (*op. cit.*, p. 115). Para entonces no hay duda que el proyecto constitucional se había postergado indefinidamente para otro momento.

⁴⁰ CUEVAS CANCINO, *op. cit.*, pp. 59-60.

de Estado) así como el poder absoluto para aprobar cualquier enmienda a la constitución". Además, consideró que tenía mayor cohesión jurídica que el *Estatuto*, "evitando disposiciones inútiles o propias de una ley secundaria", y alabó el hecho de que estableciera "límites al poder omnímodo del emperador por medio de un senado parcialmente representativo y de un poder judicial inamovible". También aplaudió las disposiciones relacionadas con la nacionalidad; la misma forma constitucional para la monarquía; y que la "parte administrativa de la maquinaria gubernamental" quedara limitada a un "brevísimo capítulo".

Por mi parte, considero que son más los méritos del proyecto de Miramar, y muchas las reflexiones que su lectura puede provocar. Desde luego, los derechos del hombre aquí consignados (libertad, igualdad ante la ley, propiedad, debido proceso legal, libertad de prensa), típicos del constitucionalismo decimonónico, europeo y americano. Es cierto que no quedó consignada la libertad de cultos, pero recuérdese que en esos momentos éste resultaba el asunto más espinoso entre las autoridades intervencionistas con la iglesia mexicana y con el papado, y que la presencia de los conservadores mexicanos cerca de Maximiliano (Hidalgo, Gutiérrez de Estrada y Arrangoiz) impidieron su aceptación. Por otro lado, se adopta expresamente como forma de gobierno "el imperio constitucional", cuya cabeza sería un emperador fuerte, inviolable y con muy amplias facultades, entre las que cabe destacar el veto, la declaración de guerra, la celebración de tratados internacionales, el mando supremo militar y naval, la acuñación de moneda, la iniciativa de las leyes y su reglamentación, la declaración del estado de sitio, la contratación de empréstitos extraordinarios, el nombramiento y revocación de todos los empleados, magistrados y jueces, de cien senadores vitalicios y de los miembros del Consejo de Estado, cuyo número era ilimitado. Respecto de este último cabe subrayar su intervención en la elaboración e interpretación de las leyes y reglamentos.

Por lo que toca al Senado —única cámara que se prevé— subrayo la amplia y compleja forma de su composición, mezcla de una sociedad formada por corporaciones y por individuos, cien de los cuáles únicamente serían elegidos por el voto de los "conciudadanos", lo que me lleva a destacar la existencia de la ley electoral prevista en el proyecto. Entre las corporaciones mencionadas están las universidades, diversos tribunales, el Colegio de Abogados y las academias de ciencias y bellas artes. Esta cáma-

ra —que se reuniría cada dos años— quedaba facultada para presentar al emperador "las bases de proyecto de ley de un gran interés nacional", no obstante que la iniciativa formal quedaba reservada al monarca; para proponer las reformas constitucionales, así como para "votar los gastos del Estado" y "los presupuestos".

Respecto al poder judicial se regresa al sistema de "audiencias territoriales", previstas en la constitución de Cádiz, cuya influencia —debida tal vez a la intervención de José Manuel Hidalgo— también se refleja en el establecimiento de "diputaciones provinciales" en las provincias o departamentos,⁴¹ conforme al artículo 52. Importa destacar que tanto para los ayuntamientos como para estas diputaciones se consagra la elección directa "salvo las excepciones que establezca la ley", y que la fuerza pública estaría sujeta a una ordenanza militar.

Por último, en el capítulo IX, la constitución imperial reconoció la vigencia de todas las leyes y reglamentos vigentes entonces, siempre y cuando no fueran contrarios a sus artículos, y se refirió al lema y a los símbolos nacionales: "*equidad en la justicia*", "los colores de la independencia nacional" (el verde —la independencia—, el blanco —la religión— y el rojo —la unión—) para el pabellón imperial, y "el águila tradicional de México", disposición muy oportuna y que no hemos vuelto a ver incluida en una constitución mexicana, tal y como lo hubiera deseado don Manuel Herrera y Lasso casi un siglo después.⁴²

A continuación, transcribo una vez más el texto del proyecto escrito por Carlota Amalia, no obstante haberlo dado a conocer en 1958 el licenciado Cuevas Cancino, con la esperanza de que ingrese de una vez por todas a nuestra historia constitucional y no vuelva a perderse otros cuarenta años. He incorporado las correcciones que resultaron del cotejo que hice del manuscrito conservado en la biblioteca Bancroft con la versión publicada en *El Foro*, la transcripción es apegada, en consecuencia, lo más fielmente posible al original.

⁴¹ El artículo 32, numeral 5, habla de departamentos, mientras que el 22 y el título VI menciona a las provincias.

⁴² HERRERA Y LASSO, Manuel, "Los símbolos nacionales" en *Estudios políticos y constitucionales*. México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa, 1986, pp. 505-512.

APÉNDICE

PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DEL IMPERIO MEXICANO

TÍTULO I

Art. 1. La nación mexicana es libre, soberana é independiente.

"2. Son Mexicanos: los nacidos en el territorio del imperio de padres mexicanos; los nacidos en el territorio del imperio de padre extranjero, si al llegar á la mayoría obtasen por la nacionalidad mexicana. Los extranjeros que adquirieren carta de ciudadano mexicano con arreglo á las leyes. Los hijos de mexicano ó mexicana nacidos en el extranjero si al llegar á la mayoría adoptasen la nacionalidad mexicana. Los extranjeros que se encuentren en el territorio mexicano el día de la promulgación de la presente constitución, si dentro de un mes hicieren la correspondiente declaración al Ministerio respectivo. Los extranjeros que se encuentren en el territorio del imperio el día de la llegada del emperador á la capital si así lo solicitasen.

Art. 3. Todos los Mexicanos son iguales ante la ley.

"4. Ninguno mexicano podrá ser privado de su libertad sino con arreglo á las leyes.

"5. No podrá imponerse pena alguna que no sea por juez ó tribunal competente.

"6. No podrá privarse á nadie de su propiedad sino por utilidad pública previa indemnización con arreglo á las leyes.

"7. La religión católica, apostólica, romana, es la religión del Estado.

"8. Los Mexicanos pueden publicar libremente sus ideas por la prensa, sujetándose a las leyes de la materia.

TÍTULO II
DEL IMPERIO

"9. La forma de gobierno es el imperio constitucional. El emperador gobierna por medio de sus Ministros, del consejo de Estado y del Senado.

Art. 10. Los poderes constitucionales del emperador son hereditarios en la descendencia directa y legítima de S. M. Fernando I de Habsbourg-Lorena. A falta de sus descendientes directos, se presentará al Senado en el término de tres años, una ley que arregle el orden de sucesión.

"11. La persona del emperador y las de los miembros de la familia imperial son inviolables.

"12. El emperador manda las fuerzas de mar y tierra, declara la guerra, celebra los tratados de paz, de alianza y de comercio, nombra todos los empleados, espide los reglamentos y las instrucciones necesarias para la ejecución de las leyes.

"13. El emperador nombra y revoca libremente los nombramientos de sus Ministros.

"14. Ningún acuerdo del Senado tiene fuerza de ley sin la sanción del emperador.

La promulgación de las leyes corresponde al emperador.⁴³

"16. El emperador tiene el derecho de hacer gracia de conmutar ó de disminuir las penas impuestas por los Tribunales.

"17. El emperador tiene el derecho de hacer acuñar la moneda.

"18. El emperador concede títulos de nobleza.

"19. El emperador confiere las condecoraciones.

"20. La justicia se administra en nombre del emperador.

"21. Corresponde al emperador la iniciativa de las leyes.

"22. El emperador tiene el derecho de declarar el estado de sitio en una o más Provincias o ciudades.

"23. Los ministros no dependen más que del emperador, y no podrán ser responsables de sus actos, sino en la parte que corresponde a cada uno.

Art. 24. Los ministros, los miembros del Senado y del consejo de Estado, los Magistrados y los funcionarios públicos prestarán el juramento siguiente: "Juro ser fiel al emperador y cumplir con la constitución".

TÍTULO III
DEL CONSEJO DE ESTADO

"25. El Emperador nombra el consejo de Estado.

"26. Los consejeros pueden ser separados de sus cargos por el emperador.

"27. El número de consejeros de Estado es ilimitado.⁴⁴

⁴³ En el manuscrito no aparece el artículo 15 que debió corresponder a esta disposición escrita a continuación del artículo 14.

⁴⁴ CUEVAS CANCINO transcribe "limitados", *op. cit.*, p. 70.

“28. Son atribuciones del consejo: 1o. Preparar los proyectos de ley, los reglamentos para la administración pública y resolver las dudas sobre legislación y sobre administración por iniciativa del Emperador.

“29. Los consejeros de Estado defienden ante el Senado y á nombre del gobierno los proyectos de ley que presente el ejecutivo.

“30. Cuando el Consejo esté presidido por el emperador, los ministros podrán ser llamados á las discusiones sin voto en ellas.

“31. Los emolumentos de los consejeros de Estado se señalarán por una ley especial.

TÍTULO IV DEL SENADO

“32. El Senado se compone de los Príncipes de la familia imperial que hayan llegado a la mayoría.

2o. De las personas á quienes su⁴⁵ empleo conceda asiento en el Senado y estas personas son los Cardenales, los Arzobispos y Obispos, los mariscales, los Rectores de las Universidades, los Presidentes del Supremo Tribunal de Justicia, del Tribunal de comercio, del de minería, del de cuenta, del colegio de Abogados, del Protomedicato y de las Academias de ciencias y de bellas artes, los alcaldes primeros de las poblaciones que pasen de 40,000 almas.

3o. De los representantes de la gran propiedad raíz ó industrial elegidos hasta el número de 40, por los propietarios de terrenos cultivados, y hasta el de 10 por los propietarios de establecimientos industriales.

4o. De 100 miembros vitalicios nombrados por el emperador, los cuales no podrán ser despojados de esta dignidad sino por delitos que lleven consigo pena infamante.

5o. De 100 miembros elegidos por el voto de sus conciudadanos en los Departamentos.

Art. 33. La comisión de los miembros elegidos por el pueblo será de 6 años. Una ley especial fijará las operaciones electorales.

“34. El emperador nombra el Presidente del Senado eligiéndole entre sus individuos. Los Vice Presidentes serán nombrados por el emperador a propuesta en terna del Senado.

⁴⁵ *Idem*, señala “sin”.

Art. 35. El Senado se reunirá cada dos años, y el emperador podrá convocarle en el intermedio a sesiones extraordinarias.

“36. Las sesiones del Senado son públicas, excepto en los casos en que su reglamento determina otra cosa.

“37. El Senado, por medio de su presidente, podrá someter al emperador las bases de proyecto de ley de un gran interés nacional.

“38. Para que cualquiera modificación de los artículos de esta constitución pueda someterse al poder ejecutivo, deberá pasar por una mayoría de las dos terceras partes de votos.

“39. El Senado discute y vota los proyectos de ley y de contribuciones; y en globo vota el presupuesto para cada ministerio.⁴⁶

“40. Todas las enmiendas adoptadas por la comisión del Senado encargada de examinar un proyecto de ley se enviarán sin discusión al consejo de Estado por el Presidente del Senado. Si las enmiendas no fuesen adoptadas por el Consejo de Estado, no se someterán á la discusión del Senado.

Art. 41. Los Ministros de la corona no forman parte del Senado.

“42. Las obras de utilidad pública general, serán acordadas por el Emperador por medio de decretos. Los créditos que se abran para ellas, serán bajo la forma de créditos extraordinarios.

“43. El Emperador podrá en casos extraordinarios, contratar empréstitos, salvo la aprobación posterior del Senado.

TÍTULO V DEL PODER JUDICIAL

“44. Las discusiones que tengan por origen puntos de legislación civil, son exclusivamente del resorte de los tribunales.

“45. No puede establecerse ningún tribunal ni jurisdicción contenciosa⁴⁷ sino en virtud de una ley.

“46. Las audiencias de los tribunales serán públicas á no ser que en ellas haya peligro para el orden ó la moral.

“47. Toda sentencia debe ser fundada en ley y⁴⁸ pronunciada en audiencia pública.

⁴⁶ *Idem*, p. 71, “Ministro”.

⁴⁷ *Idem*, “tribunal ni jurisdicción sino”.

⁴⁸ *Idem*, “o pronunciada”.

“48. Los magistrados y los jueces de todos los tribunales de justicia son nombrados directamente por el Emperador.

“49. Los miembros⁴⁹ del Tribunal Supremo y de las audiencias territoriales, no pueden ser separados de sus destinos sino por delitos probados judicialmente.

“50. La organización y las atribuciones de los tribunales militares serán fijadas por leyes especiales.

TÍTULO VI

DE LAS PROVINCIAS Y LOS MUNICIPIOS

Art. 51. El gobierno interior de las provincias y las facultades de los ayuntamientos se determinarán por una ley especial.

“52. Esta ley consagrará la aplicación de los principios siguientes:

1o. La elección directa salvo las escepciones que establezca la ley.

2o. La facultad á las diputaciones provinciales y los ayuntamientos para resolver todos los negocios de interés puramente provincial ó local, sin perjuicio de la aprobación de sus actos en los casos y términos que la ley señale.

3o. La publicidad de las sesiones de las diputaciones provinciales y de los ayuntamientos según la ley.

4o. La intromisión⁵⁰ del gobierno del Emperador para impedir que las diputaciones provinciales y los ayuntamientos se estralimiten ó lastimen los intereses generales.

5o. La obligación de reunir todos los datos estadísticos por parte de las diputaciones y los ayuntamientos.

TÍTULO VII

DE LA HACIENDA

“53. No podrá imponerse contribución alguna que no haya sido establecida por una ley.

“54. Los impuestos para los gastos del Estado serán votados por el Senado según los exijan las necesidades.

Art. 55. No podrá establecerse privilegio alguno en materia de contribuciones. Las exenciones temporales cuyo objeto será favorecer la inmi-

⁴⁹ *Idem*, “Ministros”.

⁵⁰ *Idem*, p. 72, “interpretación”.

gración, abrir terreno para el cultivo, beneficiar las minas y la contribución de nuevos edificios, serán arregladas por leyes especiales.

Art. 56. En cada legislatura se votarán los presupuestos por el Senado.

“57. Los créditos extraordinarios se presentarán posteriormente á la aprobación del Senado.

TÍTULO VIII

DE LA FUERZA PÚBLICA

“58. Una ley determinará el modo⁵¹ de reclutar la fuerza necesaria para el ejército.

“59. Una ley determinará también la organización y las atribuciones de la fuerza de policía.

“60. La ordenanza militar es el código de la fuerza pública.

TÍTULO IX

DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

Art. 61. El Imperio adopta para su pabellón los colores de la independencia nacional y por armas del imperio el águila tradicional de México con la leyenda: “*equidad en la justicia*”.

“62. No está obligado nadie á obedecer ninguna ley, reglamento o disposición de la administración general, provincial ó municipal, mientras no haya sido publicada en la forma que la ley determine.

“63. Todas las leyes y reglamentos que existen en vigor y que no sean contrarios a ninguno de los artículos de la presente constitución, continuarán en vigor mientras no sean derogados legalmente.

“64. La presente constitución comenzará á regir desde que el emperador la⁵² haya jurado.

Art. 65. La regencia del Imperio gobernará el Estado hasta la llegada del emperador.⁵³ Sus decretos se publicarán en nombre del soberano, sin perjuicio de su ratificación.

⁵¹ *Idem*, p. 73, “mando”.

⁵² *Idem*, “el Emperador haya jurado”.

⁵³ *Idem*, “y sus decretos”.

SOBRE EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SECRETARIOS DE JUZGADOS DE DISTRITO Y TRIBUNALES DE CIRCUITO

Miguel BONILLA LÓPEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El nombramiento.* III. *Protesta constitucional.* IV. *Régimen de responsabilidad administrativa.* V. *¿Cuándo decimos que alguien es responsable?* VI. *Responsabilidad administrativa de los servidores públicos judiciales.* VII. *Causas de responsabilidad administrativa de los secretarios.* VIII. *Sanciones.* IX. *Procedimiento.* X. *La declaración patrimonial: un caso aparte.* XI. *A guisa de conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Un asunto de sumo interés para quienes se dedican al estudio de la función pública es el del régimen de derecho aplicable a los servidores públicos, sujetos para los que, en su generalidad, cabe discernir entre dos órdenes jurídicos: laboral y disciplinario. Este trabajo, basado en los estudios e investigaciones que realiza el autor en el seno del Instituto de la Judicatura Federal, tiene por objeto exponer, en forma ordenada, diversos aspectos relacionados con el régimen de responsabilidad administrativa de los secretarios de ciertos órganos jurisdiccionales federales. Se trata de un estudio preliminar y, por ello, habrá de ser leído con las reservas del caso.

II. EL NOMBRAMIENTO

Por virtud del nombramiento, un acto jurídico, los secretarios se incorporan al régimen burocrático y disciplinario de los servidores públicos; en el

primer aspecto, en lo que atañe a su relación de trabajo, y en el segundo, en lo que atañe a la responsabilidad administrativa para con el Estado.¹

En lo que respecta a las características del documento que consigna el nombramiento, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), aplicable al caso,² dispone en el artículo 15 que es necesario registrar los siguientes datos: a) nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio; b) los servicios que deban prestarse, que se determinarán con la mayor precisión posible; c) el carácter del nombramiento: definitivo, fijo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada; d) la duración de la jornada de trabajo; e) el sueldo y demás prestaciones que habrá de percibir el trabajador, y f) el lugar en que prestará sus servicios. No todos estos elementos aparecen en el formato oficial de nombramiento.

Cabe señalar que no hay diferencia entre los nombramientos de los diferentes tipos de secretarios que trabajan en los juzgados y tribunales federales (de acuerdos, de estudio y de compilación de tesis), ni en cuanto a atribuciones, sueldo o categoría. Todos son englobados por la Ley con el rubro de "secretarios". Por lo que toca a éstos, conforme al artículo 18 de la LFTSE, "El nombramiento aceptado obliga a cumplir con los deberes inherentes al mismo y a las consecuencias que sean conformes a la ley, al uso y a la buena fe".

Por otro lado, ni magistrados ni jueces pueden expedir nombramiento para ocupar el cargo de secretario a "familiares o personas con quienes tengan interés personal o de negocios", según lo establecido en los preceptos 131, fracción VI, y 136, párrafo segundo, de la Ley Orgánica; en el 47, fracciones XIII y XVII de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores

¹ "El título que da legitimación al ejercicio de las actividades del empleado al servicio del Estado, es el acto de designación constituido por la declaración de voluntad de la Administración Pública [en nuestro caso, por voluntad del Poder Judicial de la Federación] que recae sobre persona determinada para que asuma al cargo, empleo o comisión que se le confiere; tan es así que este requisito que jamás debe faltar en los servidores públicos, lo señala el artículo 12 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, al expresar que los trabajadores prestarán sus servicios en virtud de nombramiento expedido por el funcionario facultado para extenderlo. [...]", tesis de rubro "TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, TÍTULO QUE LOS LEGITIMA COMO TALES Y LIMITACIÓN DE SUS FUNCIONES", del entonces único Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, tribunales colegiados de circuito, séptima época, 1969-1987, tomo XIX, ter-tra, 1991, pp. 6511 a 6512.

² BRISEÑO SIERRA, Humberto, "El secretario judicial y el oficial mayor", en *Estudios de derecho procesal*, México, Cárdenas, 1980, vol. II, p. 11.

res Públicos, y en la circular 12/96 del Secretario Ejecutivo del Pleno y Carrera Judicial, de 26 de junio de 1996.³

El puesto de secretario de juzgado o tribunal es de base, de acuerdo con el artículo 182 de la Ley. Esto significa que los secretarios tienen derecho a "la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución",⁴ es decir, tienen derecho a la llamada estabilidad en el empleo. Sin embargo, normalmente, el primer nombramiento que se otorga es de carácter interino.

Así, deben cumplirse una serie de condiciones antes de que se otorgue la "base": haber transcurrido seis meses desde el primer nombramiento, el interino, "tomando en cuenta el tiempo de servicios efectivamente laborado dentro del propio órgano jurisdiccional, sin considerar los periodos en que se haya disfrutado de licencias sin goce de sueldo",⁵ y no debe existir nota desfavorable en el expediente personal;⁶ además, se prevé que no debe haber "persona con derechos sobre la plaza [...] en razón de licencia o comisión que se encuentre vigente".⁷ Finalmente, el otorgamiento de la base queda a la consideración del "titular" del órgano.⁸ En tanto no se reúnan las condiciones referidas, el nombramiento del secretario tendrá el

³ La Ley Orgánica anterior contenía un precepto, el 88, que claramente señalaba qué familiares eran a los que no podían nombrarse secretarios: "Los nombramientos de secretarios, actuarios y empleados que hagan los magistrados de circuito y jueces de distrito, no podrán recaer en los ascendientes, descendientes o cónyuges del que los haga, ni en sus parientes, dentro del cuarto grado por consanguinidad o dentro del segundo por afinidad". Después se establecía que "Los nombramientos que se expidieren en contravención a esta disposición no surtirán efecto alguno". Esta disposición desapareció en la Ley actual, por lo que para determinar los grados de parentesco debe acudir a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y al todavía vigente "Acuerdo por el que se fijan criterios para la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades en lo referente a familiares de los servidores públicos", expedido por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, y publicado en el *Diario Oficial* del 11 de febrero de 1983.

⁴ Jurisprudencia de la antigua Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia, de rubro "TRABAJADORES, ESTABILIDAD DE LOS. MODALIDADES", en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. V, materia del trabajo, tesis 587, pp. 388 a 389.

⁵ Entre otros, Circular SEA/DGRH/039/96, de la Secretaría Ejecutiva de Administración, del 7 de octubre de 1996.

⁶ Artículo 6 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, punto séptimo del acuerdo 6/1995 del Consejo y la Circular SEA/DGRH/039/96.

⁷ Entre otros, la Circular SEA/DGRH/039/96.

⁸ Punto séptimo del acuerdo 6/1995 del Consejo, y la Circular SEA/DGRH/039/96, de la Secretaría Ejecutiva de Administración, del 7 de octubre de 1996.

carácter de interino, es decir, será transitorio, provisional, sujeto a una temporalidad.⁹

Puede decirse que la regla es que los nombramientos se otorguen de modo interino por tres meses, y que al término del interinato, éste se renueve una y otra vez. Se trata de una especie de "periodo de prueba", en tanto el juez o los magistrados ponderan las capacidades de sus secretarios.¹⁰

El nombramiento sólo deja de surtir efectos cuando acontece alguna de las causas siguientes (artículo 46 relacionado con los preceptos 152 a 161 de la LFTSE; 81, fracciones XV y XXXVI de la Ley Orgánica, y las disposiciones de pensión de la Ley del ISSSTE):

- a) Por renuncia, por abandono de empleo o por abandono o repetida falta injustificada a las labores técnicas relativas al funcionamiento de maquinaria y equipo, o a la atención de personas, que ponga en peligro esos bienes o que cause la suspensión o la deficiencia de un servicio, o ponga en peligro la salud o la vida de las personas, en los términos que señalen los reglamentos de trabajo aplicables a la dependencia respectiva;
- b) Por conclusión del término del nombramiento (cuando es interino);
- c) Por muerte del secretario;
- d) Por incapacidad permanente del trabajador, física o mental, que le impida el desempeño de sus labores;
- e) Por resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, en funciones de tribunal de trabajo, cuando el secretario hubiere incurrido en alguna de las causas de cese con justificación enumeradas en la LFTSE;
- f) Por resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, en caso de destitución en el cargo, como sanción por faltas graves de índole administrativa;
- g) Por jubilación si se cuenta cuando menos con 15 años de servicio en el Poder Judicial de la Federación, independientemente de la categoría, y 55 de edad; o por cumplir 60 años de edad o más, teniendo cuando menos 10 de antigüedad en el servicio.

⁹ Existen varias hipótesis de nombramientos interinos que no se verán por su transitoriedad. Al respecto, pueden consultarse los acuerdos del Consejo a que se ha hecho mención.

¹⁰ Esa práctica puede prestarse a abusos por parte de los titulares de los órganos jurisdiccionales, pues al otorgar sólo nombramientos interinos, sujetan a sus secretarios a inestabilidad laboral. Con las nuevas reglas de la Ley Orgánica, cabe pensar que abusos como éste tenderán a disminuir.

Además, el nombramiento puede ser dejado sin efectos temporalmente, conforme a la LFTSE:

Artículo 45. La suspensión temporal de los efectos del nombramiento de un trabajador no significa el cese del mismo.

Son causas de suspensión temporal:

- I. Que el trabajador contraiga alguna enfermedad que implique un peligro para las personas que trabajan con él, y
- II. La prisión preventiva del trabajador, seguida de sentencia absolutoria o el arresto impuesto por autoridad judicial o administrativa, a menos que, tratándose de arresto, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje resuelva que debe tener lugar el cese del trabajador.

Los trabajadores que tengan encomendado manejo de fondos, valores o bienes, podrán ser suspendidos hasta por sesenta días por el titular de la dependencia respectiva, cuando apareciere alguna irregularidad en su gestión mientras se practica la investigación y se resuelve sobre su cese.

III. PROTESTA CONSTITUCIONAL

Una vez que se accede al puesto de secretario de tribunal de circuito o de juzgado de distrito, sea de base o interinamente, debe realizarse un acto solemne, previo a la toma de posesión del cargo: la protesta constitucional.

De conformidad con el artículo 128 de la Constitución, "Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen". Según la Ley (artículos 154 y 155), la protesta del secretario se realiza ante el magistrado al que estará adscrito,¹¹ en términos unívocos: "¿Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de secretario de tribunal que se os ha conferido; guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión?", pregunta que formulará el magistrado y a la que el interesado debe responder: "Sí protesto". Después, "la autoridad que tome la protesta añadirá: Si no lo hicierais así, la Nación os lo demande".

¹¹ Aquí se suscita un problema de orden técnico: los secretarios no están adscritos a los magistrados, sino a los tribunales. La protesta no se rendirá ante el magistrado del que directamente se dependa, sino en todo caso, ante el presidente del Tribunal, en razón de que él tiene la representación del órgano.

Esta "declaración pública de carácter cívico, formal y solemne"¹² no tiene efectos constitutivos, sino meramente declarativos. Sujeta al secretario de modo general a la responsabilidad inherente de todo servidor público en caso de violentar la Carta Magna y los ordenamientos que de ella emanan, aunque no tiene una sanción positiva, específica, ni para el caso de que no se proteste ni para el caso de que "no se haga cumplir ni se cumpla" la Constitución y las leyes correspondientes.

Esta figura sustituyó a los juramentos religiosos que imponían diversas leyes del siglo pasado a los funcionarios antes de entrar en el cargo,¹³ y viene a ser, en tal sentido, una suerte de "juramento laico". Los constitucionalistas de finales del siglo XIX y de principios del siglo XX consideraron que la obligación de rendir la protesta (que tuvo nacimiento, como "juramento laico", en la Constitución de 1857) tenía su fundamento en la honradez y pundonor del hombre. Mariano Coronado dijo:

aunque no existe coacción y castigo si se infringe dicha promesa, no cabe duda que la respeta el hombre honrado y pundonoroso, mas la referida promesa no significa el mirar la constitución como un dogma, como una obra que no puede tocarse por modo alguno; al contrario, se discute y examina como todo trabajo científico y humano. Para el funcionario, en el límite de sus atribuciones, hay obligación de cumplirla y hacerla cumplir, por cuanto persiste el carácter de ley; pero no hay desacato en reconocer sus defectos y en promover por medios legales su reforma.¹⁴

Por lo demás, en la práctica tribunalicia, la protesta constitucional no se lleva con la solemnidad debida, contra lo que se desprende de los textos

¹² MADRAZO, Jorge, "Protesta constitucional", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1994, t. P-Z, p. 2625. También véase a FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 139, y a GALVÁN VILLAGÓMEZ, Alonso, "La protesta constitucional y la disciplina administrativa", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 2, junio de 1998, pp. 87 a 102.

¹³ Por ejemplo, el artículo 155 de la Constitución de Apatzingán: "¿Juráis defender a costa de vuestra sangre la religión católica, apostólica y romana? Sí lo juro. ¿Juráis sostener constantemente la causa de nuestra independencia contra nuestros injustos agresores? Sí lo juro. ¿Juráis cumplir y hacer cumplir el decreto constitucional en todas y cada una de sus partes? Sí lo juro. ¿Juráis desempeñar con celo y fidelidad el empleo que os ha conferido la Nación, trabajando incesantemente por el bien y la prosperidad de la nación misma? Sí lo juro. Si así lo hicieris, Dios os lo premie, y si no, os lo demande" (en GALVÁN VILLAGÓMEZ, Alonso, *op. cit.*, p. 91).

¹⁴ Citado por MADRAZO, Jorge, *op. cit.*, p. 2626.

constitucional y legal. En la gran mayoría de los casos, ni siquiera se pide. El secretario entra en posesión de su cargo sin más trámite que la firma del nombramiento (sin embargo, en la constancia donde obra el nombramiento aparece la leyenda de que el funcionario rindió la protesta de ley y también aparece la firma del presidente del tribunal).

No obstante, en un estudio reciente, un consejero de la judicatura federal pugnó porque la protesta constitucional fuese entendida como la base misma del régimen de responsabilidades de los servidores públicos del Poder Judicial:

el estado de derecho que pretenden conservar esos medios de control constitucional [preventivos, reparadores y represivos], en lo atinente a los servidores públicos del Poder Judicial Federal, estimo se inicia con el cumplimiento formal de la norma prevista en el artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contiene la protesta de desempeñar leal y patrióticamente el cargo conferido y guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión, con lo que se obtiene un eficiente principio de legalidad, ya que toda actuación del servidor público deberá estar fundamentada constitucional y legalmente, lo que hace que se convierta en el punto de partida del servicio jurisdiccional y en el puntal del régimen de responsabilidad de los servidores públicos del Poder Judicial Federal.¹⁵

En un sentido semejante, otros autores han considerado que la protesta de guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes emanadas de ella, en el caso de los funcionarios judiciales, sirve de base al régimen de responsabilidad por el incumplimiento de los postulados de justicia pronta, expedita, gratuita e imparcial que consigna el artículo 17 constitucional.¹⁶

IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Se entiende que los secretarios del tribunal, como servidores públicos, están sujetos a un sistema de responsabilidades frente al Estado en caso de incumplir o cumplir deficientemente con las obligaciones que les imponen las leyes. Esta responsabilidad, desde luego, está vinculada con su función, y se traduce en la imposición de sanciones disciplinarias por el incumpli-

¹⁵ GALVÁN VILLAGÓMEZ, Alonso, *op. cit.*, p. 89.

¹⁶ CORTÉS FIGUEROA, Carlos, *op. cit.*, p. 172.

miento de las obligaciones propias del cargo o por la comisión de conductas que impliquen desdoro para la institución.¹⁷

V. ¿CUÁNDO DECIMOS QUE ALGUIEN ES RESPONSABLE?¹⁸

La palabra “responsabilidad” tiene, al menos, cuatro significados. Puede entenderse: a) como deberes de un cargo; b) como causa de un acontecimiento; c) como capacidad mental, y d) como reacción o respuesta, sinónima de las expresiones “verse expuesto a”, “merecer” o “pagar por”.¹⁹ Es el último significado el que recoge el derecho.

En los terrenos de la dogmática jurídica, se dice que “un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado”. Se entiende que hay un deber preexistente, esto es, una conducta que, conforme al orden jurídico, se debe hacer o no. El sujeto que debe realizar la conducta —acción u omisión— es el *obligado* y, normalmente, el *responsable* de la realización de esa conducta. Si el sujeto está obligado por una disposición jurídica a realizar una conducta determinada y no la realiza, se hace responsable del incumplimiento, debe pagar por

¹⁷ FIX ZAMUDIO, Héctor, voz “Responsabilidad judicial”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1993, t. P-Z, pp. 2837 a 2840. Existen otros tipos de responsabilidad. La responsabilidad penal de los funcionarios judiciales es en la que incurren por la comisión de delitos en el ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas. En materia federal, por ejemplo, estos delitos están previstos en los títulos décimo y décimo primero (delitos cometidos por servidores públicos y delitos contra la administración de justicia) del Código Penal Federal. Este tipo de responsabilidad no será objeto de este apartado, pues su estudio pertenece al ámbito punitivo. La responsabilidad civil se traduce en la obligación de los propios funcionarios judiciales, o del Estado, de resarcir a las partes de un proceso o a terceros extraños de los daños y perjuicios que se les hubiese ocasionado por una deficiente o indebida actuación en los procesos en que intervienen; encuentra su fundamento en el artículo 1927 del Código Civil (hay quien opina que en el ámbito federal no está prevista la existencia de responsabilidad civil o patrimonial por la actuación de los miembros de la judicatura).

¹⁸ Para la redacción de este apartado específico, seguimos a TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Responsabilidad”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1993, t. P-Z, pp. 2824 a 2826, y a PÉREZ LÓPEZ, Miguel, en el capítulo IV de un estudio inédito sobre la justicia administrativa, “La responsabilidad patrimonial del Estado en la justicia administrativa”, que el autor gentilmente nos facilitó.

¹⁹ Ejemplos del primer caso: “los padres tienen responsabilidad”, “es responsabilidad de las autoridades escolares”, etcétera. Ejemplo del segundo caso: “la erupción del volcán fue responsable de la pérdida de vidas humanas”. Ejemplo del tercer caso: “los enfermos mentales no son responsables de sus actos”. Ejemplo del último supuesto: “el que cause un daño es responsable del pago de...”.

ello. “La responsabilidad es, en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito)”.

Sin embargo, en ocasiones, el orden jurídico establece que un tercero, distinto del obligado, *responda*, directa o indirectamente, por el incumplimiento de las obligaciones de este último. Este es el supuesto, por ejemplo, del artículo 1927 del Código Civil:

El Estado tiene obligación de responder por el pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.²⁰

También, en ocasiones, el orden jurídico dispone la responsabilidad de los sujetos aun cuando no hayan cometido ningún hecho ilícito, aun cuando no hayan incumplido con algún deber jurídico. Este es el caso de la responsabilidad objetiva (artículo 1913 del propio Código Civil).

Como se podrá ver en las siguientes páginas, la responsabilidad administrativa de los servidores públicos es de carácter personalísimo, puesto que son ellos quienes directamente responden al Estado de las conductas u omisiones que contravengan las normas que rigen su actuación.

VI. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS JUDICIALES

Tiene su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 109, fracción III, impone a las legislaturas federal y locales la obligación de emitir leyes de responsabilidad de los servidores públicos. La fracción III es del tenor siguiente: “Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que

²⁰ Sobre la responsabilidad del Estado, véase CIENFUEGOS SALGADO, David, “Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos”, *Lex. Difusión y análisis*, 3a época, año V, febrero-marzo de 2000, núms. 56-57, pp. 82 a 96.

afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”.

Por su parte, el artículo 113 de la propia Constitución dispone:

Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.

Finalmente, el artículo 114, último párrafo, establece: “La ley señalará los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa, tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo 109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves, los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años”.

En lo que respecta a los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, es la Ley Orgánica la que establece el régimen de responsabilidades propio, en el Título Octavo, que comprende los artículos 129 a 140, aunque éstos deben ser complementados con disposiciones contenidas en la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos (LFRSP).

En el artículo 101 de la Constitución se establece una primera causa de responsabilidad (no sólo administrativa) de algunos funcionarios judiciales:

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito, los respectivos secretarios, y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, no podrán, en ningún caso, aceptar ni desempeñar empleo o encargo de la Federación, de los Estados, del Distrito Federal o de particulares, salvo los cargos no remunerados en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia.

Y después, en el último párrafo del mismo precepto: “La infracción a lo previsto [...] será sancionada con la pérdida del respectivo cargo dentro del

Poder Judicial de la Federación, así como las prestaciones y beneficios que en lo sucesivo correspondan por el mismo, independientemente de las demás sanciones que las leyes prevean”.

Por otra parte, en el artículo 131 de la Ley Orgánica se compendia un catálogo de conductas —actos u omisiones— consideradas “causas de responsabilidad” administrativa:²¹

Artículo 131. Serán causas de responsabilidad para los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación:

- I. Realizar conductas que atenten contra la independencia de la función judicial, tales como aceptar o ejercer consignas, presiones, encargos o comisiones, o cualquier acción que genere o implique subordinación respecto de alguna persona, del mismo u otro poder;
- II. Inmiscuirse indebidamente en cuestiones del orden jurisdiccional que competan a otros órganos del Poder Judicial de la Federación;
- III. Tener una notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar;
- IV. Impedir en los procedimientos judiciales que las partes ejerzan los derechos que legalmente les correspondan en los procedimientos;
- V. Conocer de algún asunto o participar en algún acto para el cual se encuentren impedidos;
- VI. Realizar nombramientos, promociones o ratificaciones infringiendo las disposiciones generales correspondientes;
- VII. No poner en conocimiento del Consejo de la Judicatura Federal cualquier acto tendiente a vulnerar la independencia de la función judicial;
- VIII. No preservar la dignidad, imparcialidad y profesionalismo propios de la función judicial en el desempeño de sus labores;
- IX. Emitir opinión pública que implique prejuzgar sobre un asunto de su conocimiento;
- X. Abandonar la residencia del tribunal de circuito o juzgado de distrito al que esté adscrito, o dejar de desempeñar las funciones o las labores que tenga a su cargo;

²¹ Como se verá, las hipótesis previstas en el artículo 131 de la Ley podrían ser vistas, genéricamente, como violaciones a los postulados de justicia pronta, expedita, gratuita e imparcial que consigna el artículo 17 de la Constitución, o, incluso, como conductas típicas de delitos, como el tráfico de influencia. Sin embargo, en el caso de la Ley Orgánica, lo que se castiga es la violación de los principios constitucionales del servicio público: legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, aspectos de índole administrativa.

- xi. Las previstas en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, siempre que no fueren contrarias a la naturaleza de la función jurisdiccional, y
- xii. Las demás que determine la ley.

Las hipótesis de la LFRSP, que de contrariarlas, harían nacer la responsabilidad administrativa están contenidas en diversas fracciones del artículo 47:²²

- I. Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;
- III. Utilizar los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, las facultades que le sean atribuidas o la información reservada a que tenga acceso por su función exclusivamente para los fines a que están afectos;
- IV. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidas de aquéllas;
- V. Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste;
- VI. Observar en la dirección de sus inferiores jerárquicos las debidas reglas del trato y abstenerse de incurrir en agravio, desviación o abuso de autoridad;

²² En opinión de Victoria Adato, los supuestos del artículo 47 de la LFRSP aplicables a los servidores públicos judiciales están en las fracciones I y IV a XXII (ADATO GREEN, Victoria, *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación comentada*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998 *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación comentada*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 235). A nuestro juicio, no son aplicables las fracciones VIII y XIX, y sí es aplicable la fracción III. Este solo ejemplo de discrepancia, muestra los inconvenientes de la falta de técnica del legislador al remitir a otra legislación para fijar las causas de responsabilidad de los servidores públicos judiciales. Sobre este particular, atinadamente se ha dicho que "Se trata de una remisión ambigua, porque deja en la imprecisión cuáles de esas causas [las del 47 de la LFRSP] son o no contrarias a la naturaleza de la aplicación analógica; y es completamente injustificada, porque carece de toda razón la aplicación analógica —contraria al principio de legalidad que debe regir todo derecho sancionador— de las causas de responsabilidad de los funcionarios de los poderes políticos, a los funcionarios judiciales" (OVALLE FAVELA, José, "Cuatro retos de la administración de justicia en México", en el volumen colectivo *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997, p. 241).

- vii. Observar respeto y subordinación legítimas con respecto a sus superiores jerárquicos inmediatos o mediatos, cumpliendo las disposiciones que éstos dicten en el ejercicio de sus atribuciones;
- ix. Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión después de concluido el periodo para el cual se le designó o de haber cesado, por cualquier otra causa, en el ejercicio de sus funciones;
- x. Abstenerse de disponer o autorizar a un subordinado a no asistir sin causa justificada a sus labores por más de quince días continuos o treinta discontinuos en un año, así como de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce total o parcial de sueldo y otras percepciones, cuando las necesidades del servicio público no lo exijan;
- xi. Abstenerse de desempeñar algún otro empleo, cargo o comisión oficial o particular que la ley le prohíba;
- xii. Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de la autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;
- xiii. Excusarse de intervenir en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos hasta por el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte;
- xiv. Informar por escrito al jefe inmediato y en su caso, al superior jerárquico, sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia la fracción anterior y que sean de su conocimiento; y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos;
- xv. Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, objetos mediante enajenación a su favor en precio notoriamente inferior al que el bien de que se trate y que tenga en el mercado ordinario, o cualquier donación, empleo, cargo o comisión para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XIII, y que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión;

XVI. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII;

XVII. Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XII;

XVIII. Presentar con oportunidad y veracidad, las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por esta ley.

XX. Informar al superior jerárquico de todo acto, u omisión de los servidores públicos sujetos a su dirección que pueda implicar inobservancia de las obligaciones a que se refieren las fracciones de este artículo, y en los términos de las normas que al efecto se expidan.

XXI. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público [...]

VII. CAUSAS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SECRETARIOS

En lo que atañe a nuestro tema, la hipótesis del 101 constitucional es claramente aplicable a los secretarios de los tribunales colegiados y unitarios de circuito, así como de los juzgados de distrito. También, los supuestos del artículo 131 de la Ley Orgánica les son aplicables, incluso los previstos en las fracciones V (conocer de algún asunto o participar en algún acto para el cual se encuentren impedidos) y VI (realizar nombramientos [...] infringiendo las disposiciones generales correspondientes), si es que pensamos en el secretario que actúa en suplencia de un magistrado o de un juez. También le son aplicables todos los supuestos transcritos del artículo 47 de la LFRSP, incluso el de la fracción X (autorizar a subordinados no asistir a labores sin causa justificada), si se trata de un secretario en funciones de magistrado o de juez.

En lo que respecta a la fracción V del 131, ha surgido la siguiente cuestión: ¿los secretarios, en su calidad de tales, están impedidos para intervenir en asuntos, *en materia de amparo*, en los tengan interés personal, familiar o de negocios?

Planteemos un caso. Si a un secretario proyectista, el magistrado le encomienda la preparación del proyecto de sentencia de un asunto en el que

interviene algún familiar del propio secretario, ¿éste debe excusarse de hacerlo?, ¿debe comunicar tal circunstancia al magistrado?, ¿incurre en responsabilidad si no se excusa de participar en la elaboración del proyecto o si no informa de su lazo de parentesco al magistrado?

Primeramente debemos dejar firme que los secretarios de los tribunales colegiados de circuito sólo intervienen en la sustanciación de juicios de garantías y sus recursos (y la revisión fiscal, que sigue las normas aplicables al juicio de amparo), por lo que la legislación que debe servir de base a nuestras reflexiones es precisamente la de amparo.

Sentado lo anterior, procede ahora investigar cuál debe ser la solución a las interrogantes planteadas. Veamos: conforme al artículo 66 de la Ley de Amparo, los ministros, magistrados y jueces están impedidos para conocer de asuntos en los que se presume podrían tener interés personal, familiar o de negocios.²³ Ambos preceptos recogen una serie de hipótesis en las que se supone que podría afectarse la imparcialidad del juzgador, en pro o en contra de cualquiera de las partes, pero no se habla de sus respectivos secretarios. La razón que se da para explicar esta omisión es que los secretarios son simples redactores de proyectos —de sentencias o de acuerdos—, mientras que los titulares de los órganos jurisdiccionales (ministros, magistrados y jueces) son quienes, jurídicamente, *formulan* los proyectos, sentencias y acuerdos, pues son ellos los detentadores del poder jurisdiccional, es su voluntad la que cuenta. Así, de acuerdo con esta línea de pensamiento, en nada afectaría a la garantía de imparcialidad de los juzgadores que uno de sus secretarios redactara el proyecto de un asunto en el que, verbigracia, uno de los abogados fuese pariente cercano suyo, o alguna de las partes tuviera negocios o lazos de parentesco con él. Se afirma, pues, que conforme a la legislación orgánica y la de amparo, el secretario no es sujeto de impedimentos y, por ende, que en ejemplos como el planteado, no podría fincársele responsabilidad administrativa con base en la

²³ El artículo 146 de la Ley Orgánica establece varios supuestos de causas de impedimentos, aplicables a ministros, magistrados, jueces, consejeros y jurados; conforme al 148, algunos de esos supuestos también son aplicables a visitadores y peritos. Los supuestos establecidos en la Ley Orgánica no se aplican en tratándose del juicio de amparo, por disposición expresa (artículo 146, fracción XVII, *in fine*). Al respecto, puede verse la tesis "IMPEDIMENTOS DE LOS MINISTROS, MAGISTRADOS Y JUECES DEL PODER JUDICIAL FEDERAL PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO. NO SON APLICABLES LAS NORMAS RELATIVAS DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES NI EL ARTÍCULO 74 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN", en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, segunda parte, Salas y tesis comunes, p. 1527.

fracción V del 131 de la Ley Orgánica. Algunos señalan que, en este caso, sería adecuado que el secretario se abstuviera de intervenir en la elaboración del proyecto, pero por una decisión ética, personal, y que sólo *moralmente* sería reprochable que no informara del parentesco a su superior y que además hiciera el proyecto.

Tampoco en el caso de los secretarios de acuerdos podría haber impedimento, en la medida que cuando dan cuenta, cuando informan al titular del órgano de las promociones y presentan el proyecto de acuerdo que les recaerá, su voluntad no interviene en la formación jurídica del proveído respectivo, pues eso será una decisión del propio titular; y en la función fedataria, su voluntad no interviene en nada, pues el secretario simplemente se limita a certificar o a autorizar, por mandato de la ley y conforme a las instrucciones de su jefe, aquello que le consta.

Frente a la opinión anterior, hay quien invoca el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) para sostener que los secretarios están jurídicamente obligados a excusarse del conocimiento de ciertos asuntos, por causa de impedimento, y que son responsables en caso de no hacerlo. Se argumenta que de no existir disposiciones sobre impedimentos aplicables a los secretarios, podrían darse casos como el de un proyectista que maliciosamente elaborase un proyecto de sentencia, favoreciendo a una de las partes con la que tuviera algún interés, e influyera negativamente en la formación de la convicción jurídica de su superior; o el de un secretario de acuerdos que, también maliciosamente, ocultara la promoción del litigante con quien tuviera enemistad.

En el capítulo de impedimentos del Código —en el que se establecen hipótesis semejantes a las consignadas en los artículos 66 de la Ley de Amparo y 146 de la Ley Orgánica— se establece que éstos son aplicables, entre otros sujetos, a los *secretarios* (artículos 39, 41 y 42). La razón que se tuvo al incluir a los secretarios como sujetos de impedimentos en el CFPC fue que

desempeñan funciones principalísimas en el desarrollo procesal, y tales, que entrañan su propia responsabilidad, en ocasiones aun de una delicadeza más grave que si se tratara de los mismos jueces, puesto que éstos reciben las promociones de las partes por mediación del secretario, y aun la misma validez del procedimiento queda sometida a la verdad de un buen emplazamiento, como también la efectividad de una ejecución está en las manos del encargado de practicarla [...]²⁴

²⁴ CANUDAS OREZZA, Luis Felipe, *Nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles, concordado*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., 1943, p. 46.

Se afirma que, por disposición del Código, de no excusarse y manifestar el impedimento para intervenir en un juicio de amparo directo en el que, por ejemplo, fuera parte algún familiar, el secretario incurriría en responsabilidad administrativa. Quienes apoyan esta postura, apelan a la supletoriedad del Código en materia de amparo.

Fácilmente se aprecia que esta tesis no es correcta, pues yerra en el método y en la fuente normativa aplicable: si bien es cierto que el Código es de aplicación supletoria en materia de amparo, también lo es que esa supletoriedad procesal civil federal opera sólo bajo ciertas condiciones, que no se dan en el caso, y que sirve para resolver problemas distintos del que nos ocupa.

Conviene tener presente el texto legal. El primer párrafo del artículo 2o de la Ley de Amparo dispone: “El juicio de amparo se sustanciará y decidirá con arreglo a las formas y procedimientos que se determinan en el presente libro [...]”, y después, en el párrafo segundo, “A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles”.

La interpretación jurisprudencial²⁵ que se ha dado al artículo 2o. de la Ley de Amparo considera que las disposiciones del Código se aplican supletoriamente a la sustanciación (cuestiones procedimentales) del juicio de garantías cuando: a) el Código y la Ley de Amparo regulan una misma institución jurídica; b) las normas existentes en la Ley de Amparo son insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; c) las disposiciones del Código no contrarían el sistema legal del juicio de amparo establecido en la Ley de Amparo. Si alguno de estos elementos faltara, no cabría la supletoriedad.

²⁵ Entre otras, las tesis y jurisprudencias “SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES PROCESALES. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN”, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 121-126, primera parte, p. 157; “SUPLETORIEDAD DE UNA LEY A OTRA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA”, del Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. III, abril de 1996, segunda parte, p. 480; “SUPLETORIEDAD DE LA LEY. REQUISITOS PARA QUE OPERE”, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núm. 76, abril de 1994, p. 33, y “SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES A LA LEY DE AMPARO. CASOS EN QUE PROCEDE”, del Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. IX, febrero de 1990, p. 272.

Así las cosas, debe precisarse que la aplicación supletoria de la legislación procesal civil federal a la Ley de Amparo se da para resolver problemas de insuficiencia normativa *para lograr la aplicación* de ciertas disposiciones del último ordenamiento.

En la especie, es evidente que no se está frente a un caso de aplicación supletoria, porque el problema jurídico planteado *no es de insuficiencia de reglas que permitan la aplicación* de las normas referidas a los impedimentos en materia de amparo, sino el de si un sujeto determinado, el secretario de tribunal, puede ser objeto de impedimentos, sobre la base del articulado de la Ley de Amparo y, por tanto, sujeto de responsabilidad con base en la Ley Orgánica; esto es, el de si puede hacerse extensiva la aplicación de las hipótesis de impedimentos a una calidad de sujetos no contemplada expresamente en una ley. Por tanto, en función del tipo de problema a resolver, no procede la aplicación supletoria del Código en esta materia.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que en esta materia la jurisprudencia ha sido enfática en que las causas de impedimento establecidas en el CFPC no son aplicables ni a jueces ni a magistrados cuando conocen de juicios de garantías.

Ahora bien, hasta el momento es posible concluir que la Ley de Amparo no establece que los secretarios deben declararse impedidos cuando intervienen en asuntos en los que pudieran tener intereses en juego, por lo que no podría fincárseles responsabilidad alguna —con base en el 131, fracción V, de la Ley Orgánica— en caso de que intervinieran en un asunto, habiendo interés de su parte en favorecer o perjudicar a alguna de las partes. En otras palabras, en tratándose de los asuntos de la competencia de los tribunales colegiados y unitarios de circuito, así como de los juzgados de distrito, en materia de amparo, los secretarios no son sujetos de impedimentos y, por ello, no puede aplicárseles la fracción V del 131.

Sin embargo, también es cierto que podría acontecer que un secretario proyectista elaborase con mala intención un proyecto de sentencia, favoreciendo a una de las partes con la que tuviera algún interés, e influyera en la decisión final de su superior. ¿Acaso no hay un remedio contra esta situación? ¿No incurrirá este secretario en una falta que amerite sanción?

A nuestro juicio, si los secretarios de tribunales o juzgados no están *impedidos* (en el sentido procesal del término) para intervenir en asuntos en que tuvieran interés personal, familiar o de negocios (como en el ejemplo del secretario a quien se encarga la elaboración del proyecto de senten-

cia de un asunto en el que algún familiar suyo sea parte o abogado patrono de alguna de las partes), sí tienen la *obligación jurídica* de excusarse del conocimiento de tales asuntos y de comunicar a su superior esa situación, de tal suerte que incurrirían en responsabilidad administrativa de no manifestar la existencia de dicha circunstancia, no informar de ello a su magistrado y no abstenerse de intervenir en cualquier forma (u observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando no pueda abstenerse de intervenir en ellos).

El fundamento de nuestra afirmación está en las fracciones XIII y XIV del artículo 47 de la LFRSP, en las que se fija la obligación de todos los servidores públicos de abstenerse de “intervenir en cualquier forma en la *atención, tramitación* o resolución de asuntos en los que tenga[n] interés personal, familiar o de negocios”, y de informar de ello (por escrito) a su superior, u observar las instrucciones que éste le dé por escrito, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en dichos asuntos.

Decimos que las fracciones XIII y XIV del 47 son aplicables a estos casos, porque conforme a la penúltima fracción del 131 de la Ley Orgánica, también son causa de responsabilidad administrativa las transgresiones a las conductas fijadas en el artículo 47 de la LFRSP, “siempre que no fueren contrarias a la función jurisdiccional”. Una de tales conductas, que no es contraria a la función judicial, es la descrita en la fracción XIII del 47 (así como la contenida en la fracción XIV, con la que está concatenada aquélla). Incluso, la trasgresión de tal precepto es considerada como “falta grave” por la propia Ley Orgánica (artículo 136, segundo párrafo).

Así pues, aun cuando el secretario que elabora el proyecto de sentencia, siguiendo con el ejemplo, no tiene el poder jurisdiccional; aun cuando su voluntad no cuenta para la formación de la sentencia, porque, jurídicamente hablando, es la voluntad del titular la que conforma la sentencia, el mero hecho de *intervenir* en la *atención o tramitación* del asunto de que se trate, lo hace responsable, y merecedor de una sanción grave, pero no por virtud de estar impedido, en el mismo sentido en que sí pueden estarlo un ministro, un magistrado o un juez, sino porque con tales conductas estaría violentando los principios constitucionales del servicio público (legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia), en aplicación indirecta de la legislación federal en materia de responsabilidades.

Esta solución no desconoce que otras leyes procesales sí contemplan que los secretarios de tribunales federales y locales tengan impedimentos para intervenir en los asuntos que se ventilan ante el órgano al que están

adsritos, pero esto no significa que ello sea correcto.²⁶ No siempre las leyes recogen los principios que la teoría jurídica dicta. Es claro que, conforme a la teoría procesal y a las normas que rigen los procedimientos en que intervienen, los secretarios de los tribunales colegiados no son detentadores del poder jurisdiccional, y que los impedimentos (en el sentido procesal del término) son circunstancias que sólo afectan a quienes detentan la jurisdicción.

Vale la pena citar el siguiente criterio, de la antigua Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia, que apoya nuestro aserto:

SECRETARIOS DE ESTUDIO Y CUENTA DE LA SUPREMA CORTE. NO EXISTE IMPEDIMENTO LEGAL PARA QUE ESTUDIEN LOS ASUNTOS RESUELTOS POR UN JUEZ DE DISTRITO QUE TENGAN PARENTESCO CON LOS. No porque el secretario de estudio y cuenta del ministro a quien se turne el expediente de una queja, sea pariente (hijo) del juez de distrito que dictó el proveído contra el cual se endereza la misma, puede decirse que está impedido para estudiar el negocio; porque la Ley de Amparo en su artículo 66 no señala impedimentos legales de los secretarios de los ministros de la Suprema Corte de Justicia para actuar en los juicios y sus recursos que a aquellos corresponde conocer; y el artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, sólo establece impedimento para los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de circuito y los jueces de distrito, que son los que resuelven los asuntos que la ley les encomienda y no sus secretarios. Por tanto, el parentesco del secretario de un ministro de la Suprema Corte de Justicia con el juez de distrito que conoce de un juicio de amparo, en el que se interpone el recurso de queja, que es turnado al ministro como ponente, que tiene adscrito ese secretario, no es motivo de impedimento legal para que actúe en ejercicio de sus propias funciones.

Reclamación 112/49. Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Tejidos de Punto Acyc, S. A. 21 de octubre de 1949. Unanimidad de cinco votos.²⁷

También resulta de interés este otro criterio, referido a una legislación procesal estatal, pero aplicable en lo conducente a la cuestión que nos ocupa:

²⁶ Verbigracia, los artículos 39, 41 y 42 del CFPC; los artículos 460 a 463 del Código Federal de Procedimientos Penales; artículo 170 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; artículo 511 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

²⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CII, p. 644. Las cursivas son nuestras.

AUTORIDADES. NO LO SON PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO, EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL RESPONSABLE Y EL QUE PROYECTA LA RESOLUCIÓN COMBATIDA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA). El artículo 1o., fracción I, de la Ley de Amparo, dispone que el juicio de amparo tiene por objeto resolver las controversias que se suscitan por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y para este efecto debe entenderse por autoridad, aquel órgano del Estado investido de facultades de decisión o de ejecución, cuyo ejercicio engendra una afectación en la esfera jurídica de los particulares, de manera unilateral imperativa y hasta coercitiva. En estas condiciones, es incuestionable que no tiene el carácter de autoridad el secretario de una Sala del Tribunal Superior de Justicia de Coahuila, porque su función, de acuerdo con el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de este Estado, *está circunscrita a la organización interna y de mero trámite de la Sala a la cual se encuentra adscrito, y si bien tiene facultad para autorizar las sentencias dictadas por el magistrado titular, ella no se traduce en ningún acto de decisión, pues el objeto, de autorizar equivale a dar fe o confirmar que tal resolución fue efectivamente pronunciada por aquella autoridad, y tampoco puede considerarse como autoridad al secretario proyectista adscrito al magistrado de la Sala, porque su función se reduce a elaborar proyectos de resolución, que adquieren este último carácter hasta en tanto el titular los hace suyos, lo cual no implica una facultad de decisión o de ejecución.*²⁸

Viene al caso comentar otro problema interesante. ¿Qué ocurre si el secretario resulta ser el quejoso, el tercero perjudicado o que fue la autoridad que dictó el acto reclamado en un juicio de garantías? ¿Podría invocarse, por parte del magistrado o juez, alguna de las causales del 66 de la Ley de Amparo, como la de interés personal o la de amistad estrecha con el secretario? ¿Debe declararse fundado el impedimento que planteé el magistrado o juez? Este ejemplo ilustra el grado de colaboración que existe entre los magistrados o jueces y sus secretarios.

A nuestro modo de ver, la respuesta a las interrogantes anteriores debe ser afirmativa. El magistrado o juez debe invocar el impedimento y, si tiene amistad estrecha con el secretario, alegar ésta; si no la tiene, manifestar el interés personal que pudiera existir. Cabe citar la siguiente tesis aislada de la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, aplicada *a contrario sensu*:

²⁸ Tesis del entonces único Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 17, sexta parte, p. 22.

IMPEDIMENTO. NO DEMUESTRA LA CAUSAL DE INTERÉS PERSONAL EL HECHO DE QUE EL SECRETARIO DE ESTUDIO Y CUENTA DEL MAGISTRADO PONENTE, HAYA SIDO AUTORIDAD RESPONSABLE EN EL JUICIO NATURAL QUE DIO ORIGEN A UN JUICIO DE AMPARO DIVERSO. Si se hace valer un impedimento invocándose como causal el interés personal en el asunto por parte de los magistrados que integran el tribunal colegiado porque el secretario de estudio y cuenta adscrito al magistrado ponente tuvo el carácter de autoridad responsable como juez en el juicio natural que dio origen a un juicio de amparo diverso de aquel en el que el impedimento se plantea, debe éste declararse infundado, porque las causales relativas deben referirse precisamente al juicio en el que éste se planteó y no a otro diferente.

Impedimento 134/89. Víctor Manuel Santana Romero. 12 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Lourdes Ferrer McGregor Poissot.²⁹

Y por su analogía con el caso del titular del órgano jurisdiccional y sus secretarios, también resulta de interés el siguiente criterio, aparentemente contradictorio, pero que más bien complementa al anterior:

IMPEDIMENTOS. DEBEN SER INHERENTES A LA PERSONA DEL JUEZ DE DISTRITO Y NO HACERLOS DEPENDER DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE TIENE BAJO SU MANDO. Las causas de impedimento de los jueces de distrito para conocer de los juicios de garantías en que intervienen, están enumeradas en los artículos 66 de la ley de la materia [...] de forma expresa y limitativa; de tal manera, no hay impedimento de aquellos juzgadores para intervenir en la resolución de un juicio de garantías, sólo porque el secretario de acuerdos respectivo, con antelación a su nombramiento, fungía como asesor jurídico de alguna de las autoridades señaladas como responsables, porque tal hipótesis no se halla contenida en ninguna de las fracciones [del artículo mencionado], *pues los hechos y circunstancias que se invoquen como impedimento deben ser inherentes a la persona del juez federal y no hacerlas depender de los servidores públicos que tiene bajo su mando.*

Impedimento 1/97. Juan Ramírez Trejo. 20 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Ignacio Cuenca Zamora.³⁰

²⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. v, 1990, primera parte, p. 205

³⁰ Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. v, marzo de 1997, p. 811.

En esencia, complementando los dos precedentes, podría decirse que un magistrado de circuito o un juez de distrito sí deben declararse impedidos si alguno de sus secretarios es parte en algún juicio de amparo de su conocimiento, no por virtud de esta razón, que no atañe a la persona del funcionario, sino por la del posible interés personal, o incluso la amistad, que tendría éste en el asunto.

VIII. SANCIONES

En caso de incurrir en alguno de los supuestos del 131, las sanciones a que los secretarios pueden hacerse acreedores son apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, sanción económica, suspensión, destitución del puesto y la inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público (artículo 135).

Según lo dispuesto en el artículo 136, la valoración de las faltas administrativas y la aplicación de las sanciones que corresponda se rige por los artículos 53 a 55 de la LFRSP, aunque la propia Ley Orgánica dispone que la trasgresión del artículo 101 constitucional siempre será considerada como falta grave, así como la realización de las hipótesis contenidas en las fracciones I a VI del artículo 131, y la violentación de lo dispuesto en las fracciones XI a XIII y XV a XVII del artículo 47 de la LFRSP.

Respecto de la valoración de la falta establecida en la fracción III del 131, la Suprema Corte ha fijado un criterio interpretativo que importa conocer:

NOTORIA INEPTITUD O DESCUIDO, COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD PREVISTA EN LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. El referido precepto, en la fracción aludida, dispone que será causa de responsabilidad para los servidores públicos de dicho Poder, actuar con notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar. El sustento de la notoria ineptitud es el error inexcusable, el que deberá valorarse tomando en cuenta los antecedentes personales, profesionales y laborales del agente, tales como su preparación, honorabilidad, experiencia y antigüedad tanto en el ejercicio profesional, en el Poder Judicial de la Federación, y, específicamente, en el órgano jurisdiccional en que labore; asimismo, resulta relevante para llegar a la calificación del error inexcusable, apreciar otros factores, como lo son la carga de trabajo con que cuente el juzgado o tribunal; la premura con que deban resolverse los asuntos, dados los términos

que para ese fin marca la ley; la complejidad de los mismos, sea por el volumen, por la dificultad del problema jurídico a resolver o por ambas cosas; y en general, todas aquellas circunstancias que tengan relación con los elementos materiales y humanos con que cuente el juzgador para apoyarse en su actividad como tal; pues sólo así se podrá llegar a una conclusión que revele precisamente la ineptitud o descuido del funcionario en virtud de la comisión de errores inexcusables. Es preciso señalar que la notoria ineptitud o descuido inexcusable puede manifestarse en cualquier etapa o faceta de la actividad judicial, bien sea en la meramente administrativa o de organización del órgano jurisdiccional, al sustanciar los procedimientos a su cargo, o al dictar las resoluciones que culminan dichos procedimientos.

Revisión administrativa 1/97. 25 de agosto de 1997. Unanimidad de diez votos (impedimento legal del presidente José Vicente Aguinaco Alemán). Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Juan José Franco Luna.³¹

IX. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para fijar la responsabilidad está regulado en los artículos 132 y siguientes de la Ley Orgánica. A este procedimiento se le ha denominado "queja administrativa". No se abordará su análisis, y se remite al lector al texto de la Ley.³² Sólo haremos referencia a los órganos competentes para tramitar y resolver estos asuntos y a la cuestión de la impugnabilidad de las decisiones del Consejo en esta materia.

El órgano encargado de tramitar las quejas administrativas es la Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal, por conducto de la secretaría ejecutiva del mismo nombre. Si los integrantes de la Comisión deciden unánimemente que una queja administrativa es improcedente o infundada, la Comisión la resuelve en definitiva; si no hay unanimidad en este sentido, el Pleno del Consejo asume el conocimiento del asunto.³³

³¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VI, octubre de 1997, primera parte, sección primera, tesis aislada del Pleno, pp. 188 a 189.

³² Puede verse, también a ARIZPE MARTÍN, Pedro Antonio, *El Consejo de la Judicatura Federal y la responsabilidad de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación*, ITAM, tesis profesional, 1996, pp. 71 y ss.; ADATO GREEN, Victoria, *op. cit.*, pp. 235 a 236, y MELGAR ADALID, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997, pp. 181 a 196.

³³ Artículos 81-XXXVI y 133-IV de la Ley Orgánica, y el Acuerdo General 14/1996 del Pleno del Consejo de la Judicatura, publicado en el *Diario Oficial* del 17 de julio de 1996.

Si la queja resulta fundada, pero la falta se considera leve, la Comisión de Disciplina "impondrá la sanción que corresponda y dictará las medidas para su corrección o remedio inmediato"; si la queja es fundada y la falta es grave, la Comisión remitirá el asunto al Pleno del Consejo, para que determine lo conducente.³⁴

Contra lo que aconsejaría una correcta reflexión, el constituyente no previó medios de defensa en contra de las resoluciones del Consejo que impusieran alguna sanción en esta materia a secretarios y actuarios, así fuera meramente interna y de índole administrativa. Sólo existe un recurso, del que exclusivamente pueden hacer uso jueces de distrito y magistrados de circuito, conforme al artículo 100, párrafo octavo, de la Constitución, según las reformas de 31 de diciembre de 1994 y 11 de junio de 1999 —"Las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal serán definitivas e inatacables y, por lo tanto, no procede juicio ni recurso alguno, en contra de las mismas, salvo las que se refieran a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, las cuales podrán ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia, únicamente para verificar que hayan sido adoptadas conforme a las reglas que establezca la ley orgánica respectiva[...]"— y los correlativos 122 y 140 de la Ley Orgánica (vigentes en septiembre de 1999):

Artículo 122. Las decisiones dictadas por el Consejo de la Judicatura Federal serán definitivas e inatacables, salvo las que se refieran al nombramiento, adscripción, cambios de adscripción y remoción de magistrados de circuito y jueces de distrito, las cuales podrán impugnarse ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, mediante el recurso de revisión administrativa.

Artículo 140. Las resoluciones por las que el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal imponga sanciones administrativas consistentes en la destitución del cargo de magistrados de circuito y juez de distrito, podrán ser impugnadas por el servidor público ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia mediante el recurso de revisión administrativa.

X. LA DECLARACIÓN PATRIMONIAL: UN CASO APARTE

Otra obligación cuyo incumplimiento genera responsabilidad administrativa, es la de presentar declaración patrimonial, "con oportunidad y veraci-

³⁴ Artículo 135, *in fine*. Este sistema de distribución de competencia para el conocimiento de quejas administrativas rompe con el de la anterior Ley Orgánica del Poder

dad". Tiene su fundamento en los artículos 80, fracción V, y 47, fracción XVIII, de la LFRSP, en el artículo 131, fracción XI, de la Ley Orgánica, y en el Acuerdo General 8/1996 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.³⁵

Conforme al Acuerdo mencionado, los secretarios están obligados a declarar su situación patrimonial al iniciar sus funciones, al concluir las y una vez al año. La primera debe presentarse dentro de los sesenta días naturales siguientes a la fecha de toma de posesión del cargo; la segunda, dentro de los treinta días naturales que sigan a la fecha de conclusión del cargo. La anual, durante mayo de cada año (no hay obligación de presentarla cuando hay cambio de adscripción, pero en el mismo cargo; cuando media licencia para ausentarse del servicio menor a los tres meses; por licencia por motivos de salud que no exceda el año, y por cubrir interinatos menores a tres meses).

El contenido de estos tres tipos de declaración es distinto. En el caso de la declaración inicial y final, se manifiestan los bienes inmuebles, con la indicación de la fecha y el valor de adquisición; los bienes muebles, considerando inversiones y cuentas bancarias, y los gravámenes y adeudos que se tenga (incluyendo los del cónyuge y dependientes económicos, en su caso).

La declaración anual sólo consigna las modificaciones al patrimonio, indicando fecha, valor y medio de adquisición, también incluyendo los del cónyuge y dependientes económicos, en su caso.

La declaración se presenta directamente ante la Dirección de Registro Patrimonial, dependiente de la Contraloría del Poder Judicial de la Federación. Cuando se detecta alguna irregularidad ("el incumplimiento [por parte del secretario judicial] de la obligación de presentar la declaración de situación patrimonial en la forma, modalidades y plazos" establecidos), ha lugar a la incoación del procedimiento de la queja administrativa (con re-

Judicial de la Federación, de 5 de enero de 1988, y del Acuerdo 7/98 de la Suprema Corte, de 5 de septiembre de 1989, que daban la atribución de investigar responsabilidades y determinar las sanciones aplicables de secretarios, actuarios y demás personal, a sus respectivos magistrados o jueces. Por ello, tesis como la número 3a.XXXIII/94, de la Tercera Sala de la antigua Corte, han quedado sin efectos ("QUEJA ADMINISTRATIVA. ES IMPROCEDENTE LA QUE SE INTERPONE ANTE LA SUPREMA CORTE EN CONTRA DE UN SECRETARIO DE TRIBUNAL COLEGIADO CUANDO LOS HECHOS U OMISIONES SANCIONABLES NO SON LOS MISMOS QUE SE IMPUTAN A LOS MAGISTRADOS DE CIRCUITO", *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIII, junio de 1994, p. 245).

³⁵ Acuerdo General Número 8/1996, publicado en el *Diario Oficial* del 3 de mayo de 1996.

glas particulares), siendo el órgano competente la Contraloría del Poder Judicial de la Federación (artículo décimo noveno del Acuerdo 8/1996). En contra de la resolución que emita el Contralor, se establece el recurso de inconformidad, por escrito, ante el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal. Se tiene un término de 10 días hábiles, contados a partir de la fecha en que surta efectos la notificación de la resolución recurrida. Este recurso se resuelve de plano (artículo vigésimo del Acuerdo 8/1996).

XI. A GUISA DE CONCLUSIONES

Los secretarios de los tribunales de circuito y de los juzgados de distrito son servidores públicos a los que cabe exigir cuentas por los actos u omisiones en que incurran en contravención de los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen el desempeño de las funciones públicas.

Por el solo hecho de incorporarse a la actividad estatal, dichos servidores adquieren la obligación *para con el Estado* de respetar los principios referidos; la ley establece un catálogo de conductas que, de realizarlas, los quebrantarían. El legislador prevé un sistema de responsabilidad (conductas, sanciones y procedimientos) que vale la pena conocer y criticar, con miras a armonizarlo. Valga esta aproximación sumaria para esos efectos.

DERECHO DEL TRABAJO: DE LA REVOLUCIÓN A LA EVOLUCIÓN

Roberto COLÍN PIANA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derecho de la Revolución.* III. *Derecho de la revolución institucionalizada.* IV. *Derecho en evolución.*

I. INTRODUCCIÓN

En una retrospectiva histórica del devenir del siglo XX, pocas disciplinas jurídicas permiten, como en el caso del derecho del trabajo, realizar un análisis casi completo de la materia ya que, por lo menos en nuestro medio, las raíces directas de su formación no van mucho más lejos de los inicios de ese siglo. En todo caso, la situación socioeconómica impuesta por el liberalismo del siglo XIX y los desajustes de la tradicional pirámide social, motivados por la tardía revolución industrial ocurrida en nuestro país, sirven para explicar en alguna medida, las causas que hicieron propicia la aparición de las ideas y los reclamos que en su momento se plasmarían en los ordenamientos legales que dan forma al derecho laboral.

En todo caso, resulta poco trascendente, si se quiere conocer y entender la naturaleza y estructura de esta rama del derecho, el remontarse a las regulaciones estrictamente civilistas que existieron hasta antes de la gesta revolucionaria de la segunda década del siglo que nos ocupa. Ni las disposiciones del Derecho Romano que regulaban la prestación del trabajo personal por los individuos libres (*locatio conductio operis*), ni las leyes u ordenanzas que se aplicaron durante el periodo colonial o incluso las magras disposiciones que al respecto se incluyeron en nuestros códigos civiles de 1870 y 1884, no nos pueden dar otra idea que no sea la de considerar a la relación entablada entre un patrón y un trabajador como una simple prestación de servicios personales entre particulares o incluso como un

arrendamiento de mano de obra que desde la perspectiva del derecho civil se nutre de la idea central de la autonomía de la voluntad de los contratantes y con ello se llega necesariamente a un tratamiento igualitario hacia aquellos, sin atender a las condiciones peculiares de natural desigualdad que se dan en este tipo de relación, mayormente acentuado en la época a la que nos referimos.

No obstante, el siglo XIX dejaría sembrada la semilla que permitiría el surgimiento, primero de las ideas que, después se traducirían en normas que van a dar forma al derecho del trabajo, como lo conocemos en nuestro medio.

No deja de ser interesante el apreciar que los antecedentes ideológicos que van a servir de sustento a nuestros pensadores prerrevolucionarios para plasmar las inquietudes de la clase trabajadora, se obtienen de dos fuentes que, dentro del espectro filosófico-político, ocupan posiciones no sólo distantes sino en varios aspectos, incluso antagónicas.

Los socialistas como Marx y Engels, con su planteamiento básico de la plusvalía, considerada como aquella porción de la ganancia obtenida por el capitalista, que se obtiene por el esfuerzo aplicado por los trabajadores en la producción de los bienes comercializables y que no es retribuido por medio del escueto salario, abren la posibilidad para el manejo de un nuevo concepto complementario que tiende a restituir ese valor agregado (diríamos ahora), a favor del obrero que representa la plusvalía y que es la que conocemos como la prestación. La idea de cubrir un día de descanso semanal remunerado, vacaciones igualmente remuneradas, reparación de los daños físicos ocurridos con motivo de los riesgos laborales y varios otros conceptos, surgen precisamente de esta idea de justicia social, que tiende a lograr una mejor distribución de las ganancias obtenidas en la actividad económica y que, desde luego, para el liberalismo imperante en la época, resultaba no sólo inviable sino incluso agresivo o desestabilizante.

En el otro extremo, y seguramente, no como una reacción pero sí como una distinta visualización del mismo problema, la Iglesia Católica, especialmente a través de la célebre encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII (1891), intenta abordar desde la óptica de la Doctrina Social Cristiana, el hecho evidente de la desigualdad creciente entre propietarios y jornaleros.

En esta encíclica se manejan conceptos realmente innovadores como son: la fijación de los salarios o jornales, atendiendo al deber de los trabajadores de sufragar los gastos necesarios para el mantenimiento de sus familias; el establecimiento del descanso semanal o hebdomadario, no sólo

con el propósito de reparar las fuerzas sino para cumplir los deberes religiosos y aun para propiciar la convivencia familiar; la protección al trabajo de las mujeres y la prohibición del trabajo infantil, en atención a sus peculiares condiciones naturales y de desarrollo, así como algunas otras ideas que, con ciertos ajustes o matices, pero conservando el principio esencial, van a aparecer tanto en los idearios políticos prerrevolucionarios, como incluso en el contenido del que será en su momento la piedra angular del derecho laboral mexicano, esto es, el artículo 123 constitucional.

Cabe destacar también que, en la encíclica que se comenta, se vislumbra la idea de la formación de sociedades de socorros mutuos, con el propósito de proteger a los trabajadores y, en su caso, a sus hijos o a sus viudas por causa de los accidentes y enfermedades acontecidos con motivo del trabajo, lo que inspirará a la creación, mucho más adelante, del Seguro Social.

II. DERECHO DE LA REVOLUCIÓN

Desde luego, corresponde al grupo maderista, encabezado para estos efectos por los hermanos Ricardo y Jesús Flores Magón, ser el encargado de sentar las bases para conformar el catálogo de reclamos sociales que inspirarán en alguna medida el movimiento revolucionario (sin menoscabo de los postulados de índole estrictamente político), planteamientos que van a quedar plasmados en el documento que conocemos como "Plan de San Luis" (1910) y que incluyen conceptos como el del salario mínimo, la jornada máxima, la prohibición del trabajo infantil, etc.

Aún antes de la aparición formal del mencionado "Plan de San Luis", ya se empezaban a manejar algunos conceptos que tendían a dar una mayor seguridad a los trabajadores, sobre todo en relación con su situación personal frente a los accidentes y enfermedades de trabajo de los que eran víctimas en algunas industrias. No es, desde luego, casual el hecho de que los primeros movimientos sociales de rebeldía o de protesta que registra nuestra historia, se hayan dado en aquellas industrias que mayor desarrollo habían alcanzado en los albores del siglo XX, como son la minería y la textil. Las llamadas huelgas o intentos de huelga de Cananea, Son., (1906) y Río Blanco, Ver., (1907) son resultado precisamente, de las precarias condiciones de seguridad y de salud en que se desarrollaban las labores cotidianas en esas empresas que, por otra parte, se insertaban en dos de las actividades económicas de mayor relevancia en esa época.

Tal vez, como una primer respuesta al creciente descontento originado por la falta de garantías de los obreros, que veían seriamente mermada su salud en el desempeño de sus labores o incluso de sus familias, cuyo desamparo acontecía cuando perdían la vida los propios trabajadores, por un riesgo de trabajo, empezaron a surgir algunas disposiciones legislativas como por ejemplo: la Ley sobre Accidentes de Trabajo del Estado de México, promulgada en 1904 bajo el auspicio del entonces gobernador, general Vicente Villada o la de 1906 en Nuevo León, más completa que la anterior y bajo el patrocinio político del general Bernardo Reyes.

Estas disposiciones legales se insertan ya dentro de lo que podríamos denominar como leyes prerrevolucionarias, dado que van a servir como antecedente y guía del cambio que prevalecerá a partir de la Revolución.

Desde luego, el punto culminante de la transformación jurídico-política y que sirve para marcar el nacimiento formal del derecho del trabajo en nuestro país, se alcanza con la Constitución de 1917 y, dentro de esto, con la redacción del artículo 123. Sin pretender ahondar en la génesis y las vicisitudes que rodearon la inserción de este precepto en la Carta Magna, simplemente debemos decir que la enorme importancia que en lo jurídico y en lo social representa su contenido, radica en el reconocimiento, por primera vez y antes que en otros lugares presuntamente más desarrollados en sus sistemas legislativos, de la idea de la natural y evidente desigualdad entre patrones y trabajadores, que obliga a un tratamiento diferenciado frente a la ley, de unos respecto de los otros.

Tanto el reconocimiento de derechos mínimos a favor de los operarios, como su consiguiente protección legal, constituyen un imperativo de justicia social que encuentra una inobjetable justificación, no sólo en función de las condiciones sociales imperantes en la época revolucionaria, sino que incluso se mantiene vigente aún en nuestros días. No es el principio tutelar del derecho laboral lo que pudiese resultar objetable al paso del tiempo sino, como se verá mas adelante, la politización y la tergiversación que se ha venido dando de ese principio rector.

El catálogo de derechos y protecciones que conforma el artículo 123 constitucional a favor de los obreros, representa, por una parte, la síntesis de las exigencias de esa clase social que por mucho tiempo habían sido diferidas, si no es que abiertamente ignoradas pero, por otra parte, constituye el mandato legal para el Estado a efecto que intervenga, de forma directa en la salvaguarda de esos derechos, convertidos ya en garantía constitucional. La función jurisdiccional cambia diametralmente en esta mate-

ria, pues pasa de ser un medio para el cumplimiento forzoso de las obligaciones recíprocamente contratadas (sobre la base del principio de derecho civil de la autonomía de la voluntad de los contratantes), para convertirse en un medio de tutela de derechos adquiridos e irrenunciables en favor de los trabajadores.

No obstante, esta visión de la función jurisdiccional no fue un resultado directo e inmediato de la redacción del artículo 123 en nuestra carta magna. La falta de una legislación reglamentaria del precepto constitucional, en los primeros años a partir de su promulgación, aunado al hecho de la reticencia del Poder Judicial para aplicar en toda su extensión la nueva ideología jurídica "revolucionaria" (piénsese que el Poder Judicial fue el único de los tres poderes que no sufrió una renovación de sus miembros con motivo de la lucha armada), fueron causas suficientes para que los inicios del desarrollo del derecho del trabajo en México se presentasen con una serie de objeciones y cuestionamientos de difícil solución.

Baste como ejemplo de lo anterior el señalar la reacción inicial de la Suprema Corte de Justicia, respecto de la creación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje como tribunales de jurisdicción especializada, cuyo objetivo político-social era sacar del ámbito de competencia del Poder Judicial la aplicación de la legislación sobre el trabajo, evidentemente por la razón expresada en el párrafo que antecede, pero ante lo cual, la respuesta de este poder, a través de su más alta instancia, no se hizo esperar: la corte pronunció una conocida ejecutoria en el caso Guillermo Cabrera, el 8 de marzo de 1918, en la que sostuvo el criterio de que las Juntas de Conciliación y Arbitraje sólo podían intervenir en los conflictos obrero-patronales cuando se tratase de establecer la responsabilidad proveniente del cumplimiento de los contratos de trabajo, pero siempre que dichos contratos se encontrasen vigentes, esto es, que de un "plumazo" negaba competencia a dichas Juntas para intervenir en casos de despidos o rescisiones en general de cualquier tipo, reservando esos conflictos a la decisión de los tribunales ordinarios civiles, con lo cual dejaba únicamente expedita la intervención de las Juntas en asuntos tales como la solución de huelgas, paros y otros tipos de "represalias" (según la terminología adoptada en la ejecutoria), pero en los cuales las relaciones laborales conservaban su vigencia.

Esto, desde luego, restringía notablemente las posibilidades de actuación y sobre todo de imperio para las Juntas de Conciliación y Arbitraje, quedando únicamente referidas a los conflictos de tipo colectivo, que sin desmerecer su importancia, representaban en cuanto a su número, una can-

tividad ínfima respecto del total de conflictos obrero-patronales que podían presentarse.

No fue sino hasta el año de 1924, cuando la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, modificó diametralmente su criterio en la ejecutoria "La Corona", reconociendo con toda amplitud la competencia de las Juntas para intervenir jurisdiccionalmente en todos los casos de controversia laboral, sean de carácter individual como colectivo, cediendo, desde luego, a la presión que particularmente, desde el Poder Ejecutivo se ejerció para lograr la plena aplicación de las ideas plasmadas por el Constituyente de 1917, respecto de la creación de los tribunales laborales en nuestro país.

Durante la década de los años veinte y todavía dentro del periodo de consolidación de las estructuras políticas y jurídicas emanadas de la Revolución, el naciente derecho del trabajo tuvo que afrontar aún otra problemática. Habiendo quedado como una facultad de las entidades federativas el legislar en su fuero interno para reglamentar el precepto constitucional base, esto propició la promulgación de diversas leyes de trabajo que, aun cuando fuesen similares en su esencia por partir del mismo principio, presentaban matices de alcance o interpretación distinta, de tal suerte que la falta de uniformidad trajo como consecuencia un considerable grado de inseguridad jurídica ya que, tanto patronos como trabajadores, especialmente estos últimos a través de sus sindicatos, buscaban la aplicación de las normas que les pudieran ser más benéficas, forzando las competencias territoriales o tratando de que las autoridades locales ajustasen sus criterios a los que se iban adoptando en otros estados.

Esta situación se vino atemperando paulatinamente, pero por razones más políticas que jurídicas. Primeramente durante los años de 1926 y 1927, la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, envió instrucciones a los gobiernos de los estados, dándoles aviso de que intervendría directamente en conflictos labores de determinadas ramas industriales, consideradas de interés nacional (ferrocarriles, petróleo, minas, hilados y tejidos, textil), disposición que se vio reforzada mediante el decreto de fecha 17 de septiembre de 1927, que creó la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, por parte del presidente Plutarco Elías Calles, precisamente para que este tribunal fuese el encargado de resolver los conflictos obrero-patronales relacionados con esas ramas industriales y aun otras que se fueron agregando, además, respecto de conflictos de empresas que actuasen mediante contrato o concesión federal, que realizasen actividades en zonas federales y en dos o más entidades federativas.

Debe señalarse la inconstitucionalidad de este decreto, ya que el presidente de la república carecía o carece de facultades para ir en contra de lo preceptuado, tanto por el artículo 123, como por el 73 (*a contrario sensu*), ambos constitucionales, que otorgaban a las entidades federativas la facultad de legislar y aplicar la ley en materia de trabajo.

El segundo paso, ya más jurídico, se dio en 1929, cuando a instancia del entonces presidente Emilio Portes Gil se modificaron los artículos mencionados en el párrafo que antecede y desde entonces es facultad exclusiva del Congreso de la Unión el legislar en materia de trabajo, con lo cual se evitaron los inconvenientes derivados de la pluralidad de leyes locales a que nos hemos referido.

Esto último coincide temporalmente con la época en que las figuras e instituciones políticas emanadas de la Revolución adquieren la estabilidad y el arraigo suficientes como para iniciar una nueva época en el devenir histórico del país, en otras palabras, cuando finalmente la Revolución se bajó del caballo y se instaló en una oficina.

III. DERECHO DE LA REVOLUCIÓN INSTITUCIONALIZADA

Durante los periodos presidenciales del Lic. Emilio Portes Gil y el Ing. Pascual Ortiz Rubio, aunque cortos en extensión temporal, la estabilidad política y social (sólo opacada por actos aislados, como el atentado sufrido por el segundo que propició su dimisión) fue favorable para encarar una serie de reformas legislativas, dentro de las cuales se inserta la aparición de la primera Ley Federal del Trabajo, en 1931.

Esta Ley, reglamentaria del artículo 123 constitucional, vino a cerrar la etapa de incertidumbre legal y de gestación del derecho del trabajo en México, proporcionando la certeza suficiente, tanto a patronos como a trabajadores, sobre las reglas del juego para el manejo de las relaciones laborales.

Aun cuando a la distancia pudiésemos juzgar a esta Ley de 1931 como un instrumento tal vez incompleto en algunos aspectos, perfectible en otros y que no acababa, sobre todo en su parte procesal, de desprenderse del todo del derecho procesal civil, tuvo la enorme virtud de ser un importante medio para encauzar el crecimiento industrial del país que desde los años treinta, pero especialmente en los cuarenta, se vivió en México, motivado, claro, por varios factores externos como la guerra en Europa, pero sin duda también por la gran oportunidad de inversión que significaba la estabilidad lograda tras los primeros años posrevolucionarios.

En este orden de ideas debe hacerse especial mención del papel jugado por el sindicalismo en estos años, tras el incuestionable hecho de haber sido México el primer país en incluir dentro de su Constitución Política la garantía de la libertad de asociación profesional y concretamente de sindicalización (Fracción XVI, actualmente del apartado "A" del artículo 123). A partir de los gobiernos de los generales Álvaro Obregón y Plutarco Elías Calles, surgió el evidente interés del Estado por ejercer un cercano control sobre el establecimiento y crecimiento del llamado "Movimiento Obrero", tanto así que incluso quien aparecía como cabeza visible en aquellos años de este movimiento, Luis N. Morones, llegó incluso a ocupar la titularidad de la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, proyectado a ella desde su cargo de líder de la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM).

La estrecha relación entre Calles y Morones permitió ejercer, desde la cúpula del Poder Ejecutivo, una acción decidida sobre los otros dos poderes, que se tradujo en las reformas legislativas y los criterios jurisprudenciales a los que anteriormente nos hemos referido, influencia que abarcó no solamente el periodo presidencial de Calles, sino que se extendió durante el llamado "Maximato", y no fue sino hasta que el general Lázaro Cárdenas tomó las riendas del poder, en el más amplio sentido de la expresión —esto es, no sólo como Presidente de la República sino incluso sacudiéndose la presencia del Jefe máximo de la Revolución, Plutarco Elías Calles—, que por vía de consecuencia cesó la influencia sindical de Luis N. Morones, acompañándolo incluso al exilio en 1935.

Resulta importante destacar el papel que jugaron a mediados de la década de los treinta varios sindicatos formalmente independientes, que alcanzaron notoriedad no sólo por su labor combativa sino por la influencia política que adquirieron, como son el de telefonistas, el de electricistas y particularmente el de petroleros. Según la opinión del historiador Enrique Krauze —en el volumen dedicado al general Cárdenas de su obra "Biografía del Poder"—,¹ la inusitada actividad sindical y huelguística desatada durante los años de 1934 y 1935 por tales organizaciones sindicales, y aun otras, fue una situación más que tolerada, incluso auspiciada y sobre todo aprovechada, por el nuevo régimen de Cárdenas, para poner en evidencia el alejamiento del general Calles y de su incondicional amigo Luis N. Morones

¹ KRAUZE, Enrique, *Biografía del poder*, t. 8, Lázaro Cárdenas, pp. 95 a 97, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

de las causas del movimiento obrero y propiciar su debacle; además, se buscaba retomar, y con nuevas caras, el control estatal respecto de las organizaciones obreras.

Para esto último se presentaba un importante escollo. A la salida de la escena político-sindical de Morones, la figura que se presentaba como la más representativa para tomar la estafeta era la del Lic. Vicente Lombardo Tolezano, quien dirigía la Confederación General de Obreros y Campesinos de México, no sólo por su preparación personal sino por el evidente arrastre popular que demostró. Sin embargo, por otra parte, representaba un grave riesgo para los intereses del gobierno por su clara orientación comunista, lo que lo hacía inviable para aglutinar a las fuerzas sindicales y, sobre todo, para investirlo del poder político que esto traería como consecuencia.

Fue así que hubo necesidad de voltear a ver a otra organización sindical que también adquiriría un notable ascenso en esa época, la Federación de Trabajadores del Distrito Federal, capitaneada por los entonces llamados "Cinco Lobitos": Fernando Amilpa, Jesús Yurén, Luis Quintero, Alfonso Sánchez Madariaga y Fidel Velázquez. Aun cuando correspondió a Amilpa ser el primero en sacar la cabeza en este grupo, el gobierno cardenista encontró en Fidel Velázquez al candidato idóneo para la realización de su proyecto unificador del movimiento sindical, por lo que, al impulsar el crecimiento de esta organización hasta alcanzar una presencia nacional ya como Confederación de Trabajadores de México (CTM), propició al mismo tiempo los amarres internos para asegurar el liderazgo de Fidel Velázquez hasta convertirse, con el correr de los años, en símbolo del "Movimiento Obrero Organizado".

De gran importancia para el logro de lo anterior fue la incorporación a la CTM de los sindicatos gremiales más fuertes, lo que ocurrió a partir de 1936, con lo cual el número de afiliados a esta central se incrementó, de unos 200,000 con los que se constituyó, a más de un millón.

No obstante, durante todo el régimen cardenista continuaron las presiones y los acomodos internos; buena parte de la lucha por el control interno se dio entre los dirigentes moderados o progobiernistas y los de orientación comunista. En más de una ocasión hubo de intervenir el aparato estatal para reforzar la acción de los primeros, sobre todo para asegurar el acatamiento de las decisiones que se tomaban en el Comité Ejecutivo nacional de la Confederación (o en otras palabras, por Fidel Velázquez) por parte de todas las agrupaciones integrantes, lo cual representaba una condición necesaria para el proyecto unificador de Cárdenas.

El éxito de estas acciones se mostró palpablemente en la respuesta del Sindicato de Petroleros cuando apoyaron decididamente la expropiación petrolera de 1938.

Sin embargo, la consumación del contubernio entre la CTM y el gobierno se presentó cuando esta central obrera se incorporó formalmente al Partido Nacional Revolucionario (posteriormente Partido Revolucionario Institucional), y desempeñó un importante papel de catalizador de las tensiones sociales, como fue el caso de la sucesión presidencial de 1940 cuando apoyaron la candidatura del general Manuel Ávila Camacho, en un acto de disciplina partidaria que caracterizaría a Fidel Velázquez durante los muchísimos años de su gestión.

Desde luego, esa disciplina se vio y se ha visto recompensada con la concesión de posiciones políticas destacadas a favor de los dirigentes de la CTM.

Cabe también destacar que con el correr de los años aparecieron otras centrales o confederaciones de obreros y de campesinos que vinieron a restar cierta preeminencia a la CTM (la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos, CROC, la Confederación Obrera Revolucionaria, COR, y otras), así como sindicatos llamados independientes, como los de las universidades, de líneas aéreas y otros más, razón por la cual hubo necesidad de emprender un nuevo esfuerzo unificador que dio como resultado la aparición del Congreso del Trabajo, en el cual se ha pretendido aglutinar a todas las organizaciones obreras del país, sin embargo aun esta superestructura no logró evadir la tentación del poder político, por lo que, finalmente, también ha quedado inscrita dentro del esquema o influencia del sistema de gobierno.

Los sindicatos realmente independientes que no participan de esta organización tienen una influencia tan limitada o localizada que no atentan contra la orientación y los intereses del que se conoce como movimiento obrero organizado.

No obstante, es notable la evolución, sobre todo en los últimos años, de la conciencia política de los trabajadores, de tal suerte que el llamado "voto corporativo", es decir, el voto masivo de los obreros por el o los candidatos sugeridos por sus líderes, cada vez tiene un menor peso y esto ha provocado un reacomodo de las cuotas de poder, sobre todo en el partido gobernante, que abre una interesante perspectiva hacia el futuro inmediato.

De todo lo antes expuesto se advierte con claridad que durante todo este periodo de tiempo que hemos considerado como de la Revolución Institu-

cionalizada (desde los años treinta hasta los setenta y un poco más), el derecho del trabajo ha mantenido una difícil y poco clara diferenciación con respecto a la política, de tal suerte que, independientemente de la relativa estabilidad legislativa —con sólo dos leyes y una Reforma Procesal en este tiempo—, la orientación general tanto de interpretación como de aplicación de dicho cuerpo legal se ha visto directamente influenciada por los criterios e intereses políticos de los grupos en el poder, tanto así que los detractores de esta disciplina jurídica han sostenido su pretendida precaria juridicidad por la intromisión práctica de las políticas de Estado en su conformación.

No es propósito de este trabajo el efectuar una apología de las virtudes jurídicas del derecho del trabajo en nuestro país, pues ya distinguidos maestros se han encargado satisfactoriamente de ello, pero si, dentro de la visión retrospectiva que abordamos, debemos resaltar que a pesar de ese notorio "maridaje" entablado entre la política y el derecho laboral, del aprovechamiento para fines partidistas o electorales de varias de sus instituciones, como en el caso del corporativismo sindical, aun así esta disciplina legal ha venido ganando un espacio de atención creciente no sólo entre los estudiosos o profesionales del derecho sino incluso entre la sociedad en general, pues es evidente que de una u otra forma toda la población económicamente activa se encuentra vinculada a sus disposiciones, de tal suerte que la mayor o menor incidencia de conflictos laborales se halla íntimamente conectada con la estabilidad política y social que con sus altibajos ha presentado el país.

El periodo que hoy conocemos como "época de crisis", iniciado desde los años ochenta y que se refleja sobre todo en la economía nacional y particularmente en la economía de la enorme mayoría de las familias, ha propiciado el replanteamiento de muchas estructuras tanto políticas como sociales e incluso legales, pues existe la conciencia de que las instituciones que en su momento emanaron de la Revolución ya no están acordes con el momento histórico que se vive en el ocaso del siglo XX y menos aún de cara a los requerimientos y retos que plantea el que se inicia, de tal suerte que la imaginación, el deseo de progreso y la voluntad de cambio se encuentran hoy día en juego para encontrar la mejor forma de hacer más eficiente el quehacer común de todos los mexicanos, depurar las estructuras de poder y acceder a una mayor justicia social.

De todo esto, no puede ser ajeno el derecho del trabajo, antes bien, ha sido una de las ramas jurídicas que desde los años ochenta han reclamado

con mayor insistencia una urgente revisión y actualización legislativa, la cual no ha sido posible lograr, nuevamente más por intereses políticos que jurídicos, pero lo cual nos da pie para abordar la siguiente parte.

IV. DERECHO EN EVOLUCIÓN

No puede desde luego desconocerse el desarrollo del derecho laboral, desde sus inicios en los albores del siglo XX hasta nuestros días; la creciente incorporación de beneficios y protecciones a favor de los obreros, tanto en lo referente a prestaciones no contempladas en el texto constitucional original, tales como el derecho de habitación, la participación en las utilidades, la seguridad social y el derecho a la capacitación, entre otros, así como la mejoría y el mayor acceso a la impartición de justicia, son elementos que nos hablan de una permanente preocupación por dar respuesta a las crecientes demandas de la clase trabajadora, pero también de la necesidad de seguridad jurídica que reclama la clase patronal.

Sin embargo, no debe perderse de vista que en muchas ocasiones, tal y como lo señalamos, la *ratio legis* que ha inspirado varias de las disposiciones legales contenidas en la Ley Federal del Trabajo, responde más a una intención paternalista cuando no demagógica del Estado en detrimento de una mejor situación de equilibrio y responsabilidad compartida entre los factores de la producción.

Independientemente de sus innegables virtudes, nuestra legislación positiva en esta materia se ha convertido en buena medida en un instrumento legal que protege y por tanto fomenta la actitud de ineficiencia e incluso de irresponsabilidad de algunos trabajadores (los menos por cierto) y, en contraposición, no promueve ni alienta el desempeño de los trabajadores cumplidos.

Si analizamos algunas de las disposiciones del texto actual de la ley saltarán a la vista tales inequidades y a manera de ejemplo podemos mencionar algunas de ellas: en materia de contratación se adopta el principio de la estabilidad en el empleo y se reconoce como regla general la duración por tiempo indefinido o de planta de las relaciones laborales y sólo por excepción y en casos muy concretos se permite la duración por tiempo fijo o para obra determinada; sin embargo, estos casos de excepción resultan ser en la práctica cotidiana tan estrechos o de tan difícil comprobación que lo que ha motivado es la imposibilidad de abatimiento del desempleo e indirectamente el crecimiento de la economía informal, o en otros muchos

casos, el que las empresas se coloquen en un terreno de ilegalidad al forzar la contratación eventual de maneras a veces hasta risibles, como sucede con los famosos contratos por 28 días que sólo funcionan gracias al desconocimiento de los obreros respecto de sus derechos.

Otra situación verdaderamente deleznable es la que obliga al patrón a comunicar por escrito a su trabajador las causas de su despido, y no es que esto resulte censurable, sino que se establece que la falta de notificación directa y personal al empleado de esta carta de despido trae como consecuencia ineludible la injustificación legal de este acto con las consecuencias indemnizatorias correspondientes, es decir, que resulta más importante el cumplimiento de una obligación formal (el acto de la notificación en la forma establecida) que las causas de fondo que pudieran motivar o justificar el despido, llegándose a absurdos tales como sería el hecho de que un trabajador que hubiese atentado contra la vida de su patrón y huyese no podría ser despedido justificadamente por ello al no haber posibilidad material de entregarle y que recibiera la carta de despido.

La prima de antigüedad, prestación creada por la Ley de 1970 y que se basó en las conquistas sindicales introducidas en varios importantes contratos colectivos de trabajo, responde a un principio de innegable justicia social: reconocer la permanencia y fidelidad de los obreros en sus fuentes de trabajo, sin embargo, se coarta su libertad individual cuando se exige que en caso de su separación voluntaria tenga por lo menos quince años de servicios computados. Parece ser que la razón que motivó esta limitante fue tratar de evitar una mayor volatilidad en las relaciones laborales compeliendo a los trabajadores por este medio a conservar sus empleos; sin embargo, si ésta fuera la causa en la actualidad ya no se justifica cuando existen instrumentos como el ahorro para el retiro, a cuyo fondo podría aplicarse esta prestación en cualquier caso de separación del empleo y estar sujeta, en cuanto a su disponibilidad, a los amarres establecidos respecto de dicho fondo.

Por otra parte y a pesar de los pactos o convenios tripartitos que se han celebrado durante las dos últimas décadas, en particular el llamado Acuerdo Nacional para la Elevación de la Productividad y la Calidad (1992), nuestra Ley Federal del Trabajo sigue careciendo de disposiciones que establezcan y regulen la creación de comisiones mixtas de productividad en las empresas, las cuales prevean y controlen el otorgamiento de incentivos de producción para los trabajadores, lo que elevaría el interés por el esfuerzo personal cotidiano y no, como sucede actualmente en la gran mayoría de

los casos, que el aliciente de mejoría salarial sólo se dé cada año. Esto desde luego redundaría en un incremento real de la productividad, de la que tanto adolecemos.

Finalmente, y aun cuando este punto ameritaría por sí mismo un estudio particular al respecto, en su parte procesal, la Ley en comento contiene un buen número de artículos que no sólo chocan con los principios de la Teoría General del Procedimiento, lo que pudiera resultar en muchos casos justificable por su orientación esencialmente proteccionista (como sucede con los principios procesales de suplencia de la queja, el de carga de la prueba o el de impulso del procedimiento), sino que incluso contradicen la idea central contenida en su artículo 2o., que reza: "Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones".

No puede pensarse en un equilibrio ni en justicia, cuando se niega al patrón la posibilidad de reclamar jurisdiccionalmente el cumplimiento cabal de las obligaciones laborales contratadas con sus trabajadores y por las cuales cubre un salario en contraprestación, pues tales incumplimientos, según el texto legal, sólo pueden dar lugar a una posible responsabilidad civil pero no a su cumplimiento forzoso (artículo 32), o bien, cuando nuevamente se niega acción a la parte patronal para pedir la calificación legal de un movimiento de huelga, y queda al capricho de la representación sindical la intervención jurisdiccional de la Junta para dilucidar la responsabilidad de la huelga.

El derecho mexicano del trabajo, por tanto, debe evolucionar en la búsqueda de una mayor eficiencia en el manejo de las relaciones laborales, respetar y tutelar los derechos que a lo largo de este camino han permitido dotar a los trabajadores de un estatus de seguridad jurídica tanto en sus actividades como en sus personas, perfectible desde luego, pero esencialmente justo; y al mismo tiempo fijar con claridad las consecuencias lógicas ante el incumplimiento de las obligaciones recíprocas, especialmente respecto de los obreros, sin el paternalismo demagógico ni la velada complicidad con la que muchas veces han actuado las autoridades tanto administrativas como jurisdiccionales en la aplicación de la ley.

El salario constituye un concepto de capital importancia para la búsqueda de la justicia social. Sin embargo, a pesar de los altos ideales que se contienen en las definiciones legales de salario mínimo y salario remunerador (artículos 90 y 85 de la Ley Federal del Trabajo), la práctica cotidiana, en especial la de las últimas dos décadas, ha puesto de manifiesto la inoperancia

de la fijación anual (o bianual como antes sucedía) de los salarios, al atender sólo a un criterio unificador e indiscriminado. Esto es, aplicar un incremento fijo en los sueldos tanto a nivel general, como en el caso de los salarios mínimos, y aun dentro de los propios centros de trabajo en forma particular, propicia un desinterés en la autosuperación de los trabajadores, además de quedar sujetos al deterioro del poder adquisitivo que por causa de la inflación y otros factores repercuten en el decremento del nivel de vida.

El criterio de productividad debe ser el elemento definitorio para la valuación del salario, no sólo porque responde a una realidad más clara en el equilibrio de la relación obrero-patronal: a mayor productividad y por tanto mayor generación de riqueza, la distribución equitativa de la misma debe beneficiar a quienes participaron en su creación, en su justa proporción y en su real medida; ello permite, además, compensar de manera cotidiana el esfuerzo y el deseo de superación de operarios o empleados, de tal suerte que cada uno pueda tener conciencia de que el mejor desempeño de sus labores se traducirá en un beneficio económico directo, personal e inmediato, y esto traerá como efecto adicional el que los trabajadores que no rindan en un estándar productivo vean de manera palpable la desventaja de su conducta, tal vez conformista o irresponsable, e incluso existan parámetros para sancionar su falta de compromiso en el esfuerzo productivo.

Otro aspecto que se debate actualmente y que representa un punto a considerar para la posible evolución de nuestra Ley se relaciona con la mayor flexibilización en la contratación de trabajadores, al establecer tal vez plazos de prueba razonables dentro de los cuales se pueda conocer la real aptitud de éstos para desempeñar los puestos para los cuales se contratan; permitir la fijación de plazos determinados en la duración de ciertos contratos, de común acuerdo entre las partes y cuidar desde luego el no caer en abusos, simulaciones o explotación de las necesidades imperiosas de los obreros, pero tampoco restringir tan severamente como ahora la eventualidad en la duración de la relación laboral, ya que esto traería como consecuencia una mayor generación de empleos temporales que abatiría el desempleo tanto abierto como velado; incluso, quizá pudiera reimplantarse el contrato de aprendizaje, existente hasta antes de la Ley de 1970 pero sujeto a los planes de capacitación y adiestramiento que actualmente son obligatorios en las empresas y fijando límites a su duración.

Desde luego, estas son algunas de las muchas ideas que se han aportado para mejorar y sobre todo actualizar, con base en los requerimientos que

hoy en día presenta la planta productiva, las disposiciones legales que rigen esta materia, todo ello dentro del concepto de una nueva cultura laboral, que ha empezado a manejarse de unos años a la fecha.

En esencia, esta nueva cultura no es otra cosa más que tomar o hacer conciencia de la responsabilidad que pesa en cada uno de los actores del mundo laboral, en cada uno de los factores de la producción: por una parte, los trabajadores sabiendo que su mejor garantía de permanencia y superación en sus empleos no es el paternalismo de la autoridad sino la calidad de su trabajo y la honestidad en el esfuerzo; por otra, los empleadores tomando la decisión de transformarse de meros patrones en auténticos empresarios; y, finalmente, las autoridades absteniéndose de caer en la tentación de utilizar la complejidad de las relaciones obrero-patronales para alentar demagogias, justificar acciones autoritarias u obtener beneficios electorales.

De esta manera el siglo XXI puede y debe ser el tiempo para la cristalización de los ideales de los precursores, de la auténtica aplicación de las normas jurídicas diseñadas por doctrinarios, legisladores y juzgadores, para dar pasos más firmes en la consecución del valor central que anima y justifica a todo el derecho del trabajo y a todos los que desempeñan cualquier papel dentro de su ámbito: la justicia social.

EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

HACIA UN NUEVO DISCURSO PATRIMONIAL

Martín DÍAZ Y DÍAZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Mundialización del sistema de mercado*. A. *Los límites necesarios*. B. *Las disyuntivas frente al medio ambiente*. III. *La transcripción jurídica del tema*. A. *La clausura del sistema*. B. *Las relaciones con el mercado*. C. *La propiedad desde el mercado*. D. *La reducción de las disyuntivas*. IV. *El derecho de propiedad: ¿recomposición o descomposición?* A. *Insuficiencia de las soluciones patrimoniales clásicas*. B. *Redefinición técnica de la propiedad*. C. *Hacia un nuevo discurso patrimonial*. D. *Un llamado emergente a la cordura*. V. *El aprovechamiento de los elementos naturales en México: los bienes constitucionales*. A. *Perfiles del régimen patrimonial*. B. *La protección de los elementos naturales en el texto original*. C. *La evolución de la fórmula constitucional para regular los elementos naturales susceptibles de apropiación*. D. *El rumbo de la transición*. VI. *La regulación de los elementos naturales en particular*. A. *El régimen del agua*. B. *El régimen forestal*. C. *El régimen para el aprovechamiento pesquero*. D. *La regulación de la vida silvestre*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se propone como una revisión de las posibilidades que albergan los derechos patrimoniales de tipo clásico para convertirse en instrumentos eficientes de las estrategias por las que se realiza actualmente la conservación de los elementos que integran nuestro entorno natural.

La primera mitad del trabajo está dedicada a una valoración de carácter teórico, a partir de la cual se sopesan las propuestas europeas más recientes, y especialmente las de aquellos teóricos del patrimonio que consideran

a esta institución como un factor idóneo para la conservación de los bienes culturales y ambientales. Dentro de esa primera parte del trabajo, destaca la idea de la superposición de distintas franjas o capas regulatorias que se proyectan sobre un mismo bien o conjunto de bienes. La propiedad privada ya no abarca, como pudo hacerlo en el periodo moderno, la totalidad del espectro regulatorio que se despliega en torno a los bienes susceptibles de apropiación. Hoy, los derechos patrimoniales comparten su espacio normativo con las disposiciones que componen el régimen que regula la conservación.

El trabajo, en su primera mitad, deja ver el declive de las instituciones patrimoniales clásicas, las cuales se muestran poco pertinentes para brindar garantías a cualquier tipo de intereses extramercantiles. Por otra parte, se evidencia el reconocimiento de la inevitabilidad del mercado, fenómeno que obliga a repensar las estrategias públicas, las que, en adelante, difícilmente podrán prescindir de la acción envolvente que se desarrolla alrededor de los procesos de intercambio privado. El predominio mercantil, consustancial a las sociedades contemporáneas, evita el desplazamiento definitivo de las fórmulas patrimoniales típicas de la modernidad. Aunque las nuevas condiciones son, en muchos sentidos, antiestatistas, de todas formas permiten la recomposición de los órganos públicos, como verdaderos organizadores de mercados.

La segunda parte del ensayo contiene un análisis puntual y comparativo de las fórmulas de aprovechamiento de algunos recursos naturales en nuestro país. Allí se revisa la situación del agua, de los bosques, de la pesca y de los componentes orgánicos de la vida silvestre.

El contraste entre los dos cuerpos que integran el ensayo lleva a concluir que las fórmulas jurídicas vigentes en México brindan oportunidades privilegiadas para el desarrollo normativo de las estrategias de conservación, si bien en algunos casos los regímenes de aprovechamiento muestran rezagos e insuficiencias.

El mecanismo categorial del análisis es en realidad muy sencillo: se parte de la idea de la dualidad elemental, que se establece entre el derecho patrimonial básico que envuelve los derechos de aprovechamiento, y la banda o franja jurídica en la que se construye el régimen tutelar de los elementos naturales, a la que aquí se le denomina franja de la conservación.

El predominio de la línea de los derechos patrimoniales básicos conlleva el debilitamiento correlativo de la banda normativa que regula la conservación; viceversa, la posición hegemónica de la franja relativa a la conser-

vación implica la relativización, de la capa de los derechos básicos. La situación dialéctica que atraviesa la dualidad que se entabla entre el interés individual por el disfrute y el interés social por la conservación, conduce a diseños de balance muy diverso, según muestra el análisis casuístico que se efectúa en la segunda parte del presente ensayo.

La relación entre los extremos ambiguos del disfrute y la conservación no se agota en la simple proporcionalidad inversa, sino que implica también un proceso en el que un extremo intenta subordinar al otro, no eliminándolo de plano, sino sólo funcionalizándolo en el sentido de su propia lógica.

A nivel de los derechos patrimoniales básicos prepondera una visión subjetivista y estática que privilegia los atributos de la titularidad; en cambio, a nivel de la conservación, prevalece un enfoque objetivista y dinámico que pretende reconocer y mantener el valor ecosistémico de los elementos naturales. Para poder atestiguar la forma en que se balancean en la práctica social los polos aquí apuntados, será conveniente que el lector nos acompañe en la experiencia del presente análisis.

II. MUNDIALIZACIÓN DEL SISTEMA DE MERCADO

A. Los límites necesarios

La severa crisis que sacudió en un pasado todavía reciente a los países europeos del este en los que se desarrolló el socialismo real, despejó abruptamente el horizonte para la mundialización definitiva del sistema de mercado. Esto, sin embargo, no significa, bajo ninguna circunstancia, que los problemas estructurales del capitalismo y las insuficiencias de sus procesos de legitimación hayan sido saldadas. Por el contrario, hoy más que nunca se agudizan algunos de los efectos perniciosos que genera la ambivalencia de este modelo económico bajo el que se organiza la rentabilidad contemporánea.

Fenómenos como el refinamiento de la alta tecnología, la reducción de los costos de transporte y, naturalmente, la liberalización del comercio, parecen sumarse como argumentos a la afirmación de que el mundo actual se encuentra integralmente inmerso en la atmósfera de un mercado ingente, que abarca y redefine los espacios políticos, sociales y culturales, a partir de las macrovariables de la inversión y de la competencia.

La globalización puede ser calificada como el último eslabón de la cadena económica que se inicia con la revolución industrial. Paradójicamente,

la mundialización del intercambio implica la sustitución de la producción y del consumo de mercancías como factores hegemónicos en la generación de capital; hoy, la especulación financiera se ha entronizado como la actividad económica de mayores rendimientos y alcances comunicativos. La representación simbólica del dinero ofrece un medio idóneo para la autonomización de la actividad económica y para la subordinación de las otras funciones sociales a la lógica del intercambio.

Una de las cuestiones no resueltas del modelo de desarrollo económico que rige a nivel mundial radica, precisamente, en el grado de agresividad que sus actividades representan para los componentes no humanos de la naturaleza. Sin dramatizar las expresiones, es evidente que la depredación del entorno natural, debida a los excesos en el consumo y a los vertimientos incontrolables cuestiona la suficiencia de sus elementos constitutivos para seguir siendo utilizados indefinidamente como insumos del proceso productivo. La revaluación del carácter finito de la naturaleza fuerza a una nueva forma de cálculo en la que se pondere la variable ambiental como un límite para la acción económica.¹ Este reconocimiento, a su vez, conlleva el imperativo de reprogramar aspectos muy importantes de la operación del mercado y de los patrones culturales que normalmente se le asocian.

Habida cuenta de que la permanencia de los procesos de intercambio se ha vuelto hoy un factor altamente probable, es apremiante intensificar los diagnósticos de sus problemas estructurales, con objeto de trazar las estrategias que permitan aprovechar las inercias mercantiles de cara a la rectificación de sus efectos nocivos. Con el propósito de mesurar las consecuencias perturbadoras del mercado se han ensayado numerosas fórmulas, la mayor parte de ellas dirigidas a frenar las tendencias monopólicas, que han demostrado ser el sino de cualquier ámbito mercantil sin intervenciones.

Desde otra perspectiva, hay que interpretar el surgimiento de los estados providentes o benefactores como un esfuerzo extremo de las sociedades occidentales por paliar las grandes crisis del capitalismo. Los estados providentes se ofrecen como escenarios para los nuevos arreglos sociales y políticos; su pretensión principal ha consistido en abrir espacios para la incorporación de las grandes masas de asalariados emergentes de la industrialización. A través de la acción redistributiva por la vía del gasto social, se ha intentado romper los márgenes sociales del mercado; sin embargo,

¹ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de derecho ambiental* (3 vols.), Ed. Trivium, Madrid, 1997, t. III, p. 18.

los estados providentes no han encontrado hasta ahora una fórmula efectiva que los ayude a sortear tanto las crisis fiscales como la excesiva burocratización de sus pesados aparatos de gobierno. En cualquier caso, al quedar conjurada la alternativa socialista, el Estado benefactor se mantiene como una instancia elegible para propiciar el acceso de los no propietarios a los beneficios del desarrollo.

Los sonoros fracasos presupuestales en los que se han visto envueltos los Estados providentes han hecho volver con más fuerza que nunca a los auspiciadores fervientes del mercado. Sin embargo, este retorno vengativo, que se expresa en una ola interminable de reprivatizaciones, no ha vuelto más sabios ni más eficientes los criterios de la operación mercantil. A pesar de que el capitalismo es hoy espacial, tecnológica y financieramente más potente, sus recursos para reasumir los factores que excluye siguen siendo todavía muy limitados. Incluso se puede afirmar que, a más potencia en la capacidad de generar riqueza, mayores resultan las desigualdades que genera su distribución a nivel internacional. Y que, a mayor desarrollo tecnológico y productivo, corresponden efectos más devastadores sobre el medio ambiente.

B. Las disyuntivas frente al medio ambiente

Conscientes de las proyecciones destructoras que generan los actuales patrones de producción y de consumo sobre el entorno no humano de la naturaleza, cabe preguntarse por algunos escenarios de reprogramación de las decisiones económicas que pudieran identificarse como alternativas probables en el horizonte más cercano. Al respecto vale considerar las siguientes opciones:

1. La primera alternativa consiste en la *reorientación pública de los procesos económicos*. Al haberse aceptado la insuficiencia del mercado para actuar como surtidor integral de las necesidades sociales, se ha visto en la injerencia pública sobre los procesos económicos una solución posible. Son muchas las formas en que los órganos gubernamentales pueden actuar sobre el medio económico. Quizás la vertiente de acción más importante atañe a la planeación; al respecto, Galbraith alguna vez afirmó: "puede haber planificación dentro del marco del mercado y planificación que subsuma al mercado".² De estas dos modalidades, la primera es servil a los

² GALBRAITH, J. Kenneth, *El nuevo estado industrial* (Trad. Manuel Sacristán), Ed. Ariel, Madrid, 1974, p. 38.

procesos mercantiles; se efectúa precisamente para potencializarlos; la segunda, en cambio, pretende suplir por completo la lógica de autoorganización del intercambio. Para los efectos contemporáneos, resulta importante la planeación que cuenta con el mercado, no la que lo niega. Se trata de corregir y reencauzar lo que los procesos mercantiles no pueden operar por sí mismos, y no de abatirlos.

Colocados en la perspectiva de los mecanismos públicos para intervenir en el ámbito económico, además de la planeación, existen otros instrumentos de control que se ponen en juego a través de las funciones clásicas de la autoridad y que tienen por objeto disminuir las consecuencias dañosas de la acción libre de los procesos de intercambio, de producción y de consumo. Bajo este rubro de actos hay que clasificar las autorizaciones, concesiones y, en general todos los actos de comando y control con los que se persigue medir los impactos de la actividad económica sobre el medio ambiente. Al respecto se han diseñado instrumentos como la evaluación de los impactos ambientales significativos, la normalización de las actividades riesgosas bajo parámetros estrictos de operación, la ordenación ecológica del territorio, o incluso la sustracción total o parcial de ciertos bienes con valor ambiental de los circuitos de la producción y del consumo. En todas estas situaciones, la acción pública se propone como contrapeso a los excesos probables del mercado; en ningún caso, sin embargo, se pretende suprimir o sustituir integralmente la lógica de los rendimientos que orienta los movimientos del capital. Se trata de condicionar la acción económica, ubicándola dentro de los márgenes de viabilidad que permitan la regeneración de la naturaleza y de sus elementos.

A favor de esta alternativa se puede argumentar que, prácticamente no hay lugar del mundo en que no existan, en algún grado, controles públicos sobre el mercado con la finalidad de proteger el ambiente; como factor en contra, se debe mencionar que la recepción de este conjunto de instrumentos no reúne, sobre todo en el caso de los países denominados megadiversos, el grado de eficacia necesaria para revertir a través de su sola operación las tendencias depredadoras que campean sobre el ambiente.

La opción por los instrumentos públicos de ordenación debe ser prudente. Sobre todo, hay que admitir que el desarrollo del derecho ambiental es aún muy incipiente, y que tal vez su ritmo de crecimiento nunca empate con el paso galopante de las catástrofes ambientales motivadas por los impactos de la actividad humana y de la explosión numérica de la población. No obstante, los logros parciales de esta alternativa no son tampoco desde-

ñables; con ellos al menos se cuenta con un código unitario de controles administrativos y jurídicos que, en la medida que logre ser propulsado por una palanca política de mayor precisión, mantendrá todavía un potencial considerable para aumentar su eficacia ordenadora.

2. Otro enfoque para evitar la destrucción de los elementos naturales apunta a relajar los controles públicos que se ejercen sobre los bienes ambientales a los que puede atribuírseles un cierto valor de mercado.

Se trata, en síntesis, de operar una transformación del valor ambiental en valor de cambio. Esta conversión supone que cualquier propietario de un bien del que se pueden obtener ventajas mercantiles, presentes o futuras, estará obligadamente interesado en su conservación. En consecuencia, el primer paso para evitar el uso destructivo de la naturaleza consiste en colocar sus elementos bajo una forma segura de tutela patrimonial privada. Al decir de Francois Ost, tal forma de privatización “descansa en tres pilares: la propiedad privada, el mercado que asegura su circulación y la responsabilidad que garantiza su perennidad...”³ Una posición semejante implica depositar toda la apuesta sobre una sola carta: la probada suficiencia del mercado para conseguir su pervivencia a partir de su propia operación. Dicho en términos más económicos, mientras el valor ambiental no se internalice en la gran espiral de la actividad mercantil, queda expuesto a no ser considerado como un interés económicamente relevante. Bajo estas ideas, la lógica del precio, considerado como valor de cambio, es la única capaz de redimir a los elementos ambientales de una destrucción segura. Así las cosas, las tareas urgentes consisten en privatizar los recursos naturales y en eliminar cualquier resistencia que se oponga a su circulación. Una vez reconocido el carácter salvífico de la *mano invisible*, no deberían demorarse las decisiones para insertar en los procesos de intercambio privado elementos tales como la tierra, el agua, el aire, los animales o las plantas; asimismo, deberán incorporarse a esa dinámica todos los usos que se vinculan a los bienes mencionados.⁴

Esta perspectiva, a la que bien podría denominársele “ecologismo de mercado”, desdeña las variables sociales y políticas que frecuentemente distorsionan el equilibrio “espontáneo” de los procesos privados de intercambio. Para el caso de aquellos países con formaciones mercantiles emer-

³ OST, Francois, *Naturaleza y derecho. Para un debate ecológico en profundidad* (Trad. Juan Antonio Irazabal y Juan Churruga), Ed. Mensajero, Bilbao, 1996, p. 122.

⁴ *Ibidem*, p. 129.

gentes, este tipo de análisis resulta demasiado simple, ya que, en medios tales, los factores externos al intercambio por lo general devienen preponderantes. Pero aun bajo la óptica de un mercado maduro, este enfoque renuncia a considerar la complejidad de los fenómenos sociales al reducir la visión del mundo a una sola de sus variables: la económica.

Pese a sus manifiestas inconsistencias, el “ecologismo de mercado” acierta en la virtualidad protectora que atribuye a ciertas vertientes del derecho de propiedad privada. Igualmente, son plausibles sus señalamientos acerca de la importancia que reúne la noción de responsabilidad patrimonial para cualquier política moderna de protección de los elementos naturales. Bajo este orden de ideas, responsabilidad equivale a corresponsabilidad o, dicho en otros términos, a la posibilidad de descentralizar y redistribuir las tareas públicas de protección y conservación de la naturaleza, generalmente calificadas como insuficientes.⁵ La privatización de los elementos naturales coloca a cada propietario en la situación potencial de acudir a los tribunales para perseguir cualquier daño que se ocasione a sus componentes patrimoniales. El interés natural del propietario por la compensación supone, como correlato lógico, el cálculo de los no propietarios, quienes a todo trance tratarán de evitar el ser responsabilizados por eventuales acciones dañosas a los elementos naturales privatizados.

A pesar de que el funcionamiento óptimo de cualquier mercado supone un alto grado de indiferencia de éste hacia los márgenes sociales que produce, no deja de resultar sugerente la idea de procurar la neutralización de los efectos ambientales nocivos a partir de mercantilizar lo que, en principio, el mismo mercado había desechado al no haberlo asimilado como mercantizable. Con este juego incluyente se pretende operar la transmutación de los valores naturales del ambiente en valores económicos.

La acción excluyente es un fenómeno inherente a los procesos mercantiles porque éstos encuentran su basamento natural en la propiedad privada, y ésta, a su vez, sólo tiene sentido “cuando hay rivalidad y exclusión en el uso de los bienes”.⁶ Sin embargo, estamos en presencia de una tesis que sostiene como viable la inversión de esta tendencia y que, por lo tanto, apela a una manipulación constructiva de los factores espontáneos de valorización, con objeto de incluir en los circuitos mercantiles ciertos elemen-

⁵ *Ibid.*, p. 132.

⁶ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía* (Trad. Eduardo L. Suárez), FCE, México, 1999, p. 152.

tos que el propio mercado había marginado de su zona de funcionamiento. Aun si se concede que esta suerte de prestidigitación fuera posible, cabría enseguida formular una pregunta sobre la índole de los nuevos márgenes; porque, unidos los elementos naturales al circuito de exclusividad que instaura la propiedad privada, necesariamente quedarán fuera de los beneficios que genere su intercambio todos aquellos sujetos a los que no favorezca la condición de propietarios. Cualquier privatización de recursos naturales que se consume bajo esta óptica, constituirá sólo el polo positivo de una relación que colocará en el otro extremo a quienes permanecen excluidos de la disposición de los bienes que constituyen el objeto precioso de los procesos de intercambio.

Bajo la perspectiva de los argumentos planteados, se tiene que concluir que el mercado sólo puede ofrecerse como un ámbito de salvaguarda para los elementos naturales en la medida en que el sistema de intercambio logre atemperar su propensión a generar márgenes sociales. Porque si la mercantilización de los factores que componen la naturaleza aparejara sólo más desigualdad y pobreza, difícilmente se podría aceptar que por ese medio se estarían generando condiciones favorables para la conservación.

3. Las perspectivas eclécticas. Bajo una perspectiva ecléctica, es posible concebir que en un medio social coexistan zonas de mercado libre con otras en las que se detecte una clara interferencia gubernamental. Este tipo de diferenciación es común en el contexto de la globalización contemporánea. En la sociedad actual existen circuitos económicos de distintos alcances y es común que ciertos sectores de la actividad productiva o mercantil muestren una mayor proclividad a empalmarse con los circuitos supranacionales. En cambio, hay otro tipo de actividades que encuentran un mejor cobijo dentro de las dimensiones nacionales e incluso bajo la batuta pública.

No es sencillo determinar coyunturalmente cuánto mercado es necesario para cada medio social; esta es una cuestión que ni siquiera es susceptible de resolverse a través de una determinación deliberada; a cada gobierno nacional, en su oportunidad, le corresponde favorecer o restringir los alcances de los ámbitos mercantiles. A la postre, los mejores balances serán los que resulten funcionales a cada sociedad; de lo que no se puede prescindir es de la necesidad de arbitrar este proceso desde la perspectiva de la política económica.

Es regla que en los contextos nacionales contemporáneos el mercado prevalezca como referente central del desarrollo económico y, al mismo tiempo, como gozne para la articulación de las economías internas con los

circuitos internacionales. Pero, pese al predominio del modelo orientado al intercambio, es habitual que los mercados se encuentren acotados por diversos instrumentos de control que se proyectan desde núcleos públicos. Por más virtudes que se atribuyen a un sistema mercantil, resulta obvio que éste nunca podrá abarcar toda la gama de fenómenos que concurren a la integración de una sociedad compleja y funcionalmente diferenciada. Pero señalar los límites sociales del mercado no conduce a negar la funcionalidad total de este sistema; desde luego que los procesos de intercambio integran redes de interacción muy vigorosas; sin embargo, siempre hay que tener en cuenta que, aun en las economías más florecientes, surgen contratendencias a la lógica de los negocios; aun allí, se suscitan movimientos sociales, políticos y culturales, cuya dinámica difícilmente aceptaría una reducción a moldes económicos. Tales movimientos generan sus propias identidades y sus respectivos procesos autológicos.⁷

En los países menos desarrollados la presencia pública en la actividad económica suele tener un carácter incluso más enfático. Tal despliegue obedece a la necesidad de integrar todo aquello que la incipiente de los circuitos mercantiles no ha permitido estructurar. En la mayor parte de las economías emergentes la acción pública conlleva una dosis elevada de autoritarismo. El subdesarrollo económico y la inmadurez política son factores que se implican recíprocamente y que generan zonas sociales en las que se mantiene una lógica de tipo tradicional. En estos casos, la globalización se presenta como un factor externo que presiona enérgicamente contra las estructuras premodernas; especialmente, contra los rasgos anacrónicos de los regímenes políticos. Pero el empuje hacia la mundialización no produce de forma automática la modernización de los segmentos tradicionales; muchas veces, en cambio, condiciona reacciones defensivas que previenen contra la asimilación de las pautas modernizadoras.

Después de lo dicho, resulta sospechoso el discurso de ciertos liberales contemporáneos que ven en el predominio del mercado una tendencia del mundo a unificarse. Una visión más realista tiene que admitir que la secuencia de los procesos económicos actuales no conduce sino a una mayor fragmentación de los órdenes sociales. El mercado, por norma general, no recupera lo que excluye. Touraine lo expresa en los siguientes términos: "Hemos pasado de los modelos nacionales integrales a una situación in-

⁷ TOURAINE, Alain, *¿Cómo salir del liberalismo?* (Trad. Javier Palacio), Ed. Paidós, México, 1999, pp. 26 y 27.

ternacional en la que las diferentes dimensiones de la vida económica, social y cultural se han dispersado, se han separado las unas de las otras".⁸

Frente a una sociedad escindida entre lo mercantil y aquello que no se aviene a su lógica, cualquier intento de hacer prevalecer un "pensamiento único" tendrá que culminar en un resultado poco convincente. El discurso en torno a la conservación de los elementos naturales, por estas razones, no puede perfilarse como un asunto liso y llano de incorporación al mercado. Y tampoco la antítesis resulta completamente cierta; es decir, los procesos mercantiles no son un dato soslayable en el diseño de cualquier política ambiental que se pretenda establecer. En las sociedades complejas hay que planear con el mercado a cuestas; éste es uno de sus retos más apremiantes. La utilización de las inercias del mercado de modo que resulten favorables para la conservación de la naturaleza es algo que requiere decisiones públicas, apoyadas en un amplio nivel de consenso. Cada decisión de esta índole deberá confrontarse con la fuerza expansiva del interés privado; pero sólo remontando esas presiones adversas resultará viable encapsular al mercado a través de la construcción de límites afianzados en el interés público.

Proteger los elementos naturales no significa sustraerlos de cualquier posibilidad de aprovechamiento económico; sino construir en torno a ellos una barrera adicional de salvaguarda. Esta protección suplementaria pretende prevenir contra cualquier desbordamiento del interés individual. La nueva banda protectora tendría que englobar sentimientos, intereses y valores comunitarios, los cuales generalmente no tienen ningún origen de tipo comercial. Si esta forma de protección se logra, los elementos naturales, aun considerados parcialmente como valores de cambio, serán portadores de otro tipo de interés para la colectividad. El interés por la conservación deberá prevalecer sobre las prerrogativas privadas de aprovechamiento; sin embargo, dicha prevalencia no se encaminará a suprimir toda posibilidad de aprovechamiento, sino sólo a condicionarlo de modo que resulte compatible con la conservación.

III. LA TRANSCRIPCIÓN JURÍDICA DEL TEMA

A. La clausura del sistema

El derecho contemporáneo se presenta como un sistema de referencias normativas para la conducta social, cuyos componentes se ordenan de modo

⁸ *Ibid.*, p. 25.

jerárquico y con un grado de formalización muy acentuado. La función social que el derecho desempeña está vinculada con la estabilización de las expectativas del comportamiento; supone, como afirma Luhmann, el establecimiento de estructuras que mantienen intacta su validez, aun en el caso de que sean infringidas por parte de sus destinatarios.⁹

Una visión estrictamente técnica del ordenamiento jurídico no incluye a sus operadores sociales, sean éstos los autores o los destinatarios de las normas. Los sujetos no son para el sistema sino una referencia básica de orientación, pero nunca integran de manera sustantiva los procedimientos jurídicos como tales. Dicho en términos de la teoría de sistemas: los sujetos sociales forman parte del entorno del derecho, no se encuentran dentro del sistema. Lo que activa los procedimientos jurídicos es la existencia de conflictos. Cuando las alternativas disponibles no colman las pretensiones de los agentes sociales, el derecho puede ofrecer cauces prácticos para la canalización de las inconformidades, reconduciendo las pretensiones de quienes se encuentran involucrados en una disputa, a través de su complejo aparato de normas y procedimientos. La condición para que el derecho funcione y se active eficazmente impone la pérdida de referencias subjetivas; es decir, de las identidades de las partes litigantes. El sistema jurídico elabora la tematización de las pretensiones de los actores en términos abstractos, que, al mismo tiempo, resultan reconocibles para todos los miembros del contexto social en el que se produce la disputa.¹⁰

La forma en que el derecho atiende la complejidad social parte de una pretensión ordenadora que se despliega a través de programas normativos referidos a un código que permite distinguir las conductas apegadas a derecho, de aquellas que lo contravienen. Pero, para que el sistema jurídico pueda operar eficazmente y realizar sus pretensiones, es necesario que establezca parámetros autónomos de validez. La validez es el símbolo que permite distinguir a los elementos del sistema y, al mismo tiempo, constituye su referencia autológica principal. En torno a la validez, el derecho se clausura sobre sí mismo. Bajo el amparo de ese signo nuclear resiste a sus propios ajustes y transformaciones, conservando a buen resguardo su sentido operativo básico.¹¹ Tanto la proyección del derecho hacia el entorno

⁹ LUHMANN, Niklas, "La comunicación jurídica", en *Confluencias, órgano de difusión de la reforma democrática*, Xalapa, vol. 1, núm. 1, sep. 1996.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ LUHMANN, Niklas, "La validez del derecho", en *Teoría de los sistemas sociales (artículos)*, (Trad. Héctor Fix-Fierro), Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1998, p. 169.

social como su permeabilidad, es decir su apertura a la sociedad, sólo se hacen posibles bajo la premisa de la clausura previa.¹² El sistema aprende de su entorno sólo en la medida que es capaz de afianzar sus operaciones autológicas. Sin autonomía para construir sus referentes simbólicos, el derecho pierde por completo su identidad; deviene, ya sea sedimento moral o, simplemente, voluntad política.

El sentido jurídico no se genera en los márgenes del derecho, sino que es producto de una elaboración intrasistémica. El desplante del edificio jurídico se realiza a dos niveles perfectamente diferenciables: por un lado, el del control en sentido amplio de los comportamientos sociales y, por otro, el de las normas que regulan la producción, adecuación y aplicación del material jurídico.¹³ Bajo esta secuencia de ideas, se puede asentar que el derecho proyecta su energía ordenadora sólo a partir de la forma en que se ordena sí mismo. La eficacia del derecho, es decir, el grado en el que sus disposiciones son acatadas, es algo contingente al sistema. La suerte social del ordenamiento jurídico depende de condiciones que el sistema no controla integralmente, sin embargo, su tarea consiste precisamente en actuar sobre un medio aleatorio para reducir el grado de incertidumbre. El derecho opera, en síntesis, como un antídoto institucional y normativo contra el riesgo, el cual se manifiesta con más fuerza y nitidez en los casos en que afloran los conflictos sociales.

La forma hermética que asumen los órdenes jurídicos contemporáneos tiene su origen en las necesidades de diferenciación funcional que acusan los contextos sociales complejos. En otras etapas históricas, los fenómenos jurídicos se encontraban mucho menos singularizados con respecto a otros factores de ordenación. Las normas jurídicas apenas se distinguían de las costumbres, de las reglas morales o de los mandatos políticos. Las sociedades estratificadas no planteaban la necesidad de una diferenciación funcional tan aguda. Sin embargo, con el incremento de la complejidad social las exigencias son mayores. Ahora, para que el derecho ordene efectivamente los comportamientos, debe reexpresar la realidad en símbolos jurídicos. El sistema no puede operar con hechos, sino sólo con referencias normativas. Cualquier estímulo externo al sistema cobra significado sólo en la medida

¹² LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad* (Trad. Javier Torres Nafarrete), Versión mimeo, p. 54, México, 2000.

¹³ HART, H. L. A., *El concepto de derecho* (Trad. Genaro R. Carrío), Ed. Nacional, México, 1978, p. 120.

que puede ser previamente interiorizado y convertido normativamente dentro de los cauces discursivos del sistema. El derecho responde a la complejidad social a través de la complejidad jurídica.

B. Las relaciones con el mercado

Las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico no cruzan por un cauce que conduzca a una complementariedad lineal entre ambas dimensiones. Desde luego, hay numerosos ejemplos que podrían traerse a colación para inferir una relación armónica y complementaria entre derecho y mercado. Sin embargo, dicha vinculación no surge de un proceso de interacción causal y directo. Se trata de dos sistemas autónomos, con operaciones independientes, que se acoplan y se entrelazan sólo a través de relaciones de autocontacto. Tanto la economía como el derecho experimentan su propia clausura operativa, y si en ocasiones se orientan hacia los mismos fenómenos, lo hacen bajo dos enfoques perfectamente distinguibles uno del otro.

Para que la economía y el derecho traben relaciones de mutuo reforzamiento es necesario que cada uno de estos sistemas se autorrealice de acuerdo con sus propios parámetros. El derecho no apoya la economía transformándose en objeto comerciable; su función estabilizadora alcanza un nivel de beneficios transferibles sólo cuando se realiza como derecho. Tratando de ilustrar esta tesis, puede pensarse en la propiedad. Este fenómeno tiene, para el caso que nos ocupa, una referencia jurídica y otra económica. Para el derecho, invoca un mecanismo de garantía que mantiene el sentido de la distinción entre los propietarios y aquellos que no lo son. Para la economía, la propiedad, opera como una condición del intercambio, en tanto concreta una forma provisional de asignación de recursos que asegura y clasifica las transacciones del mercado.¹⁴ Ambos tipos de observación del fenómeno se benefician de la coincidencia, pero la potenciación recíproca ocurre solamente en la medida en que la distinción de los sistemas de origen se mantiene y, por ende, se logra evitar la promiscuidad operativa.

La coevolución de la economía y del derecho cuenta con un banco muy rico de referencias históricas. Baste, por caso, tener presente la relación que existe entre la formación jurídico-política de los estados nacionales y la integración de los mercados, espacialmente coincidentes con la delimi-

¹⁴ *Op. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 367 y ss.

tación político territorial de los primeros. Por citar otro ejemplo, vale recordar que no es dable pensar en un sistema financiero en torno a una banca central, hasta que no exista un régimen de transacciones que descansa de manera uniforme en el basamento de un aparato burocrático concentrado, bajo el imperio de un orden jurídico unitario. Las citas podrían multiplicarse indefinidamente pero, por ahora, baste con tener presente que el fenómeno económico denominado mercado sería absolutamente impensable sin el soporte de nociones jurídicas como las de propiedad, contrato, o responsabilidad patrimonial. La función estabilizadora del derecho constituye un auténtico surtidor de regularidad a las transacciones mercantiles. La vigencia del sistema jurídico dispara las posibilidades de cálculo acerca del comportamiento de los agentes potenciales del mercado y vuelve previsibles las transacciones futuras.¹⁵

Pero no se piense que los procesos mercantiles no albergan en sí mismos una forma de orden; el mercado sintetiza el sentido básico del código económico al introducir la distinción entre los que cuentan con recursos y pueden acceder al intercambio y aquellos que de plano se ubican en los márgenes. El mercado —afirma Reich— “determina de forma esencial el reparto y la distribución de la renta (...), es asimismo responsable de la estabilidad de precios y de la inflación”.¹⁶ Desde este enfoque, la lógica de la operación mercantil apuesta a su propia regularidad. Sin embargo, el orden de los negocios prohija un tipo de estructura muy frágil. La disfunción monopólica constituye un sesgo prácticamente inevitable creando el funcionamiento espontáneo del mercado sin contrapeso. Su lógica expansiva es señaladamente depredadora. Ello, porque el patrón productivo mantiene un enfoque de uso intensivo de los recursos naturales, a los que concibe exclusivamente como insumos, porque los vertimientos que provoca son en buen grado incontrolables, y porque su impulso depende de un incremento galopante en los promedios de consumo.

La idea de libertad genera un ambiente en el que se favorece el encuentro entre el mercado y el derecho. Jurídicamente, la libertad se define como la posibilidad de actuar discrecionalmente dentro de los límites de un marco acotado por las leyes vigentes. Desde la perspectiva económica, libertad

¹⁵ WEBER, Max, *Economía y sociedad* (Trad. Medina, Roura, Imaz, García Máynez y Ferrater Mora), FCE, México, 1981, p. 254.

¹⁶ REICH, Norbert, *Mercado y derecho* (Trad. Antoni Font), Ed. Ariel, Barcelona, 1985, p. 25.

significa la concurrencia de las siguientes condiciones: autonomía para decidir la ocupación; ausencia de trabas para la circulación del dinero, las mercancías y la fuerza de trabajo y, finalmente, capacidad de decidir sin cortapisas acerca de la inversión y del consumo.

En la sociedad moderna la libertad se enfoca a través de su versión práctica que es la voluntad. Voluntad del sujeto jurídico, del consumidor o del ciudadano, según sea el plano de acción al que las decisiones individuales se orientan. No obstante, todos los críticos de la modernidad han puesto en evidencia que, más allá del engatusamiento que provoca la exaltación de la voluntad autónoma, la noción moderna de libertad conlleva un condicionamiento fuerte de los comportamientos sociales. La libertad no es solamente la potestad individual que se pretende; en realidad, es sólo uno de los polos que integran la relación, no siempre visible, en la que todos los excluidos de la atribución quedan correlativamente limitados en sus posibilidades de acción.

En el plano técnico del sistema jurídico la noción de derecho subjetivo es la que cumple la función de acoplar en una síntesis viable, aunque problemática, los extremos de la condicionalidad y la libertad. La potestad conferida al titular del derecho puede observarse como una ampliación de su rango conductual; pero, desde otro ángulo, esa misma potestad representa el encuadramiento de las posibilidades de acción del sujeto en el marco del derecho objetivo, del que procede la facultad. Otra virtud técnica de los derechos subjetivos es que, a partir de ellos, sus titulares, bajo la forma de un facultamiento personal, disponen de la posibilidad de movilizar a su favor la fuerza coactiva del ordenamiento jurídico en caso de que vean frustradas sus expectativas normativas.¹⁷ Esta posibilidad descentralizada de activación de la fuerza pública sumaría las garantías que concede el derecho a la acción individual de los sujetos. Con esta coraza de facultades, los sujetos pueden comparecer relativamente confiados a las relaciones privadas de intercambio.

Los derechos subjetivos constituyen el flanco del sistema jurídico que propicia y apoya el acoplamiento con el sistema económico. La noción de intereses protegidos por el derecho indica que el sistema jurídico "ha construido una estación hipersensible de recepción y transformación de noti-

¹⁷ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez* (Trad. Manuel Jiménez Redondo), Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 89.

cias provenientes de la economía", como lo afirma Luhmann.¹⁸ Entre los diversos derechos de carácter subjetivo es, desde luego, el de propiedad el que se ofrece como bisagra entre los dos sistemas. La propiedad privada moderna funge como vehículo jurídico a través del cual los valores tradicionales asumen su nueva fisonomía de bienes comercializables.¹⁹ De este proceso deja constancia la forma en que se perfiló la noción de bien dentro del Código de Napoleón; esa pauta ha sido después acogida en todos los países que forman la estela de influencia del Código francés; de ahí en adelante el derecho civil se ha encargado de regular exclusivamente las transacciones de las cosas que se encuentran ubicadas dentro del comercio.

C. La propiedad desde el mercado

Históricamente la noción moderna de propiedad surge de un contexto económico en el que el desarrollo industrial era apenas un presagio. Por lo tanto, la propiedad emergente en los códigos decimonónicos conserva todavía un referente preponderantemente agrario y, por esa razón, su modelo básico se construyó en torno a la propiedad fundaria. Estas limitaciones de origen no impidieron, sin embargo, que los rasgos civiles de la institución enraizaran con gran fuerza en la tradición jurídica occidental, al grado de convertirse en la verdadera matriz normativa de los negocios privados en general.

Lo primero que destaca en el surgimiento positivo de la propiedad es la consustancialidad que este derecho tiene con el proceso de codificación civil, hasta el punto que resultan prácticamente inexplicables el uno sin el otro. Para el código, la propiedad funge como hilo conductor de las instituciones que perfila; se instala como el verdadero núcleo de la axiomática civil. Para la propiedad, el código es el ámbito en el que se expande su poder simbólico. La noción abstracta de sujeto y de bien son la consecuencia final de un largo proceso de depuración en el que, paso a paso, se fueran eliminando las ataduras con los elementos de la vieja propiedad feudal. La existencia de un sistema jurídico unitario que reposa sobre la fuerza monopólica del Estado moderno favoreció el que la propiedad se despojara de las rémoras nobiliarias y que sintetizara, bajo una misma titularidad, lo que

¹⁸ *Op. cit.*, supra, nota 12, p. 364.

¹⁹ RODOTA, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Trad. Luis Díez-Picazo), Ed. Civitas (Monografías), Madrid, 1987, p. 94.

antes se encontraba dividido entre las facultades correspondientes al dominio directo y aquéllos que atañen al dominio útil. Para que la propiedad pudiera convertirse en la matriz y la unidad del sistema patrimonial moderno tuvo antes que operar su propia reconciliación y reunir en una misma línea jurídica de decisión las facultades de disposición sobre los bienes y las que eran atingentes al disfrute.

La construcción abstracta que caracteriza a la propiedad moderna le confiere un nivel de referencialidad que ningún derecho había reunido con antelación. Son múltiples las situaciones fácticas que pueden reconducirse al modelo normativo de la propiedad moderna. Asimismo, la caracterización del propietario como centro de imputación permite suponer una igualdad potencial de los agentes sociales para asumir, llegado el caso, ese rol normativo. Qué decir del concepto de bien que se define de cara a su mercantilidad. Las cosas, a partir de esta noción, no requerirán ser algo ontológicamente específico; cualquier factor comercializable admitirá el ser tratado como receptáculo del derecho del titular. La propiedad moderna no depende siquiera del hecho del ejercicio definitivo de sus atributos; el titular puede, a discreción, ejercer o no las prerrogativas que su posición le arroga.

Desde la perspectiva social, la propiedad privada proyecta una cara luminosa y obviamente visible, pero oculta otra, que de mostrarse, seguramente le acarrearía un menoscabo a su prestigio. Por el lado positivo, define los contornos modernos de la situación de pertenencia, y dota al titular de poderes amplísimos sobre el objeto del derecho; pero, por su lado menos evidente, conlleva la exclusión tajante de los no propietarios, y se constituye en un dique formidable entre éstos últimos y el titular del derecho, reforzado por el respaldo coactivo que le confiere su título. Las crisis del modelo moderno de apropiación han influido en el núcleo básico de la propiedad y ello, a su vez, ha ocasionado que a este derecho se le asocien ahora deberes relativos a su forma de ejercicio. Cada vez son más frecuentes las modalidades legislativas que se imponen a los titulares, condicionando el rumbo de su ejercicio a la conservación de valores culturales, urbanísticos o ambientales. Pese a su relativización, la propiedad privada sigue considerándose como el gran símbolo de las relaciones patrimoniales contemporáneas, lo que sin duda indica que prevalece un tipo de condiciones económicas en las que los agentes sociales aún compiten por el consumo.²⁰

²⁰ *Op. cit.*, supra, nota 6, p. 144.

Para atender los requerimientos de un sistema económico moderno, no basta que la propiedad quede incuestionablemente definida como un derecho; además, es necesario que las prerrogativas que concede circulen con libertad. Aunque las ventajas que se ofrecen al titular del derecho tienen que ver con facultades directas de goce y disfrute del bien, su verdadero atractivo radica en las oportunidades que se abren para poder efectuar intercambios rentables. La propiedad moderna plantea un escenario en el que las cosas se valorizan principalmente como mercancías.

Una visión optimista del mercado supone que este es el mejor camino para lograr una asignación eficiente y *descentralizada* de los recursos apropiables. Ello, porque la propiedad privada condiciona la necesidad de su propia maximización. Siempre que hay rivalidad por el uso de los bienes, deben surgir fórmulas negociables entre los propietarios y entre éstos y los no propietarios. Tales arreglos privados implican tanto el abatimiento de costos burocráticos, como el incremento de posibilidades de los titulares para obtener mayores beneficios personales.²¹

La triada motivacional perfecta se integra con la propiedad, el mercado y la noción de responsabilidad. Cualquier privatización de algún recurso acarrea como efecto necesario el que cada uno de los beneficiarios del derecho persiga y proteja su propio interés, y actúe judicialmente contra cualquiera que le haya infligido un menoscabo en sus prerrogativas. Precisamente la convertibilidad de su titularidad en precio, favorece que la reclamación adquiera carácter compensatorio de forma casi natural. La idea de la responsabilidad se construye sobre la premisa de que todos los sujetos son titulares de un patrimonio y de que sus haberes constituyen una especie de prenda universal ejecutable, en caso de que el sujeto resulte responsable del daño a los derechos de terceros. Esta visión apologética del mercado que venimos desarrollando, sostiene el principio de que, siempre resulta más barato un ejercicio de conservación de los recursos apropiables sujetos a un esquema de persecución privada del daño, que bajo la premisa de crear un órgano público que realice esa misma labor de forma centralizada.

Para cualquier partidario del funcionamiento del mercado, sus fallas operativas son imputables a las interferencias públicas. Entre menos distorsiones se infrinjan a la forma espontánea en que el sistema actúa, mayores serán las posibilidades de que éste colme sus pretensiones ordenadoras. En cambio, para quienes están convencidos que el mercado

²¹ *Ibid.*, p. 146.

por sí mismo no puede evitar sus propias disfuncionalidades, la intervención pública aparece como una condición de viabilidad para el ejercicio de las acciones de intercambio. La apuesta por un mercado autónomo casi siempre se relaciona con el señalamiento de los altos costos que genera la función burocrática de los Estados providentes. Por su parte, quienes previenen contra el absolutismo mercantil, aluden a los desbalances sociales que genera un intercambio sin controles. Visto este asunto desde la perspectiva de la propiedad, pueden extrapolarse dos tipos de conclusiones. Para quienes desean un mercado completamente libre de ataduras públicas, la propiedad debe garantizar a su titular un rango muy amplio de decisión que le permita enhebrar cálculos donde exista algún tipo de ganancia. Bajo esta perspectiva, el límite de la propiedad se encuentra en la noción de responsabilidad. Desde la óptica contraria, el ámbito de autonomía del propietario para decidir sobre los bienes de su propiedad debe cerrarse parcialmente, de modo que la titularidad se ejerza sólo dentro de un rango acotado previamente por la ley y, en consecuencia, bajo un control que habrá de realizarse desde la dimensión pública.

D. La reducción de las disyuntivas

Un aspecto que debe quedar sentado es que, hoy en día, prácticamente no existen mercados sin controles, así como tampoco subsisten nociones irrestrictas acerca de los poderes que contiene el derecho de propiedad. Esta afirmación supone por lo menos otras dos aserciones: a la fecha no hay ya sociedades que no presenten algún grado de mercado, pero tampoco se da el caso de que se localicen mercados sin interferencias. Así las cosas, parece que la discusión no puede entablarse acerca de la existencia o inexistencia del mercado; tampoco, por ende, podrá versar, sobre si es o no necesario proyectar controles sobre el intercambio privado. La cuestión ronda más bien en torno al peso específico de las intervenciones públicas, a sus modalidades y a su frecuencia. La sociedad, como fenómeno integral, muestra una adaptación innegable al mercado, y éste por su parte, a la posibilidad de existir bajo controles públicos.

Otro aspecto que hay que considerar es el de la versatilidad de las fórmulas jurídicas para adecuarse a las necesidades del modelo económico y, al mismo tiempo, la maleabilidad de éste para poderse filtrar y establecer en los moldes normativos más disímolos. Para ejemplificar, baste pensar en un contexto en donde exista un derecho de propiedad fuertemente

modalizado por leyes que proyecten valores distintos a los intereses privados del propietario, y otro en el que no se reconozca derecho de apropiación sobre ciertos bienes, sino que el acceso a ellos se logra únicamente a través de concesiones de la autoridad pública. Desde el punto de vista del mercado, en ambos contextos se pueden generar efectos funcionales equivalentes, veamos:

1. La propiedad, en la primera hipótesis, aunque fuertemente modalizada, conserva algunas facultades importantes a favor del titular y, aun con restricciones, este derecho continúa siendo parcialmente apto para la circulación. Pensemos, por caso, en un inmueble de propiedad privada al que le ha recaído una declaratoria de estatus monumental. El efecto principal de tal declaratoria consiste en que el propietario se ve impedido para atentar contra la integridad física del bien, pero aún así conserva la facultad de transmitirlo. La propiedad dura hasta que el titular del derecho sigue manteniendo ventajas potenciales; para ello se requiere que la comerciabilidad del bien no se anule totalmente.
2. Si el propietario del bien arriba mencionado deja de tener un atractivo de utilidad sobre el bien, lo más probable es que tampoco se interese por su conservación. En este caso, la conservación del monumento tendría que ser asumida por el poder público a costos presumiblemente muy elevados. Lo ideal sería conservar el interés privado del propietario en un nivel que no neutralice por completo sus expectativas de utilidad, y montar sobre esa base patrimonial privada los deberes de conservación.
3. En la segunda hipótesis, pensemos, por ejemplo, que estamos ante una concesión para aprovechar ciertos volúmenes de agua. El punto de arranque es, presumiblemente, una situación de dominio en virtud de la cual el agua, al considerarse un bien público, ha sido parcialmente sustraída de la lógica del intercambio. Para ello se ha eliminado la posibilidad de establecer derechos privados de tipo patrimonial. Sin embargo, el aprovechamiento del recurso puede lograrse a través de un acto de habilitación pública. Por lo tanto, el agua no ha quedado excluida de un modo absoluto de los circuitos mercantiles; sólo que su circulación está condicionada por una decisión gubernativa.
4. Si en esta segunda hipótesis se considera al concesionario de la concesión la posibilidad de transmitir los derechos derivados de su título, se abrirá una posibilidad para una especie de remercantilización del re-

curso hidráulico, porque si, por un lado, la situación de dominio lo sustrae del comercio, por otro, la capacidad de circulación de los derechos derivados de la concesión, lo reintegra.

Como se observa, ni la sola propiedad privada garantiza una circulación irrestricta de los bienes apropiables; ni la sustracción de ciertos bienes de la circulación anula fatalmente las posibilidades de su comerciabilidad. Con esto se quiere expresar que el mercado penetra aun en los ámbitos de los que fue originalmente excluido, como es el caso del dominio público; y que, por otra parte, el derecho se filtra en los procesos mercantiles, y neutraliza parcialmente la circulación de ciertos bienes, así hayan sido éstos definidos originalmente como bienes apropiables.

Un tercer factor a considerar dentro de este rubro es que, en cualquier caso, las decisiones de reservar ciertas zonas económicas al control público o el privatizar ciertos recursos liberándolos a la lógica del intercambio, es algo que de ninguna manera se decide dentro del mercado. Aquí, como en muy pocos temas, se hace visible la especificidad del sistema político, cuya lógica de operación no se reduce al ámbito de los procesos mercantiles. En este orden de ideas, aunque el mercado surja como una condición hasta ahora ineludible de la sociedad contemporánea, el volumen y la dimensión de éste parece algo susceptible de decidirse desde el ámbito político. La reducción de la disyuntiva parece obedecer precisamente a esto: a determinar la extensión del mercado y a evaluar la viabilidad de los controles para limitarlo.

Las manifestaciones globalizadoras del mercado imponen un patrón de comportamientos que se refleja en la conducta social hacia los elementos naturales y en una presión constante contra las dimensiones político-territoriales. El mercado embiste contra la naturaleza y contra los estados nacionales, en cuanto éstos se conservan como espacios alternativos de decisión. Las estrategias de conservación de los elementos naturales se proyectan a dos niveles: el nivel supranacional, cuya expresión fundamental se plasma en acuerdos y tratados, y el nivel nacional, donde las medidas de protección se manifiestan como políticas públicas. La política ambiental puede fácilmente asumir un carácter defensivo contra la globalización; en especial, si sus directrices recuperan para la dimensión nacional ciertos espacios de maniobra, a los que favorece el manejo estratégico de ciertos recursos naturales. Así las cosas, las decisiones públicas por la conservación, a la luz de las economías globalizadas, adquieren un valor político estratégico que pugna con la mera valorización mercantil.

La globalización, al reducir las disyuntivas, genera una mayor presión sobre las instituciones jurídicas orillándolas a la homogeneización. Como nunca, los rasgos de los sistemas jurídicos de la tradición romano-franco-germánica se acercan a los perfiles del *Common Law*. Los derechos patrimoniales, los contratos y las acciones para demandar la responsabilidad alcanzan la cúspide como instituciones funcionales al intercambio de bienes y servicios. Sin embargo, entre más se cierra el núcleo de los instrumentos jurídicos para el intercambio, más se afianza y prolifera una serie de nuevos institutos normativos que operan en los márgenes de la actividad mercantil, en ocasiones, incluso de forma sobrepuesta. Entre las nuevas piezas jurídicas hay que mencionar a todas las normas que protegen la integridad de los bienes culturales, urbanísticos o naturales. Así, sin que se diluya el interés del propietario de un recurso natural, por ejemplo, surge un estatuto protector que subordina el aprovechamiento del titular del derecho de propiedad a la conservación del recurso. Un mismo bien puede, desde esta perspectiva, ser objeto de regulación a partir de distintas bandas normativas de tutela.²² Esta circunstancia de plurirregulación rompe, a querer o no, con la concepción monolítica de la propiedad, característica del período propiamente moderno.

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD: ¿RECOMPOSICIÓN O DESCOMPOSICIÓN?

A. Insuficiencia de las soluciones patrimoniales clásicas

Cuando se piensa la sociedad contemporánea desde la perspectiva de la cultura, emergen aspectos a los que difícilmente se les puede encontrar un acomodo integral dentro de la dimensión del mercado. Existen afectos, valores étnicos y comunitarios, tradiciones, símbolos artísticos y otros fenómenos similares que, cuando mucho, admiten una inmersión parcial en la lógica de los negocios privados. A este tipo de bienes resistentes a la mercantilidad pertenecen los elementos naturales, al menos cuando se les considera desde la perspectiva ecosistémica. Bajo este enfoque, los componentes del ambiente no pueden ser tratados lisa y llanamente como mer-

²² PRIETO DE PEDRO, Jesús, "Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la constitución", en *Estudios sobre la constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (5 vols.), Ed. Civitas, Madrid, 1991, t. II, p. 1571.

cancias porque, antes que otra cosa, son factores que se integran y pertenecen a distintas unidades funcionales de la naturaleza.

La conciencia ecológica contemporánea lleva a plantear el imperativo de *preservar* la biodiversidad y, con ella, las funciones básicas de regeneración y recarga que hacen posible la reproducción de los elementos naturales. La obligación de conservar, reconocida como eje rector de cualquier aprovechamiento de los elementos del ambiente, se proyecta como una fuerte restricción a las capacidades patrimoniales de disposición que pudieran haberse definido a favor de ciertos agentes sociales.

De lo dicho, no deriva, sin embargo, una prohibición para actuar sobre los elementos naturales; lo que se pretende es fijar límites dentro de los cuales su aprovechamiento se puede efectuar de un modo sustentable; es decir, permitir que los ecosistemas puedan desplegar sus capacidades de recarga. La evolución de la conciencia ecológica lleva a replantear las posibilidades de largo alcance de un sistema económico indiferente a la incorporación de variables no rentables y que impulsa la especulación, la producción y el consumo sin reparar en los efectos laterales de estas actividades. Aun a contracorriente, se empieza a señalar cada vez con mayor claridad la necesidad de matizar el antropocentrismo moderno y de abrir espacios a un tipo de pensamiento que valore la naturaleza y atienda a sus cualidades intrínsecas.²³

Habida cuenta de la irreductibilidad de los procesos naturales a la lógica del intercambio comercial, cabe analizar, en términos críticos, si la complejidad que caracteriza a la interacción ecosistémica es un valor susceptible de ser tutelado a partir de los instrumentos jurídicos existentes. Al respecto, las alternativas son: la propiedad privada, con sus respectivas técnicas de modalización; el dominio público; o un régimen mixto que, a través de directrices de política ambiental, combine las ventajas y mitigue los inconvenientes que presentan las dos primeras opciones.

La inevitabilidad del mercado fuerza a tener que pensar la propiedad privada como un eventual factor de una estrategia más compleja de conservación de los elementos naturales. Una solución de esta índole implica el tener que asumir las inercias positivas de un sistema de apropiación privada, pero enmarcándolas en un paquete de acciones políticamente dirigidas, que trascienda, en todo caso, las estrecheces del interés individual. La tarea supone indagar sobre las probabilidades sinérgicas de la propiedad porque

²³ *Op. cit.*, supra, nota 3, p. 92.

necesariamente deberán moderarse sus efectos excluyentes. Asimismo habría que anticipar la creación de herramientas jurídicas que permitan efectuar la tutela de intereses por medio de instituciones de protección que puedan sobreponerse a los criterios clásicos acerca de la propiedad.

Parece haber consenso en que el derecho de propiedad, entendido como dominio excluyente sobre las cosas, sin el apuntalamiento que aporta la tesis de la función social, no soporta demasiadas cargas adicionales.²⁴ Pensado y diseñado para garantizar los intereses del propietario en su versión estrictamente individual, este derecho no es naturalmente permeable a la garantía de intereses paralelos, y menos si éstos expresan matices de tipo comunitario. La propiedad moderna envuelve las cosas sobre las que se proyecta de una forma celosa y sofocante. Aísla los bienes precisamente para hacerlos proclives a la recepción de facultades exclusivas. Tal encapsulamiento de las cosas en la esfera de atribuciones del propietario cancela cualquier posibilidad de que el objeto reservado por el derecho sea posteriormente atravesado por algún otro halo protector, como puede ser, por ejemplo, el que provenga de la tutela del valor cultural del bien. En este caso, el interés nacional o público en la preservación de las características físicas de la cosa trasciende y condiciona las capacidades decisorias del propietario. Pero esto sucede a costa de la exclusividad que la propiedad moderna atribuye al titular del derecho.

La idea de una propiedad orientada a la satisfacción de una función social, tal como la perfila el constitucionalismo europeo contemporáneo, es mucho más proclive a la recepción de intereses que compiten con el interés individual. Esta forma matizada de dominio es menos envolvente que la propuesta por la propiedad privada en sentido moderno. La función social que se impone al propietario, como sentido del ejercicio de su titularidad, relativiza en un grado importante la capacidad genérica de excluir. Más aún, la tesis de la función social legítima, de entrada, la delimitación política del derecho de propiedad a través de la acción de los poderes legislativos. Con ello elimina la unilinealidad de un derecho de propiedad absolutamente servil a los intereses mercantiles.

Vistas las cosas desde la perspectiva de la protección a los elementos naturales, la pregunta que se impone tendrá que indagar acerca de cuál es la fórmula de propiedad más adecuada a la conservación. La respuesta no es unánime. Para unos la decisión tiene que apuntar a un derecho de apropiación

²⁴ *Op. cit.*, supra, nota 19, p. 30.

ción con las menores injerencias públicas posibles. Para otros, en cambio, la solución está en un conjunto de políticas que subordinan el sentido de la propiedad a ciertos intereses de tipo colectivo, los cuales fungen como límites para el aprovechamiento que eventualmente pueda llevar a cabo el propietario.

Quienes no son partidarios de las intervenciones públicas en los ámbitos económicos, no estiman necesarios los instrumentos que regulan la injerencia pública. Quienes así piensan, están convencidos de que la propiedad privada, al realizarse como tal, proyecta su impacto mucho más allá de sus contornos y, por lo tanto, creen que puede aparejar incluso la protección de elementos naturales o culturales, siempre que éstos resulten traducibles a los términos del lenguaje comercial. Bajo esta perspectiva, el mercado es capaz de realizar su autocontrol y permite además que, cada uno de los sujetos propietarios, al maximizar su interés, logre impactar de forma mediata el nivel social, y evite la destrucción de factores que se han vuelto valiosos para el mercado. Aunque esta forma de pensar implica el retorno al origen liberal de la propiedad moderna, presenta como innovación la responsabilidad que se imputa al gobierno, al cual se le endilga la función de convertirse en un verdadero promotor de los mercados.

Antes de inquirir sobre los diseños probables de instrumentos públicos para una gestión ambiental encaminada a la conservación vía el aprovechamiento sustentable, resulta conveniente evaluar lo que puede ofrecer la fórmula de la propiedad privada bajo condiciones extremas. Un ejercicio de esta naturaleza impone la revisión de los elementos técnicos del derecho de propiedad, como una ayuda para determinar con precisión sus capacidades de adaptación a requerimientos emergentes.

B. Redefinición técnica de la propiedad

1. La presión sobre la concepción individual del sujeto. La tesis que sitúa al individuo como eje de la acción social tiene cada vez más detractores, especialmente en el plano sociológico. Hoy día cada vez son más los adeptos a las corrientes que se manifiestan por la idea de un actuar socialmente condicionado. Cuando menos, se admite que entre el individuo y la sociedad existe un tipo de vínculo dialéctico en virtud del cual el sujeto deviene producción del medio y éste, a su vez, un resultado de la interacción de los sujetos. Las proposiciones de esta índole niegan un papel preponderante a la voluntad individual; desde esta perspectiva, cada despliegue decisional

del sujeto se encuentra impregnado de cierta información social previa. No hay, en síntesis, libertad sino para arbitrar de forma limitada las condiciones que son atribuidas al sujeto desde la sociedad. Todo esto desdice de forma rotunda el axioma de la autonomía de la voluntad sobre el que se desplanta la dogmática jurídica moderna. Y no es que en adelante sus principios vayan a ser abandonados, sino que su artificialidad ha quedado ya abiertamente en evidencia.

A partir de lo expuesto, el derecho no se puede autocaracterizar más como derecho natural. Las huellas de su hechura social se tornan inocultables. Y con ello se trasluce tanto su carga ideológica como los sesgos que mantiene a favor de ciertos agentes sociales. La abierta revelación del carácter instrumental que mantienen hoy los ordenamientos jurídicos los hace proclives a la tecnificación. La única forma de neutralizar la parcialidad ideológica de los fenómenos jurídicos es acudiendo al expediente de su formalización.

“La desmitificación de la voluntad de poder, afirma Pietro Barcellona, lleva consigo inevitablemente la desaparición de todo sujeto en sentido fuerte”.²⁵ En efecto, la idea de un agente individual, presente de manera protagónica en los procedimientos jurídicos, es un dato de la historia. Por su parte, la noción de sistema se ha vigorizado hasta lo increíble, al grado que el sujeto no es ahora sino una referencia de los destinos normativos. En lugar de hombres y mujeres concretos, el derecho trabaja exclusivamente con diseños conductuales normativamente tipificados. Dichas expresiones modélicas no tienen compromisos con la representación del individuo como referente ontológico del derecho; al nivel de abstracción en el que operan los sujetos jurídicos éstos pueden ser también entes colectivos o institucionales de diversa índole.

Para redondear las afirmaciones anteriores, vale traer a colación el terreno ganado por ciertos movimientos sociales de tipo colectivista o, cuando menos, comunitarista. Al respecto, es oportuno recordar las movilizaciones étnicas o de inmigrantes; las reivindicaciones feministas, homosexuales o raciales; la emergencia de las organizaciones civiles para la defensa de los derechos humanos o del medio ambiente. En todos estos procesos, sus agentes manifiestan pretensiones encaminadas a abrir espacios públicos para regularizar su presencia en la sociedad contemporánea. Jurídica-

²⁵ BARCELLONA, Pietro, *El individualismo propietario* (Trad. Jesús Ernesto García), Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 36.

mente esto se traduce en el surgimiento de acciones procesales colectivas (*class action*), o en el reconocimiento de legitimidad procesal a quienes alegan la defensa de los llamados "intereses difusos". Esta gran corriente contemporánea ha terminado por horadar los bastiones de las viejas concepciones procesales de cuño individualista; pero no sólo eso, sino que también presiona sobre la caracterización individual del sujeto jurídico, relativizando lo que antes era para éste un ámbito exclusivo.

Si en el derecho moderno el *individuo*, en tanto categoría jurídica, había desplazado a la sociedad; hoy es ésta la que impone un repliegue a las nociones singularistas, y trae a escena la pervivencia de ciertas condiciones colectivas, antaño completamente relegadas. Este reconocimiento no impone la negación de toda vigencia al concepto del sujeto jurídico individual; lo que se pretende es sólo mostrar que dicha noción ha dejado de representar un signo único para la comunicación jurídica.

Cada vez parece más claro que un control de nuevo tipo sobre la naturaleza, es decir, un proyecto sustentable de aprovechamiento de sus recursos, no puede ser una empresa de tipo individual, sino un programa colectivo de grandes alcances desde el punto de vista de la organización.²⁶ Sin embargo, considerando que los logros evolutivos de la modernidad parecen hoy irreversibles, el nuevo proyecto colectivo no podrá pergeñarse sin una referencia correlativa a la individualidad de los participantes. Mientras la sociedad siga concediendo identidad a los individuos, dentro del derecho, será necesario, seguir pensando en la subjetividad como abstracción; sólo de ese modo la noción de sujeto podrá reunir las condiciones de neutralidad que la hagan justificable.

2. Adecuaciones a la noción de objeto. El objeto de la propiedad moderna se condensa en la noción jurídica de *bien*. En cuanto cosas comercializables, los bienes se caracterizan por su intercambiabilidad, no por sus características físicas. "El *propium*, vuelve otra vez Barcellona, es reificado mediante la mercantilización y se constituye en una objetividad separada del individuo, una potencia objetivada que parece tener vida propia e incluso gobernar las relaciones entre los hombres, que así se transforman en relaciones entre cosas, por una parte, y en relación entre sujetos abstractos de derechos, por la otra".²⁷ Esta separación del objeto de apropiación parece servir en un primer momento a la manipulabilidad de los bienes; sin

²⁶ *Ibid.*, p. 44.

²⁷ *Ibid.*, p. 48.

embargo, detrás de dicha autonomización, el mercado opera una especie de entronización de las cosas, a la que Marx se refirió en su momento como "fetichismo de la mercancía".

Son las cosas las que imponen su vocación mercantil a las decisiones del sujeto, y no viceversa. En los códigos civiles, por ejemplo, al definirse la noción de frutos industriales, éstos surgen como productos de las cosas a las que se incorpora trabajo; por lo tanto, como una prolongación de la propiedad sobre el bien principal, la cual, obviamente, beneficia al propietario. El trabajo queda así degradado como fuente de apropiación; pareciera que sólo se aplica con el propósito de hacer fértiles las cosas.

Jurídicamente un bien existe para decidir sobre él; tal capacidad subjetiva para disponer corresponde de manera exclusiva al titular del derecho de propiedad. La noción de bien lleva ínsita la idea de la exclusividad; el hecho de que la cosa sea susceptible de apropiación prefigura un ejercicio excluyente sobre ella. La cosa, como dijimos antes, se vuelve intangible desde el punto de vista de su destino y aprovechamiento para cualquiera que no resulte ser su propietario.

En este proceso, el uso generalizado del dinero como medio universal del intercambio tuvo desde luego una influencia decisiva, que se refleja en la evolución de las concepciones acerca de las cosas y en su asimilación a la condición de mercancías. El dinero ejemplariza la posibilidad de convertir las cosas en símbolos; a partir de allí, prácticamente cualquier bien pudo ser aludido a través de una categoría abstracta referida a sus posibilidades de circular mercantilmente y no a sus cualidades físicas. El dinero cataliza las probabilidades del intercambio y su manejo institucionalizado confiere a las transacciones una velocidad antes desconocida. La recursividad ágil del sentido de los negocios es el mejor ambiente para efectuar una identificación abstracta de las cosas que se intercambian a través de un medio monetario.

La noción de bien, en el sentido aquí expresado, no representa una solución adecuada para aquellos elementos que muestran resistencia a la integración a los circuitos del mercado. Los recursos naturales, en cuanto continúe su integración ecosistémica, no pueden ser lisa y llanamente desprendidos de su ambiente. Su aprovechamiento extractivo queda drásticamente condicionado por la necesidad de conservar el entorno natural; luego entonces, tales actividades sólo pueden realizarse dentro de los márgenes que permita la capacidad regenerativa del medio de que se trate. Bajo esta perspectiva, las cosas no se encuentran simplemente disponibles, dado que

su articulación funcional a otros bienes naturales dificulta la atribución de una facultad irrestricta a favor de un eventual propietario.

No resulta sencillo pensar en la ruptura de la mancuerna que forman propiedad y consumo. Por eso mismo no es fácil imaginar un objeto que impone al titular del derecho la necesidad de atender sus propias necesidades de conservación. Y no es que el mercado sea absolutamente disfuncional para incorporar a través de vías sofisticadas valores que a primera vista parecen no mercantilizables; sino que existe una pretensión general y justificada de la sociedad dirigida a la conservación de la biodiversidad; y es justo este último interés, el que difícilmente podría realizarse por el cauce normal de los negocios privados. El balance entre disposición del bien y conservación corresponde, por lo tanto, a una decisión exorbitante al mercado.

3. Propiedad desde el sujeto y propiedad desde el objeto. Si nos atenemos al desarrollo histórico de las relaciones patrimoniales dentro de las sociedades occidentales, pueden localizarse dos enfoques prevalecientes: o se define la propiedad desde la perspectiva del sujeto y, entonces, como sucedió en el periodo moderno, las cualidades del objeto se obnubilan para favorecer la recepción irrestricta de los atributos de la titularidad patrimonial; o bien, se asume el punto de vista contrario, según el cual la relación patrimonial quedará determinada por las características propias de los bienes a los que se refieren las titularidades.²⁸

En la sociedad medieval, por ejemplo, la escisión de los derechos relativos a la pertenencia de la tierra es un dato revelador. La atribución a diferentes sujetos de potestades distintas, como eran el dominio directo y el dominio útil, reflejaba, sin duda, que las consideraciones sociales sobre el bien al que se valoraba como la fuente más importante de riqueza, perseguían, por un lado, fijar la situación de los dueños de la tierra de una manera estable dentro de la jerarquía social y, por el otro, definir condiciones de utilización del recurso para garantizar la situación de autoconsumo propia de este periodo. La tierra se trabajaba porque alguien era siervo y se era siervo, porque trabajaba la tierra. Alguien era dueño de la tierra porque era señor, y señor porque era dueño. Pero ni el mismo señorío otorgaba potestades para mantener ociosos los fundos de labor; el derecho de cultivar las heredades tenía una justificación más profunda que el simple derecho a ejercer sobre la tierra actos de disposición.

²⁸ GROSSI, Paolo, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Trad. Ángel M. López y López), Ed. Civitas (Cuadernos), Madrid, 1992, p. 86.

En la antítesis, el concepto moderno de propiedad se construyó con la intención de potencializar la posición del sujeto y de favorecer sus capacidades de decisión. Desde este ángulo del problema, las cualidades intrínsecas de las cosas no merecen un tipo de atención especial, y mucho menos pueden ser consideradas como un factor de contención para las proyecciones voluntarias del sujeto. Lo deseable bajo este tipo de enfoque consistía en pensar la fórmula técnica que permitiera concebir al bien como un receptáculo de las decisiones del dueño, dado que de esa forma se medía el sentido práctico de su libertad. Las necesidades de la vida moderna exigieron que la propiedad, o cualquiera de los derechos que derivan de ella, se ejerciera lo mismo sobre un bien corpóreo que sobre otro incorpóreo; sobre un mueble que sobre un inmueble. Incluso la propiedad sobre el dinero se convirtió, desde entonces, en la forma de riqueza con mayor fuerza simbólica.

La idea de la fragmentación del dominio sobre las cosas constituye una avanzada más o menos consciente contra el libre arbitrio del titular del derecho patrimonial. Esta especie de freno o censura a las facultades de disposición del propietario puede proceder de los más variados orígenes y referencias. Baste recordar que, en Roma, el surgimiento del usufructo como un derecho autónomo estuvo ligado a la intención de proteger el patrimonio de los incapaces o de impedir la prodigalidad de los vástagos irresponsables. En la sociedad contemporánea, las justificaciones de contención tienen también móviles más o menos homogéneos, por ejemplo, la armonización de los usos del suelo en los centros de población, o la preservación de los elementos culturales y naturales, por sólo citar los casos más reconocibles.

La posibilidad de dividir el dominio sobre los bienes permite asimismo diversificar los tipos de intereses que se proyectan sobre un mismo objeto o clase de ellos. Esto a su vez, favorece el hecho de que el mercado involucre en sus procesos a alguna de estas bandas de tutela jurídica, pero deje a salvo a las otras. Vale la pena plantear un ejemplo: alguien puede ser propietario de la obra plástica de un artista cuya producción en su conjunto ha sido objeto de una declaratoria que la convierte en monumento artístico. Para determinar qué consecuencias se suscitan bajo esta situación, hay que decir: primero, que el propietario del bien conserva la posibilidad de uso y disfrute e incluso una facultad atemperada de disposición, porque no puede, ni destruir el bien, ni exportarlo definitivamente. Desde el punto de vista de su circulabilidad, el bien está limitado aunque, dentro de ese rango, continúa siendo una mercancía. Segundo, las características estéticas

del bien son objeto de protección a través de las disposiciones legales que regulan la situación del patrimonio artístico del país. El estatus monumental de la obra impide que exista un libre aprovechamiento de su imagen, la cual sólo podrá comercializarse con autorización de la oficina pública que administre los bienes artísticos a los que ha recaído el estatus monumental. Ni siquiera el propietario puede autorizar la reproducción de la imagen de la obra con fines comerciales. Algo similar sucede en el caso de los llamados derechos de autor, los cuales se dividen en dos cauces de intereses distintos: los llamados derechos morales, que no son objeto de comercialización y las regalías, las cuales son susceptibles de cualquier transacción privada.

C. Hacia un nuevo discurso patrimonial

1. La búsqueda de una nueva categoría. Colocados en el extremo histórico en el que estamos, es imposible no atender el imperativo de conservar los elementos que integran el ambiente natural. Cualquier fórmula jurídica que se proponga para ordenar el aprovechamiento de la naturaleza tiene que atenerse, por lo tanto, a la condición de la sustentabilidad. Al respecto, hay que declarar la falta de adecuación del concepto moderno de propiedad, el cual fue diseñado y desarrollado con el énfasis puesto en la capacidad de disposición que se concede al titular del derecho. Asimismo es necesario precaverse contra una conducta linealmente reactiva a la anterior, que diera por sentado que todo aquello que no pueda mercantilizarse en términos óptimos, por ese solo hecho, debe ser asumido como tarea pública en condiciones idóneas de eficiencia. Así las cosas, ni los propietarios privados abandonados a su libre arbitrio, ni la gimnasia intervencionista de las burocracias de los estados providentes, parecen, en sí mismos, instrumentos cabales para hacer frente desde la dimensión jurídica al problema de la conservación de los elementos naturales.

Una sociedad compleja, como se admite que es la actual, requiere de instituciones sinérgicas que, más allá de las limitaciones de cualquier lógica lineal, atiendan a la polivalencia de los conflictos contemporáneos. El viejo corte de cuño moderno que separó a la sociedad en un espacio público y otro privado debe hoy relativizarse a partir de proyecciones de tipo transversal. La conservación de los elementos naturales, habida cuenta de las tendencias negativas que presionan, no es algo que pueda realizarse desde la perspectiva privativa ya sea de lo público o bien de lo privado. Cualquiera de estos dos ámbitos parcializaría el enfoque,

dejando de lado aspectos trascendentes desde el punto de vista de la conflictiva ambiental.

Los daños a los elementos naturales no tienen su origen profundo en los actos materiales por los que físicamente se ejecutan; obedecen más bien a un cierto patrón de relación de la sociedad con la naturaleza, en el que prevalece el engrèvement del factor humano y la forma de organización que asume la satisfacción de las necesidades materiales. Bajo esta perspectiva, la protección de los elementos naturales involucra variables económicas, científicas, políticas, jurídicas y, especialmente, éticas. Si en la atención de los conflictos medioambientales se sacrifica cualquiera de las dimensiones que complejizan su estructura, la simplificación no acarreará el efecto estabilizador que con una decisión de esta índole hipotéticamente se pretende.

Buscar la reorientación de las actitudes sociales hacia el ambiente exclusivamente en la dimensión del mercado, de la propiedad y del interés privado es renunciar a entender que existen factores hexógenos a la lógica económica moderna, los cuales deben comprenderse en cualquier estrategia de programación social. Pareciera incluso que el mayor reto consiste precisamente en sumar los efectos sinérgicos de los factores no mercantilizables, y no en excluirlos. La aportación, desde la dimensión jurídica, a este tipo de estrategias debe proponer categorías normativas que soporten la colocación de los factores mercantiles de cara a los no mercantiles y que permitan estabilizar las expectativas de los comportamientos sociales desagregando y distinguiendo las distintas bandas de intereses que se entretajan en cada relación. Pedro de Pietro cita a Giannini al afirmar que, en relación con el patrimonio cultural —y esto podría decirse también del natural— es necesario encontrar categorías normativas que establezcan “sobre un mismo soporte físico (cosa)”, la posibilidad de proteger diversos intereses.²⁹

La búsqueda de categorías jurídicas pertinentes al problema ambiental supone pugnar por un diseño con un grado de abstracción superior al que ofrecen hasta hoy las distintas fórmulas de pertenencia. Dicho en otros términos, se trata de dar con un tipo de institución jurídica cuya eficacia no se encuentre condicionada de manera definitiva por el tipo de régimen de apropiación al que se encuentre sujeto el aprovechamiento de los elementos naturales. Dicha institución debería fungir como facilitadora de la sinergia

²⁹ *Op. cit., supra*, nota 22, p. 1571.

de aquellos factores sociales normalmente excluidos del cálculo económico, para hacer factible un aprovechamiento cabal de los esfuerzos sociales a través de un tipo de organización con orientaciones incluyentes.

El no despegar la indagación por las nuevas herramientas jurídicas del nivel en el que se organizan las formas de apropiación, implicaría el conformarse con las ventajas exiguas que ofrece, en materia de conservación, cualquiera de las tres soluciones siguientes: la privatización lisa y llana de los elementos naturales; la privatización sujeta a modalidades, o bien, la inclusión de estos bienes en el dominio público. Ninguna de estas opciones, singularmente considerada, parece idónea para el desarrollo de una estrategia de tipo sinérgico. Lo aconsejable es la utilización combinada de estas alternativas, pero para lograr dicha conjugación es necesario pensar en un tipo de complejo normativo capaz de organizarse y de actuar en un plano superior al de la pertenencia. La razón determinante del nuevo estatus jurídico de los componentes de la naturaleza debe ordenarse desde el criterio de conservación. Bajo esta secuencia de ideas, las formas de apropiación y de aprovechamiento deberán subordinarse al principio de sustentabilidad.

2. La tercera edad del patrimonio. Para algunos autores contemporáneos la búsqueda de una clave jurídica para la atención de los conflictos medio ambientales culmina en una reformulación de la teoría del patrimonio. Francois Ost, por ejemplo, arguye dos razones para justificar la elección del patrimonio como el referente jurídico central en aspectos relativos al ambiente. El primer argumento consiste en que la noción patrimonial se coloca más allá de la distinción dual entre sujeto y objeto; por ello, permite, simultáneamente, aludir a facultades subjetivas de aprovechamiento acotado y a ciertos intereses sociales vinculados a la conservación de los elementos naturales. La segunda línea argumental se refiere a lo que Ost llama el carácter transhistórico del patrimonio, al que identifica como una noción que, con distintos acentos culturales, ha surgido en épocas tan diversas como la antigua Roma, la sociedad medieval, el mundo moderno y aún en los años que actualmente transcurren.³⁰

En su primera edad, la edad romana, el patrimonio fue considerado como la potestad principal del jefe de familia, aunque también como el soporte material de la organización gentilicia. Esto quiere decir que el ejercicio del padre ponía en juego no sólo un atributo de índole económica, sino que se refería además a ciertas funciones sociales, políticas y religiosas, que se

³⁰ *Op. cit.*, supra, nota 3, p. 295.

encontraban asociadas a aquélla y que se entretejían complementariamente con la idea de pertenencia.³¹

Puesta en las circunstancias en las que surgen los códigos modernos, la noción de patrimonio reaparece con un perfil mucho más individualista en el que prácticamente se confunde con la persona de su titular.³² La consustancialización de los conceptos de patrimonio y persona, obra de los juristas de la exégesis, lleva a la afirmación extrema de que no existen personas sin patrimonio, ni patrimonios sin titular, lo cual a todas luces resulta una exageración del discurso. Para darle soporte a esta tesis, sus autores tuvieron que suponer que el patrimonio no está sólo compuesto de bienes y derechos evaluables en dinero, sino que también lo integran las deudas que eventualmente contrajo su titular. De este modo, o se es derechohabiente de un patrimonio con activos, o bien se es titular de otro en el que predominan los números negativos.

A raíz de los planteamientos exegéticos la consecuencia técnica más importante que se extrajo de la teoría del patrimonio fue la de considerar a éste como cobertura o garantía de los actos de su titular. Una conclusión de este tipo permitió un desarrollo muy importante de la noción de responsabilidad civil; en lo sucesivo cualquier sujeto tendría que hacerse cargo de sus compromisos pecuniarios hasta el monto de su patrimonio. Bajo este tipo de doctrina es obvio que la noción de patrimonio queda enérgicamente empalmada con la noción de pertenencia y, específicamente, con la de pertenencia individual.

Aun dentro de la dogmática del derecho privado hubo intentos como el de Ferrara que hicieron evidente que la noción de patrimonio no tenía por qué ser totalmente tributaria de una concepción individualista. La teoría del *patrimonio afectación* quiso desligar la universalidad de bienes y derechos que lo componen de la idea de pertenencia, para situarlo en la perspectiva del fin a que el patrimonio se dirige. Afectar bienes es, por esto, destinarlos al cumplimiento de una meta necesariamente transpersonal. En el ámbito del derecho de sociedades la teoría del patrimonio afectación ha gozado hasta el presente de una gran aceptación.

En el derecho administrativo la noción de patrimonio admite varios matices. En algunos órdenes jurídicos nacionales la noción se utiliza para

³¹ *Ibid.*, p. 298.

³² *Vid.* BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil* (3 vols.), (Trad. José M. Casica Jr.), Ed. Cajica, Puebla, 1945, vol. I, pp. 619 a 621.

designar la totalidad sobre las cosas que componen lo que, con algunas reservas, se puede denominar la "propiedad pública". En México, por ejemplo, la Ley General de Bienes Nacionales alude al "patrimonio nacional" con este sentido. Pero en España, por citar otro caso, se utiliza el término para distinguir los bienes públicos que no se encuentran afectados al dominio público. En sentido aún más restrictivo, los españoles usan el concepto patrimonio nacional para referirse a los bienes de la corona. Los bienes que integran el patrimonio real no están destinados al uso público, sino al servicio del rey.³³ Pero aun considerando las diferencias puntuales acerca de la noción de patrimonio, es claro que, en el derecho administrativo, prevalece asimismo la idea de pertenencia como referente central del concepto.

Hoy comienza a despuntar una noción de patrimonio mucho más compleja. Con este nuevo concepto se pretende romper la estricta relación que existe entre la noción exegética de patrimonio y las situaciones modernas de pertenencia privada. Bajo esta perspectiva, se afirma, por ejemplo, que ciertos bienes forman parte del patrimonio cultural de la humanidad, lo cual significa que, independientemente de la ubicación temporal que mantengan y del régimen de propiedad al que se encuentran sujetos, tales bienes están resguardados por una tutela jurídica de alta jerarquía. Dicha protección responde al interés de la humanidad en la conservación de un cierto tipo de bienes. La declaratoria de pertenencia al patrimonio de la humanidad restringe sin destruir los derechos específicos que determinados sujetos, públicos o privados, pudieran tener en relación con los bienes de referencia.³⁴

El nuevo concepto de patrimonio se pretende dialéctico en el sentido más rico del término. Por principio, dicha noción no opta por enfatizar la posición del sujeto respecto de las cosas apropiables, aunque tampoco establece una prioridad definitiva a favor de las cosas a las que se dirige. La fórmula dialéctica consiste, precisamente, en mantener un interés alternativo y, al mismo tiempo simultáneo, en los dos extremos de la relación. Para ese efecto es necesario reconocer primero, un derecho básico de apropiación que puede ser público o privado; después, un derecho difuso, en el que se concreta el interés general orientado a la conservación del bien. El resultado se puede expresar de distintas maneras, según el acento que se busque conferir en cada caso, por ejemplo:

³³ PAREJO, Luciano *et al.*, *Manual de derecho administrativo* (2 vols.), Ed. Ariel, Barcelona, 1998, vol. 2, pp. 90 y ss.

³⁴ *Op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 302 y 303.

- el derecho básico de apropiación llega hasta donde no se impide un derecho similar a las generaciones futuras;
- los elementos naturales tienen un valor que no procede de la atribución que le confieren los agentes sociales;
- el valor intrínseco del bien y su valor de mercado pueden ser ambos funcionales para su conservación;
- el valor que el bien alcanza en el mercado no es superior a su valor intrínseco;
- la tutela jurídica del bien alcanza dos vertientes: la del derecho básico de apropiación y la patrimonial, relativa a su conservación, o
- la tutela patrimonial del bien se orienta a mantenerlo como objeto útil de la praxis futura.

Estas conclusiones, u otras equivalentes, demuestran la idea fuerza de la nueva institución: el patrimonio, en su tercera edad, pretende aprovechar su propia ambigüedad para constituirse en una auténtica "reserva de posibilidades".³⁵ A través de un ejercicio de superposición de tutelas jurídicas se intenta situar a la conservación, ya sea de bienes culturales o naturales, en un nivel de abstracción superior al de los regímenes de propiedad. El criterio de sustentabilidad, ya fincado como gran condición, debe envolver y subordinar a cualquier otro tipo de interés sobre los bienes protegidos. Por su grado de precisión es conveniente citar textualmente un pasaje de la obra de Ost: "El bien patrimonializado queda como transfigurado: todavía pertenece al mundo de las cosas ordinarias y las más de las veces sigue siendo susceptible de apropiación, en adelante queda bajo la protección de un interés superior, que marca el objetivo de su régimen jurídico".³⁶

Cabe mencionar que la nueva noción de patrimonio no se encaja en las estrecheces del Estado-nación; su ámbito pretende ser, por cierto, el de la sociedad globalizada. A la mundialización del mercado, este concepto trata de oponer la mundialización de los factores no mercantilizables, y a la centralidad univalente del estado nacional, le confronta el ejercicio difuso de las organizaciones civiles emergentes.

Al patrimonio rejuvenecido hay que endilgarle además los instrumentos procesales necesarios para que su discurso resulte jurídicamente operativo. Por lo tanto, es menester perfilar acciones constitucionales populares, o

³⁵ *Ibid.*, p. 313.

³⁶ *Ibid.*, p. 318.

simplemente ampliar el espectro de la legitimidad procesal, para permitir el acceso litigioso a cualquier interesado en la conservación de los bienes patrimonializados. Sin instancias procesales, esta suerte de derechos transversos quedaría completamente en la ineficacia, o mejor aún, a merced de los derechos básicos de apropiación, ya fuesen éstos públicos o privados.

D. Un llamado emergente a la cordura

El nuevo discurso patrimonial brota de sus autores con un optimismo que no siempre encuentra asideros razonables. La sola posibilidad de que exista una categoría jurídica con la versatilidad suficiente para acoger simultáneamente intereses disímolos no garantiza su viabilidad. Por otra parte, el concepto parece no tener tampoco la originalidad que se le atribuye. En efecto, hoy existe una noción de patrimonio que funciona como tutela de ciertos intereses generalizados de conservación; es también cierto que dicha protección se construye por encima de las formas específicas de apropiación y, en muchos casos, a una escala internacional. Pero hay, sin embargo, algunos reparos para echar las campanas a vuelo:

Primero. La nueva noción de patrimonio no ha alcanzado un nivel de homogeneidad conceptual que permita establecer un manejo generalizado de la misma. Por lo tanto, no todos los órdenes jurídicos nacionales procesan de igual forma su desarrollo y su recepción.

Segundo. Como proceso de *lege ferenda* esta categoría jurídica lleva al menos cinco décadas, sin que hasta la fecha cuente con un desarrollo técnico cabal. En algunos órdenes jurídicos en los que existe la garantía procesal a los intereses difusos, los logros son potencialmente mayores. Sin embargo, donde no se suscita este reconocimiento, la eficacia de esta noción deja todavía mucho que desear.

Tercero. Los énfasis de los ordenamientos nacionales generalmente se depositan en el desarrollo de los instrumentos básicos; es decir, el derecho de propiedad y sus encauzamientos públicos. Esto se refleja incuestionablemente en el pulimento de las formas por las que se realiza la apropiación y el aprovechamiento de los elementos naturales.

Cuarto. Los nuevos teóricos del patrimonio no atienden aún de manera suficiente a la génesis del proceso que conduce a la autonomización jurídica de los intereses difusos y de sus procesos de garantía. En ocasiones, el

punto de arranque es el desarrollo de la función social de la propiedad; en otros casos, de las nociones de dominio público y, en otros más, de conceptos clásicos como el de usufructo o el de servidumbre.

Quinto. El nuevo concepto de patrimonio no es producto de la generación espontánea, sino que su proceso de desarrollo debe apalancarse desde las instancias públicas. Por más que se pretenda que el nuevo concepto sea parcialmente manejado por las organizaciones civiles, es necesario, de todos modos, que su recepción sea apuntalada a través de una estrategia legislativa y de política ambiental y cultural. Quienes hoy son partidarios de esta noción penetran poco en el esclarecimiento del papel que corresponde a los órganos públicos en tal estrategia.

Sexto. Como el mismo Francois Ost lo reconoce, la noción de patrimonio que defiende, no gana adeptos fácilmente entre los ecologistas de mercado, porque a éstos les parece un concepto que obstruye los derechos de propiedad y, en ese caso, también bloquea el libre juego de los procesos de intercambio. Asimismo, para quienes son partidarios de las intervenciones públicas contundentes, la noción aparece como demasiado tibia, dado que no interfiere de manera directa con los derechos básicos que definen el aprovechamiento de los bienes patrimonializados.³⁷

Séptimo. Un aspecto importante a considerar es que, mientras los derechos básicos que regulan el aprovechamiento de los elementos naturales o de los bienes culturales proceden de la ley, lo que les asegura cuando menos la legitimidad formal y política propia de esta fuente, los intereses patrimoniales, por su parte, no se sostienen de un asidero similar. La noción de patrimonio tiene su origen en convenciones internacionales y en la propia praxis de las organizaciones civiles; su inserción en las leyes nacionales es aún un dato excepcional.

Los argumentos críticos esgrimidos no conducen a la descalificación de la nueva noción de patrimonio, sólo intentan establecer un espacio de reflexión para señalar que el camino en la búsqueda de las aportaciones jurídicas para mesurar los daños sociales sobre la naturaleza es todavía arduo. Muy probablemente las fórmulas que el derecho tenga que proponer al respecto, tengan como condición el desarrollo y la maduración de instrumentos procesales que hasta hoy han sido utilizados sólo en un mínimo grado. Asimismo, debe señalarse que las estrategias de conservación no

³⁷ *Ibid.*, p. 314.

tienen un solo derrotero, sino que su avance obedece a desarrollos simultáneos en el plano de la legislación, de la función judicial y aun de los actos ejecutivos. Este juego debe orientarse bajo una táctica de pinzas, lo mismo hay que apretar por la vía de la matización de los derechos subjetivos, que por la de los instrumentos públicos de control y de regulación de los procesos mercantiles.

Hay que advertir que, si en un medio jurídico determinado no existen previsiones constitucionales acerca de la nueva noción de patrimonio, la recepción en la legislación ordinaria puede dificultarse a un grado insuperable. Asentado lo anterior, cabe concluir que el desarrollo constitucional de esta noción es una condición fundamental para la maduración posterior del concepto en las prácticas jurídicas.

V. EL APROVECHAMIENTO DE LOS ELEMENTOS NATURALES EN MÉXICO: LAS BASES CONSTITUCIONALES

A. Perfiles del régimen patrimonial

El art. 27 constitucional es, sin duda, el precepto más discutido de cuantos contiene la Carta vigente y los motivos que están detrás del debate no son menores. Este artículo vino a modificar drásticamente el espectro de los derechos patrimoniales que habían estado vigentes durante el Porfiriato, aunque quizás haya que efectuar un matiz a esta afirmación: después de haberse practicado una política de concesiones generosas para la explotación de los recursos naturales durante los primeros años de la dictadura, hacia los últimos, se detecta un viraje. La legislación administrativa restauró algunos controles a favor de la autoridad, ampliando ligeramente su margen de maniobra política. Pero aun aceptando este giro nacionalista en la política económica de los años postreros de la presidencia de Porfirio Díaz, los cambios que planteó la promulgación de la Constitución de Querétaro fueron muy importantes.

El primer punto a destacar es que la Constitución de 1857, en su art. 27, perfiló un régimen de propiedad de rasgos típicamente modernos. Definió la propiedad como prerrogativa individual, suponiendo erróneamente que las relaciones patrimoniales en el país podrían orientarse por ese único patrón.

La Constitución de 1917, por su parte, modificó este panorama al consagrar un sistema patrimonial con innegables resabios coloniales. Sobre la fórmula de la propiedad originaria de la nación, los constituyentes implan-

taron un régimen complejo de asignación central de los recursos apropiables. Las formas patrimoniales que se establecieron como derechos derivados de la titularidad anterior de la nación fueron: la propiedad privada, la propiedad comunal, la propiedad ejidal y el dominio directo o propiedad de la nación. Todas estas vertientes de organización de los derechos de apropiación encuentran apoyo en la potestad primigenia de la nación, que funciona como factor de legitimación para el régimen plurimorfo que contiene la carta constitucional.

La forma en que quedó regulada la propiedad privada se apartó de los cánones liberales que veían en las prerrogativas del propietario un derecho natural e impenetrable para el poder público. La propiedad privada a la que se refiere el art. 27 constitucional es un derecho permeable, de rango inferior a la titularidad originaria de la nación y, por todo ello, receptivo a la imposición de las modalidades legislativas que sugiera el interés público. Cabe mencionar que la Carta de Querétaro construyó este derecho a aquellos bienes que no quedaron definidos como del dominio directo o de propiedad de la nación. Además, limitó en varios sentidos las posibilidades de los extranjeros para convertirse en propietarios inmobiliarios dentro del territorio nacional. La propiedad privada perdió la exclusividad que le había conferido la Constitución de 1857 como fórmula única de apropiación; en la Carta vigente, este derecho tuvo que compartir su espacio regulatorio con otros modos de apropiación, a los que sin mucho apuro podría calificárseles de premodernos.

El art. 27 consagró además el programa de reforma agraria que había bocetado la Ley del 6 de enero de 1915. En dicho precepto se recogió la idea del fraccionamiento de los latifundios por la vía de las expropiaciones. Las acciones agrarias se dividieron en dos vertientes: las restitutorias, cuyo objeto era devolver a sus antiguos dueños (pueblos, condueñazgos, rancherías, tribus y congregaciones), las tierras perdidas por la aplicación de las leyes de Reforma y de las leyes de Colonización y Deslinde. La otra fórmula se refirió a las acciones de dotación, que podían hacer valer los grupos de campesinos sin tierra, con objeto de que las propiedades circunvecinas les fueron repartidas para su aprovechamiento, dejando a salvo solamente la pequeña propiedad. De este modo, los procedimientos agrarios produjeron dos tipos de propiedad: la comunal, con perfiles étnico-ancestrales, y la ejidal, abierta la parcelización, pero sin el reconocimiento del derecho de disposición para sus titulares. En ambos casos, la tierra se vio limitada desde la perspectiva de su circulación en términos modernos.

El dominio directo de la nación abarcó elementos tan importantes como los minerales, el petróleo y los demás carburos de hidrógeno. En todos estos casos, la nación se reputó propietaria y, en tal virtud, quedó investida para ejercer el control final sobre el destino de estos recursos, los cuales, en lo sucesivo, sólo podrían aprovecharse a través de concesiones. Con esta decisión constitucional se mermó de manera importante el potencial mercantil de tales bienes, que con todo y su significado estratégico para el desarrollo, quedaron a merced de los designios públicos.

Algo parecido sucedió con los principales recursos hidráulicos del país. Las aguas se enmarcaron dentro de la propiedad de la nación y su aprovechamiento, igualmente, se subordinó al otorgamiento de las correspondientes concesiones.

Amén de lo anterior, en el art. 27 se continuó la política de afectación de los bienes del clero; el Constituyente desarrolló el régimen de los procedimientos de nacionalización de bienes eclesiásticos, concediéndoles así una base constitucional indubitable.

Por otro lado, los autores de la Constitución regularon la potestad expropiatoria con una amplitud hasta entonces desconocida. Por un lado, abrieron la posibilidad de diferir el pago de las indemnizaciones; por otro, dejaron a las legislaturas de los estados y al Congreso de la Unión, una discrecionalidad casi completa para definir las causas de utilidad pública bajo las que habría de considerarse procedente la expropiación. Adicionalmente, restringieron el papel del poder judicial a los casos en los que hubiera inconformidades con el monto de la indemnización. Este diseño normativo permitió al Ejecutivo una función protagónica que se extiende desde la declaratoria de utilidad pública, hasta la ocupación del bien expropiado y el pago de la indemnización. Un aspecto poco explorado de la institución expropiatoria en la Constitución de 1917, consiste en el papel que desempeñan estos actos para facilitar, por vías públicas, la circulación de los bienes entre las distintas formas de apropiación previstas en el art. 27. A través de los actos expropiatorios un bien privado puede convertirse en objeto de propiedad pública, comunal o ejidal; un bien ejidal o comunal, a su vez, queda en posibilidad de volver al patrimonio del Estado, o incluso de convertirse en objeto de apropiación privada.

Los perfiles del régimen de propiedad del 27 constitucional son fuertemente centralistas, ya que dejan al Congreso de la Unión y al Presidente de la República el arbitraje y la distribución de los principales recursos apropiables. En un principio los gobernadores de los estados tenían asigna-

do un papel más activo en los procedimientos agrarios, aunque con las reformas posteriores perdieron dicho protagonismo. Si además pensamos en la proverbial docilidad que caracterizó al Congreso mexicano hasta décadas recientes, no se puede sino concluir que el Ejecutivo recibió, por vía de lo dispuesto en este precepto, facultades patrimoniales de alcances insospechados. Asimismo, no hay que perder de vista la función marginal que en materia de regulación de la propiedad quedó asignada a los legisladores de los estados, los cuales están siempre expuestos a que el régimen patrimonial privado que definan a través de su función legislativa, sea posteriormente rectificado por el Congreso de la Unión a través de la imposición de modalidades en las leyes federales.

La confusión entre las categorías de soberanía y propiedad es también un rasgo del art. 27. Dicha falta de especificación es un dato que se ha imputado a los Estados premodernos; en los Estados de derecho en cambio, siempre se ha hecho énfasis en la demarcación estricta de los espacios privados respecto de los públicos. La forma en que se perfiló el régimen patrimonial mexicano no favoreció la consolidación de un ámbito privado exclusivo y, por lo tanto, de una perspectiva garantista confiable. La propiedad suele ser una piedra angular para cualquier sistema de prerrogativas individuales; al quedar debilitado este derecho en sus perfiles excluyentes, se dejó abierta la posibilidad para la constante injerencia pública en la espera de derechos de los gobernados.

La evolución del art. 27 constitucional a través de sus años de vigencia está marcada por vicisitudes que han resultado también trascendentes para la historia del país. Al respecto, hay que señalar que el modelo patrimonial básico se modificó para dar lugar a un sector de actividades propiamente nacionalizadas. Tal fue el caso de la industria petrolera en 1940, año en el que se incorporó al texto la prohibición de otorgar concesiones para el aprovechamiento del petróleo y sus derivados. En 1960 sucedió lo mismo con el suministro público de la energía eléctrica, y en 1975, con los minerales radioactivos.

Además de lo anterior, al párrafo cuarto del precepto, que enlista los bienes pertenecientes al dominio directo de la nación, se le agregaron los conceptos de plataforma continental, zócalos submarinos y espacio aéreo. El párrafo quinto, por su parte, ha sido rectificado también varias veces; en una de esas oportunidades, a los recursos hidráulicos originalmente clasificados dentro de la propiedad de la nación, se sumaron las aguas marítimas interiores, así como sus respectivos vasos y cauces.

En materia agraria, las modificaciones significativas estuvieron vinculadas a la supresión del amparo para los pequeños propietarios y a la posterior restauración de este derecho litigioso. Posteriormente, en 1992, se efectuó la reforma de más envergadura que ha experimentado el art. 27 constitucional, por la que prácticamente se canceló el programa de reforma agraria que se había puesto en marcha con la Constitución. A partir de la reforma se suprimieron las acciones de dotación y de restitución y, sobre todo, se abrieron las posibilidades para que la propiedad ejidal y comunal se liberara de algunas de las trabas constitucionales que impedían su circulación mercantil. Asimismo, se retiraron los impedimentos a las sociedades comerciales y civiles para adquirir propiedades agrarias y se propusieron las bases para que pudieran concretarse diversas fórmulas de asociación con ejidatarios y comuneros.

Como se puede concluir, las numerosas reformas al art. 27 constitucional, excepto la de 1992, dejan a salvo el perfil básico de su texto y más bien lo pulen y desarrollan, extrapolando las soluciones que el constituyente había ya insinuado en su trabajo original.

B. La protección de los elementos naturales en el texto original

La legislación administrativa del periodo porfirista mostraba sesgos muy pronunciados hacia los intereses de los inversionistas que desarrollaban labores empresariales en el país. Quienes se beneficiaron de las concesiones para aprovechar recursos naturales, gozaban de prerrogativas amplísimas, las cuales les permitieron orientar su trabajo con criterios preponderantemente extractivos. Esta situación resulta hasta cierto punto explicable, si se asume que México, en esos años, se proyectó como un país proveedor de materias primas agrícolas y mineras en el marco de la economía mundial.

El escaso énfasis en la protección y cuidado de los recursos naturales que caracterizó a las explotaciones de la época porfirista puede ser abundantemente documentado. Sólo por recordar los casos más significativos conviene tener presentes los numerosos accidentes producidos en los pozos petroleros de la huasteca, o la forma irresponsable en que fueron abatidas extensas superficies de selva tropical en las monterías del sur de la república. Estos hechos difícilmente hubieran podido estar ausentes de la mente de los diputados constituyentes, cuando éstos decidieron consagrar el principio de conservación al regular lo relativo a los elementos naturales. La forma decidida en que los autores de la Constitución plantearon

límites al aprovechamiento, conscientes de que la permanencia de los elementos naturales no es compatible con actitudes de conservación de explotación, podrá calificarse irreflexionablemente como vanguardista.

Para entender la magnitud de la reacción nacionalista de los diputados constituyentes hay que traer a colación su decisión de revisar "Todos los contratos y concesiones hechos por los gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y recursos naturales de la nación (...) y el fisco nacional, con el objetivo de la unión "para declararlos nulos, cuando impliquen perjuicios graves para el interés público". Esta disposición, que habilita al gobierno para afectar las concesiones otorgadas, fue el fundamento, además, con el que el Constituyente censó el texto del art. 27 constitucional. Tal limitación abrió la posibilidad de afectar derechos adquiridos, como tanto lo concluyeron en tono de denuncia los detractores del proyecto, además, limitó la posición gubernamental al permitirse al Ejecutivo la oportunidad de redistribuir los recursos concesionables bajo mejores perspectivas de utilidad pública. Es obvio, asimismo, que el Constituyente insistió en que el aprovechamiento de los elementos naturales se efectuase en beneficio de la sociedad, evitando en todo caso las situaciones de concentración y acaparamiento de estos recursos.

A continuación fijaremos los términos originales del párrafo tercero del art. 27 constitucional, para luego referirnos a la evolución de su contenido. En dicho párrafo, después de que el Constituyente otorgó facultad a la nación para imponer modalidades a la propiedad privada cuando lo ameritas el interés general, se le confirió también atribuciones para "regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, y para cuidar de su conservación". Y más adelante, los autores del texto dispusieron: "Con este objeto se dictarán las medidas necesarias (...) para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad".³

De la forma en que se estableció la posición del constituyente de Querétaro pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Primera. La Constitución distingue los elementos naturales susceptibles de apropiación de aquellos que no lo son. Quedan fuera de tal condi-

³ Texto original del art. 27 constitucional.

ción los bienes que la propia Carta consideró del dominio directo o de propiedad de la nación. (Minerales y carburos de hidrógeno en el primer caso; recursos hidráulicos de propiedad nacional, en el segundo). Los elementos naturales susceptibles de apropiación a los que se refiere el texto constitucional, deben ser, entre otros: la fauna silvestre, terrestre y marina, la flora, incluyendo los bosques y selvas, el suelo, las aguas no previstas en el párrafo quinto del art. 27 como de propiedad de la nación y el aire.

Segunda. Bajo los criterios centralistas de la Constitución, la *regulación* del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación corresponde al Congreso de la Unión, ya que, como la Suprema Corte lo ha resuelto reiteradamente en ejecutorias anteriores a la década de los noventa, dicho órgano es el único que representa la totalidad de la dimensión nacional.

Tercera. A pesar de que los elementos naturales susceptibles de apropiación pueden, en principio, ser aprovechados por sus propietarios, el Constituyente perfiló un control regulatorio fuerte, con objeto de garantizar tanto la conservación como la distribución equitativa de tales recursos, considerados como componentes de la riqueza pública. La propuesta constitucional implica un sistema de tutela jurídica compleja, puesto que, por una parte, garantiza el derecho del titular de la propiedad, pero, por otro lado, condiciona el ejercicio de ese derecho a la permanencia del recurso, lo que significa el reconocimiento del interés de la nación en la conservación de tales elementos. La consecuencia lógica de este planteamiento es que, en este caso, el derecho de propiedad no implica libre disposición para su titular, sino un ejercicio restringido por las pautas regulatorias que subordinan dichas prerrogativas al interés que suscita la conservación.

Cuarta. Las dos directrices a las que habrá de tender la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación son: la distribución equitativa de la riqueza pública y su conservación.

Quinta. El derecho de propiedad que pudiera derivarse a los eventuales aprovechadores, constituye una prerrogativa permeable, la cual puede ser interferida por las medidas que el constituyente "dicte" para evitar la destrucción de los elementos naturales. En este caso, el criterio de imposición de modalidades a la propiedad está resuelto por el mismo Constituyente.

Tratando de resumir algunos de los aspectos de este análisis, se puede formular la siguiente aserción: en el modelo patrimonial original del art. 27, los elementos naturales se sujetaron a dos vertientes jurídicas para su

aprovechamiento: las concesiones, en el caso de los párrafos 4o. y 5o. del precepto, o bien el reconocimiento del derecho de propiedad, aunque sujeto a la doble condición de no favorecer el acaparamiento de la riqueza pública y de atenerse a las necesidades de la conservación. Ninguno de estos dos mecanismos de aprovechamiento supuso, por cierto, el desarrollo de los medios del mercado como estrategia principal de conservación. Al contrario, parece que el Constituyente hubiese asumido la incipiente de los procesos mercantiles y que, en virtud de ello, desarrollara sendos mecanismos públicos de control, los cuales trataron de ofrecerse como alternativa a la circulación mercantil —caso de las concesiones—, o bien, como límites a la capacidad de disposición de los sujetos propietarios: tal es la consecuencia de anteponer los criterios de distribución de la riqueza pública y de conservación a los aprovechamientos privados. El constituyente pergeñó un protagonismo muy importante del poder legislativo para la delimitación de los derechos de aprovechamiento, tanto en los casos de los recursos mencionados en los párrafos 4o. y 5o. del art. 27 constitucional, como en los que considera "elementos naturales susceptibles de apropiación". Sin embargo, en relación con estos últimos, no cerró la pinza previendo en el art. 73, relativo a las facultades del Congreso, una definición expresa para que el legislativo actuara en dicha materia. Esta omisión ha llevado a que las leyes forestal, de pesca y ahora la de vida silvestre, tengan que fundarse aludiendo a la fracción XXX del art. 73 constitucional, la cual dispone que el Congreso de la Unión tiene atribuciones "para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y *todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.*" Esta fracción debe correlacionarse, a su vez, con las atribuciones para "regular" y "dictar medidas" previstas en el párrafo tercero del art. 27 constitucional, en lo referente al aprovechamiento, la distribución y la conservación de los elementos naturales susceptibles de apropiación.

Los cuestionamientos al fundamento constitucional de las leyes forestales o pesqueras no han sido extraños. Casi en todos los casos se argumenta que no existe un apoyo constitucional explícito para estas materias, o bien que no se justifica la exclusión de las entidades federativas en la regulación de dichos elementos. Para responder a la primera objeción, baste decir que la existencia de la fracción XXX del art. 73 constitucional es la mejor prueba de que el Constituyente no constriñó las facultades del Congreso a las enunciadas en las primeras veintinueve fracciones del artículo

que se comenta. En nuestro derecho existen las llamadas *facultades implícitas* y, en este caso, las disposiciones contenidas en el tercer párrafo del art. 27 constitucional dan sentido a la remisión del Constituyente, que establece: "(...) y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión".

Respecto al argumento que inquiera sobre la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para "regular" y "dictar medidas" en relación con el aprovechamiento, la distribución y la conservación de los elementos naturales susceptibles de apropiación, hay que traer a colación las numerosas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en relación con la capacidad para imponer modalidades a la propiedad privada. Hasta antes de la década de los noventa, la Corte mantuvo el criterio de que el único órgano legislativo que representa los intereses nacionales es el Congreso de la Unión. El sentido de estas resoluciones apoya la directriz centralista del art. 27 constitucional, interpretando fielmente su sentido. Ello no quiere decir, sin embargo, que el argumento resulte plausible en el contexto de un estado federal. Un criterio de este tipo supone, como argumento básico, que el término nación, en cuanto representación de la totalidad estatal, equivale a poderes federales, debido a que son éstos los únicos que representan la idea de la Unión.

Una interpretación distinta, como la que ha sostenido la Suprema Corte en los años recientes,³⁹ implica el reconocimiento de que el Congreso de la Unión sólo puede hacerse de la representación de los intereses legislativos atinentes a las materias establecidas en la Constitución como asuntos federales; sin embargo, dicha asamblea no puede pretender la representación de los intereses legislativos locales. Bajo esta perspectiva se rompe la equivalencia entre nación y federación, ya que la representación total de la primera sólo se conseguirá, en lo federal, por los órganos de la Unión y, en lo local, por los órganos estatales y municipales. Un criterio de este tipo traiciona la intención centralista del Constituyente, aunque probablemente

³⁹ Vid, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Asentamientos Humanos. El art. 32, fracción I, de la Ley General correspondiente, no es violatorio del art. 27 constitucional al establecer que corresponde a las legislaturas locales asignar modalidades a la propiedad privada", en *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. VII, febrero 1998, Tesis P. IX/98, p. 42; así como Tribunal Colegiado de Circuito, "Desarrollo Urbano del Distrito Federal, Ley de, el Jefe del Departamento, es autoridad competente para imponer las modalidades a la propiedad privada previstas en ella", en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIV, septiembre, Tesis I. 4o. A. 755 A, p. 310.

no la literalidad del texto del art. 27 constitucional. Este argumento parece haber pesado en la Suprema Corte, porque dicho tribunal orienta cada vez más sus decisiones por directrices que coadyuvan con la realización efectiva del sistema federal. Esta interpretación ha sido favorecida por las reformas constitucionales que han incorporado los principios del federalismo cooperativo, los cuales se tratarán en un momento posterior de este trabajo.

C. La evolución de la fórmula constitucional para regular los elementos naturales susceptibles de apropiación

Existen dos reformas al párrafo tercero del art. 27 constitucional que son trascendentes desde la perspectiva del régimen jurídico de los elementos naturales a los que se refiere este texto. La primera de ellas data del 6 de febrero de 1976. La intención principal de esa modificación constitucional consistió en introducir bases normativas específicas para la materia de asentamientos humanos. En esa ocasión, se efectuaron las siguientes modificaciones al texto del párrafo tercero:

Se estableció que el derecho de la nación para regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación debería ejercerse "en *beneficio social* y con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar su conservación, *lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de la población rural y urbana*". La adición se completó con el texto siguiente: "(en consecuencia) *se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas, bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población...*"

La adición comentada se vinculó a la introducción de la fracción XXIX-C del art. 73, en la que se especificó que el Congreso quedaba facultado para "expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos".

De la adición planteada se infiere que el suelo quedó clasificado entre los recursos naturales susceptibles de apropiación, y que la legislación en la materia debería orientarse a conseguir el beneficio social; finalmente, también fue claro que el desarrollo equilibrado del país se perfiló como un propósito explícito para dirigir el trabajo del legislador secundario.

Es interesante observar cómo, en el caso de la materia de asentamientos humanos, el llamado constituyente permanente deja atrás las estrecheces del federalismo dual, para adoptar en lo sucesivo una proyección transversal de competencias hacia los tres niveles territoriales de gobierno. La Ley General de Asentamientos Humanos vendría a distribuir competencias de forma segmentaria entre la federación, los estados y los municipios, con el fin de que, en cada uno de estos ámbitos de gobierno, pudiesen desarrollarse acciones complementarias para lograr una ordenación urbana coherente a lo largo de todo el territorio nacional.

En apoyo del nuevo federalismo cooperativo se pronunció ya la Suprema Corte en una ejecutoria relativamente reciente. La sentencia mencionada declaró que la previsión de la Ley General de Asentamientos Humanos que establece que las legislaturas estatales establecerán los criterios normativos para asignación de usos y destinos compatibles, no es violatoria del art. 27 constitucional. La Corte afirmó textualmente que, en dichas disposiciones, “se está coordinando el ejercicio del derecho de la nación para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público (...), definiendo que tal función corresponde a las legislaturas de las entidades federativas, en virtud del ejercicio *concurrente* que sobre la materia ejercen la federación, los estados y los municipios, y que requiere de una delimitación clara de las funciones que cada uno debe realizar conforme al sistema de competencias que les determina la Constitución”.⁴⁰ Hemos citado en extenso por la importancia que entraña el criterio vertido. Como se observa, *concurrentia* significa *coordinación* entre tres ámbitos gubernativos. Pero tal coordinación sólo puede efectuarse a partir de un modelo de roles de competencia definidos por una Ley general o ley-marco, en la que se establezcan las directrices de la materia. La competencia no la distribuye en realidad la Constitución, como se afirma en la tesis, sino que prácticamente se efectúa dentro de la ley secundaria, en virtud de la cual se asignan los roles de competencia respectivos.

A la reforma por la que se adicionó al tercer párrafo del art. 27 constitucional para incorporar la materia de Asentamientos Humanos en 1973, siguió otra en 1987, para dar cabida en el mismo precepto al tema medioambiental. A continuación se transcribe la parte conducente de la adición: “La nación tendrá en todo tiempo el derecho (...) de regular, en beneficio

⁴⁰ *Ibid.* (en especial, el primero de los textos jurisprudenciales citados).

social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, (...). En consecuencia se dictarán las medidas para (...) *preservar y restaurar el equilibrio ecológico...*”.

Al igual que con la reforma sobre Asentamientos Humanos, en la de 1987, el paquete de movimientos constitucionales incluyó la adición de la fracción XXIX-G al art. 73 constitucional, concediendo al Congreso de la Unión, en una fórmula gemela a la de la materia urbanística, la atribución para expedir “leyes que establezcan la concurrencia (...) en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico”.

Valorando el conjunto de la reforma constitucional de 1987, se pueden obtener las siguientes inferencias:

Primera. Se introduce en la Constitución una perspectiva ecosistémica en relación con los componentes de la naturaleza; esto conlleva el reconocimiento de que los elementos naturales no se encuentran desarticulados en su medio, sino que se integran en unidades sinérgico-funcionales, las cuales pueden ser alteradas y perturbadas por la acción humana.

Segunda. La perspectiva ecosistémica apareja el reconocimiento de la biodiversidad y de los procesos operativos de la naturaleza como valores a tutelar por el ordenamiento jurídico. Cabe además pensar que dicha forma de protección no anula los derechos de apropiación ni de aprovechamiento, sino más bien condiciona su ejercicio a través de normas que se les sobreponen.

Tercera. La protección de los componentes medioambientales se organiza desde las leyes de la materia y se concibe generalmente como un conjunto de políticas públicas y de instrumentos de control que se despliegan para hacer posibles las primeras. Las leyes ambientales estatales se organizan en torno a una ley-marco o Ley general que les sirve de referencia y que articula como nódulo básico la unidad del sistema. La ley-marco establece, al mismo tiempo, las directrices normativas para la acción de los poderes federales.

Cuarta. La perspectiva de la regulación medioambiental no impone la anulación del aprovechamiento de los elementos naturales; éstos pueden seguirse utilizando, tanto por sus dueños, en los casos en que los elementos naturales sean susceptibles de apropiación, como por los concesionarios, en los casos que no lo sean. Ello quiere decir que la legislación sectorial, como la hidráulica, pesquera, forestal o de vida silvestre, continúa vigente, sólo que condicionada por las normas generales de la ley ambiental.

Quinta. El solapamiento de la ley ambiental con las distintas leyes sectoriales que regulan el aprovechamiento de los elementos naturales puede mover a contradicciones de no fácil solución, debido a que se trata de normas de la misma jerarquía, de acuerdo con el art. 133 constitucional. Ante esta situación, la prevalencia de las normas contradictorias tendría que obedecer a los criterios tradicionales de qué norma posterior deroga la anterior, o de que la ley especial lo hace con la general. Ninguno de estos mecanismos de descarte normativo es favorable para la conservación de los elementos del medio ambiente. La única solución a la vista tendría que venir de una reforma constitucional, la cual habría de perseguir la jerarquización de las leyes ambientales y la participación de las legislaturas de los estados en los procesos de aprobación de las leyes que distribuyen competencias.

Sexta. La lógica de distribución y coordinación de competencias que deriva de la fracción XXIX-G del art. 73 constitucional obviamente no se aviene a las rigideces del federalismo dual. Sin embargo, el régimen de aprovechamiento de los principales elementos naturales sigue todavía en buena medida los perfiles del federalismo dicotómico, lo que genera, por una parte, desconcierto entre los destinatarios de las leyes y, por otra, una obstrucción para el desarrollo cabal del federalismo cooperativo bajo el que se organizan materias como la educación, la salud, el ordenamiento urbano y la protección al ambiente.

Séptima. La directriz medioambiental incorporada a partir de la reforma de 1987 debe considerarse hoy complementada con las directrices sobre sustentabilidad provenientes de la Cumbre de Río de Janeiro de 1992. De hecho, la reforma a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del año de 1996, se realizó en buena parte para recoger este nuevo perfil.

D. El rumbo de la transición

Los cambios que experimenta el país tanto en el ámbito económico como en el político, lógicamente presionan sobre el régimen constitucional y, de forma más intensa, sobre las piezas del modelo que reflejan los perfiles autoritarios y corporativos de nuestra tradición. En la última década, por citar algunos ejemplos, se reformó el art. 27 constitucional para cancelar el proyecto de reforma agraria y para permitir la reincorporación de las propiedades agrarias a la circulación mercantil. En el plano político, se creó el

Instituto Federal Electoral para devolverle al sufragio la credibilidad perdida; asimismo, hubo reformas para conferir una mayor autonomía a los órganos de gobierno del Distrito Federal, los cuales ahora son electos por la ciudadanía. Por otro lado, la revitalización del Congreso de la Unión ha tenido como correlato favorable las reformas encaminadas a fortalecer la organización y el funcionamiento autónomo del poder judicial. A resultas de los últimos cambios, la Suprema Corte adquiere un perfil cada vez más cercano al de un tribunal constitucional y la función judicial tiene también mejores condiciones para su profesionalización y desarrollo, con la creación del Consejo de la Judicatura Federal. Todas estas modificaciones sintetizan una transición positiva hacia la efectividad del Estado de derecho. Ello no quiere decir, sin embargo, que deben echarse las campanas a vuelo, porque son apenas los inicios de un proceso de maduración constitucional que, de consumarse, podría cambiar el rumbo de las experiencias jurídicas nacionales.

El ámbito sobre el que se operan los cambios arriba señalados, es el de una Carta heterodoxa y octogenaria que logró pervivir sólo porque sus autores entregaron al Presidente la posibilidad de arbitrar su contenido. Si la Constitución pudo correr una suerte distinta a la de su antecesora fue gracias a la ambigüedad de sus postulados, ya que recogió en su propio seno regulatorio los perfiles del constitucionalismo moderno, pero los colocó de cara a los rasgos autoritarios y premodernos de la sociedad mexicana. Tanto en el perfil del Ejecutivo como en el diseño plurimorfo del régimen patrimonial se hacen visibles las huellas de la ambivalencia de la Constitución. Es difícil reconciliar estas soluciones con la ortodoxia de la división de poderes y del garantismo, tal como han sido entendidas bajo el influjo de los modernos estados de derecho.⁴¹

Uno de los elementos más difíciles de acoplar a la realidad mexicana ha sido el federalismo de tipo dual que asimiló el Constituyente emulando la solución estadounidense. La historia de nuestro país presenta un paralelismo muy acusado entre efectividad de las experiencias gubernativas y centralismo. A pesar de que desde la Constitución de 1824, se consagró la fórmula federal como alternativa para el ejercicio territorial del poder;

⁴¹ DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "La constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión", en *80 Aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Senado de la República, México, 1997, pp. 79 y 80.

la realidad ha apuntado permanentemente en otro sentido. Es hasta años recientes que la federalización ha cobrado con impulso genuino; a ello han colaborado factores muy diversos, aunque quizás el de mayor peso haya sido el de la conquista por parte de los partidos opositores de un buen número de gubernaturas y de alcaldías. Hoy la política fiscal parece estar virando y los mecanismos de coordinación en esta materia comienzan a viabilizar una descentralización auténtica.

Si revisamos las tendencias constitucionales hacia la federalización, advertiremos que no son los mecanismos propios del federalismo dual los que se ofrecen como vehículos más eficientes para la consecución de este propósito. En las áreas en las que se registran mayores logros (coordinación fiscal, educación, salud, asentamientos humanos y medio ambiente), las fórmulas constitucionales empleadas son más bien compatibles con un federalismo de tipo cooperativo. En estos casos, las leyes federales han dejado su espacio a las denominadas leyes generales o leyes marco; estas últimas, las emite el Congreso de la Unión con atribuciones expresas y se dedican, además de fijar la competencia de las autoridades federales, a definir el papel competencial de los estados y los municipios en el logro de una política común. De esa forma, cada nivel de gobierno queda habilitado para actuar en un determinado segmento competencial, el cual resulta complementario con las atribuciones conferidas a los órganos territoriales de los otros niveles. El resultado esperado es que, dentro de una misma materia, se distribuyen tareas entre las distintas instancias territoriales y, generalmente, se deja en manos de los órganos centrales la función normativa de más amplio espectro, con objeto de mantener la unidad de propósitos como guía de las distintas acciones gubernamentales.

La tendencia transitiva hacia la reactivación de las instancias locales de gobierno tiene una connotación contraria al centralismo proverbial de la experiencia mexicana y, especialmente, significa un aspecto de presión contra las fórmulas centralistas del texto constitucional vigente. De manera puntual, la federalización constituye un factor que empuja contra la centralidad del sistema patrimonial previsto en el art. 27 de la Carta. La asimilación lineal entre el concepto de nación y de poderes federales es algo que difícilmente podrá seguirse sosteniendo después de la incorporación de las materias relativas a los asentamiento humanos y al medio ambiente. Hemos ya expuesto en un pasaje anterior que la Suprema Corte, en la única ejecutoria que ha pronunciado en relación con la función distributiva que efectúa la Ley General de Asentamientos Humanos, se manifestó a favor

de la constitucionalidad de dicha ley y, por ende, legitimó su propuesta cooperativa.⁴²

El reconocimiento de que en materia urbanística las legislaturas de los estados pueden imponer modalidades a la propiedad privada, tarde o temprano conducirá a que, con los mismos argumentos, los Congresos locales reivindiquen la capacidad para poder intervenir en la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Actualmente, la legislación pesquera y la forestal, por citar dos casos conocidos, establecen sendos regímenes centralizados para la regulación de las actividades de aprovechamiento, aunque se prevé que las demandas de los estados para intervenir en las actividades que dichas legislaciones serán cada vez más apremiantes. Especialmente en el caso forestal, hay varios intentos por parte de las legislaturas locales para efectuar una regulación local de la materia, haciendo caso omiso de la ley federal. En este aspecto la materia pesquera se encuentra a la zaga, seguramente porque la fauna marina habita y se desarrolla en aguas nacionales.

El argumento que podría oponerse por la federación a las reivindicaciones estatales a las que se refiere el párrafo anterior es que, el reconocimiento de la Suprema Corte a la capacidad de las legislaturas locales para imponer modalidades a la propiedad privada en materia urbanística, no puede alcanzar aquellos aspectos que se encontraban regulados en el párrafo tercero del art. 27 constitucional, antes de la reforma sobre asentamientos humanos sino que sólo se refiere a su propio ámbito. Este tipo de razonamiento defensivo se podría apoyar en el hecho de que la competencia de las legislaturas locales a que nos venimos refiriendo, no procede directamente del art. 27 en mención, sino de la fracción XXIX-C del art. 73 constitucional, ya que es este precepto el que autoriza expresamente la acción concurrente entre los tres niveles territoriales de gobierno.

Cualquiera que fuera el resultado de la decisión planteada, es un hecho que la reforma por la que se adicionó a la Constitución lo relativo a la materia medioambiental trae también algunos aspectos que conducen a una reflexión más profunda. Está fuera de duda que los Congresos locales tienen atribuciones para dictar, en la esfera de su competencia, leyes para la protección del medio ambiente; sin embargo, hasta ahora, la regulación sobre los elementos naturales, sean o no susceptibles de apropiación, per-

⁴² *Op. cit.*, supra, nota 39 (en especial, el primero de los textos jurisprudenciales citados).

manece al margen de cualquier ejercicio legislativo local. La atribución para dictar leyes en materia de agua, de bosques y de pesca sigue reconociéndose como propia del legislativo federal.

No obstante lo asentado renglones arriba, es viable otro tipo de interpretación, la cual podría bocetarse a partir de las siguientes directrices:

Si los elementos naturales forman parte del medio ambiente, como parece obvio, habría que admitir que su preservación y restauración, términos que utilizó el Constituyente permanente en su adición al párrafo tercero del art. 27 de la Carta, estarían sujetos a la distribución de competencias que establece la fracción XXIX-G del art. 73 constitucional y, por esa vía, podrían quedar a merced de la legislación local, al menos en algunos de sus aspectos. Hasta ahora, los balances de competencia que mantiene la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente no autorizan a la descentralización en las materias pesquera y forestal. Sin embargo, está abierta la posibilidad de que, sin modificarse el texto actual del art. 27, pudieran alterarse los arreglos competenciales actuales. Ello, quizás traicionaría la intención centralista del Constituyente, pero no la literalidad de la Carta.

La hipótesis arriba planteada fue ya objeto de desarrollo por el Congreso de la Unión en la recién promulgada Ley General sobre Vida Silvestre. Este instrumento regulatorio se propone como una ley-marco que tiene por objeto regular la concurrencia de los poderes territoriales para conseguir la conservación y el aprovechamiento sustentable de "los organismos que subsisten sujetos a los procesos de evolución natural y que se desarrollan libremente en su hábitat". (Art. 3o.).

Cabe mencionar que la Ley en cuestión distribuye competencias, señalando aquello que corresponde ejercer de manera exclusiva a la federación y a los estados. Adicionalmente, señala cuáles de las atribuciones federales pueden transferirse a los estados por vía de convenios de coordinación; asimismo, otorga las bases para que los estados puedan hacer lo propio con los gobiernos municipales. La Ley impone candados normativos para garantizar que las atribuciones transferibles, una vez que fueren solicitados por los estados, pasen obligatoriamente a su ámbito de ejercicio, siempre que la entidad manifieste contar con los medios necesarios para su desarrollo.

En lugar de la solución centralista que caracteriza las materias pesquera y forestal, en este caso el Congreso optó por una fórmula cooperativa, según la cual la federación queda investida de una capacidad normativa e integradora, pero deja a los estados la mayor parte de la función ejecutiva

de los preceptos de la ley. Asimismo, como sucedió en el caso de la materia de salud, la ley regula la paulatina descentralización de los asuntos de la vida silvestre, evidenciando la convicción de los legisladores de que el verdadero federalismo mexicano se construye de espaldas al art. 124 constitucional y con un impulso de tipo centrífugo. La ortodoxia del federalismo dual supondría, en cambio, la previa construcción de los poderes centrales por parte de las entidades federadas; caso a ojos vistas disímbolo al de la experiencia mexicana.

Como puede colegirse de lo expuesto, el esquema de distribución central de los recursos apropiables previsto en el art. 27 constitucional, se encuentra hoy sujeto a un desgaste intenso. Las causas de presión no provienen en su totalidad de las vicisitudes patrimoniales; también la transición constitucional hacia un federalismo más auténtico erosiona el contenido básico del precepto. Si hubiera que resumir las fuerzas que actúan sobre el art. 27, cabría referirse a los siguientes procesos:

- Desmantelamiento de las piezas reformistas más radicales, debido al impulso de las políticas privatizadoras y a los procesos de integración económica que fuerzan a un sistema patrimonial más homogéneo desde la perspectiva de la modernidad.
- Presión contra las actividades nacionalizadas; en este caso se ha hecho evidente que el aprovechamiento del petróleo y sus derivados cada vez se encuentra sujeto a un enjuiciamiento político más agudo. No se diga el suministro público de la energía eléctrica, que ya enfrentó una iniciativa del gobierno en turno, la cual que apuntaba a su privatización.
- Empuje contra la lógica centralista del precepto y prevalencia paulatina de las fórmulas del federalismo cooperativo; se podría afirmar que los perfiles de tipo concentrador que alberga el precepto se están ya desmontando a través del sistema de concurrencia.
- Sobrelapamiento del régimen de protección de los elementos naturales, cuya regulación relativiza cada día más los perfiles del régimen de apropiación. Ya no es tan relevante si una cosa sólo puede aprovecharse a través de concesiones, como el agua, o si los trabajos deben efectuarse a través de la autorización a un programa de manejo, como en el caso de los bosques; lo que cuenta es la posibilidad de hacer circular mercantilmente esos derechos.

Como se observa, la transición constitucional se encuentra en marcha y, por cierto, en una etapa que no podría calificarse como inicial. La nueva

organización territorial es fruto del federalismo cooperativo y la regulación de los elementos naturales difícilmente podrá sustraerse a la lógica de la coordinación y la distribución segmentaria de competencias. Pudiera darse el caso de que la realidad territorial se modifique y el texto del art. 27 constitucional permaneciera incólume. Ello, porque la función interpretativa del poder judicial, podría hacer surgir nuevas posibilidades, especialmente a partir de la reinterpretación al término nación.

Las tendencias reseñadas ponen al art. 27 de cara a una encrucijada fuerte; la supervivencia del precepto quizás dependa más en este momento de sus proyecciones hacia la conservación de los elementos naturales que a los perfiles de su régimen patrimonial. Igualmente, cabría afirmar que el art. 27 descansa más en lo que apoya como atribución modalizadora que en lo que define como propiedad o propiedades desde la perspectiva garantista. Para evaluar con más precisión las posibilidades del régimen patrimonial de la Constitución a la luz de la conservación de los elementos naturales, conviene analizar el régimen particular de algunos de los recursos comprendidos en el vasto horizonte del precepto.

VI. LA REGULACIÓN DE LOS ELEMENTOS NATURALES EN PARTICULAR

A. El régimen del agua

1. Base constitucional. Los mares territoriales; las aguas marinas interiores; las lagunas y esteros comunicados con el mar; los lagos ligados a corrientes constantes; los ríos y sus afluentes cuando desembocuen en cuerpos de agua de propiedad nacional; las corrientes cuyo cauce sirva de límite a dos estados, o atraviesen su territorio desembocando en otro, o que sirvan de límites fronterizos o que salgan del territorio nacional; los lagos, lagunas y esteros cuyos vasos o cauces se encuentren sobre el territorio de dos entidades federativas o sirvan de frontera; los manantiales que broten en zonas federales; las aguas que se extraen de minas; los cauces, lechos y riberas de lagos y corrientes interiores y, finalmente, las aguas del subsuelo, son de propiedad nacional.

Como se observa, los principales cuerpos de agua y depósitos hidráulicos están excluidos del ámbito en que se hace posible el derecho de propiedad privada, y tampoco son susceptibles de ser regulados por las legislaturas de los estados. La propiedad privada sobre las aguas sólo se reconoce a

los propietarios de la tierra, cuando el acuífero, cauce o vaso de que se trate no sea de los enunciados en el párrafo quinto del art. 27 constitucional y, aun entonces, si el agua se distribuye en dos o más predios, quedará sujeta a la regulación que establezca la entidad federativa correspondiente.

Las aguas del subsuelo en principio pueden ser libremente alumbradas, sin embargo, existe la posibilidad de que su aprovechamiento sea regulado cuando, a juicio del Ejecutivo, así lo exija el interés público.

En el párrafo sexto del mismo 27 constitucional se dispone que el uso y aprovechamiento de los recursos a los que se refieren los párrafos cuarto y quinto del precepto, sólo podrá realizarse mediante concesiones "otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes". Además, el mismo párrafo se refiere a la inalienabilidad y a la imprescriptibilidad de los recursos regulados en los dos párrafos que le sirven de antecedente.

Hasta la fecha, no existen dudas acerca de la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de aguas nacionales, ya que la fracción XVII del art. 73 constitucional expresamente se la confiere. Por otra parte, en el manejo del lenguaje que contiene el art. 27 de la Constitución, es obvio que el uso del término *propiedad de la Nación* remite en este caso al ámbito de las materias federales.

2. El uso y aprovechamiento. A partir de la promulgación de la Carta constitucional vigente, el Congreso de la Unión ha expedido cinco leyes para regular el uso y aprovechamiento de las aguas nacionales. Los años de promulgación de estos instrumentos legislativos son los siguientes: 1929, 1934, 1946, 1972 y 1992. En todos los casos el esquema de aprovechamiento tiene como base los actos de concesión, siguiendo en ello el mandato del párrafo sexto del art. 27 constitucional. Las tres primeras leyes plantean un esquema regulatorio muy similar: se concretan a reiterar la propiedad nacional de las aguas previstas en la Constitución con ese carácter y aluden de manera específica a que la nación está representada por los poderes federales; establecen, asimismo, lo relativo al régimen de concesiones y permisos, y dejan a salvo la capacidad del Ejecutivo Federal para efectuar por sí mismo el aprovechamiento del recurso en los casos que establecen las propias leyes. La ley de 1972, denominada Ley Federal de Aguas Nacionales, tiene el sello de la legislación del periodo echeverrista: es exhaustiva, trata de perfilar la acción pública con un sentido fuerte, aunque en realidad las innovaciones de fondo que efectúa no tienen gran relevancia. Acaso entre sus rasgos más destacables valga mencionar el mejor

perfil que otorga al régimen de las asignaciones y el desarrollo del régimen de los distritos de riego; en realidad sus novedades no van más allá.

Mención aparte merece la Ley de Aguas Nacionales de 1992, la cual es mucho más precisa en la distinción de los tipos de uso del agua; perfila mejor las atribuciones de la autoridad; establece un régimen más claro de derechos y obligaciones para los usuarios, pero, sobre todo, introduce las variables ambientales para condicionar el aprovechamiento del agua al criterio de sustentabilidad. Al efecto, la ley cuenta con un título completo sobre prevención y control de la contaminación del agua, en el que desarrolla un régimen específico para las descargas de agua contaminada a los cuerpos receptores. Asimismo, perfila un conjunto de disposiciones para regular lo relativo al desarrollo de la infraestructura hidráulica. Y por cierto, establece la privatización de los distritos de riego; lo mismo que la ley de 1972 había colocado con tanto énfasis bajo la férula pública.

El perfil de las concesiones hidráulicas en la ley de 1992, es en principio similar al de la tradición mexicana; lo que cambian son las condiciones que rodean a tales actos administrativos. En primer lugar, es claro que el aprovechamiento del agua se sujeta a un proceso de planeación por cuenca hidráulica. Esto quiere decir que la autoridad fue investida de la potestad técnica para acotar los márgenes de aprovechamiento del recurso, debiendo cuidar la capacidad de recarga de los acuíferos. Los límites establecidos dentro de cada cuenca hidráulica hacen las veces de una burbuja de mercado dentro de la cual se autoriza la libre circulación de los derechos derivados de las concesiones otorgadas, al grado que tales prerrogativas se autonomizan de la propiedad de la tierra y pueden llegar a transferirse de forma independiente. Además, para facilitar el mismo efecto, se autorizan los cambios de uso del agua a los concesionarios bajo las condiciones que la propia ley establece.

La planeación por cuencas supone un ejercicio centralizado de la política hidráulica, ya que por razones obvias, los límites territoriales de las entidades federativas no corresponden a las regiones hidráulicas naturales. Por otro lado, la organización del aprovechamiento de una cuenca permite la participación de los usuarios del agua y de las autoridades territoriales involucradas en las decisiones sobre el aprovechamiento del recurso. Una ventaja adicional de trabajar a esta escala es que se puede efectuar una planeación que correlacione usos y aprovechamientos con el otorgamiento de permisos de descarga de aguas residuales. Los cálculos públicos sobre la cuenca deben considerar tanto los límites de aprovechamiento, como los

márgenes de resistencia de los cuerpos receptores, con objeto de lograr un uso sustentable del recurso hidráulico.

El esquema de aprovechamiento previsto en el instrumento legal de 1992 intenta replegar la acción pública a niveles preponderantemente normativos, de control del intercambio y la contaminación, y de coordinación en la ejecución de las grandes obras hidráulicas. En forma concomitante, la ley pretende corresponsabilizar a los sectores social y privado en el manejo y conservación del agua. Se parte del principio de que una definición precisa y estable de las prerrogativas de aprovechamiento desempeña un papel esclarecedor, similar al que desempeña el derecho de propiedad; es decir, se convierte en un factor de interés para el titular, quien, al tratar de maximizar sus beneficios, deviene custodio natural del recurso. Para dar seguridad a los concesionarios, la ley establece plazos de vigencia a los derechos de los beneficiarios de los títulos, los cuales van de los cinco a los cincuenta años, siendo además prerrogables por periodos similares. Adicionalmente, se prevé el establecimiento de un Registro Público que pretende dar certeza a las transacciones en el mercado de derechos.

El régimen de prevención y control de la contaminación del agua se expresa a dos niveles distintos: el de la verificación por parte de la autoridad a quienes son titulares de los permisos de descarga, y el del autocontrol, ya que la ley supone que, cuando coincide la titularidad de un permiso de descarga con la de una concesión para uso y aprovechamiento, el usuario del recurso mantiene un interés natural en su conservación. La ley busca el efecto sinérgico de los dos niveles de control.

3. Las peculiaridades de los derechos. Es oportuno inquirir sobre la naturaleza de los derechos derivados de las concesiones y aun de las asignaciones hidráulicas. Al quedar definidas las aguas previstas en el párrafo quinto del art. 27 constitucional como de propiedad nacional, pareciera lógico concluir que sobre dichos recursos no puede establecerse un derecho privado de apropiación; máxime si se tiene en cuenta que el párrafo sexto del mismo artículo dispone que el dominio de la nación, en este caso, es inalienable e imprescriptible. Aun bajo esta advertencia, conviene no apresurar ningún juicio al respecto; no sin antes analizar cuál debe ser la naturaleza de los derechos de uso, aprovechamiento y explotación a los que se refieren las concesiones hidráulicas. Al respecto conviene asentar algunas premisas:

- el titular de una concesión, al realizar su objeto, sustrae o extrae el agua, ya sea del subsuelo, o de la fuente o vaso superficial del que se trate;

- la explotación, uso o aprovechamiento la realiza el concesionario en su propio beneficio y, no es raro que el uso tenga incluso efectos consuntivos;
- el agua objeto de las concesiones otorgadas por la autoridad tiene un valor de mercado, tanto, que los derechos derivados del título son en sí mismo circulables.

Tomando en cuenta lo anterior, es necesario explicar con argumentos jurídicos suficientes, cómo se hace posible que el titular de una concesión se beneficie del agua de forma privada, apropiándose realmente del recurso, mientras el párrafo sexto del art. 27 constitucional dispone que esos bienes son inalienables e imprescriptibles. Con ese objeto se perfilan los siguientes argumentos:

Primero. Existe una diferencia entre el volumen de agua extraído o sustraído por el concesionario y el cuerpo de agua del que se toma. Es obvio que el concesionario, al realizar el objeto de la concesión, se apropia determinados volúmenes del recurso, aunque no dispone de la fuente o cuerpo de agua del que realiza la sustracción o la extracción. El dominio de la nación se refiere al cuerpo de agua. El derecho del concesionario sólo a los volúmenes que usa de acuerdo con lo que establece el título respectivo.

Segundo. Los bienes del dominio público, entre los que se encuentran las aguas consideradas en el párrafo quinto del art. 27 constitucional como de propiedad de la nación, es inalienable e imprescriptible; esto quiere decir que se encuentran fuera del mercado; o dicho en otros términos, excluidos de la posibilidad de circular por los cauces del derecho privado. La inalienabilidad no puede significar una restricción absoluta a la circulación de los bienes del dominio público; en el caso del agua, es obvio que ésta puede integrarse a la lógica del intercambio privado, pero sólo a través de los instrumentos concesionales previstos en la ley, y en forma de volúmenes específicos a utilizar; nunca como cuerpo de agua o como acuífero.

Tercero. Bajo estas premisas, la concesión revela un régimen de mercado acotado, más que una solución no mercantil. El dominio público en este caso afianza las posibilidades de control de los órganos de gobierno en la administración del recurso hidráulico. La autoridad, al planear los aprovechamientos de una cuenca, acota espacios de intercambio, pero siempre cotejando el volumen y el número de los aprovechamientos, con las posibilidades de recarga de los cuerpos de agua y de los acuíferos. Estas limita-

ciones a los actos de disposición de los beneficiarios de las concesiones son las que traducen en términos prácticos los alcances del principio de sustentabilidad.

Cuarto. La circulabilidad que se reconoce a los derechos derivados de la concesión atempera la injerencia pública, en la medida en que reconstituye al nivel abstracto de los títulos, lo que en otras circunstancias hubiera tenido que expresarse como un derecho liso y llano de propiedad.

Quinto. En este caso, el principio de conservación de los elementos naturales combina para su eficacia la situación de dominio de los cuerpos de agua, con el interés de los concesionarios por mantener el recurso al que tienen derecho, en condiciones de seguir siendo utilizado.

El caso hidráulico demuestra las posibilidades de un sistema que no concede en principio un derecho típico de propiedad a quienes usan el agua, sino que les confiere un derecho derivado, aunque seguro, para aprovechar volúmenes específicos. El control público se concreta en la capacidad de planear el aprovechamiento de las cuencas hidráulicas y de verificar el cumplimiento de los títulos de concesión, asignación o permiso por parte de sus beneficiarios. Asimismo, el control sobre las descargas de aguas residuales, debería permitir a la autoridad hidráulica balancear los efectos de las externalidades que generan los usos contaminantes del agua.

El análisis anterior no juzga sobre la eficacia de la Ley de Aguas Nacionales, simplemente explora sus posibilidades como modelo de aprovechamiento del recurso hidráulico. De hecho, existen muy pocos avances en el saneamiento de las cuencas; no se ha logrado canalizar un flujo importante de inversiones hacia el tratamiento de aguas residuales; sigue habiendo numerosos usuarios del agua que actúan al margen de los instrumentos legales de control; el conocimiento profundo del recurso es todavía incipiente y, finalmente, en la mayoría de los casos, los acuíferos abiertos al aprovechamiento se encuentran al borde de la sobreexplotación. El panorama hidráulico nacional es incierto; aquí sólo tratamos de explorar las posibilidades jurídicas del modelo de aprovechamiento previsto en la ley vigente.

B. El régimen forestal

1. Bases constitucionales. La materia forestal ha estado sobreatendida por el Congreso de la Unión, ya que de 1917 a la fecha esta legislatura produjo seis leyes de la materia; sus años de expedición fueron: 1926, 1943, 1948,

1960, 1986 y 1992. En todos los casos los congresistas entendieron que el fundamento constitucional de su trabajo habrían de situarlo en el párrafo tercero del art. 27 de la Carta, en el que se confieren atribuciones a la nación para regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación; tales facultades se relacionaron, lógicamente, con las conferidas al Congreso en la última fracción del art. 73 constitucional, donde se le autoriza para emitir leyes que hagan viables las atribuciones otorgadas a los Poderes de la Unión. Como se observa, la interpretación del Congreso, en relación con la materia forestal se ha orientado, hasta ahora, por un criterio abiertamente centralista.

De las leyes forestales que anteceden a la vigente, hay que decir que todas hacen explícitas en su objeto las pretensiones acerca de la conservación de los recursos forestales. Algunas, incluso se han referido a una obligación social genérica de proteger la riqueza forestal del país; otra intentó responsabilizar del cuidado del recurso a los dueños o poseedores de los terrenos donde se localiza. En general, las primeras leyes forestales fueron muy parcas en el desarrollo de un régimen claro y explícito de los derechos y obligaciones derivadas del aprovechamiento. El cambio cualitativo al respecto lo represente la ley de 1960, que perfila un modelo normativo con mayor madurez regulatoria. La ley de 1960 consigna como instrumentos de su estrategia al fondo forestal, para las acciones de fomento, y al registro forestal, para construir un inventario y una base de control del recurso. En otros aspectos, utiliza el expediente de las vedas, acoge la figura de los Parques Nacionales, regula las acciones de restauración del recurso, define mejor el régimen de aprovechamiento, e incluye algunas disposiciones sobre recursos forestales no maderables.

La ley de 1986 deja sentir un sistema regulador más exhaustivo, a partir del cual se recoge la idea de la planeación pública para el mejor aprovechamiento del recurso. Introduce el concepto de cuenca hidrográfica como unidad para el proceso de planeación; regula el aprovechamiento, en concomitancia con el desarrollo de los servicios técnicos forestales, e integra el concepto de estudios de manejo integral como una condición para los aprovechamientos. En esta ley se insiste en un criterio ultranacionalista según el cual el aprovechamiento de bosques debe corresponder exclusivamente a mexicanos o a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros. En el caso de aprovechamientos a cargo de ejidos y comunidades esta ley impone la intransferibilidad de los permisos. La ley optó por el monopolio público de los servicios forestales y sólo admite que los presten suje-

tos particulares a través de concesiones. Los mecanismos de control priistas en este instrumento son burocráticamente pesados y queda abierta todavía la cuestión acerca de si alguna vez éstos resultarán eficaces.

La ley de 1992 forma parte de la generación de instrumentos legales emitidos a partir de la reforma al art. 27 constitucional. A diferencia de su predecesora intenta aligerar los controles públicos, reservando la injerencia gubernamental a ciertas acciones estratégicas. Su intención principal es el fomento de la inversión privada en el sector, ya fuese a través de la asociación con ejidatarios y comuneros, o bien de mecanismos directos, sobre todo en los trabajos de forestación. Esta ley es un testimonio de fe ciega en las condiciones favorables que ofrece el territorio mexicano para desarrollar un sistema de plantaciones comerciales a gran escala. Para conseguir este propósito, el legislador quiso brindar seguridad en la tenencia de la tierra y simplicidad en los trámites y en los mecanismos de control; estos últimos, sin embargo, se aflojaron tanto, que en 1996 fue necesario reformar la ley para fortalecer de nueva cuenta los mecanismos de verificación. Asimismo, con la reforma citada se buscó acotar el régimen de las plantaciones forestales a aquéllos sitios degradados por los cambios de uso del suelo, y se estableció la prohibición de efectuar plantaciones en sustitución de bosques nativos. La reforma de 1996 pretendió establecer un vínculo más estrecho entre la ley forestal y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Con este giro se produjo un reconocimiento cada vez mayor a las externalidades que genera la devastación de los recursos forestales. No obstante, en la ley vigente, la principal estrategia de conservación del bosque continuó siendo el aprovechamiento, si bien bajo criterios estrictos de sustentabilidad del recurso.

2. El aprovechamiento. Es claro que desde el punto de vista patrimonial los bosques no pertenecen a la nación; sus propietarios son los dueños de los terrenos donde se desarrolla la capa vegetal. Cabe mencionar que, alrededor del 80% de las superficies en las que existen bosques nativos en el país, pertenecen a ejidos o a comunidades. Y aunque existe el reconocimiento del derecho de propiedad sobre el recurso forestal, éste no está abierto a cualquier tipo de decisión por parte de quien ejerce la titularidad sobre la tierra. Para aprovechar el bosque se requiere una autorización, la cual implica la aprobación de los términos de un programa de manejo en el que se acredita la viabilidad del aprovechamiento en términos de la sustentabilidad del recurso. Sin la autorización pública el aprovechamiento del bosque se convierte en un delito.

En el caso de los recursos forestales existe un derecho patrimonial básico conferido a favor del dueño de la superficie en la que se desarrollan las plantas; sin embargo, a ese basamento atributivo elemental, se sobrepone otro régimen: el atingente a la conservación del recurso. En este segundo nivel interviene la autoridad para mesurar los aprovechamientos exhaustivos y ubicar los trabajos sobre el bosque dentro de un gradiente que permita la regeneración del ecosistema al que pertenecen las plantas objeto del aprovechamiento. El control pretende llevarse a cabo a través de la evaluación técnica del programa de manejo, elaborado, al decir de la ley, por un prestador de servicios forestales, a cuya asesoría deberá acudir todo aquél que pretenda realizar trabajos de aprovechamiento.

La línea de control que establece la ley se prolonga, porque sobre una base documental, la autoridad habrá de seguir el destino de la madera hasta los centros de acopio y comercialización. Las facturas sucesivas funcionarán a guisa de prueba diabólica con objeto de establecer el origen legal de la madera.

En el caso de las plantaciones comerciales, es necesario contar también con la aprobación del plan de manejo y, dependiendo del tipo y la extensión del cultivo, los requisitos se incrementan hasta constituir una auténtica evaluación del impacto ambiental por parte de la autoridad.

En la materia forestal no está cruzada por criterios de dominio como en el caso del agua; aquí la pretensión se orienta a optimizar el aprovechamiento del recurso bajo condiciones de sustentabilidad. Se pretende que la actividad genere recursos para los productores y que sean éstos los principales protagonistas en la conservación del bosque. Sin embargo, a juzgar por los resultados, deben existir fisuras en los circuitos de valorización de la madera y de otros productos forestales, porque hasta hoy no es fácil que el trazo de racionalidad que pretende la ley para los aprovechamientos se consume. Es todavía muy frecuente que los recursos forestales cedan ante cambios ilícitos en el uso del suelo; que los bosques se quemem intencionalmente para abrir terrenos al cultivo o a la ganadería. Asimismo, es común la presencia de aserraderos ilegales y otras formas de explotación furtiva del recurso. Gran parte de la madera circula por el mercado negro y no por el mercado controlado que la ley ha apuntado a establecer. Las consecuencias de este descontrol, ya añejo, se manifiestan de forma evidente en estragos erosivos y en la falta de humedad en regiones que antaño gozaban de lluvias regulares.

Desde el punto de vista social, es obvio que la elusión de los controles de la ley no favorece a quienes realizan la tala clandestina de los montes;

los beneficios fluyen por cauces no visibles hasta los grandes comercializadores de la madera. No deja de inquietar que, en esta materia, tanto el modelo de controles exhaustivos de la ley de 1986, como el más liberal de la de 1992, dejen un regusto común de insuficiencia. Dada la presencia mayoritaria de ejidatarios y comuneros en la composición de este sector es muy probable que la única salida viable apunte al fortalecimiento de la organización y de la tecnificación de los productores, sobre todo en el ámbito del bosque nativo. Las forestaciones siguen semiparalizadas porque implican sistemas de asociación de los inversionistas con los propietarios de la tierra, que aun parecen aleatorios; sobre todo a luz de los dilatados plazos que requieren las plantas para su desarrollo y posterior aprovechamiento comercial.

No faltará quien afirme que la materia forestal no ha tenido en México el desarrollo esperado, porque a pesar de que no existen criterios de dominio al respecto, el recurso continúa atrapado en la maraña de los derechos agrarios en la que se encuentra envuelto el medio rural. Esta visión menosprecia el hecho de que muchos de los bosques que subsisten deben su existencia presente al carácter poco agresivo de ciertos sistemas de aprovechamiento comunitario de origen ancestral.

C. El régimen para el aprovechamiento pesquero

1. Base constitucional. La materia pesquera, como la forestal, carece de un fundamento constitucional explícito. El apoyo para emitir leyes lo ha encontrado el Congreso de la Unión en el consabido párrafo tercero del art. 27 constitucional que atribuye a la nación facultades para establecer el régimen regulatorio de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Como ha sucedido en otros casos, esta disposición se vincula con la fracción XXX del art. 73 de la Carta, que contiene las llamadas atribuciones implícitas del Congreso de la Unión.

Al criterio anterior se ha sumado el de quienes han señalado que, al realizarse la pesca en aguas nacionales, ésta debe considerarse como una atribución del gobierno central, con exclusión de las legislaturas de los estados. Pero cualesquiera que hayan sido los argumentos a favor de la centralización de esta materia, el hecho es que los cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de esta solución han sido escasos y, cuando se han planteado, la Corte ha sostenido como criterio invariable el del carácter federal de la pesca.

El Congreso de la Unión ha sido particularmente prolijo al regular los asuntos pesqueros; para ello ha expedido nada menos que ocho leyes: 1925, 1932, 1938, 1948, 1950, 1972, 1986 y 1992. La tres primeras apuntan apenas el régimen de concesiones y permisos, al tiempo que establecen las atribuciones básicas de la autoridad para la administración de este recurso. Las leyes de 1948 y 1950 revelan ya la irrupción de los motores para las embarcaciones marinas, hecho que aumentó considerablemente su potencial de captura y su importancia económica. Cabe hacer mención que la ley de 1948 es la primera que a ese nivel normativo reserva determinadas especies con alto valor comercial a la actividad de las cooperativas pesqueras. Dicho régimen de exclusividad pervivió hasta antes de la entrada en vigor de la ley de 1992, en la que finalmente se franquea el paso a cualquier agente social para aspirar a las concesiones, permisos y autorizaciones previstas en dicho instrumento legal. La ley de 1972 pretendió ofrecer las bases para un nuevo lanzamiento de la política pesquera y, con ese propósito, previó un incremento en los subsidios a las cooperativas, que debían canalizarse a través del denominado Fondo Nacional de Fomento Cooperativo Pesquero. Los recursos económicos encauzados por esa vía, aun habiendo sido importantes, resultaron sin embargo insuficientes; no pudieron involucrar a todas las cooperativas, ni tampoco fue posible que las aportaciones públicas logran extenderse para cubrir el mantenimiento y la renovación de la flota pesquera. Aun considerando las limitaciones anteriores, tanto la ley de 1972, como la de 1986 avanzaron en la depuración de los instrumentos públicos para la gestión de la política pesquera; así, estos códigos insistieron en la regulación de órganos como la Comisión Nacional Consultiva, el Registro Nacional Pesquero y el Instituto Nacional de la Pesca, órgano este último que habría de encargarse de la investigación aplicada a los recursos marinos con potencial de aprovechamiento.

2. La realidad rebelde. Para entender cabalmente la importancia de la Ley de Pesca de 1992, es necesario reseñar brevemente las situaciones de simulación a las que se había reducido el principio de la organización cooperativa de los pescadores y, consecuentemente, la reserva de ciertas especies a su favor. Al respecto, vale recordar que el presidente Cárdenas emitió varios decretos para hacer reservas de especies a determinados grupos de cooperativistas; este tipo de sociedades habían sido motivo de fomento público prácticamente desde los inicios de la tercera década del siglo XX. Sin embargo, tales disposiciones presidenciales carecían por completo de apoyo legal y constitucional. Fue la ley de 1948 la primera que hizo una

reserva expresa de especies para las cooperativas; después, alguna de las leyes posteriores extendió dicha exclusividad a las actividades acuícolas, restringiendo de modo importante las posibilidades de inversión privada en ese sector.

Es importante destacar que el régimen de reserva para las sociedades cooperativas fue siempre una mascarada; detrás de las disposiciones legales vigentes se registró un flujo creciente de recursos privados hacia la actividad pesquera, si bien simulado por los más ingeniosos embalajes jurídicos. Se hizo habitual que los barcos pesqueros fueran en apariencia propiedad de los cooperativistas, cuando en realidad pertenecían a empresarios privados; por su parte, los pescadores que se valían de las embarcaciones, eran auténticos asalariados de los inversionistas, aunque en la superficie conservaran ufano el título de cooperativistas. La última fórmula jurídica para estabilizar esta irregularidad fue incluso promovida por la autoridad. Se trataba de un contrato para incrementar la productividad pesquera, que suscribían las cooperativas con los dueños de las embarcaciones, admitiéndose que en dichos instrumentos los inversionistas aportaran la embarcación, y los cooperativistas su trabajo. La mal simulada situación de fondo acarrió que los cooperativistas, precisamente por su carácter de socios, quedaran al margen de la protección del régimen laboral mexicano, escamoteándose así su condición de genuinos asalariados.

Como se puede deducir, el régimen de reserva de especies a las sociedades cooperativas no prohibió el mejoramiento social de los pescadores, sino la subordinación de éstos, bajo fórmulas espurias, a los designios del capital. Este régimen irregular tampoco fue fértil para el fomento de la actividad empresarial privada en la materia, ya que marcaba a los inversionistas con el estigma de la simulación y, por otra parte, impedía a éstos un cálculo confiable de sus expectativas futuras. Las autoridades, por su lado, quedaron situadas en un papel de cómplices que poco abonó a su prestigio y legitimidad.

La atipicidad de la situación apuntada se reflejó también en el régimen de las autorizaciones previsto en la ley de 1986, en cuyo articulado (frac. II, del 44) se dio paso a una situación de verdadero estanco comercial, pues se dispuso que habría de ser el titular de una autorización, el que realizara en exclusiva la adquisición de primera mano del producto de las especies reservadas. Con una previsión de este tipo el gobierno consiguió controlar la comercialización de los productos reservados a las cooperativas, ya que le bastaba con asegurarse la lealtad del sujeto autorizado para conseguir dicho propósito.

Bajo estas perspectivas, el presidente Salinas se decidió a terminar con el mito cooperativo; para ese efecto preparó una iniciativa de ley que liberalizaba las reservas, permitiendo a cualquier inversionista interesado aspirar al otorgamiento de concesiones y permisos. La iniciativa presidencial, como era usual entonces, salió airosa del Congreso sin mayores contratiempos y pudo también resistir los pocos embates de algunos cooperativistas que expresaron inconformidades con su contenido, reivindicando para sí el viejo privilegio de las especies reservadas.

3. El aprovechamiento pesquero. La ley de 1992 fue enfática al señalar que su objeto se orientaba a “garantizar la conservación, la preservación y el aprovechamiento racional de los recursos pesqueros...”. Desde el inicio, los legisladores condicionaron el aprovechamiento a la conservación de los recursos marinos. Para ello, dotaron a la autoridad pesquera de la atribución de: “establecer los volúmenes de captura permisibles; regular el conjunto de instrumentos, artes, equipos, personal y técnicas pesqueras; el número de embarcaciones y sus características (...); fijar la época, talla o peso mínimo de los especímenes susceptibles de captura y proponer las normas para su manejo, conservación y traslado”. Este cúmulo de facultades constituye un paquete de herramientas rotundas a favor del Ejecutivo Federal, aunque la capacidad de ejercerlo quedó expuesta a las continuas presiones de los sectores pesqueros y al desarrollo de las posibilidades técnicas que proporciona la investigación y el conocimiento de los recursos marinos. Hasta la fecha, dichas atribuciones se ejecutan al filo de la disputa entre los pescadores ribereños y los grandes empresarios que realizan la pesca en altamar. Las vedas sirven para arbitrar la distribución de cuotas entre ambos sectores; esto se observa con claridad en el caso de la pesca del camarón, cuyo ciclo de reproducción se verifica en aguas estuarinas, mientras que la mayor parte de su ciclo vital ocurre en altamar.

Otro factor importante se refiere al incremento tan intenso que muestra el cultivo de especies frente a las actividades de captura. La liberalización en este ámbito hizo fluir capitales muy importantes a la acuicultura. A la fecha, sin embargo, el problema principal en torno a las empresas acuícolas es el del enorme impacto ambiental que generan sus instalaciones; por regla general, ubicadas en zonas de mangle y en humedales. Es muy conocida la fragilidad que caracteriza a los llamados ecosistemas costeros.

Las concesiones pesqueras se expiden por plazos prorrogables que van de los cinco a los cincuenta años. En la parte inicial del título suele insertarse una disposición que sujeta el otorgamiento de la concesión tanto a las

modalidades que dicte el interés público, como a la disponibilidad y a la conservación del recurso. En la ley vigente se optó por la circulabilidad relativa de los derechos derivados de los títulos, los cuales se reconocieron transmisibles, siempre que la autoridad concedente hubiera expresado su conformidad con el traslado. Tanto concesiones como permisos se otorgan por embarcación o unidad de esfuerzo pesquero. El control de la autoridad puede llevarse a cabo en cualquier momento; las bases de verificación son físicas y documentales, como en el caso del aviso de arribo, por citar un ejemplo conocido.

Cabe mencionar que la autoridad no está obligada para responder de manera directa a las solicitudes de concesiones o permisos; su aprobación depende de los estudios técnicos y económicos que se efectúen para demostrar la viabilidad del aprovechamiento, siempre de cara a la conservación del recurso.

El derecho de los concesionarios y de los permisionarios abarca la captura, la extracción o, en su caso, el cultivo y la comercialización de las especies en cuestión. Los tipos de pesca pueden variar: para la de consumo doméstico no se requiere un acto público de habilitación; en cambio, éste es indispensable para la pesca comercial o deportiva y para la acuicultura. De lo expuesto pueden extraerse algunas conclusiones:

Primera. Los recursos pesqueros se manejan como corresponde a un bien de dominio; por lo tanto, no se reconoce el derecho previo de propiedad a los aprovechadores; éstos actúan en virtud de concesiones o permisos de la autoridad, los cuales definen a su favor los beneficios que producen los actos de extracción, captura y, en su caso, cultivo.

Segunda. Los derechos derivados de las concesiones o permisos dan lugar a la apropiación del producto capturado, extraído o cultivado. Se puede afirmar, como en el caso del régimen del agua, que existe una apropiación del recurso por vías públicas, la cual, una vez consumada, deja al titular de la concesión con la posibilidad de disponer del producto como corresponde a un auténtico propietario.

Tercera. El derecho de aprovechamiento a favor del concesionario o permisionario es una prerrogativa condicionada por los criterios de conservación del recurso y, por lo tanto, un derecho totalmente dependiente de las determinaciones públicas al respecto. No se trata entonces de un derecho excluyente respecto del poder público, como suelen serlo los derechos reales conocidos en el derecho común, sino de un derecho permeable a la

injerencia gubernativa y subordinado a los intereses generales que apuntan a la conservación.

Cuarta. La banda de intereses tutelados bajo el propósito de la conservación es fuerte; su perfil jurídico le confiere un carácter supraordinado respecto del derecho básico derivado de la concesión o del permiso que se otorga a favor del derechohabiente.

Quinta. La circulabilidad de los títulos de concesión les confiere un sesgo mercantil que relativiza en cierto modo la injerencia pública; aunque en este caso, se hace necesario contar con el consentimiento de la autoridad para la transmisión del título.

Sexta. En este caso, dominio del recurso no implica la eliminación de los procesos mercantiles; sino sólo el control por parte de la autoridad. Consumada la proyección pública inicial, el titular de la concesión o permiso queda en poder del recurso capturado, extraído o cultivado; en ese momento el dominio de origen se trueca en un poder reglamentario y de verificación que la autoridad realiza con apoyo en la legislación de la materia, para constatar que el ejercicio de los derechos derivados de la concesión o el permiso correspondiente, se realiza dentro de los límites y condiciones que imponen las disposiciones jurídicas aplicables.

D. La regulación de la vida silvestre

1. Base constitucional. La recién promulgada Ley General de Vida Silvestre menciona en su artículo inicial que dicho instrumento es reglamentario del art. 27 y de la fracción XXIX, inciso G del art. 73, ambos de la Constitución vigente; asimismo, define su objeto como el “establecer la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias”, en relación con la conservación y el aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y de su hábitat.

Por lo que se refiere al art. 27 constitucional, pueden efectuarse dos tipos de inferencias; la primera, es análoga a la que se ha producido en la materia forestal y en cierto modo también en la pesquera; según ese criterio, los componentes de la vida silvestre (organismos que subsisten sujetos a procesos de evolución natural y que se desarrollan libremente en su hábitat), estarían comprendidos dentro de la categoría de “elementos naturales susceptibles de apropiación”, a la que se refiere el párrafo tercero del art. 27 constitucional. Bajo el influjo de este razonamiento, los componentes de la

vida silvestre tendrían que regularse en su calidad de cosas privadas, susceptibles de ser aprovechadas.

Bajo un segundo enfoque, habría que considerar la vida silvestre desde su dimensión ambiental y, por ende, ecosistémica; ello implicaría buscar el fundamento constitucional de la ley de la materia en lo que dispone el mismo párrafo tercero del art. 27 constitucional, al facultar a la nación para “dictar las medidas necesarias ... para preservar y restaurar el equilibrio ecológico”. A la luz de este segundo punto de vista, los componentes de la vida silvestre se regulan en su calidad de factores funcionales de los ecosistemas a los que pertenecen. Bajo este parámetro, la relación entre los organismos silvestres y su hábitat adquiere un nivel protagónico en el sistema que perfila la ley. Queda claro que no se intenta salvaguardar a los organismos como entidades aisladas, sino que la protección legal que se les brinda los considera como componentes sinérgicos de un medio de vida.

Ninguna de las dos posibles lecturas acerca del fundamento constitucional de la Ley General de Vida Silvestre en el art. 27 de la Carta vigente desautoriza en realidad a la otra. Algunos componentes de la vida silvestre pueden, al unísono, calificarse como elementos naturales susceptibles de apropiación y, también, como integrantes de los ecosistemas que conforman el medio ambiente de los seres humanos. Lo que no se podría bajo ningún motivo sería negar la pertinencia de la lectura ambiental, puesto que el mismo artículo primero de la Ley remite a la fracción XXIX-G del art. 73 de la Constitución. Dicho precepto, como se recordará, es el que faculta al Congreso para “expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de *protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico*”.

En el proceso de discusión de la ley no faltaron quienes afirmaran que, con la expedición de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, el Congreso de la Unión agotó la facultad conferida en la fracción XXIX-G del art. 73 constitucional. Esta objeción no prosperó, en primer término, porque en el mismo texto de la Constitución, sus autores utilizaron una fórmula plural al hablar de “*las leyes*”; por otro lado, la denominación de “Ley General” que ostenta la ley ambiental no se refiere, como es obvio, al horizonte material de dicho código, sino al carácter de la ley-marco, en virtud del cual dicho instrumento legal define los campos de acción de los tres niveles territoriales de gobierno. Como se observa, la Ley General de Vida Silvestre, que también organiza los respectivos ámbi-

tos competenciales en su materia, comparte el fundamento constitucional de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; no obstante, su objeto se especifica en un mayor grado, al referirse a la conservación y al aprovechamiento de ciertos organismos silvestres y a la relación de éstos con su hábitat. Hasta antes de la expedición de la ley sobre vida silvestre, esta materia se encontraba insuficientemente regulada en el seno de la Ley ambiental, específicamente en el título relativo a la biodiversidad. En dicho instrumento se perfilaron algunos criterios genéricos a observarse en las acciones de protección y aprovechamiento de la flora y fauna silvestre. Asimismo, se estableció la atribución de la autoridad para imponer vedas en esta materia.

Además de las previsiones de la ley ambiental, en la vetusta Ley Federal de Caza, recién abrogada por la Ley General de Vida Silvestre, se regulaba el aprovechamiento cinegético de la fauna. Las carencias del régimen de la Ley Federal de Caza en los últimos años de vigencia de ese instrumento, condujeron a sobrecargar el llamado Calendario Cinegético con disposiciones reglamentarias, obviamente sin apoyo claro en la ley, lo cual motivó una lluvia anual de amparos, promovidos por las organizaciones de cazadores contra las restricciones impuestas a su actividad, a través de un instrumento que no se mostraba como el idóneo para ese propósito.

La Ley General de Vida Silvestre vino a integrar las lagunas de la Ley ambiental y a superar, con un enfoque más orientado hacia la sustentabilidad, las rancias disposiciones de la Ley Federal de Caza. En la nueva Ley se desarrolla un sistema de concurrencias que seguramente permitirá la paulatina asunción de las facultades ejecutivas de la materia por parte de los gobiernos de las entidades federativas. A los poderes federales se les reservó, a largo plazo, una función preponderantemente normativa. La Ley General de Vida Silvestre pretende regular la paulatina descentralización de las atribuciones ejecutivas que prevé, pero mientras el proceso se consuma, propone un régimen transitorio que permite al Ejecutivo Federal desarrollar cualquiera de las atribuciones que la ley otorga a la autoridad. Las entidades federativas, por su parte, tienen la prerrogativa de reivindicar todas las facultades ejecutivas que se encuentren en capacidad de ejercitar. El mecanismo que permite las transferencias es el de los acuerdos de coordinación, autorizado por la propia Constitución en la fracción VII de su art. 116. En este sentido, la Ley que se comenta aparece como un émulo de la Ley General de Salud, cuyo articulado claramente regula el proceso de descentralización de una buena parte de los servicios que integran el siste-

ma nacional de esa materia, reservando a los poderes federales en el largo plazo sólo las atribuciones normativas.

Generacionalmente, la Ley General de Vida Silvestre corresponde al grupo de instrumentos legales (educación, salud, asentamientos humanos, ambiente) que concretan la transición del sistema constitucional mexicano hacia el federalismo cooperativo. En todo caso, este enfoque aparece en tensión con el sistema dual previsto en el art. 124 de la Constitución. Sólo el tiempo podrá establecer cuál de las dos tendencias moldeará de manera definitiva el federalismo mexicano.

Un aspecto que vale la pena mencionar es que la Ley General de Vida Silvestre, al definir su objeto con un criterio de palpable transversalidad, incluyó a los recursos forestales y pesqueros en cuanto atañe a su régimen de conservación, dejando a las leyes sectoriales que regulan su aprovechamiento, exclusivamente las actividades extractivas o de cultivo a las que se refieren las citadas leyes, en relación con sus respectivos recursos.

2. Algo sobre las formas de apropiación. La Ley General de Vida Silvestre intencionalmente soslaya el aspecto de lo que aquí hemos denominado los derechos patrimoniales básicos; su enfoque se desliza de plano hacia los propósitos centrales de la ley: la conservación y el aprovechamiento sustentable de los componentes de la vida silvestre. En el caso de la fauna, la antigua Ley Federal de Caza disponía que debía considerarse como propiedad de la nación. Por su parte, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente no hizo previsiones al respecto. En el caso de la flora, tradicionalmente se ha considerado como un accesorio de la propiedad del suelo; en este sentido se han pronunciado los Códigos Civiles y también la Ley Forestal, en el ámbito regulatorio que le corresponde. En la nueva ley sobre vida silvestre el legislador se concentra en la definición de los alcances que corresponden a los derechos de aprovechamiento, sin efectuar ninguna manifestación específica en torno al régimen de propiedad de los componentes naturales que son objeto de regulación.

La fórmula legal establece: "Los propietarios o legítimos poseedores de los predios en donde se distribuye la vida silvestre, tendrán derechos de aprovechamiento sustentable sobre sus ejemplares, partes y derivados en los términos de la presente ley y demás disposiciones aplicables". (art. 4o). Como puede constatar, la propiedad o la legítima posesión constituyen sólo un indicio o una referencia para la atribución de la facultad de aprovechamiento. Tales derechos básicos no se proyectan de manera fuerte sobre el régimen de la ley; primero, porque no determinan en última instancia la

posibilidad de aprovechamiento, ya que éste puede también conferirse sin ser titular de los derechos patrimoniales en cuestión, en aquellos casos en que la propia ley autoriza el traslado a terceros de las prerrogativas de aprovechamiento. En segundo lugar, el condicionamiento normativo que la ley impone al aprovechamiento, se trueca en la evidente subordinación de cualquier derecho básico. De poco en realidad vale ser calificado como propietario en el contexto de un régimen que restringe el aprovechamiento a los cauces específicamente autorizados por la propia ley. Las modalidades impuestas son tan fuertes que prácticamente vuelven irrelevantes las decisiones del titular patrimonial acerca del destino final de los bienes que constituyen el objeto de su derecho.

La hipótesis contraria a la que se refiere el párrafo anterior también puede ser analizada: habría que suponer, por ejemplo, el dominio de la fauna silvestre; en una situación tal, la titularidad de la nación se resolvería siempre en actos de facultamiento a sujetos privados para realizar el aprovechamiento —incluso extractivo— de los individuos de la fauna silvestre. Un dominio así, sólo cobraría relevancia si se lo entiende como una forma de control no mercantil sobre los recursos objeto del aprovechamiento; fuera de esa circunstancia, la titularidad pública de la fauna silvestre no tendría otro cauce práctico, como ya lo demostró la última ley de caza que estuvo vigente.

De lo expuesto, se puede obtener una conclusión preliminar: no es determinante el tipo de derecho patrimonial básico, ni para definir el régimen de la conservación de los componentes de la vida silvestre, ni tampoco para establecer los alcances de las prerrogativas de aprovechamiento previstas en la ley. Uno y otro cauce —el de la conservación y el del aprovechamiento— acontecen dentro de la banda jurídica que norma el régimen tutelar del recurso.

3. Consideración sobre el deber universal de conservar. Las concepciones contemporáneas de la propiedad, tal como aparecen expuestas en los textos constitucionales europeos del presente siglo, suponen un derecho permeable, sujeto a la modalización continua de las prerrogativas que se otorgan a los propietarios. Bajo esta concepción, el fin del derecho de propiedad trasciende la satisfacción individual de su titular y, sólo tiene sentido, en la medida en que la acción interesada de los propietarios puede transformarse en un estímulo para la riqueza pública. La concepción contemporánea de la propiedad no mantiene la linealidad propia del modelo normativo de las codificaciones burguesas; ahora, a la par de los derechos

que se otorgan al propietario, se establecen los deberes que también entraña su ejercicio. La tesis de la función social de la propiedad marcó un hito en la historia patrimonial de las sociedades occidentales; sin embargo, sus planteamientos no fueron más allá de la imposición de deberes correlativos a los titulares. Si pensamos en cambio en el concepto moderno de propiedad, dentro de éste, nunca se planteó el problema de la responsabilidad social del titular sino que, de forma enfática, quedaron definidas sus prerrogativas de exclusividad, a las que se opuso un deber universal de respeto a cargo de los no propietarios.

En el caso que nos ocupa, la Ley General de Vida Silvestre, en el primer párrafo de su art. 4o, estableció un deber extensivo a “todos los habitantes del país, de conservar la vida silvestre, prohibiendo, al mismo tiempo, cualquier acto que implique su destrucción, daño o perturbación”. Si comparamos lo previsto en este artículo con los deberes que se imponen a los propietarios a partir de la tesis europea de la función social de la propiedad, podríamos evidenciar los siguientes contrastes:

Las limitaciones o cargas que se imponen al titular de la propiedad en el caso de la tesis de la función social provienen de una visión que supone la coexistencia de fines individuales y de propósitos colectivos. La idea fuerza de esa doctrina consiste en condicionar el disfrute individual de los bienes apropiables, al incremento de la riqueza pública y del bienestar general. Bajo esa lógica, al derecho patrimonial básico, se le contrapesa con el deber de realizar una función transindividual que consiste en mantener activos los propios bienes y en generar el máximo provecho social con su utilización. Todo sin renunciar a una remuneración justa para el propietario.

El deber de conservar al que se refiere la Ley General de Vida Silvestre no tiene como correlato un derecho patrimonial específico; es un deber que se construye desde la teleología de los valores ambientales; por lo tanto, como hemos dicho aquí, parte de la dimensión normativa en la que se conforma la tutela de los ecosistemas. La conservación es un imperativo que no atañe de manera exclusiva a quienes aprovechan los componentes de la vida silvestre; se trata de una decisión legislativa que involucra a todos los destinatarios de la norma. La garantía de esta decisión no depende de forma exclusiva del interés de quienes se benefician de los elementos que integran la vida silvestre, sino que se sustenta en un régimen regulatorio de alcance general que pende, a su vez, del apalancamiento que le proporcionan las disposiciones de la ley relativas a la responsabilidad por el daño que se cause a los organismos silvestres o a su hábitat. (arts. 104 a 109).

De acuerdo con los postulados acerca de la función social de la propiedad, las consecuencias de que un propietario no ejercite las prerrogativas patrimoniales que le concede su titularidad no tienen efectos sancionadores precisos, salvo en algunos casos excepcionales; en cambio, bajo la perspectiva del deber prescrito por la Ley General de Vida Silvestre, hay efectos puntualmente definidos que se traducen en la imputación de responsabilidad al sujeto activo del daño. El deber de conservar engloba los derechos de aprovechamiento sometiéndolos a su imperativo, pero además, comprende la posibilidad de fincar a cualquier sujeto la responsabilidad por sus actos perjudiciales contra los organismos silvestres o contra su hábitat. El deber legal en cuestión, es una solución jurídica que se corresponde puntualmente con el reconocimiento de los llamados intereses difusos porque, bajo esta óptica, cualquier persona puede convertirse en persecutor o al menos en denunciante, de los daños ambientales.

4. Las peculiaridades del aprovechamiento. Cabe mencionar que no todo aprovechamiento de los componentes de la vida silvestre implica su extracción del medio en el que habitan; la ley vigente autoriza también el aprovechamiento no extractivo, al que define como “las actividades directamente relacionadas con la vida silvestre en su hábitat natural que no impliquen la remoción de ejemplares, partes o derivados ... que pudieran causar impactos significativos sobre eventos biológicos, poblaciones o el hábitat de las especies silvestres”. (Art. 3o.). Las dos formas de aprovechamiento previstas en la Ley suponen, ya sea el derecho de propiedad, o bien, la legítima posesión sobre el predio en el que se distribuyen los componentes de la vida silvestre. El derecho patrimonial básico —propiedad o posesión— funge en este caso como una referencia para reivindicar los beneficios que otorga el aprovechamiento, pero a diferencia de lo que acontece en los códigos civiles cuando éstos se refieren a la accesión, la ley de vida silvestre no atribuye al predio el carácter de cosa principal a la que obligadamente se incorporan ciertos accesorios, los cuales, por el mero hecho de la agregación, pasan a ser propiedad de quien tiene la titularidad de la cosa que se califica como principal. De los componentes de la vida silvestre, quizás sea la flora la que presente más afinidad con el régimen de apropiación civil; sin embargo, la fauna silvestre y los microorganismos difícilmente podrían encajar en ese molde, ya que su movilidad y su forma de distribución espacial distorsiona a ojos vistas el criterio de la accesoriedad. Y aun en el caso de los organismos vegetales, hay que considerar que la propiedad sobre sus individuos no concede derechos sobre las características genéticas de la especie.

Si la legislación civil no penetra hasta el nivel de los genomas, la ley ambiental en cambio, sí debe hacerlo; ello, porque en el propósito de la conservación de una especie está implícita la necesidad de mantener sus características biológicas básicas. El aprovechamiento que eventualmente pueda efectuarse de los individuos o poblaciones de una especie, ha de realizarse de modo que no comprometa la existencia de esta última. Además, el principio de sustentabilidad abarca también la protección de la función ecosistémica; dicho criterio se basa en el cálculo de la tolerancia de los sistemas ambientales al uso de sus componentes; éste nunca debe comprometer la capacidad de recuperación de los elementos naturales en el corto plazo (art. 3o). Así las cosas, el aprovechamiento de los componentes de la vida silvestre está sujeto a un doble límite: el de la conservación del elemento propiamente dicho, y el de la protección de su valor ecosistémico.

Otro factor que la Ley General de Vida Silvestre pondera como relevante para la consecución de su objeto es el de la conservación del hábitat de las especies. En todo caso, el aprovechamiento autorizado tendrá que considerar el grado de afectación que éste implique respecto al medio vital en el que se desarrollan los individuos o poblaciones sobre las que se actuará (art. 18) Pero la conservación del hábitat no es sólo responsabilidad privada; en el articulado de la ley se señalan una serie de medidas a las que la autoridad debe acudir para la protección de los medios vitales de las especies. Tal es el caso, por ejemplo, de la potestad para declarar hábitat críticos (art. 63) o bien, áreas de refugio para proteger especies acuáticas (art. 65). En estas situaciones la autoridad aparece como un garante supraordinado del medio vital de las especies.

Quizás el dato más peculiar de la forma en que la Ley General de Vida Silvestre perfila el aprovechamiento consista en que éste se caracteriza siempre como un factor estratégico para la conservación (art. 5o.). El aprovechamiento, como fin en sí mismo, no existe dentro del articulado de la ley. Los factores que el legislador pretendió conjugar al disponer así las cosas fueron los siguientes:

- El interés del propietario o poseedor legítimo de un predio en servirse de los elementos naturales que subsisten en él, ya sea de forma permanente o transitoria (arts. 4o y 18).
- La necesaria retribución social y económica que debe corresponder a los agentes que realizan labores de conservación; premiar la protección

de los elementos naturales es, a fin de cuentas, una forma de garantizar su pervivencia a largo plazo (art. 5o.).

- La valorización en términos mercantiles de los organismos que componen la vida silvestre, ya que de otra suerte resultaría inviable mantener vigente el interés del propietario o poseedor en su conservación (arts. 20 y 89).
- La organización de mercados controlados para permitir la apreciación de los productos del aprovechamiento de la vida silvestre (arts. 89 a 91 y 96).
- La consolidación de un sistema de control público que se pretende complementario de las acciones individuales de conservación, y que se ejecuta a través del cálculo preciso de la capacidad de tolerancia de los ecosistemas sobre los que se efectúan los actos de aprovechamiento (arts. 82 a 91 y 99 a 103).
- La homologación de la textura legal de las distintas formas de aprovechamiento, con objeto de eficientar los procesos públicos de control (art. 39).
- El agravamiento de los controles en los casos de las especies en riesgo, condicionando fuertemente el sentido del aprovechamiento a la realización de labores favorables a la conservación (art. 85).
- La participación corresponsable de las distintas instancias territoriales de gobierno en el control del aprovechamiento, pero sin abandonar el papel cohesionador que corresponde a los órganos centrales de gobierno (arts. 7 a 14).
- El desarrollo concomitante del conocimiento sobre las condiciones naturales y de aprovechamiento de los organismos que comprende la vida silvestre, así como de sus respectivos hábitat (arts. 21, 38, 48, 49, 97 y 98).

El esquema de control público, sobre el que conviene abundar brevemente, está compuesto por distintas piezas: el registro de los predios e instalaciones en las que se realizan actividades de aprovechamiento; la autorización del plan de manejo en el caso de aprovechamientos extractivos, o del programa de actividades si se trata de aprovechamientos no extractivos; la verificación de la legal procedencia tratándose de especies silvestres que se encuentren fuera de su hábitat; la declaración de situaciones emergentes de conservación y la imposición de medidas de seguridad y de sanciones. En conjunto, estos elementos de control debieran resultar suficientes para

evitar daños significativos a la vida silvestre, aunque la evaluación sobre su grado de eficiencia está todavía por venir, considerando la fecha recientísima de promulgación de la ley, que fue apenas el 3 de julio del 2000.

5. Algunas conclusiones preliminares

Primera. El régimen de la Ley General de Vida Silvestre es, sin lugar a dudas, el más desarrollado dentro de la legislación mexicana. En estricto sentido, quizás sea el único que ha perfilado un modelo de aprovechamiento desde la perspectiva ambiental.

Segunda. Llama significativamente la atención que la ley regule el aprovechamiento como una estrategia para la conservación y que desdeñe la especificación de los derechos patrimoniales básicos sobre los componentes de la vida silvestre. Esta omisión intencional favorece el dar prioridad a la tutela de la conservación y diluir parcialmente la rigidez de los derechos patrimoniales de viejo cuño.

Tercera. Los controles públicos sobre el aprovechamiento dependen en gran medida de la capacidad técnica de la autoridad para apreciar y calcular los niveles de tolerancia de los ecosistemas que involucran los componentes de la vida silvestre.

Cuarta. Si bien la ley concede una importancia especial al interés privado como incentivo para la conservación y utiliza al mercado como vehículo para la valorización de los componentes ambientales, nunca renuncia a un manejo público de las situaciones que regula.

Quinta. La Ley General de Vida Silvestre es el testimonio más acabado de un régimen normativo que se edifica desde la perspectiva de la conservación; por primera vez en el derecho mexicano, se logra invertir el peso de los factores en torno a los cuales se estructuran los intereses en conflicto. En este caso, no es la conservación un límite o una condición del aprovechamiento, sino que la tutela de los componentes de la vida silvestre asume el nivel protagónico que, en los otros modelos, siempre ha correspondido a los derechos básicos patrimoniales.

Sexta. Al invertirse el sentido de la construcción jurídica el aprovechamiento ya no aparece como una prerrogativa patrimonial del propietario o del legítimo poseedor, sino como un cauce estratégico de la conservación. Los derechos patrimoniales básicos constituyen, bajo esta óptica, sólo referencias para la atribución de los actos de aprovechamiento.

Séptima. La prioridad puesta en la banda normativa que regula la conservación diluye parcialmente la relevancia de los criterios territoriales,

que hasta hace poco habían sido predominantes, sobre todo en el ámbito de los derechos patrimoniales inmobiliarios. La distribución de los organismos y los microorganismos que componen la vida silvestre no se atiene, salvo en el caso de los vegetales, a un principio fijo de organización territorial.

Octava. La aprehensión normativa de la función ambiental de los componentes de la vida silvestre se realiza mejor si la regulación se construye al margen de los modelos patrimoniales que derivan de la noción técnica del derecho subjetivo. La libertad, en sí misma, no es un valor desde la perspectiva ambiental; la facultad de los agentes sociales de decidir sobre el destino de los bienes es en realidad un elemento prescindible desde la óptica de la conservación.

Novena. Los móviles individuales suelen resultar funcionales a la conservación sólo cuando pueden engarzarse a una estrategia global que defina de forma condicionada el sentido genérico de su ejercicio. Cualquier iniciativa individual que se produzca fuera de los cauces ordenadores que impone la legislación no resulta aprovechable para los propósitos de la conservación.

Décima. Es innegable que el perfil de una ley como la que regula actualmente la materia de la vida silvestre apuesta mucho más a la eficacia de las soluciones conductistas, que a la autonomía de la voluntad. Asumida la conclusión anterior, puede afirmarse que el mercado, precisamente por su inevitabilidad, condiciona la existencia de un tipo de leyes que propenden al aprovechamiento de sus efectos sinérgicos, aunque no por ello eliminan la función de los órganos públicos que, en este periodo histórico, se proyectan como ordenadores de los mismos procesos mercantiles. El desarrollo de los mecanismos de intercambio privado no neutraliza la necesidad de la acción pública, sino que solamente asigna nuevas posiciones a los órganos gubernativos, los cuales logran reconstituir su función política e integradora a través de la reordenación de las inercias mercantiles.

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

León Ricardo ELIZONDO CASTRO y Xavier GINEBRA SERRABOU¹

SUMARIO: I. *El análisis económico del derecho.* II. *Análisis económico de la Ley Federal de Telecomunicaciones en relación con la competencia.* III. *La competencia en el mercado de telefonía en México a dos años de la apertura.* A. *Apertura a la competencia en los servicios de telefonía.* B. *La convergencia en el sector de las telecomunicaciones.* IV. *Principales problemas que afectan la competencia en telefonía.* V. *Propuesta de reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones tras el análisis económico del sector.* VI. *Conclusiones.*

I. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El derecho y la economía se definen, bajo este esquema, como la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos de influencia de la ley y de instituciones jurídicas. Como tal, Richard A. Posner, uno de los principales portavoces de la perspectiva tradicional del derecho y la economía, han observado que la disciplina se ha dividido en dos ramas, que datan del surgimiento de la economía como un campo distinto del conocimiento en el siglo XVIII. Una rama que se remonta, por lo menos, a los estudios de Adam Smith acerca de los efectos económicos de la legislación mercantilista es el análisis económico de las leyes que regulan los mercados explícitos. La otra rama, de la que puede decirse tuvo su origen en el trabajo de Jeremy Bentham de la generación posterior a Smith, es el análisis económico de las leyes que

¹ El presente trabajo refleja las opiniones, que son de la estricta responsabilidad de sus autores.

regulan el comportamiento de actividades de no mercado, tales como delitos, accidentes, responsabilidad civil, matrimonio, contaminación y procesos jurídicos y políticos entre otras actividades de no mercado.

La segunda rama del análisis económico de la ley —la economía de la regulación jurídica de actividades de no mercado— ha tenido una historia más variada. Comenzó en un plano muy alto con el trabajo de Bentham.² Este autor fue uno de los pioneros y hasta recientemente uno de los pocos pensadores que indicaron que los individuos actuaban como maximizadores racionales de sus propios intereses en todos los aspectos de la vida.³ Él creyó, en otras palabras, que el modelo económico, percibido como la simple elaboración de las implicaciones que podrían suponer que las personas son maximizadoras racionales de sus satisfacciones, podría aplicarse a todos los campos de la actividad humana, en vez de quedar confinado a los mercados explícitos de la economía.

El método de Bentham muestra sus rasgos más característicos en su estudio de la sanción penal. Como él suponía que las personas son maximizadoras racionales respecto de la decisión de cometer un delito o vender un caballo, el problema del control penal se reduce a establecer un conjunto de “precios” por el delito manipulando las dos variables que determinan el costo del castigo para el delincuente (potencial): la severidad del castigo y la probabilidad de que éste se aplicará.

Al conceptualizar la noción de probabilidad con la severidad del castigo, Bentham (y posteriormente Becker), generaron un poderoso instrumento para el uso de políticas públicas dentro del análisis de la ley. Si sabemos que el costo esperado (la probabilidad de ser arrestado multiplicada por la severidad del castigo) que enfrenta un transgresor potencial es el mismo con una probabilidad muy baja de ser arrestado pero con una severidad muy elevada del castigo; o como puede ser el caso, con una probabilidad muy alta de ser arrestado pero con una severidad del castigo muy baja, el sistema judicial podría utilizar menos recursos (¿policías?) reduciendo sus probabilidades de capturar a potenciales infractores, pero aumentando al mismo

² ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, ITAM y FCE, México, 1994, pp. 5 y 6.

³ Aunque este modelo es criticable porque el hombre no actúa exclusivamente movido por sus intereses egoístas, nos servirá como herramienta para nuestro análisis acerca de un examen económico de las consecuencias de la Ley Federal de Telecomunicaciones, con unas propuestas de reforma.

tiempo la severidad de las penas, y llevando a cabo que las mismas sanciones dictaminen en aquellos transgresores que sí fueron capturados. (Esta misma lógica nos permite entender la racionalidad de la política de que en las señalizaciones de las carreteras una multa sea mucho más elevada que la multa por exceso de velocidad. Es mucho mayor la probabilidad de ser arrestado por velocidad excesiva que la de ser arrestado por tirar basura).⁴

II. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA

Utilizaremos el modelo de Bentham para analizar algunos aspectos de la Ley Federal de Telecomunicaciones, relativos a los incentivos que ha supuesto ésta para la introducción de nuevos competidores en el mercado (en cuanto “abaratamiento de los precios”, así como para examinar algunos aspectos de ésta que todavía constituyen una rémora para una sana competencia en dicho sector “el precio es elevado”, o la posibilidad de ser sancionado todavía es remota), para proponer algunas modificaciones tendientes a mejorar dicha competencia, después de analizar el mercado de las telecomunicaciones a unos cuantos años de su apertura.

Otro enfoque que utilizaremos dentro de nuestro análisis es el relativo al papel de los derechos de propiedad y las instituciones.

Ésta es la tesis central del punto de vista de los derechos de propiedad: la estructura particular de los derechos de propiedad en una economía, influye sobre la asignación y utilización de los bienes económicos (recursos) en formas específicas y predecibles (Furubotn y Richter). Efectivamente, las asignaciones de los derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento respecto a objetos que cada persona debe observar en su interacción con otras personas o, en su defecto, cargar con los costos del incumplimiento. *De ello se desprende que los derechos de propiedad poseen un valor económico y deben ser respetados en forma socialmente reconocida.* La situación general puede considerarse de esta manera: el sistema de derechos de propiedad adoptados dentro de una sociedad, ofrece un mecanismo para asignar a individuos específicos la autoridad para decidir cómo deben ser usados los recursos en cuestión.

Conforme a lo anterior, el sistema de derechos de propiedad determina, a través de precios explícitos o implícitos, cómo los beneficios y los daños

⁴ ROEMER, Andrés, *ibidem*, pp. 7 y 8.

resultantes de una decisión se asignan entre quien decide y otros individuos; así, el sistema contribuye a definir las estructuras de costos y recompensas y a establecer las expectativas de que los individuos en forma concurrente retengan derechos diferentes al uso de un recurso en particular.

Consecuentemente, reconocer que los derechos de propiedad amplían la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho, implica importantes consecuencias para el campo de las políticas públicas. Existen numerosos ejemplos en los que las regulaciones no definen los derechos de propiedad o bien los definen de manera insuficiente, lo que ocasiona ineficiencia, ya que afecta los incentivos para trabajar, para transferir recursos y para mantener y mejorar dichos recursos.

Un ejemplo de ellos ha sido la falta de derechos de propiedad en algunos recursos naturales. Por ejemplo, existen mares y ríos que no pertenecen a nadie, y por lo tanto, pertenecen a todos. El resultado es “la tragedia de los comunes”, la sobreexplotación de los recursos en esas zonas. Eso es razonable y se entiende porque, aunque escaso para la sociedad, un banco de peces es un bien libre para el pescador individual; por lo tanto, los costos totales de la pesca son menores para el individuo que para la sociedad y, en consecuencia, la actividad pesquera (es decir, el nivel del esfuerzo pesquero) se realiza más allá del nivel justificado desde el punto de vista social.

De acuerdo con lo anterior, las tasas excesivas de rendimiento y sobreinversión causarán ineficiencias cuando los derechos de propiedad sobre los recursos no son exclusivos, puesto que no son asignados a propietarios individuales o, si lo son, no se hacen cumplir coercitivamente. A causa de las características migratorias del pez, ningún pescador puede beneficiarse difiriendo una captura con la esperanza de pescar un pez mayor y mejor posteriormente, ya que es probable que ese pez sea capturado por alguna persona mientras. Cada uno de los individuos toma en cuenta el comportamiento de sus competidores reservando para sí lo que pesque.⁵

Por último, el “costo de las transacciones”, entendido como el costo de operar en el mercado, o el costo de utilizar el mecanismo de los precios, que permite explicar las diferencias en la elección y evolución de los arreglos contractuales,⁶ será otro método de análisis de la LFT para la propuesta de reformas que mejoren la competencia en el mismo: a menor existencia de “costos de transacción”, menos incertidumbre de actuar en

⁵ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

⁶ *Ibidem*, p. 51.

el mercado, y disminuye también el costo para que nuevos operadores entren al mercado.

En este sentido, la nueva LFT *permite la asignación privada de la explotación del espectro radioeléctrico*,⁷ con lo que elimina parte de la *sobreexplotación que pudiere surgir de una explotación inmoderada del mismo*. Por otra parte, establece mecanismos de coerción (sanciones), por incumplimiento en los mecanismos de interconexión a que están obligadas en sus redes públicas y por ejecutar actos que impidan la actuación de otros concesionarios o permisionarios con derecho a ello,⁸ con lo que garantiza mejor dichos “derechos de propiedad” —por utilizar la terminología empleada para efectos del presente análisis—, pero, como veremos, al permitir excesivas tasas de rendimiento a uno solo de los operadores (Telmex),⁹ desincentiva la actuación de otros competidores, al implicar una ineficiente asignación de los recursos, que tienen que operar con pérdidas.

El telón de fondo será el análisis costo-beneficio de las normas introducidas por la Ley Federal de Telecomunicaciones en materia de competencia, para sugerir modificaciones a la misma, tras la experiencia de algunos años de apertura del sector.

III. LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE TELEFONÍA EN MÉXICO A DOS AÑOS DE LA APERTURA

La telefonía es una de las actividades que ha experimentado una significativa evolución en su organización industrial en los últimos años, al transitar de una estructura monopólica hacia mercados contendibles, integrados en

⁷ Arts. 1, 14 y 15 de la LFT.

⁸ Art. 71, fracciones I y III de la LFT, que permite la imposición de multas de 10,000 a 100,000 días de salario mínimo.

⁹ A manera de ejemplo, los índices registrados para las utilidades obtenidas respecto al capital, de 20% en 1990 y 24% en 1993, han sido los más altos en términos internacionales. Para entender en plenitud el significado de estas cifras, considerése que los bancos estadounidenses registran índices en este rubro del 7% en promedio; y los bancos mexicanos (antes de la crisis de 1995), que eran de los más rentables del mundo, registraron un índice promedio del 14%. Los dividendos por acción aumentaron de manera considerable: habiéndose registrado 0.15% de pesos en junio de 1993 en comparación con 0.003 pesos en 1990; ello significa que se ha obtenido una razón de pagos de dividendos sobre utilidad por acción equivalente a un índice de 19.1 puntos, comparado con 9.1 puntos en 1990. Cfr. en SZEKELY Gabriel y DEL PALACIO, Jaime, *Teléfonos de México: una empresa privada*, Ed. Planeta, México, 1995, pp. 111 y 112.

su gran mayoría por una participación significativa de competidores. Esta transformación obedece tanto al rápido desarrollo tecnológico como a las medidas y acciones introducidas por el gobierno federal para promover la concurrencia en los mercados de telecomunicaciones. Así, las nuevas tecnologías y el marco jurídico actual hicieron posible las licitaciones de concesiones para el uso del espectro radioeléctrico en la prestación de nuevos servicios de telefonía inalámbrica fija o móvil (en este caso PCS), agregándose de esta manera nuevos competidores a los mercados de telefonía básica local y celular.¹⁰

Las licitaciones de espectro radioeléctrico también han facilitado la ampliación en la oferta de otros servicios ya presentes en el mercado, como el de radiolocalización móvil de personas. Sin embargo, tras tres años de apertura del mercado, consideramos que no se dan todavía las condiciones para una efectiva competencia, por lo que es necesario revisar el marco regulatorio de las telecomunicaciones, para que se corrijan las distorsiones existentes hasta el momento.

A. Apertura a la competencia en los servicios de telefonía

Larga distancia

La competencia en telefonía de larga distancia se inició con la entrada efectiva de nuevas empresas en agosto de 1996¹¹ y la oferta de los servicios de interconexión el primero de enero de 1997. La disponibilidad de estos últimos en condiciones adecuadas de precio, calidad y oportunidad es fundamental para la formación de mercados competidos. Sólo de esta forma es viable la entrada de nuevos operadores y posible el inicio y terminación de las llamadas de sus clientes, por medio de la red establecida.¹²

Sin embargo, si no existe un sistema de recursos legales para disuadir y rectificar el atropello de derechos (Posner),¹³ en este caso, que asegure la no discriminación en el uso de redes de interconexión, el costo de operar en

¹⁰ Informe de la Comisión Federal de Competencia 1998, p. 71.

¹¹ La primera fase de apertura permitió a los nuevos operadores ofrecer servicios de larga distancia no conmutados en las ciudades abiertas, Informe de la Comisión Federal de Competencia 1998, p. 72.

¹² *Ibidem*.

¹³ Citado por ROEMER, *ibidem*, p. 33.

el mercado y el “costo de transacción” resulta sumamente elevado, puesto que puede llevar a grandes pérdidas por parte de las empresas competidoras, al no tener garantizado el uso de las redes de interconexión en las condiciones mencionadas.

Conforme al Plan de Interconexión con Redes Públicas de Larga Distancia,¹⁴ la apertura se efectuó de manera gradual. En enero de 1997 se abrieron a la competencia, mediante proceso de prescripción, las primeras 60 ciudades.¹⁵ De la misma forma, en 1998 se alcanzaron 100 centros urbanos y se espera que en el transcurso del presente año la cifra se incremente hasta 150. El proceso proseguirá en el año 2001, con la incorporación de todas las poblaciones que cuenten con una central con capacidad de enrutamiento.¹⁶

Sin embargo, la garantía de “los derechos de propiedad” no se encuentra suficientemente asegurada. El Plan de interconexión debería estar establecido en la propia LFT, para proporcionar mayor seguridad a las empresas que penetren en el mercado, puesto que de acuerdo con el artículo 16 constitucional, las autoridades deben actuar con un fundamento legal, no administrativo. La competencia de las autoridades solamente proviene de la Ley.¹⁷ En razón de lo anterior, dichas normas podrían anularse por las autoridades judiciales, con lo que los costos de transacción se incrementan enormemente, porque las empresas no conocen el “costo” que les supondrá su operación en el mercado con unas normas cuya vigencia no está garantizada.

Desde la apertura de este mercado 14 nuevas empresas han obtenido concesiones para prestar servicios de larga distancia, de las cuales siete iniciaron operaciones. De éstas, cuatro realizaron inversiones importantes en infraestructura. Según cifras proporcionadas por la industria, se han tendido cerca de 14 mil kilómetros de fibra óptica: 5,400 km propiedad de Avantel; 4,515 km de Alestra; 2,270 km de Bestel y 2,000 km de lusacell. Estas redes enlazan las principales ciudades del país.¹⁸

La competencia en el mercado de servicios finales, resultado de la evolución descrita, ha propiciado cambios en las tarifas de larga distancia na-

¹⁴ Publicadas en julio de 1994, citado por *ibidem*.

¹⁵ Estas poblaciones cubren cerca del 80 por ciento de los suscriptores de telefonía, citado por *ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, Ed. Porrúa, 36a ed., México, 1997, p. 99.

¹⁸ Avantel enlaza 34 ciudades importantes del país, Alestra 22, Bestel 14 y lusacell 19, citado por Informe..., *ibidem*.

cional e internacional.¹⁹ De diciembre de 1996 a julio de 1997 la tarifa promedio del servicio de larga distancia nacional se redujo en 42.5% al pasar de un promedio de 2.00 a 1.15 pesos por minuto. Asimismo, la estructura tarifaria ha experimentado una transformación sustancial al integrar mayores opciones a los usuarios y reflejar los costos prácticamente constantes por distancia.

El mercado de servicios de larga distancia registra los avances más importantes en competencia y ofrece las mayores posibilidades para efectos de este proceso, sin embargo enfrenta algunos problemas. Si bien en un periodo relativamente breve se incorporaron catorce nuevos operadores y en 1997 los competidores de *Telmex* adquirieron el 30% del mercado, cabe advertir que la competencia se ha concentrado en *Telmex*, *Alestra* y *Avantel*; la participación de los nuevos operadores se redujo a 20% en 1998 y, aparentemente, su situación financiera se ha deteriorado.

Lo anterior confirma nuestra tesis: existen demasiadas lagunas, irregularidades y faltas de regulación que impiden una competencia "equitativa" en el mercado de las telecomunicaciones, que implican elevados "costos de transacción" para las empresas y sus "derechos de propiedad" en términos económicos no se encuentran suficientemente garantizados, ya que si *Telmex* recuperó un 10% de su mercado, y sus competidores actúan con pérdidas, es muy difícil que otros agentes económicos se animen a participar en el mismo, máxime teniendo en cuenta las elevadas inversiones necesarias para participar en el mismo (ver cuadro 1).

Los operadores de larga distancia enfrentan una disminución significativa en las tarifas del servicio y por tanto en sus ingresos. La situación de *Telmex* como empresa que integra diversos servicios es menos desventajosa ya que en este caso la disminución en sus tarifas e ingresos por larga distancia tiende a ser compensada por los aumentos en sus tarifas e ingresos de telefonía local. El resultado de la evolución descrita es la disminución constante en los márgenes y utilidades de los concesionarios de larga distancia.²⁰

La existencia de un elevado nivel de ganancias es uno de los elementos esenciales a fin de determinar el grado de competencia que enfrenta una empresa. Si ésta cuenta con la posibilidad de obtener utilidades significativamente por encima de la tasa normal de mercado, durante un plazo relati-

¹⁹ Informe de la OCDE ..., citado por *ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

Cuadro 1. Participaciones de mercado en la larga distancia, enero 1999

<i>Empresa*</i>	<i>Larga distancia nacional (%)</i>	<i>Larga distancia internacional (%)</i>
Telmex	78.5	82.6
Avantel	9.5	7.8
Alestra	11.5	9.4
Marcatel	0.2	0.16
Iusatel	0.1	0.08
Miditel	0.0	n.s.
Protel	0.0	n.s.
Bestel	0.0	n.s.
RSL Com	0.0	n.s.

* Se incluyen solamente las nueve empresas que han iniciado operaciones comerciales. n.s. = El concesionario no presta este servicio.

Fuente: Regulatory Reform in Mexico's Telecommunications Industry, OECD, 1999.

vamente largo, ello supone que algún obstáculo se ha opuesto al ingreso de nuevas empresas a un mercado manifiestamente lucrativo, el cual hubiera implicado una presión sobre el nivel de ganancias en el correspondiente sector, aunque puede deberse a una mayor eficiencia de la empresa cuya posición se analiza.²¹

La persistencia en la obtención de utilidades por parte de *Telmex*,²² a pesar del proceso de apertura es una muestra de que *existen todavía muchas barreras a la entrada en el sector de las telecomunicaciones*.

Los ajustes a la baja en precios son normales y deseables en los mercados abiertos a la competencia. Sin embargo, la falta de competencia en los mercados de servicios intermedio y de telefonía local, aunados a una empresa integrada verticalmente en los mismos y a su participación en larga distancia, hace pertinente una revisión de los factores que han influido en los descensos de tarifas de larga distancia y en los aumentos de sus costos. De particular importancia con relación a estos últimos son:

²¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1983, p. 656.

²² Más de 1,000 millones de dólares en 1995, *Expansión, ibidem*, p. 37.

- La política de tarifas de interconexión. Fija el nivel de la tarifa pagada a *Telmex*, como operador de redes locales con cobertura residencial y comercial, en un nivel que cubre los costos del servicio de interconexión y contribuye a la recuperación de los costos incurridos por la telefónica en el suministro de sus servicios a usuarios residenciales, a fin de evitar un rebalanceo²³ abrupto. Sin embargo, en la situación actual del sector telefónico, la contribución de las tarifas de interconexión a la recuperación del costo de los servicios residenciales, pone en ventaja al operador de la red local, eleva los costos de los operadores de larga distancia competidores de *Telmex* y, consecuentemente, afecta la competencia en el mercado respectivo. Las distorsiones e impactos en la competencia de esta política se detallan más adelante.²⁴

De ahí la necesidad, como se hará ver más adelante, de establecer limitaciones a la competencia a la empresa que cuenta con poder sustancial en el mercado (en este caso *Telmex*).

- Poder sustancial de *Telmex* en el mercado de interconexión y, por tanto, capacidad para fijar unilateralmente las tarifas de enlaces, puertos y cubicación asociados a la interconexión.²⁵
- Las conductas de los proveedores en materia de tarifas de transporte interurbano y de larga distancia. Sobre este asunto existe una denuncia por prácticas monopólicas relativas cuya investigación se encuentra en proceso.²⁶

Telefonía básica

El servicio de telefonía básica local se abrió formalmente a la competencia con la privatización de *Telmex* en 1990. Sin embargo, las inversiones re-

²³ Según opinión de *Telmex*, ya no existe déficit en telefonía local (ni residencial ni comercial). Declaraciones de *Telmex* ante la Security Exchange Commission en EUA, citado por *ibidem*, p. 73.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Lo anterior podría suponer la colisión de prácticas monopólicas relativas.

²⁶ El otorgamiento de la suspensión provisional por parte de las autoridades judiciales en los juicios de amparo ocasiona graves daños a la competencia, pues mientras se resuelven las controversias, *Telmex* puede abusar de su posición de dominio sin que sus competidores puedan hacer nada para evitarlo. Esto es otro aumento en los "costos de transacción".

queridas para construir redes locales y su viabilidad constituían una importante barrera de entrada. Asimismo, la ausencia de un marco regulatorio que resolviera la interconexión entre redes locales desalentó la entrada de competidores en la prestación de este servicio. Sólo recientemente, con el desarrollo de tecnologías que hacen posible el establecimiento de redes telefónicas inalámbricas y la publicación de las Reglas del Servicio Local,²⁷ se comenzó a abrir efectivamente este mercado. Los avances en el rebalanceo de tarifas locales y de larga distancia también facilitaron el inicio de este proceso.²⁸

En un país de corte continental como el mexicano, las obligaciones a la autoridad solamente se le pueden fijar mediante ley, por lo que su regulación a través de "Reglas", actos administrativos de carácter general, semejantes a las Circulares, no pueden ser creadoras de obligaciones para los particulares.²⁹

Mediante la licitación de concesiones de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de acceso inalámbrico fijo o móvil³⁰ entraron tres nuevos competidores en los mercados de telefonía local básica en 1997. Entre estos competidores, *Axtel*³¹ inició actividades en Monterrey. Adicionalmente, se otorgaron concesiones para la prestación de servicios de telefonía local por medio de redes alámbricas a seis empresas, de las cuales *Amaritel* y *Megacable* ya se encuentran operando.³²

La adjudicación a *Telmex* de las concesiones para prestar los servicios citados en todo el país le permitirán incursionar con este tipo de tecnologías en la telefonía local básica; mercado donde es prácticamente el único operador. En su momento, la Comisión condicionó la adjudicación, a fin de permitir a *Telmex* incursionar en la prestación de servicios con tecnolo-

²⁷ Publicadas en octubre de 1997, citado por *ibidem*, p. 74.

²⁸ *Ibidem*, p. 75.

²⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho administrativo*, Ed. Porrúa, 14a ed., México, 1999, p. 86.

³⁰ El proceso cubrió la licitación de cuatro concesiones en cada región. Cabe señalar que la concesión para telefonía inalámbrica móvil es para prestar servicios de comunicaciones personales (PCS), citadas por *ibidem*.

³¹ En marzo del presente año comenzó a operar la empresa *Pegaso* en telefonía local en Tijuana. Asimismo, las empresas *Axtel* (antes *Telinor*) y *Maxcom* (antes *Marcatel*) están incursionando en este mercado, citado por *ibidem*.

³² Sin embargo, dichas empresas enfrentarán fuertes dificultades financieras para poder competir con *Telmex*.

gía inalámbrica, sin afectar el posicionamiento de las demás empresas ganadoras en los mercados de telefonía básica local.³³

Telefonía celular

El servicio de telefonía celular fue introducido al mercado en 1989. Por limitaciones tecnológicas, las autoridades otorgaron concesiones a sólo dos operadores en cada una de las nueve regiones en las cuales se dividió el país. Únicamente Telmex, a través de su subsidiaria *Radiomóvil Dipsa (Telcel)*, dispuso de concesiones en todas las regiones. Esta situación generó ventajas a Telcel frente a los demás concesionarios regionales, ya que se encontró en condiciones de ofrecer directamente el servicio de *roaming* automático. En cambio sus competidores se vieron precisados a celebrar contratos de interconexión para hacer factible el uso del servicio fuera de sus respectivas regiones.

Desde 1993 la Comisión ha sido notificada de diversas concentraciones que han llevado a la agrupación de concesiones regionales. Esta evolución se explica por diversos factores: elevar la capacidad para competir con *Telmex*, alcanzar economías de diversificación y lograr integraciones verticales. De esta forma el mercado se ha estructurado en dos grandes grupos multirregionales encabezados por *Motorola* y *Iusacell*, que compiten con el único operador nacional. Esta situación ha fortalecido la competencia al evolucionar hacia un mayor equilibrio entre competidores.

Las nuevas tecnologías y el nuevo marco regulatorio facilitaron la licitación de concesiones del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telefonía móvil en 1997. Las cinco empresas ganadoras (Telcel, *Iusacell*, *SPC*, *Pegaso/Qualcomm* y *Midicel*) desarrollarían los servicios de telefonía móvil más avanzados denominados PCS.³⁴ La adjudicación de las concesiones regionales resultó en un aumento de tres competidores en siete de las nueve regiones; en las otras dos se agregaron dos competidores y quedó abierta la posibilidad de incorporar un tercero. En este contexto, *SPC* y *PegasoQualcomm* obtuvieron las concesiones necesarias para competir

³³ Al otorgarse dichas concesiones a Telmex, se fue contra el principio en materia de competencia de otros países de limitar el campo de actividad de las empresas en régimen monopolístico.

³⁴ La mayoría de los planes estratégicos de operación de las empresas ganadoras de este concurso de licitación contemplan empezar a brindar el servicio comercialmente durante 1999 y el 2000, citado por *ibidem*, p. 75.

con Telcel en todo el territorio nacional. Los demás concesionarios alcanzaron coberturas multirregionales, destacando *Iusacell* por la posibilidad de prestar servicios y competir en siete de las nueve regiones en que se divide el país. Estos resultados y las condiciones establecidas por la Comisión a Telcel aseguran el fortalecimiento de la competencia en el mercado de telefonía móvil sin limitar la modernización y diversificación de los servicios de la última empresa en todo el territorio nacional.³⁵

La mayor contestabilidad en estos mercados, la reestructuración de los mismos y la capacidad competitiva de las nuevas empresas se ha manifestado en mayores facilidades a los consumidores. Esto ha contribuido a que el número de suscriptores de telefonía celular haya crecido de aproximadamente un millón en octubre de 1996, a 2.3 millones en mayo de 1998,³⁶ de los cuales Telcel atiende al 60%.³⁷ Más aún, se espera que con la introducción del sistema: "El que llama paga", los usuarios aumenten a 3.3 millones al cierre de 1999.³⁸ En el mediano plazo, los precios de este servicio pueden desalentar las llamadas desde teléfonos fijos, ya que en la práctica este sistema implica incorporar al usuario de telefonía básica al servicio de telefonía celular. Sin embargo, el incremento del número de competidores y la eventual revisión de las tarifas de interconexión pueden llevar a reducciones reales en los precios de la telefonía móvil.³⁹

Telefonía pública

La Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT) de 1995 y específicamente el Reglamento del Servicio de Telefonía Pública, publicado en diciembre de 1996, establecen medidas que hacen posible la concurrencia y la competencia en esta actividad entre los concesionarios de servicio local autorizados para prestar el servicio y las comercializadoras.⁴⁰ Para estos efectos

³⁵ Existen denuncias contra Telmex por subsidios cruzados en telefonía celular, lo cual ratifica que es conveniente disminuir el régimen de operaciones de la empresa que se encuentra en poder monopolístico en materia de telecomunicaciones.

³⁶ Fuente: Regulatory Reform in Mexico's Telecommunications Industry, OECD, 1999, citado por *ibidem*.

³⁷ Fuente: OECD, *op. cit.*, citado por *ibidem*.

³⁸ Fuente: OECD, *op. cit.*, citado por *ibidem*.

³⁹ Sin embargo, la telefonía celular constituye un mercado relevante distinto al de la telefonía básica, por lo que el aumento de la competencia en este mercado no afecta al poder monopolístico de Telmex.

⁴⁰ De acuerdo con la LFT, una empresa comercializadora de servicios de telecomunicación es aquella que presta servicios sin tener infraestructura propia, es decir, ofrece el

son de gran importancia las disposiciones sobre interconexión entre redes locales y las obligaciones a los concesionarios de servicio local de no incurrir en subsidios cruzados, llevar contabilidad separada y proveer enlaces a las comercializadoras de telefonía pública sobre bases no discriminatorias, entre otras. Cabe señalar que las comercializadoras carecen de red propia y por tanto requieren de los enlaces con las redes de los operadores locales para prestar el servicio de telefonía pública.

Los operadores del servicio se integran actualmente por Telmex, Telnor y Telcel⁴¹ como concesionarios de redes públicas y 29 comercializadoras permisionadas. No obstante el número de las últimas, su participación efectiva y desarrollo en el mercado se encuentran limitados por dificultades en tarifas y enlaces.

Por otra parte, la operación procompetitiva de los teléfonos públicos implica la eliminación de restricciones de acceso a los servicios de cualquier compañía telefónica por los usuarios finales. En este sentido, el Reglamento del Servicio de Telefonía Pública obliga a los operadores a permitir el acceso a los números no geográficos de los concesionarios de larga distancia. Si bien esta disposición se ha cumplido, la Comisión ha recibido denuncias por el establecimiento de cargos a los usuarios finales que presuntamente desplazan indebidamente a compañías de larga distancia. En atención a las mismas, la Comisión inició la investigación correspondiente en mayo de 1998.

B. La convergencia en el sector de las telecomunicaciones

La convergencia se puede definir como el proceso mediante el cual dos o más productos o servicios que previamente se ofrecían utilizando diferentes tecnologías, ahora son ofrecidos con la misma tecnología. Este proceso de convergencia es fomentado por el desarrollo tecnológico que resulta en nuevas economías de alcance (*economies of scope*), es decir, que hace más eficiente ofrecer productos o servicios juntos que previamente se ofrecían por separado, utilizando la misma tecnología.

servicio utilizando los equipos y redes que le arrienda otra empresa de telecomunicación. Sobre estas bases, en el art. 2, fracción VI, del Reglamento del Servicio de Telefonía Pública se define como comercializadora de servicio de telefonía pública a la persona física o moral que cuenta con un permiso para proporcionar el servicio de telefonía pública en los términos del propio Reglamento, citadas por *ibidem*, p. 76.

⁴¹ La Cofetel está procesando otras solicitudes, citadas por *ibidem*.

(...) No obstante, cuando en la actualidad se habla de convergencia se refiere en general a la convergencia entre los sectores de las telecomunicaciones, medios de comunicación (principalmente televisoras y editoriales) e informática (principalmente Internet).

La convergencia entre dichos sectores se presenta a nivel de los servicios finales que ofrecen, así como de la infraestructura y tecnología que utilizan. Por infraestructura se entiende la red de comunicación (cables, microondas, satélites), además de los equipos terminales que están conectados a esas redes (teléfonos, televisores, computadoras). Hasta hace poco, estos tres sectores ofrecían servicios finales distintos, cada uno utilizando su propia infraestructura de comunicación con tecnologías diferentes. Ahora esto ha cambiado gracias a dos desarrollos tecnológicos:

- (i) La digitalización de la información que se transmite a través de las redes de comunicación. Debido a esta digitalización ya no es relevante distinguir entre la transmisión de la voz, sonido, imágenes o datos. Toda la información digitalizada se transmite en forma de ceros y unos. En otras palabras, "un bit es un bit".
- (ii) La creciente capacidad de transmisión de redes de comunicación (fibra óptica, microondas y satélites), la cual hace posible la transmisión de la información digitalizada.⁴²

Las consecuencias de la convergencia entre telecomunicaciones, informática y medios de comunicación en general conduce a una mayor competencia, lo cual a su vez conduce a mayores eficiencias y mejoras tecnológicas.

En primer lugar, la convergencia crea muchos incentivos para mejorar la eficiencia y desarrollar nuevas tecnologías a fin de ganar la batalla contra las empresas de los otros sectores. Ejemplo de ello es la lucha por el futuro mercado integrado por Internet y televisión entre las empresas de informática que pretenden ofrecer ese servicio a través de la computadora, por un lado, y las televisoras que buscan ofrecerlo por el otro a través de la televisión con decodificador, por el otro. El resultado de la lucha dependerá de los desarrollos tecnológicos del futuro.

⁴² TEN KATE, Adriaan, NIELS, Gunnar y ROMERO, Carlos, La convergencia entre telecomunicaciones, medios de comunicación e informática. Implicaciones para la competencia y la regulación. *Gaceta de Competencia Económica*, México, año 1, núm. 2, septiembre-diciembre 1998, p. 24.

En segundo lugar, la convergencia reduce el poder de mercado de las empresas que tradicionalmente han dominado su sector. Muchas veces el problema del dominio proviene de la existencia de algún cuello de botella en la cadena productiva de cierto servicio. Un ejemplo es el control tradicional de las telefónicas sobre el acceso a las redes locales de telefonía. A pesar de diversos avances tecnológicos, particularmente la tecnología inalámbrica, en muchos países las redes locales alámbricas todavía constituyen lo que se conoce como "recursos esenciales" controlados por un monopolio. Es decir, no hay otra forma económica de tener acceso a los usuarios finales más que a través de la red local monopólica (como es el caso de Telmex). (...) Ahora existen por lo menos otras dos tecnologías alternativas procedentes de los sectores de comunicación e informática que compiten directamente con las redes de las telefónicas: la telefonía a través de las redes de televisión por cable y la telefonía por Internet.⁴³

Sin embargo, la asociación de las empresas telefónicas con las televisoras, así como con las oferentes de servicios de Internet,⁴⁴ pueden hacer que la competencia a través de estos medios sea minimizada. Es más, consideramos que puede dar lugar a problemas adicionales de barreras a la entrada del sector de los medios de comunicación y de Internet, si las empresas telefónicas se asocian con las principales empresas prestadoras de servicios en esos ramos.

Conforme la convergencia elimine cuellos de botella se notarán más otros cuellos de botella. Éstos pueden ser cuellos ya existentes, pero que hasta ahora no han tenido impacto. (...) La Comisión Europea prevé que debido a la eliminación de cuellos de botella a nivel de infraestructura se harán más notables los cuellos de botella a nivel de los servicios finales, sobre todo en el caso de los medios de comunicación e Internet.⁴⁵

También pueden crearse nuevos cuellos de botella cuando existen las denominadas "economías de redes" o "economías de estandarización". Un ejemplo es el mercado de los navegadores. El desarrollo de Internet requiere de un navegador común o estándar, así como las computadoras personales requieren de un sistema operativo estándar (mismo que ahora posee Microsoft con Windows). Las versiones actuales de Navigator y Explorer son compatibles en gran medida, pero se prevé que esto cam-

⁴³ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁴ Baste recordar la asociación de Telmex con Cablevisión y sus alianzas con Microsoft.

⁴⁵ TEN KATE..., *ibidem*.

biará conforme se desarrollen las características técnicas de dichos productos.⁴⁶

De lo expuesto se concluye que la convergencia en el sector de las telecomunicaciones, si bien puede implicar una disminución en el poder de mercado de las empresas telefónicas, todavía estamos lejos de determinar cuándo se dará dicha competencia, y el fenómeno de la convergencia podría generar nuevas barreras a la entrada al sector, con lo que dicho poder aumentaría. En conclusión; todavía es un momento prematuro para apuntar conclusiones.

La convergencia en el sector de las telecomunicaciones hace recomendable la inclusión, en la legislación en dicha materia, de la regulación de las ramas como la radio, televisión e Internet en un mismo ordenamiento, para garantizar los "derechos de propiedad" de todos los agentes económicos participantes y disminuir los "costos de transacción", aunque probablemente todavía sea prematuro establecer dicha regulación.

IV. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE AFECTAN LA COMPETENCIA EN TELEFONÍA

Actualmente, el marco regulatorio del sector se integra por la LFT y diversos ordenamientos y resoluciones⁴⁷ emitidos posteriormente a ésta. Las nuevas disposiciones han contribuido a fortalecer la seguridad jurídica y han precisado los diferentes servicios, los términos de concesionamiento y permisionamiento y los criterios básicos de operación aplicables a los operadores. Sobre estas bases, la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) anunció en diciembre de 1998 diversas medidas que continúan la transición del sector hacia: (i) una situación que haga viable la presencia de los nuevos participantes en los mercados, y (ii) los niveles objetivo de las tarifas de los distintos servicios evitando rebalancesos abruptos. Las medidas tienen *...sobre todo los objetivos de inversión para el aumento de la penetración y cobertura de los servicios, en beneficio de la*

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Destacan: i) Resolución mediante la cual se establece la tarifa de interconexión para los operadores de larga distancia (abril de 1996); ii) Reglas del servicio de larga distancia (junio de 1996); iii) Reglas de larga distancia internacional (diciembre de 1996); iv) Reglas de telefonía pública (diciembre de 1996), y v) Reglas del servicio local (octubre de 1997), citadas por *ibidem*.

población.⁴⁸ El cuadro 2 resume la información proporcionada por la Cofetel respecto de lo anterior.

Cuadro 2. Medidas anunciadas por la Cofetel en diciembre de 1998

1. *Numeración.* Proceso en dos etapas para aumentar los números telefónicos en todo el país a 10 dígitos. *La numeración telefónica es uno de los recursos indispensables para la entrada y desarrollo de nuevas redes telefónicas.*

2. *Consolidación de áreas locales.* En tres años se consolidarán los 1,464 grupos de centrales de servicio local en 406 áreas de servicio local. Los usuarios de larga distancia entre poblados cercanos pagarán tarifas de servicio local. Asimismo la consolidación ... *incentivará a los nuevos operadores locales y de larga distancia para atender los mercados que resultarán al integrar varias poblaciones bajo una misma área de servicio local.*

3. *Interconexión de larga distancia.* *La tarifa aplicable será aquella que resulta al eliminar el sobrecargo equivalente al 58% de la tarifa de liquidación sobre tráfico internacional de entrada...* La nueva tarifa es de 26.1 centavos por minuto por punta.

La tarifa no incluye el costo de los proyectos especiales ... tampoco incluye los costos asociados a los enlaces, puertos y coubicación relacionados con la interconexión... Las tarifas que se apliquen a estos elementos de interconexión ... *no podrán ser discriminatorias y sus aumentos no rebasarán la actualización por inflación...*

4. *Interconexión entre concesionarios de servicio local fijo.* Entre empresas cuyas redes cubren servicios residenciales y comerciales; en este caso, *Telmex-Axtel* (antes *Telinor*). *La tarifa aplicable a la terminación en centrales con capacidad de concentración será la misma que en el caso de larga distancia, es decir, 26.1 centavos por minuto a precios de enero de 1999...* Adopción obligatoria de ... *un esquema de acuerdos compensatorios* (conocidos internacionalmente como *Bill & Keep*)...

Entre *Telmex*, cuya red cubre servicios residenciales y comerciales y *Megacable*, dedicada exclusivamente a servicios comerciales. *Telmex*

⁴⁸ Alcance de las resoluciones emitidas conforme al compromiso público que ... (la Cofetel) se impuso el 30 de septiembre (de 1998). Boletín 71/98 expedido por la Cofetel el 1 de diciembre de 1998, citado por *ibidem*, p. 77.

costrará a Megacable por la terminación en centrales con capacidad de concentración 26.1 centavos por minuto a precios de enero de 1998 ... Megacable aplicará a Telmex una tarifa de 10 centavos... por minuto, por la terminación de tráfico local de Telmex en su red...

5. *Interconexión entre concesionarios de servicio local fijo y móvil.* La tarifa por terminación del tráfico en las redes de *Telmex* desciende de 31 centavos a 26.1 centavos por minuto en centrales con capacidad de concentración, a precios de enero de 1999.

Telmex ofrecerá a sus usuarios el servicio de llamadas a teléfonos móviles bajo la modalidad de "El que llama paga" y pagará a los concesionarios móviles una tarifa de 1.80 pesos por minuto, a valor de diciembre de 1998... Las llamadas originales en la red de *Telmex* no causarán cobro alguno por concepto de interconexión... debido a que la red móvil recupera los costos incurridos en la prestación del servicio directamente del usuario de redes móviles.

6. *Contabilidad separada.* Los concesionarios sujetos a la metodología deberán poner a disposición de la autoridad, en forma anual, informes de contabilidad separada por servicios dentro de los que se incluirá la información relativa a los estados de pérdidas y ganancias, imputaciones, cobros y pagos a otros concesionarios, activos fijos y conciliación global. *Telmex* y su filiar *Telnor*, por su parte, lo deberán hacer sobre una base trimestral. Esta medida tiene como objeto que... la autoridad cuente con información necesaria para verificar que en la prestación de dichos servicios no existan prácticas discriminatorias, anticompetitivas o subsidios cruzados.

7. *Poder dominante de Telmex.* La metodología de separación contable aplicada a *Telmex* y su filiar *Telnor*... atiende la principal preocupación de las autoridades y la industria para establecer mecanismos confiables de verificación a las actividades de dichas empresas. Adicionalmente se establecerán condiciones específicas en materia de información, calidad de servicio de tarifas, de conformidad con el artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones... Además, *Telmex*, conforme a su regulación asimétrica, deberá poner a disposición de los interesados la metodología de asignación detallada que comprende todas las operaciones.

¹ Alcance de las resoluciones emitidas conforme al compromiso público que... (la Cofetel)... se impuso el 30 de septiembre... (de 1998). Boletín 71/98 expedido por la Cofetel el 1 de diciembre de 1998.

² *Ibid.*

Separación contable

Las resoluciones expedidas por la Cofetel (diciembre, 1998) sobre la metodología de separación contable aplicable a los concesionarios de redes públicas constituyen un avance importante en esta materia. Su aplicación es necesaria para determinar, y en su caso regular, costos y precios que eviten prácticas discriminatorias, depredatorias o subsidios cruzados impuestos por un operador para desplazar indebidamente a los demás competidores.

La resolución establece un esquema de separación contable que se aplica con menores requerimientos a los operadores de telecomunicaciones en general, y con una mayor carga para *Telmex*, empresa originalmente establecida y que debido a su integración vertical, tiene mayores posibilidades de realizar subsidios cruzados; esto último conforme con lo dispuesto en el título de concesión de *Telmex*.

Empero, los amparos interpuestos por *Telmex*, *Telnor*, *Avantel* y *Alestra* contra las resoluciones suspendieron su cumplimiento.

Interconexión

Si bien las disposiciones en materia de interconexión se reflejan en los contratos entre *Telmex* y algunos operadores, estos resultados tienen un impacto favorable en todo el sector, debido a que bajo el principio de no discriminación que establece la LFT, estos términos deberán hacerse extensivos a otros operadores cuando suscriban los contratos correspondientes.

Así, en material de interconexión destaca lo siguiente:

- Se elimina de la tarifa de interconexión que pagan los operadores de larga distancia el cargo del 58% aplicable sobre la tarifa de liquidación internacional. Dicho cargo era cubierto con base en la resolución de abril de 1996. La supresión del pago reduce la tarifa de interconexión a un nivel de 26 centavos de peso.
- Se contempla una tarifa de interconexión que cobrarán las redes que ofrecen servicio local, tanto comercial como residencial, y otra tarifa para las empresas que sólo prestan servicios comerciales. En el primer caso se vincula un apoyo a la expansión de los servicios específicos o de respaldo a políticas de rebalanceo con la tarifa.
- En materia de interconexión entre operadores de telefonía local, se introduce también el concepto de acuerdos *Bill and Keep*, necesarios

para promover la competencia en los servicios básicos de telefonía, dado que para un nuevo participante en ese mercado el pago de interconexión por minuto puede limitar ampliamente sus posibilidades de competir. Con los acuerdos *Bill and Keep*, los operadores compensan mutuamente sus pagos por la interconexión de sus redes, sujetos a ciertas reglas y criterios.

Las disposiciones anteriores constituyen avances indudables en materia de interconexión. Sin embargo, en la actualidad todavía se aprecia la ausencia de los aspectos regulatorios necesarios para facilitar el desarrollo pleno de la competencia.

Así por ejemplo, se requiere una mayor transparencia en cuanto a la aplicación de tarifas distintas en la prestación de un servicio único que es la interconexión. Como se señaló, con base en las disposiciones publicadas en 1998, se cobra una tarifa diferente tratándose de empresas cuyas redes cubren servicios residenciales y comerciales. Esto es, se fijan tarifas con fines colaterales de apoyo a la expansión de servicios específicos o de respaldo a políticas de rebalanceo. Estos mecanismos desvinculan las tarifas reguladas o autorizadas de los costos correspondientes. Se requiere, por tanto, una supervisión estricta y transparente en la asignación de los recursos a los fines buscados para evitar el uso anticompetitivo de los mismos.

Sin embargo, aun bajo estos supuestos, la determinación de tarifas en función de criterios diferentes a los costos, restringe innecesariamente la competencia, provoca distorsiones en los mercados y, a la postre, las desviaciones en precios pueden resultar contraproducentes para el desarrollo del sector. La aplicación de tarifas de interconexión que permitan... *que la red local recupere los costos ...al tiempo que...* (contribuya)... *a la recuperación de los costos incurridos para ofrecer acceso a los usuarios residenciales de la red, evitando de esta manera un rebalanceo abrupto en las tarifas aplicables a este tipo de usuarios...* constituye un ejemplo de las políticas comentadas en este párrafo.

Por otra parte, si bien se avanza en cuanto a la tarifa de interconexión, otros elementos que son indispensables para la provisión de la misma y que se proveen por *Telmex* en condiciones prácticamente monopólicas, requieren también ser regulados. Así, por ejemplo, se hace necesario establecer tarifas para la provisión de puertos, la ubicación, el tránsito local

entre centrales para establecer un marco integral de interconexión favorable a la competencia.⁴⁹

A pesar de las medidas anunciadas por la Cofetel, es necesario que ésta haga más transparente sus regulaciones, que consulte más con el público las medidas que vaya a tomar, que se eliminen muchas de las discrecionalidades de las que gozan la SCT y la Cofetel para otorgar o denegar concesiones o permisos. En una palabra, en términos de análisis económico del derecho deben proteger más los derechos de propiedad de las empresas competidoras de *Telmex* del sector de las telecomunicaciones.⁵⁰

Regulación asimétrica

En febrero de 1998 la Comisión emitió resolución que ratifica la declaratoria sobre poder sustancial de *Telmex* en los mercados relevantes de servicios de: a) telefonía básica local; b) acceso; c) larga distancia nacional; d) transporte interurbano, y e) larga distancia internacional. Esta decisión fue confirmada en la resolución al recurso de reconsideración interpuesto por *Telmex*. Con ello, desde julio de 1998 se determinaron las bases legales necesarias previstas en el art. 63 de la LTF para que la autoridad reguladora impusiera obligaciones específicas a *Telmex* en tarifas, calidad de servicio e información dado su poder sustancial en los mercados citados.⁵¹

Cabe señalar que los criterios determinados mejoran el servicio a favor de los usuarios, y permiten detectar con más facilidad posibles subsidios cruzados, pero siguen siendo un cheque en blanco para que *Telmex* realice otras prácticas monopólicas prohibidas por la LFCE.

La regulación específica que la LFT prevé se aplique a los agentes que cuenten con poder sustancial de mercado ofrece un instrumento regulatorio a las autoridades para fomentar y fortalecer la competencia cuando un agente es dominante y tiene capacidad de afectar el desarrollo de los mercados. La regulación señalada se aplica exclusivamente al agente dominante, evitando aplicar una carga regulatoria innecesaria al resto de las empresas, las cuales por su tamaño y posición en el mercado no podrían afectar la competencia.

⁴⁹ De este modo, aunque el precio de interconexión está regulado, *Telmex* puede imputar los precios que quiera en relación con los otros servicios, con lo que compensa el "precio regulado" y se hace prácticamente nugatoria esta garantía a favor de las empresas que deban interconectarse.

⁵⁰ Informe de la OCDE, *ibidem*, p. 71.

⁵¹ Informe, p. 79.

Desde el punto de vista de la competencia, es recomendable que la regulación específica incluya por lo menos los siguientes aspectos:

- Un control tarifario independiente para los servicios de larga distancia y para los servicios locales básicos. Esto es, se considera indispensable aplicar un control independiente a los precios de los servicios que se ofrecen en competencia (larga distancia) de aquellos que se proveen sin competencia (local). Esto con el objeto de reducir las posibilidades de subsidios cruzados que deterioran la rentabilidad de los servicios en competencia.⁵²
- El ajuste de la tarifa de interconexión en función de un factor que refleje los aumentos en la productividad y que tienda a llevarla al nivel del costo de proveer el servicio.
- Ofrecer los servicios como los de puertos, enlaces dedicados, coubicación emergencia, facturación y cobranza a tarifas basadas en costos y mediante procedimientos que garanticen el acceso oportuno y expedito y eviten la discriminación y la denegación de trato.
- Obligación de *Telmex* de negociar acuerdos *Bill and Keep* con todos los operadores de servicio local.
- Mayores descuentos al servicio de transporte interurbano a fin de reflejar la adquisición de mayores volúmenes y los costos evitados.
- Desagregación de los índices de calidad técnica de los servicios que adquieren los operadores de *Telmex* a fin de garantizar un trato no discriminatorio.⁵³
- Obligaciones para *Telmex* en cuanto a la información y operación de la red siempre y cuando no se dañe estratégicamente a esta empresa.⁵⁴

A más de dos años transcurridos desde la apertura de las telecomunicaciones de telefonía de larga distancia, *Telmex* sigue detentando alrededor

⁵² Informe, *ibidem*.

⁵³ Los muchos criterios que deberían tomarse en cuenta para una regulación asimétrica que recomienda la Comisión son otra muestra de los elevados "costos de transacción" para operar en el mercado para las empresas competidoras de *Telmex* y constituyen un desincentivo a la inversión (hacen más cara la oferta o "el precio" en términos de Bentham). Asimismo, sujetan a demasiada incertidumbre los "derechos de propiedad" de dichas empresas.

⁵⁴ La Comisión solamente puede, una vez emitida la declaratoria de poder sustancial, emitir recomendaciones en cuanto a las regulaciones a las que se debe someter a la empresa en cuestión, lo que lo deja a la discrecionalidad de la Cofetel.

de un 80% del mercado. No puede negarse que parte de la conservación de su elevada participación en el mismo corresponde a una mejor operación por parte de ésta, que la ha vuelto más competitiva. La mayor parte de los recursos invertidos por parte de dicha empresa se han dedicado al propósito de satisfacer las necesidades de telefonía básica del usuario común. (...) Para mejorar el servicio de la mayoría de los clientes, en 1990 Teléfonos invertía 12.9% de su presupuesto, en 1991 invirtió 26.9% del presupuesto, y en 1993 se llegó a la cifra récord de 42.9%.⁵⁵ Hay un incremento notable en las líneas disponibles, el tiempo de espera entre la presentación de una solicitud y la instalación efectiva se ha reducido a menos de la mitad, se ha disminuido el costo de instalación, se pasó de 5.2 millones en servicio en 1989 a 7.4 millones en 1993, se sustituyeron 1.5 millones de líneas obsoletas, el índice de digitalización es superior al 68.4% y se instalaron 118 mil circuitos para la interconexión y el mejoramiento del servicio de larga distancia. Por último, se construyeron más de 8,700 kilómetros de fibra óptica.⁵⁶

Sin embargo, de las empresas autorizadas para operar en larga distancia, hasta el momento sólo lo han hecho dos de ellas: Alestra y Avantel. Los demás concesionarios no han iniciado operaciones, a nuestro juicio, por las elevadas inversiones que se exigen para poder operar, como por la dificultad comprobable de ganarle mercado a Telmex, lo que, además de deberse a un mejor desempeño de ésta última —y sin duda alguna, a la posición que ostenta como agente económico con poder sustancial en el mercado—, se debe a nuestro juicio a algunas normas legales del marco de las telecomunicaciones que impiden o dificultan que nuevas empresas se animen a prestar el servicio, algunas de las cuales iremos mencionando simultáneamente con un análisis económico de las normas jurídicas del sector de las telecomunicaciones.

V. PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES TRAS EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL SECTOR

1. Antes de la apertura, existía una empresa que contaba con el monopolio legal para la prestación del servicio de telefonía. Aplicando el modelo de la oferta y la demanda, las normas legales impedían la creación de nuevas

⁵⁵ SZEKELY, Gabriel y DEL PALACIO, Jaime, *ibidem*, p. 76.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 76 a 81.

empresas de telefonía: al no haber oferta, no podían existir nuevos operadores en el mercado. Esta situación se extendió a pesar de que Telmex se privatizó en 1990, porque seguía operando como monopolio legal.

La nueva ley de telecomunicaciones libera sustancialmente el otorgamiento de concesiones y elimina la discrecionalidad que en el pasado caracterizó este proceso.⁵⁷ Sin embargo, sigue siendo una facultad que no obliga a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes a otorgarla, aun cuando se reúnan las condiciones técnicas y legales para la prestación del servicio. Esto constituye una barrera normativa a la entrada de nuevos competidores, que debe eliminarse, de manera que toda persona física o moral que reúna los requisitos de la LFT, pueda obtener una concesión para operar en dicho sector. Con ello se eliminarían costos de transacción para la operación en ese sector.

2. Aunque el desarrollo experimentado en este sector hace económicamente viable la entrada de competidores, lo que viene avalado por la entrada de nuevos agentes en la telefonía local, las inversiones que se necesitan son sumamente elevadas.⁵⁸ Esto hace que el precio de la oferta sea caro (Maxcom esperaba en 1996 operar con pérdidas los tres primeros años, y Avantel, que esperaba contar con un 10% del mercado de la telefonía en 1997, en enero de 1999 su participación no llegaba al 10%)⁵⁹ lo que debería flexibilizarse a través de estímulos a la inversión, como la depreciación acelerada para efectos fiscales de los bienes de producción para el sector de las telecomunicaciones, el otorgamiento de estímulos fiscales a dicha industria y la posibilidad de mayores plazos para amortizar pérdidas fiscales.⁶⁰ Sin embargo, si bien las últimas reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta permiten deducir algunos bienes de equipo en materia de telecomunicaciones, estimamos que dichas deducciones son todavía insuficientes.

⁵⁷ *Informe Anual de la Comisión Federal de Competencia 1994-1995*, p. 49.

⁵⁸ Avantel inició operaciones con 900 millones de dólares, y esperaba invertir 1800 millones más en los subsecuentes años (*Expansión*, 3 de julio de 1996, pp. 48 a 51), y Axtel planea una inversión de mil millones de dólares para la instalación de dos millones de líneas... Maxcom considera que su proyecto completo de inversión será de aproximadamente 650 millones de dólares. *Expansión, ibidem*, p. 61.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 61.

⁶⁰ Art. 44 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, el cual permite amortizar solamente porcentajes entre el 6 y el 10% anual para el equipo telefónico, salvo el caso de los equipos de la central telefónica destinados a la conmutación de llamadas (red pública), cuyo porcentaje es del 25%, lo que beneficiará sin duda alguna a Telmex, que es la que cuenta con dicha infraestructura.

3. La nueva ley de telecomunicaciones obliga a Telmex a establecer contratos para el uso de su red sobre bases no discriminatorias, apegadas a costos.⁶¹ Sin embargo, por una parte ya se ha mencionado que dichas tarifas no están todavía basadas en costos, lo que encarece el precio de operación de los competidores de Telmex en el mercado de la telefonía, y por la otra, casi todos los competidores se han quejado unánimemente que el servicio de interconexión se ha concedido en forma discriminatoria, lo que repercute en un mal servicio al cliente, que opta en ocasiones, por regresar nuevamente con Telmex. Para evitar estos abusos —como lo acreditan las múltiples demandas interpuestas ante la Comisión Federal de Competencia y las investigaciones de oficio llevadas a cabo por ésta— consideramos que debe reformarse la legislación para castigar más severamente la prestación del servicio de interconexión en condiciones desiguales para los mismos clientes, a través de una elevación del monto de las sanciones, la elevación del mismo al rango de delito y la suspensión provisional y/o definitiva o la revocación de la concesión en caso de reincidencia. Tales medidas, al hacer “más cara” la realización de dichas conductas (la demanda), disminuiría su oferta, y harían menos probables la realización de tales conductas.

4. El procedimiento para determinar si una empresa debe ser objeto de una regulación especial (regulación asimétrica) por contar con poder sustancial en el mercado (art. 63) no cuenta con una regulación específica en la LFT. Esto hace que dicho procedimiento, esencial para la protección del proceso de competencia en el sector de las telecomunicaciones, constituya un procedimiento sumamente tardado, que además, puede verse fuertemente obstaculizado, de otorgarse la suspensión provisional en el caso de que las resoluciones que den origen a las mismas se impugnen a través del juicio de amparo.

Lo anterior constituye uno de los mayores obstáculos para la entrada de nuevos competidores al mercado, ya que la detentación de poder sustancial facilita la realización de prácticas monopólicas prohibidas por la LFCE (art. 17 de la LFCE), lo que aumenta sustancialmente el costo de operación de un competidor frente a la empresa con poder sustancial. En este caso, el abaratamiento de la oferta se daría a través de la existencia de mecanismos jurídicos apropiados y expeditos para proteger a las empresas frente a los abusos de los agentes económicos que cuenten con poder dominante en el sector de las telecomunicaciones.

⁶¹ Informe Anual de la Comisión 1994-1995, *ibidem*.

El hecho de que no exista dicho procedimiento, y de que el que se prevé en la LFT esté insuficientemente regulado, constituye un “elevado costo de transacción” para nuevos inversionistas que quieran incursionar en dicho mercado, que lógicamente exigen garantías suficientes en el orden jurídico para la protección de sus concesiones y la operación de sus negocios.

5. La separación entre los órganos de regulación y las empresas de un sector es una necesidad obvia. Si el Banco de México controla a los bancos, no debe participar en la gestión ni en el Consejo de Administración de ninguno de ellos, especialmente si son privados. Una prohibición en esta línea está en la Ley de Instituciones de Crédito que limita los créditos que los bancos pueden otorgar a sus directivos (art. 73). Una disposición en sentido similar de impedir que los órganos directivos de las empresas de telecomunicaciones tengan alguna vinculación con los organismos que las regulan sería útil para lograr la necesaria independencia entre organismos reguladores y regulados.⁶² Sin embargo, si por razones históricas se han confundido ambos niveles en el sector de las telecomunicaciones, además, como tradicionalmente la empresa regulada ha sido más fuerte que el regulador, se dieron situaciones en que en ocasiones, las regulaciones eran emitidas a sugerencia de la propia empresa regulada.⁶³

6. Los objetivos públicos y sociales en el sector de las telecomunicaciones no deben alterarse por el hecho de la introducción de competencia en el sector. El tradicional objetivo público de las telecomunicaciones es el servicio universal del teléfono, en el sentido de que de la amplia disponibilidad del servicio con tarifas uniformes para los usuarios. Pero competencia y objetivos públicos no son incompatibles. En los países en los que se han liberalizado las telecomunicaciones no sólo no se ha resentido el servicio público universal sino que se ha mejorado. No existen pruebas de que el monopolio sea el mejor modo de lograr la universalidad en el servicio, sino todo lo contrario.

El servicio universal está ligado a los servicios locales. En las zonas en donde el costo del servicio universal coincide o es superado por los ingresos que genera la demanda, este objetivo público no supone una obligación

⁶² Tribunal español de defensa de la competencia. Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios, vol. II, Madrid, 1993, p. 129.

⁶³ *Ibidem*.

económica. Los costos adicionales sólo se producen en las áreas en las que la demanda no justifica económicamente la inversión.⁶⁴

En una situación de monopolio, el monopolista puede, en teoría, promediar las tarifas a través de subsidios cruzados dentro del mismo servicio. Sin embargo, la experiencia muestra que los beneficios del monopolio *no son invertidos necesariamente en universalizar el servicio. México cuenta con el menor número de líneas por habitantes de todos los países de la OCDE.*⁶⁵

En una situación de competencia, el mantenimiento de los objetivos de prestación universal se resuelve de forma más transparente. Así, en tanto el monopolista disponga de una abrumadora posición de dominio en el mercado, está obligado a prestar el servicio universal, tal como se ha hecho por ejemplo, en el Reino Unido. Cuando existen competidores significativos —a partir de que la empresa monopólica pierde un 10 o 15% de la cuota de mercado— los costos para prestar el servicio universal *deben ser compartidos por los diversos competidores en función de su flujo de telecomunicaciones.*⁶⁶

Si existen subsidios o estímulos fiscales, éstos deben ser en proporción directa a la participación de la empresa en el sector, con lo que las empresas con mayor capacidad de prestar el servicio, estarían obligadas a hacerlo.

7. Los países que han liberalizado las telecomunicaciones no se han limitado a dejar entrar a nuevos competidores, sino *que han considerado necesario, para que la competencia se dé de hecho y de derecho, restringir las posibilidades de actuación de las empresas monopólicas.*⁶⁷ Los países que han liberalizado el sector han considerado necesario “romper” el monopolio en varias empresas, como ha sucedido en Estados Unidos y Japón, o bien, como ha sucedido en el Reino Unido, limitar mucho la actuación del monopolista a fin de permitir que los posibles competidores tengan posibilidades de implantarse.

Esta política de restricciones se establece para evitar que los beneficios extraordinarios de la actividad monopolizada puedan servir para otorgar subsidios cruzados a favor de las actividades liberalizadas, ofreciéndolas a

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ Informe de la OCDE sobre la reforma regulatoria en México, agosto de 1999, París, p. 7.

⁶⁶ *Tribunal..., op. cit.*, p. 133.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 134.

precios por debajo del costo y, por lo tanto, impidiendo o dificultando la entrada de nuevos operadores.⁶⁸

En un análisis costo-beneficio, la restricción impuesta al monopolizador se compensa ampliamente con la existencia de una competencia sana entre las empresas del sector de las telecomunicaciones, lo cual constituye uno de los fines de la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones.⁶⁹

En unos casos se ha impedido a los monopolios actuar en determinados sectores dentro de las telecomunicaciones con el objeto de estimular el libre desarrollo de los competidores.⁷⁰ En otros casos, se han establecido tarifas de interconexión penalizadoras para las empresas monopolísticas, lo que supone una subvención a las nuevas empresas que entran al mercado. El caso de Estados Unidos fue el más drástico, puesto que se dividió en dos partes los negocios principales (ATT y los monopolios legales) y dividió la actividad local en siete empresas. A estas empresas locales (Bell Operating Companies) se les prohibió entrar en algunos mercados competitivos y conexos: servicios de larga distancia, televisión por cable, fabricación de equipos y servicios de información.⁷¹

La experiencia muestra que no es suficiente la exigibilidad de contabilidades separadas y de proporcionar informes contables periódicos a las autoridades regulatorias. A nuestro juicio, para “disminuir los costos de transacción” para los competidores, sería necesaria una escisión de Telmex en dos empresas distintas: una, la que preste los servicios de larga distancia, y otra, que prestaría los servicios de telefonía local.

8. Liberalizar no significa acabar con los controles de precios. Suprimir las barreras legales que impidan la entrada de nuevos competidores no significa la existencia de competencia de manera inmediata en el sector.⁷² Esto es más evidente en el sector de las telecomunicaciones, con la experiencia adquirida tras tres años de la apertura del sector, donde las inversio-

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 134 y 135.

⁶⁹ Art. 7.

⁷⁰ A este fin han tendido las objeciones a las participaciones de algunas filiales de Telmex en el servicio de radiolocalización móvil de personas (expediente CNT-LI-30-(02)-98 y a la fusión entre Telecable del Estado de México y Cablevisión (Expediente CNT-63-98), *Gaceta de Competencia Económica*, México, año 2, núm. 3, enero-abril 1999, pp. 203 a 208 y año 1, núm. 2, septiembre-diciembre 1998, pp. 152 a 158.

⁷¹ *Tribunal..., ibidem*, p. 135.

⁷² En Estados Unidos MCI consiguió quitarle a ATT un 20% del mercado después de diez años de la apertura del sector. *Cfr. Expansión, ibidem*, p. 51.

nes que tienen que hacer los competidores para entrar en el mercado son enormes y donde *el punto de partida del monopolista hace que se mantenga una cuota de mercado altísima durante mucho tiempo*.⁷³ Estas razones explican que en todos los países (salvo en México) se haya mantenido el control de las tarifas telefónicas y sólo se ha suprimido el control de precios en aquellos segmentos en que realmente se ha alcanzado un nivel elevado de competencia.⁷⁴

En México, algunas competidoras de Telmex han ofrecido mejores tarifas. Sin embargo, el costo de mantener dichos precios les ha supuesto pérdidas significativas en su actuación operativa, y no se sabe cuánto van a poder mantener dichos precios.

Por lo anterior, sugerimos que debiera establecerse un sistema de fijación de tarifas calculado en base al costo, incluyendo los costos financieros, más un margen de ganancia, menos un porcentaje mayor al Índice Nacional de Precios al Consumidor, para generar eficiencia, pero sin que una guerra de precios acabe con la empresa que no pueda “subsidiar” sus tarifas durante un periodo prolongado.⁷⁵

Con una medida como la anterior, disminuiría el costo de operación en el mercado de la telefonía y aumentaría la oferta de empresas competidoras de telefonía y su régimen de utilidades, al mismo tiempo que se les obligaría a ser competitivas, lo cual conllevaría un aumento del valor de “los derechos de propiedad” del resto de las empresas telefónicas.

9. Deben establecerse limitaciones a las alianzas de Telmex con otras empresas. A la ventaja de contar con una infraestructura propia, Telmex puede contar entre sus activos la experiencia acumulada de socios como France Telecom, Prodigy o Red Uno.⁷⁶ Aunque sus competidores pueden hacer lo mismo; al aliarse con Telmex, tales empresas, que podrían ser competidores potenciales de Telmex, desaparecen como tales. Dichos ele-

⁷³ Baste el hecho ya transcrito que a tres años de la apertura, Telmex sigue controlando alrededor del 80% en telefonía de larga distancia, y casi el 100% en telefonía local, cuando la competencia (Avantel), esperaba contar con un 20% de participación de mercado en los años subsecuentes (*Expansión*, 3 de julio de 1996, p. 51), cuando en 1999 no llega al 10% y Axtel estima la inversión en 2,000,000 de líneas con una inversión de 1,000 millones de dólares para los próximos años (página web axtel.com.mx), cuando las utilidades anuales de télex ascienden a esa cifra.

⁷⁴ *Tribunal...*, *ibidem*, p. 137.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 138 y 139

⁷⁶ OLGUÍN, Claudia, “Soluciones contra la obsolescencia”, *Expansión*, 12 de febrero de 1997, p. 20.

mentos deben ser considerados por las autoridades mexicanas de la competencia y por la Cofetel en la autorización de las concentraciones o concesiones correspondientes.

10. La Cofetel debe registrar y publicar los precios de todas las empresas, incluyendo las que no posean poder dominante. Ello facilita la “colusión” entre competidores, pero al hacer públicos dichos precios, es más fácil detectar la existencia de acuerdos de fijación de precios,⁷⁷ con lo que disminuyen los “costos de transacción” para nuevos operadores. Dichos precios no se han hecho públicos por parte de la Cofetel.

11. La convergencia entre los sectores de las telecomunicaciones, medios de comunicación e informática hacen conveniente la regulación de los mismos en la regulación de la Ley Federal de Telecomunicaciones, y pueden disminuir el poder de las empresas telefónicas. Esto disminuiría los costos de transacción y mejoraría la regulación de los derechos de propiedad entre los agentes económicos del sector de las telecomunicaciones. Sin embargo, consideramos que todavía es prematuro proceder a dicha regulación.

12. En cuanto a las técnicas legislativas para introducir la liberalización, a pesar de lo delicado del tema y de lo controvertido que puede resultar es necesario plantear las cuestiones de las reformas legales adecuadas para permitir que la competencia en los distintos sectores del ámbito de las telecomunicaciones, la puesta en vigor de dicha legislación debe ser gradual.

El problema es que las reformas legales son, a la vez, “lentas” y “de golpe” mientras que la incorporación de la competencia debe hacerse, vista la experiencia internacional en este sector,⁷⁸ de manera gradual —rápida pero flexible—, por lo que debe adoptarse una fórmula legislativa que permita administrar flexiblemente la entrada en vigor de los sucesivos aspectos de la modificación legal, máxime tomando en cuenta las evoluciones tan rápidas del sector, que inclusive hacen difícil la aplicación de modelos analíticos de regulación,⁷⁹ como lo es la imposición de regulaciones asimétricas a las empresas con poder sustancial en el mercado,⁸⁰ sin que ello sea suficiente. Debe, a nuestro juicio, establecerse un programa a largo

⁷⁷ Informe de la OCDE, *ibidem*, p. 77.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 141.

⁷⁹ CALHOUN, George, *Wireless Access and the Local Telephone Network*, Ed. Artech House, Boston, 1992, pp. 52 y ss.

⁸⁰ Art. 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

plazo de la competencia en el sector de las telecomunicaciones en las que estén involucradas y actúen en consuno las distintas autoridades competentes: la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia, en la que la regulación nacional de las telecomunicaciones se vaya homologando con la normativa internacional.⁸¹ Un efecto de lo anterior, sería la adaptación de la terminología en el sector de las telecomunicaciones a la LFT, para disminuir los costos de transacción para los operadores en el mercado.⁸²

VI. CONCLUSIONES

La Ley Federal de Telecomunicaciones constituye un importante avance para la apertura a la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Sin embargo, tomando en cuenta que a mayores “costos de transacción” y cuanto menos determinados queden los “derechos de propiedad” para las empresas competidoras, habrá menos agentes interesados en incursionar en el mercado de la telefonía, mientras siga la actual legislación y no se modifique en las líneas apuntadas (menor discrecionalidad y mayor transparencia de la Cofetel, incremento de las sanciones por violaciones a la LFT, adaptación a la normativa internacional, procedimientos más expeditos para la imposición de regulaciones asimétricas, el otorgamiento de incentivos fiscales para la inversión en el sector, etc.) para asegurar una competencia real en el mercado de las telecomunicaciones, ya que, como señala Michael Porter, solamente un incremento en la rivalidad de las empresas de servicios (de la competencia en una palabra), conlleva una mejora efectiva de ese sector,⁸³ misma que hasta el momento ha sido insuficiente. Y no hay que olvidar, como señaló Alvin Toffler en la cuarta ola, que las telecomunicaciones y la información son la clave para el desarrollo de los países.⁸⁴

⁸¹ Informe de la OCDE, *ibidem*, p. 77.

⁸² PECAR, Joseph A., O'CONNOR, Roger y GARBIN, David A., *The McGraw-Hill Telecommunications Factbook*, Ed. McGraw-Hill, Nueva York, 1992, p. 3.

⁸³ PORTER, Michael, *The competitive advantage of nations*, The Free Press, Nueva York, 1990, p. 71.

⁸⁴ Citado por OLGUÍN, Claudia, *ibidem*, p. 21.

LAS ESCUELAS CLÁSICAS DE INTERPRETACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRIMERA PARTE. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

Óscar A. ESTRADA CHÁVEZ

Escuela de la Exégesis designa, de manera colectiva, a los civilistas franceses y belgas que enseñaban en el siglo XIX el Código napoleónico con la técnica del comentario artículo por artículo; designa además el método o la técnica de la que se valían aquellos juristas, y las ideas generales o ideológicas que les eran propias.¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto histórico-filosófico.* A. *El iusnaturalismo racionalista.* B. *Tendencias e ideas conductoras.* III. *Fases de la escuela de la exégesis.* IV. *Concepción del derecho.* V. *Método de interpretación.* VI. *Críticas.* A. *Al modelo iusnaturalista moderno.* B. *A la escuela de la exégesis.* 1. *El culto a la ley.* 2. *La realidad no puede ser aprehendida por el derecho vigente.* 3. *Rigidez y disfuncionalidad del derecho.* 4. *La indeterminable voluntad del legislador.* 5. *Conservadurismo.* 6. *Utilización de principios abstractos.* 7. *La incoherencia del orden jurídico.* 8. *El monopolio estatal de la creación normativa.* VII. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

Muchos de los postulados de la Escuela de la Exégesis siguen siendo manifestaciones típicas de la dogmática jurídica en nuestro país. Frente a un problema de interpretación, casi como reflejo, se acude a dos o tres fórmulas que merodean nuestra mente y procedemos; inclusive seguimos pensando en la palabra exégesis exclusivamente como un sinónimo de “inter-

¹ TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, 1a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 64-65.

pretar", de búsqueda de un significado "verdadero" del derecho positivo, como si no fuera más que evidente que el derecho siempre ha sido usado y seguirá siendo usado para la consecución de los fines más diversos.

La Escuela de la Exégesis se manifiesta en un complejo de tratados y discursos, de los cuales destacan ciertas frases paradigmáticas, que es sobre las cuales hemos trabajado, para tratar de desprender un método de interpretación como propuesta de dicha escuela.

Esto no es más que una parte de una más amplia tarea de análisis de las propuestas de las escuelas de interpretación que pudiéramos llamar "clásicas", para finalmente poner en una balanza sus aportaciones, que son las que siguen permeando en la cultura de los estudiantes de derecho, y tratar de ubicarlas en el lugar que les corresponde, quizá mucho más reducido del que se cree, en el debate actual sobre argumentación jurídica.

II. CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO

En este apartado pretendemos hacer una referencia somera a lo que podríamos llamar "esquemas de percepción" que, sin duda, influyeron en los juristas de la exégesis y fundaron ideológicamente sus dogmas o postulados principales.

A. El iusnaturalismo racionalista

El movimiento cultural iniciado con el Renacimiento en Italia se extendió a Francia, Holanda, Inglaterra y el resto de Europa, conduciendo a la refutación de toda autoridad tradicional, al repudio de todo conocimiento que no estuviese corroborado por la razón. Esta actitud se acentúa en el siglo XVIII, el "siglo de las luces", en el que se va a desarrollar una lucha de la razón contra la autoridad, entendida como lucha de las luces contra las "tinieblas", de ahí el nombre de iluminismo o Ilustración con la que se designó todo el movimiento cultural.²

² "La dirección filosófica definida por el empeño en extender la crítica y la guía de la razón a todos los campos de la experiencia humana... comprende tres aspectos diferentes y conexos: 1) la extensión de la crítica a toda creencia o conocimiento, sin excepción; 2) la realización de un conocimiento que, para abrirse a la crítica, incluya y organice los instrumentos para la propia corrección; 3) el uso efectivo, en todos los campos, del conocimiento logrado de esta manera, con la finalidad de mejorar la vida individual y asociada de los hombres." Nicola Abagnano, voz *Ilustración*, en *Diccionario de Filosofía*, 1a. reimpresión de la 3a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 648-649.

La transformación de la sociedad francesa, en cuyo seno venía ejerciendo mayor influencia la burguesía a costa de la aristocracia, da lugar a nuevos problemas sociales y políticos. Las antiguas instituciones de origen feudal, los parlamentos y los estados generales, habían desaparecido y los representantes de las nuevas estructuras económicas y sociales no las recordaban con añoranza. Se dieron las condiciones para que los individuos percibieran una separación entre la sociedad y las instituciones políticas de Francia.

Desde el punto de vista del fundamento del Estado y de la sociedad civil podemos hablar de un modelo iusnaturalista, según Norberto Bobbio, cuando se toma como punto de partida del análisis los siguientes elementos: 1) el estado de naturaleza, estado no político, 2) el estado político o civil es antítesis del estado de naturaleza, 3) los elementos constitutivos del estado de naturaleza son individuos aislados, no asociados, 4) los individuos son libres e iguales, 5) el paso del estado de naturaleza al estado político se produce mediante convenciones, y 6) la sociedad política se legitima mediante el consenso.³

Para Abagnano, el iusnaturalismo reivindica dos aspiraciones fundamentales: la tolerancia religiosa y la limitación de los poderes del Estado.⁴ En cuanto al pensamiento jurídico en específico, podemos decir, convencionalmente, que en el modelo iusnaturalista concurren, al menos, estas dos afirmaciones: 1) además del derecho positivo, existe el derecho natural, y 2) el derecho natural es superior al derecho positivo.⁵

Aunque sobre estos temas siempre hay que andarse con cuidado, nos parece válido sostener que la influencia de la Ilustración sobre el iusnaturalismo medieval o tradicional, de raigambre más metafísica, con referencias a un orden divino superior y un racionalismo moderado, fue definitiva para dar lugar a un iusnaturalismo al que se le ha dado en llamar "moderno", el iusnaturalismo racional.

El ideal iusnaturalista inspiró proyectos de reformas que unas veces fueron realizados por los propios soberanos, "déspotas ilustrados", y en otras ocasiones son realizados contra ellos. En Francia desembocará en la Revolución.

³ BOBBIO, Norberto, *El modelo iusnaturalista*, en *Thomas Hobbes*, Paradigma, Plaza & Janes, 1a. ed., Barcelona, 1991, pp. 17, 18 y 19.

⁴ ABAGNANO, *op. cit.*, p. 705.

⁵ BOBBIO, Norberto *Hobbes y el iusnaturalismo*, en *op. cit.*, p. 214.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresa exigencias que habían madurado a lo largo de la Edad Moderna. De inspiración netamente individualista, garantiza al individuo el goce de los derechos que el pensamiento de la época consideraba "naturales", o sea, los poseídos por el hombre *per se*, independientemente de su pertenencia a una determinada clase social. La soberanía reside exclusivamente en la nación; las leyes, expresión de la voluntad general, se establecen a través del consenso.

B. Tendencias e ideas conductoras

1. *El derecho como expresión de la razón.* Las premisas del iusnaturalismo racionalista suponían la existencia de un derecho racional universal y absolutamente válido, por lo que se concluyó que había la necesidad de adecuar a dicho modelo perfecto los ordenamientos jurídicos vigentes.

La filosofía del derecho natural se cifra en la hipótesis de que existe un derecho fundado en la naturaleza racional del hombre o, como a la postre se enseña, en la naturaleza del derecho mismo, derecho que se rige, con arreglo a la fuente de que emana, de un modo incondicional, eterno, ubicuo.⁶

En opinión de Fassó "La referencia a la naturaleza era en realidad una referencia a la conciencia crítica del hombre, para hacer del hombre, de la razón humana, el metro de toda la verdad en todos los campos".⁷ Esta tendencia de iusnaturalismo rechaza toda fundamentación del derecho en lo sobrenatural.

2. *La unificación normativa.* El pensamiento ilustrado consideró indispensable poner remedio a la confusión y a la incertidumbre de las normas jurídicas, provocada en casi todos los países de Europa por la degeneración del derecho común y por la supervivencia de usos que ya no eran compatibles con la situación económica y social de la época.

Numerosas leyes revolucionarias expresaron las nuevas ideas: las clases sociales fueron suprimidas, la igualdad proclamada. "Habiendo afirmado

⁶ KANTOROWICZ, Hermann, *Las épocas de la ciencia del derecho*, en *Introducción a la filosofía del derecho*, de Gustav RADBRUCH, 4a. reimpresión de la 1a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 110.

⁷ FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 2, Ed. Pirámide, 3a. ed., Madrid, 1982, p. 165.

la unidad administrativa de Francia, la Revolución se veía llevada a considerar la unidad de las reglas de derecho aplicables a todos los ciudadanos. No podía existir igualdad sin esa unidad primordial."⁸

De conformidad con la obra de los Mazeaud,⁹ la cronología de los trabajos que condujeron a la elaboración de un código civil unificado en Francia fue como sigue:

- a) La orden de redactar un código civil, dada desde 1790 por la Asamblea Constituyente, y reiterada por la constitución de 1791, no tuvo ningún resultado.
- b) En 1793 la Convención encargó a Cambacérès y al comité de legislación la elaboración de un proyecto, el cual no gustó por "complicado" y "reaccionario" entre otras cosas, y fue rechazado. A la caída de Robespierre, presentarían un proyecto que sería aprobado parcialmente, pero al que no se dio seguimiento.
- c) Durante la época del Directorio (1795-1799) presentaría Cambacérès un tercer proyecto que ni siquiera fue discutido.
- d) En agosto de 1800 Bonaparte, que había asumido el poder en octubre de 1799, encargó a una comisión compuesta por Tronchet, Bigot de Preameneu, Portalis y Maleville la elaboración de un nuevo proyecto.
- e) La propuesta enfrentó la oposición del Tribunado por lo que Bonaparte tuvo que depurar dicho órgano para obtener el voto favorable.
- f) El Código fue promulgado el 21 de marzo de 1804.

La importancia que sobre la ciencia jurídica habrían de tener estos acontecimientos fue prevista por Proudhon, quien observó que "La unidad de legislación establecida por el código de Napoleón es una ventaja inestimable para Francia; pero, para obtener su goce pleno, debemos desprendernos de muchos prejuicios antiguos."¹⁰

3. *El uso político del derecho.* Dice Hans Kelsen, y pensamos que dice bien, que el derecho es, entre otras cosas, una "...técnica social consistente en obtener de los hombres el comportamiento social que se desee... la téc-

⁸ LÉON, Henri, y Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, parte primera, vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1959, p. 65.

⁹ *Ibidem*, pp. 66 y siguientes.

¹⁰ Cita de Julien BONNECASE, *Tratado elemental de derecho civil*, Ed. Harla, México, 1993, p. 45.

nica social concreta de un orden coercitivo... El derecho es un medio, un medio social y concreto; no es un fin".¹¹ Esto lo entendieron muy bien los monarcas absolutos, de manera que las tesis iusnaturalistas e ilustradas se prestaron a justificar la política de los Estados modernos tendente a la afirmación de su soberanía mediante la eliminación de todos los cuerpos intermedios entre el Estado y el ciudadano. De ahí la necesidad de quitar validez a las normas de dichos cuerpos atribuyendo solamente obligatoriedad jurídica a la ley, al mandato establecido por el Estado.

Esto ya se había logrado, por vía de hecho, en España, Inglaterra y en la propia Francia desde finales del siglo XV e inicios del XVI.¹² Desde un punto de vista teórico, la necesidad para las autoridades de hacerse con el monopolio de la creación normativa ya había sido planteada por Bodin en *Los seis libros de la República*: "Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles... las leyes del príncipe soberano, por más que se fundamenten en buenas y vivas razones, sólo dependen de su pura y verdadera voluntad."¹³

Los impulsos codificadores se dieron paralelamente a la época del despotismo ilustrado, cuyos rasgos esenciales de gobernar fueron un absolutismo centralizador, el "furor de gobernar" (intervención del Estado en las más diversas materias) y ciertas concepciones humanitarias.¹⁴ Los soberanos vieron en la reducción de todo el derecho a ley el instrumento idóneo para reforzar su propia autoridad. Uno de los monarcas codificadores, Federico II de Prusia, llegó a prohibir la interpretación jurídica, bajo el argumento de la racionalidad del código, por lo que en caso de duda se

¹¹ Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 29, 30 y 31.

¹² Heller, Hermann, *Teoría del estado*, Fondo de Cultura Económica, 12a. reimpresión de la 1a. ed., México, 1987, pp. 145 y siguientes.

¹³ Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962, pp. 51-52.

¹⁴ Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, 1a. ed., Red Editorial Iberoamericana, México, 1990, p. 327. La expresión "despotismo ilustrado" designa un hecho histórico, característico de la segunda mitad del siglo XVIII en la mayoría de los países de Europa central y oriental, se trata del encuentro de la política y de la filosofía a través de sus respectivos "héroes"; los monarcas adulan a los filósofos y los filósofos adulan a los monarcas, que se conciben a sí mismos como una especie de padres de su pueblo, sólo preocupados en proporcionarle felicidad: "...el soberano lo puede todo, pero no quiere más que el bien del Estado. Aunque es amo absoluto, lo es para mejor cuidar de los intereses de todos". "Todo para el pueblo, nada por el pueblo", es la consigna de estos monarcas. *Ibidem*, p. 326.

debía consultar al legislador.¹⁵ Este mecanismo es conocido como el "principio de reserva interpretativa" y se mantuvo por decreto orgánico en Francia aun finalizada la monarquía absoluta.¹⁶

La tendencia monopolizadora al interior, mezclada con las aspiraciones imperialistas de los monarcas europeos desde fines del siglo XVIII, con la necesidad de robustecer y expandir el Estado, otorga al derecho una importancia estratégica, como se desprende del siguiente texto que Napoleón escribiría a Fouché, su ministro de Policía: "Lo que quiero es un Código Europeo, un Tribunal Supremo europeo, la misma moneda, los mismos pesos y medidas, las mismas leyes para todos".¹⁷ En el mismo orden de ideas, ante el Consejo de Estado declaró: "Si unís todos los países, desde las Columnas de Hércules hasta Kamchatka, las leyes de Francia han de introducirse allí".¹⁸

Como señalan los Mazeaud,¹⁹ el Código, al cual quiso Bonaparte, ya convertido en emperador, unir su nombre, "Código Napoleón", es obra suya por un doble título: por una parte, gracias a su energía pudo concluirse el trabajo y, por la otra, tuvo una intervención activa en la discusión de los textos.

Ese orgullo paternal nunca lo perdió Napoleón, el cual dirá, cautivo en Santa Elena: "Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas. Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente es mi código civil".²⁰

4. *Principios triunfadores.* De la ideología iusnaturalista del siglo XVIII lo que en gran medida penetró en el Código fue la tendencia individualista, sancionando lo que el iusnaturalismo había proclamado como derechos innatos del hombre. Lo anterior se trasluce de las siguientes características generales del ordenamiento en comentario:²¹

- a) Carácter absoluto que se reconoce al derecho de propiedad individual; derecho que tolera sólo subdivisiones temporales.

¹⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Ed. Themis, México, 1998, p. 349.

¹⁶ Frosini, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991, p. 105.

¹⁷ Cita de Joan Tulard, en *Historia Universal, en sus momentos cruciales*, vol. V, dirigida por Alan Palmer, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, p. 33.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Mazeaud, *op. cit.*, p. 53.

²⁰ Cita de Mazeaud, *ibidem*, p. 74.

²¹ Tarello, *opus cit.*, p. 81 y Mazeaud, *op. cit.*, p. 72.

- b) Supremacía de la voluntad de las partes en el ámbito de los contratos. Esta concepción condujo a los redactores del Código a no trazar ninguna regla especial para el contrato de trabajo.
- c) El principio revolucionario de igualdad se refleja, especialmente, al reglamentarse la partición de las sucesiones.
- d) Se parte de la existencia de una familia burguesa jerárquica, con acentuación de las relaciones patrimoniales.
- e) Actitud fiscal hacia las asociaciones.

A esto contribuyó la distinción absoluta entre el poder judicial y poder legislativo, en el marco de la doctrina de separación de poderes, la aspiración a contar con certeza en el derecho, "seguridad jurídica" le llaman hoy, aunque la justificación ideológica era que las leyes realizaban completamente el derecho natural, es decir, los dictámenes de la razón.

Sin embargo, el principio iluminista que ejerció influencia histórica en los métodos de interpretación fue el principio de la limitación de los poderes de los jueces, lo que condujo a la formulación de la tesis de la plenitud o integridad del ordenamiento jurídico.²²

En las Escuelas Centrales de Derecho del Imperio se hicieron esfuerzos para suprimir las enseñanzas de derecho natural y hasta las de teoría del derecho, procurándose enseñar solamente el Código Napoleón, acostumbrándose a sintetizar el espíritu de la doctrina del derecho de la época en la afirmación de Juan José Bugnet "Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código Napoleón".²³

III. FASES DE LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

De conformidad con Julien Bonnecase,²⁴ las siguientes son las etapas en que se descompone el pensamiento de la escuela de la exégesis y sus principales exponentes:

1o. Fase. Periodo de la instauración (1804-1830). Delvincourt, Proudhon, Chabot de l'Allier, Charles B. Toullier, Merlin, Maleville.

²² "Por integridad se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso... significa 'ausencia de lagunas'." BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1991, p. 221.

²³ Cita de FASSÓ, *op. cit.*, vol. 3, p. 25.

²⁴ BONNECASE, *op. cit.*, p. 52.

2o. Fase. Apogeo. Los grandes comentaristas del Código de Napoleón (1830-1880). Aubry, Rau, Duranton, Demolombe, Troplong, Laurent, Mourlon, Taulier, Demante, Marcadé, Bugnet, Valette.

3o. Fase. Decadencia de la escuela. Últimos ortodoxos (1880-1900). Théophile Huc, Baudry Lacantinerie.

IV. CONCEPCIÓN DEL DERECHO

El triunfo del iusnaturalismo racional radicalizado en el terreno político y legislativo induce a pensar que el derecho natural ha sido ya efectivamente realizado y que, por tanto, su problema había perdido razón de ser, como si el derecho no pudiera plantear a la filosofía otros problemas.²⁵

La postura paradigmática, y hasta cierto punto de vista cínica, respecto a la creencia exegética en la infalibilidad y sabiduría eterna del orden jurídico dado, podría ser la siguiente de Valette: "Se ha legislado tanto, sobre todo desde hace setenta años, que sería muy asombroso encontrar un caso que permanezca por completo fuera de las prescripciones legislativas".²⁶ Un poco más moderada es la opinión de Huc: "Son muy raros los casos de insuficiencia de la ley, y casi siempre la analogía proporcionará al juez un principio para la solución".²⁷

La concepción de estos juristas excluía obviamente cualquier referencia a un derecho que no fuera el establecido formalmente por los órganos de autoridad y consideraron como única herramienta legítima al interpretar la ley la investigación de la intención o voluntad del legislador: "La ley toda, tanto en su espíritu como en su letra, con una extensa aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias, pero nada más que la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del código de Napoleón".²⁸

En este orden de ideas, adelanta una respuesta a la crítica Laurent:

...se cometería un error con ver en esto una especie de abdicación o de decadencia... no es verdad que el papel de los jurisconsultos se encuentra reducido; sólo que no deben tener la ambición de hacer el derecho al ense-

²⁵ FASSÓ, *op. cit.*, p. 15.

²⁶ Cita de BONNECASE, *op. cit.*, p. 49.

²⁷ Cita de HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 46.

²⁸ AUBRY, cita de BONNECASE, *op. cit.*, p. 47.

ñarlo o aplicarlo; su única misión consiste en interpretarlo... a ellos no les toca el trabajo de legislar, sino al poder legislativo. La consecuencia es evidente: haciendo el derecho, los autores y los magistrados usurparían al poder que la nación soberana ha investido con esa atribución.²⁹

Sucedió así que la doctrina exegética pretendía prohibir al juez juzgar libremente en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley; el juez debía encontrar en la ley, y solamente en ella, la norma para decidir cualquier controversia: "*Dura lex, sed lex*; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella."³⁰ En consecuencia: "Los profesores, encargados de impartir a nombre del estado la enseñanza jurídica tienen por misión protestar, mesurada pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña."³¹

De este modo se llegó a establecer como dogma el principio de que el ordenamiento jurídico positivo es íntegro. El Código, interpretado literalmente, daría respuesta a cualquier problema de contenido y, en cuanto a la sistemática de los conceptos jurídicos, ésta se encontraba realizada en la estructura lógica del Código mismo. Según la opinión de Fassó:

Fue por este camino como la exigencia fundamental del iluminismo en el ámbito jurídico, la de la certeza del derecho, nacida inicialmente en el seno del iusnaturalismo en su pretensión por conseguir una legislación clara y precisa a través de la reproducción del derecho natural racional condujo, sin embargo, al positivismo jurídico.³²

Dicha conclusión parece tener fundamentos firmes si juzgamos de citas como la siguiente de Mourlon, que parece obtenida de alguna obra contemporánea producto de algún positivista recalcitrante:

Para el jurisconsulto, para el abogado, para el juez, un solo derecho existe, el derecho positivo... se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí... en efecto, las leyes naturales o morales sólo son obligatorias en tanto

²⁹ Cita de BONNECASE, *ibidem*, p. 45.

³⁰ MOURLON, cita de BONNECASE, *ibidem*, p. 48.

³¹ AUBRY, cita de BONNECASE, *ibidem*, p. 47.

³² FASSÓ, *op. cit.*, p. 24.

que han sido sancionadas por la ley escrita. Las demás no son materias de derecho.³³

Sin embargo, la aseveración de Fassó, que es compartida por la mayoría de los que han analizado a la Escuela de la Exégesis, creo que habría que tomarla con algunas reservas: si bien existió un culto a la ley, se debió en parte a que se consideró a los textos como la expresión más alta de la razón, que para algunos exégetas recogía los principios más preciados del derecho natural; los exégetas se vieron dispuestos a sacrificar la ley escrita a favor de la voluntad del legislador (Domat, Demante, Aubry); finalmente, el positivismo no concibe a las disposiciones legales como la fuente exclusiva del derecho, ni el ser positivista implica necesariamente una renuncia a criticar los contenidos de las normas jurídicas.

V. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN³⁴

Para Radbruch la escuela de la exégesis se gobierna por los principios jurídicos siguientes:

- a) Pesa sobre el juez la prohibición de crear derecho.
- b) También pesa sobre el juez la prohibición de negarse a fallar.
- c) La prohibición de crear derecho y la de negarse a fallar sólo pueden conciliarse entre sí si arranca de un tercer supuesto, a saber: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara. Es el postulado o la ficción consistente en afirmar que la ley o el orden jurídico forma una unidad cerrada y completa.³⁵

Esto se confirma con las siguientes palabras de Laurent: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos."³⁶

³³ Cita de BONNECASE, *op. cit.*, p. 48.

³⁴ BONNECASE hace referencia a tres métodos que no son propiamente de interpretación, sino más bien de exposición dogmática: exegético puro (comentario artículo por artículo en el mismo orden del Código), científico (basados en la intención del legislador rehacen su obra en forma original) y mixto. *Ibidem*, pp. 50 y 51.

³⁵ Gustav, RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, 4a. reimpresión de la 1a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 121-122.

³⁶ Cita de BONNECASE, *op. cit.*, p. 45.

En coherencia con esto la Escuela de la Exégesis negó resueltamente que las sentencias de los jueces pudieran aspirar a lograr, además del valor de la cosa juzgada, algún otro valor más amplio, como el valor de precedente vinculante y, por consiguiente, de norma general.

Tenemos entonces que para los miembros de la escuela en estudio la interpretación debe ser auténtica (realizada por el mismo autor del texto interpretado) en oposición a judicial (realizada por el órgano jurisdiccional); subjetiva (el sentido de la ley es el que el autor pretendió darle) en oposición a objetiva (los textos legales tienen una significación propia), y el objeto por comprender debe ser sólo la ley, no así el caso y las circunstancias que lo rodean.

Los anteriores dogmas colocan al juzgador frente a un dilema en el caso de que la norma conduzca a una situación flagrantemente inadecuada o injusta: o es un buen juez y resuelve de conformidad con la letra e intención del legislador, determinando la validez de una situación injusta, o incumple con su obligación de juez, descatando la intención del legislador, para resolver de conformidad con las necesidades del caso.

El intérprete, frente a la voluntad codificada del legislador, se encuentra sólo con su vocabulario, su lógica, su capacidad de investigación histórico-psicológica de la voluntad del legislador:

Es el espíritu y no a la letra dice, a lo que debemos atenemos y, en consecuencia, debemos considerar como contrario a la ley no solamente todo lo que lesione su espíritu y letra, sino también lo que lesione únicamente al espíritu que encierra la letra. Frecuente y vigorosamente he combatido esas interpretaciones judaicas, que parece introducir el uso y que por completo hacen a un lado la intención manifiesta del legislador, para atenerse únicamente a la letra de la ley, destruyendo el espíritu de conjunto que une todas sus partes.³⁷

En el mismo sentido se pronuncia Demante: "La ley está constituida por la voluntad del legislador... El espíritu del legislador es para nosotros un guía tan seguro, que con frecuencia debemos hacerlo prevalecer sobre sus términos, en el sentido de que no debemos admitir todas las consecuencias autorizadas por la letra de la ley, ni, sobre todo, rechazar las que no resulten de ella clara y necesariamente."³⁸

³⁷ DOMAT, cita de BONNECASE, *ibidem*, p. 47.

³⁸ Cita de BONNECASE, *idem*.

El problema es que, como apunta Rolando Tamayo, en cuanto al procedimiento para encontrar la voluntad del legislador la Escuela de la Exégesis no es constante, "...pero tampoco parece ser que este tema les haya preocupado demasiado. Pareciera que todos conocían la 'voluntad del legislador' y que, en dado caso, sabían como encontrarla."³⁹

Sin embargo, al menos Aubry sí apunta un camino para llegar al conocimiento de esa voluntad, o "espíritu":

Al principio los autores y tribunales se atenían casi exclusivamente a los textos. Reina la letra y a veces agobia el espíritu. Sin embargo, poco a poco el estudio atento de las fuentes y de los trabajos preparatorios, condujo a un entendimiento más sano y más juicioso de las disposiciones legales; se aclaran los principios, se forman las teorías, y el espíritu de la ley ocupa en sus explicaciones el lugar que legítimamente le corresponde; de esta manera se han logrado grandes progresos en esta sabia dirección.⁴⁰

De conformidad con las anteriores ideas, la única posibilidad que aceptarían los exégetas de completar o integrar el orden jurídico ante sus posibles vacíos sería el de la autointegración, es decir, "... la integración debe llevarse a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante..."⁴¹ en este caso la ley.

El dogma de la plenitud o integridad del derecho obliga, tratándose de casos que no encuadran con exactitud en un supuesto jurídico, a recurrir al expediente de la extensión, mediante el uso de la analogía,⁴² a costa del método de la equidad y, en los sistemas normativos más flexibles, a los

³⁹ TAMAYO, *opus cit.*, p. 347.

⁴⁰ Cita de BONNECASE, *op. cit.*, p. 46.

⁴¹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 242. El esquema de la heterointegración, por otra parte, permite recurrir, en caso de lagunas, a la costumbre, al poder creativo del juez e, inclusive, a las opiniones de los juristas. *Ibidem*, pp. 244 y 245.

⁴² "Por analogía se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente... es necesario que entre los dos casos exista no una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante... una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra." *ibidem*, pp. 246 y 248. Para GARCÍA MÁYNEZ, "Los argumentos de esta índole se basan en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma. (*Ubi eadem ratio, idem jus*)." *Introducción al estudio del derecho*, 34a. ed., Ed. Porrúa, México, 1982, p. 335.

principios generales del derecho, entendiendo por ellos a las "normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales."⁴³

Según Bobbio, al lado de los principios generales expresos están los no expresos, o sea aquellos que se pueden obtener por abstracción de normas específicas; se trataría de principios formulados por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que comúnmente se llama el "espíritu" del sistema.⁴⁴ Parece ser que los exégetas, o al menos algunos de ellos, sí recurrieron a este recurso de los principios generales no expresos, si juzgamos por algunas de las críticas que más adelante enunciaremos.

De la mano con la analogía, otro recurso común de la autointegración es el llamado argumento a contrario, por el cual "Cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria."⁴⁵

Señala Tarello que en el ámbito de la orientación exegética no se teorizó ni se practicó una "interpretación sistemática",⁴⁶ y tampoco se conoció un tipo de argumentación jurídica "sistemática", sin embargo, coinciden Miguel Reale y Roberto J. Vernengo en señalar que, posteriormente, la Escuela de la Exégesis admitió dicho recurso hermenéutico.⁴⁷

Este tipo de interpretación, que complementa a la interpretación literal, basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un orden

⁴³ *Ibidem*, p. 251.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 252.

⁴⁵ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 335.

⁴⁶ TARELLO, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁴⁷ "Era natural que, en este ambiente y espíritu, la interpretación fuera vista inicialmente desde dos puntos de vista dominantes: el punto de vista literal o gramatical y el punto de vista lógico-sistemático. Después, se impone el trabajo lógico, porque ninguna disposición legal está aislada de las demás. Su valor depende, también, de su situación sistemática. Es preciso, pues, interpretar la ley según sus valores lingüísticos, pero siempre situándolos dentro del conjunto del sistema. Esta labor de comprensión de un precepto en relación con todos los que con él se articulan lógicamente, se denomina interpretación lógico-sistemática. La interpretación sistemática vendrá en un segundo momento, o mejor, en un tercer momento, para disipar las posibles dudas que, después de la exégesis gramatical y lógica, quedaren sin resolver. Con el tiempo se fue viendo la imposibilidad de separar estos dos órdenes de investigaciones la lógica y la sistemática. Interpretar lógicamente un texto jurídico es situarlo en el sistema general del ordenamiento jurídico". Miguel REALE, *Introducción al derecho*, 9a. ed., Ed. Pirámide, Madrid, 1989, pp. 216-217. Roberto VERNENGO, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, pp. 76-77.

jurídico constituyen una totalidad ordenada y que, por tanto, es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al "espíritu del sistema",⁴⁸ yendo aun en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal, como lo señalara Domat, ya que nos encontraríamos frente a una especie de "voluntad objetiva de la ley", de un "... mandato que por estar fundado en la lógica del sistema en su conjunto, puede ser realmente vinculante para el intérprete."⁴⁹

Por todo lo expuesto, considero que los pasos a seguir, de conformidad con lo que podríamos denominar un "método paradigmático de la exégesis", serían los siguientes:

- a) Interpretación literal.
- b) Interpretación semántica, para determinar los usos del lenguaje que los textos legales utilizan.
- c) Interpretación lógica-sistemática, recurriendo en ella a las técnicas aceptadas de la autointegración.
- d) El resultado del proceso anterior podría ser corregido, excepcionalmente, si mediante la utilización de medios de investigación "extra ley" (trabajos preparatorios y otras "fuentes" que Aubry no menciona), se lograra argumentar convincentemente que las finalidades deseadas por el cuerpo legislativo no serían atendidas de mantenerse la interpretación propuesta.

En la doctrina mexicana he encontrado dos autores que han expuesto lo que, desde su punto de vista, sería el método o los pasos que frente a la norma se deben seguir para interpretarla de conformidad con los postulados de la Escuela de la Exégesis y que son Eduardo García Máynez y Manuel Borja Soriano.

Para García Máynez,⁵⁰ que se basa en la exposición que sobre la escuela mencionada hace Geny, el camino debe seguir el orden que sigue:

⁴⁸ BOBBIO, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁹ SALVI, F., cita de BOBBIO, *ibidem*, p. 193. Conviene aclarar que estamos frente a un entendimiento del orden jurídico como "sistema deductivo" (a diferencia de otras escuelas que lo ven más bien como un "sistema inductivo"), en el cual todas las normas jurídicas del ordenamiento se derivan de algunos principios generales, considerados del mismo modo que los postulados de un sistema científico. *Ibidem*, pp. 193-194.

⁵⁰ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, pp. 334-335.

- a) Interpretación gramatical: cuando una ley es clara, no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu.
- b) Si la expresión es oscura o incompleta, es necesario echar mano de la interpretación lógica: descubrir el espíritu de la ley para controlar, completar, restringir o extender su letra. Para lograrlo se debe recurrir a los siguientes medios:
1. Examen de los trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias.
 2. Análisis de la tradición histórica y de la costumbre, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue elaborada, así como los motivos que indujeron al legislador a establecerla.
 3. Ante la insuficiencia de los dos medios directos anteriores, se debe acudir a i) la equidad, es decir, las consideraciones de utilidad y justicia en que el legislador debió inspirarse, con el objeto de buscar la voluntad real o presunta de los redactores de la ley, y ii) los principios generales del derecho, concebidos como un conjunto de ideales de razón y justicia que el legislador ha de tener presentes en todo caso.

De conformidad con Manuel Borja Soriano,⁵¹ que se basa en Laurent, Aubry y Rau y Baudry Lacantinerie, pertenecientes los primeros a la segunda fase de la Escuela de la Exégesis, y el último a la tercera, el procedimiento de interpretación seguía los pasos siguientes:

- a) Cuando la ley se expresa claramente, el intérprete debe, ante todo, atenerse a su texto.
- b) Cuando el sentido de la ley es dudoso se necesita, en primer lugar, recurrir a la interpretación gramatical, que tiene por objeto determinar el sentido de las palabras y de las frases por la aplicación de las reglas del lenguaje, debiéndose preferir las significaciones técnicas a las vulgares y entender las palabras y frases en el sentido que mejor se relacionen con la materia a propósito de la cual han sido empleadas.
- c) Es preciso, en seguida, aplicar los numerosos procedimientos de la interpretación lógica que por medio del razonamiento y por encima de

⁵¹ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 8a. ed., Ed. Porrúa, México, 1982, pp. 32-34.

- las palabras tratan de llegar hasta el centro del pensamiento. Se relaciona el texto por interpretar con otras disposiciones legales relativas al mismo objeto o a objetos análogos, debiéndose suponer que todas estas disposiciones deber ser coherentes. Esta se llama interpretación sistemática. Se busca el espíritu de la ley, es decir, sus motivos, su fin. Se les encuentra en las opiniones de sus redactores, en las circunstancias concretas que han dado lugar a su confección, en el medio social que las ha visto aparecer, en los trabajos preparatorios, en los escritos de los jurisconsultos en el derecho anterior.
- d) Cuando hay dos textos legales contrarios, hay que ver si uno puede considerarse como decisión de principio y el otro como disposición de excepción.
 - e) Hay que apreciar, en fin, las consecuencias a las cuales conduce la ley, según se entienda en tal o cual sentido. Se debe usar con discreción de este procedimiento, que no permite apartar sino las interpretaciones que harían consagrar por la ley una injusticia o una inconsecuencia.

En el esquema descrito por García Máynez pareciera que la interpretación gramatical se agota en la mera lectura de un texto que no presenta problemas, mientras que para Borja Soriano este tipo de interpretación se lleva a cabo cuando existen ya algunas dudas sobre el texto legal, se trata de un análisis semántico.

La interpretación lógica está en ambos casos dirigida a obtener el conocimiento de lo que llaman "espíritu de la ley", sólo que en el caso de Borja Soriano esta interpretación incluye en sí la llamada "interpretación sistemática", como lo señalara Miguel Reale, la cual no menciona García Máynez.

El término "espíritu de la ley" es usado de manera ambigua ya que parece entenderse, al menos, en los siguientes sentidos: 1) la voluntad del legislador histórico, 2) las circunstancias sociales que dieron a lugar a regular una materia, 3) tradiciones y costumbres, 4) opiniones previas y contemporáneas a la expedición de la norma, y 5) las finalidades o efectos que se deseaba obtener con la disposición legal.

Mientras que Borja Soriano señala como última instancia el evitar alguna injusticia o inconsecuencia, García Máynez habla de equidad y principios generales del derecho en donde incluye conceptos como utilidad, justicia e ideales, los que no siempre pueden ir de la mano.

Conviene tener presente que para los exégetas hablar de equidad, además de ser inaceptable (Mourlon, Aubry), implicaba utilizar un término

ambiguo, como lo afirma Valette: “La equidad es algunas veces el sentimiento de un derecho abrogado y que permanece en las costumbres (antiguo derecho positivo), o el sentimiento de un derecho cuya creación es de desear (derecho positivo del porvenir); a veces, también, es una especie de suplemento del derecho positivo actual...”⁵²

En ambos planteamientos se observan varias desviaciones del modelo clásico exegético: no se habla expresamente de la voluntad del legislador, sino del espíritu de la ley, que, de conformidad con los mecanismos que proponen para dar con dicho espíritu, sería mucho más amplio que cualquier noción de voluntad legislativa manejada previamente por las citas que hemos hecho de los exégetas.

Con ello se rompería el esquema rígido de autointegración del sistema, lo que podría ser consecuencia de que, como lo ha señalado el propio Bonnacase, los últimos exégetas suavizaron las posiciones más rígidas de sus precursores.

Por otra parte, se hace referencia a los fines de la ley, es decir, se acepta un criterio de interpretación teleológico en caso de duda, además, la ponderación que se propone de las consecuencias a las cuales conduce la ley obligaría a tomar en cuenta un análisis de las circunstancias del caso, lo cual creemos que sería muy difícilmente aceptado por los prohombres de la exégesis.

Finalmente, cabe hacer notar que las referencias a la equidad y a la posibilidad de apartarse del texto de la ley en favor de alguna noción de justicia, sería considerado como una herejía por los integrantes de la Escuela de la Exégesis clásica.

VI. CRÍTICAS

Las críticas referentes al modelo iusnaturalista moderno, o racional, las obtuvimos principalmente de Norberto Bobbio. Para las críticas a las concepciones y metodología de la Escuela de la Exégesis recurrimos a diversas citas de autores clásicos y de algunos contemporáneos. En este último caso algunas de ellas no van dirigidas a la Escuela de la Exégesis de manera exclusiva; o bien, ni siquiera tienen la intención de ser una crítica, sin embargo, las incluimos en lo que nos pareció pertinente, de conformidad con los apartados en que arbitrariamente agrupamos las críticas.

⁵² Cita de BONNACASE, *op. cit.*, p. 49.

A. Al modelo iusnaturalista moderno⁵³

1. La pretensión de elaborar un sistema completo de prescripciones deducidas *more geometrico* de una abstracta naturaleza humana, establecida de una vez para siempre.
2. Fruto de un racionalismo abstracto, que no hace ninguna concesión al desarrollo histórico de la humanidad. Para Fassó:

El límite del iusnaturalismo iluminista... está constituido por su abstractismo. La llamada a la razón y a la naturaleza hace olvidar que el hombre y la sociedad son fundamentalmente historia, y prescindir en las teorías iluministas del derecho y de la política, de toda consideración de orden histórico... les lleva a descuidar, en nombre de la verdad, la validez universal de sus teorizaciones, las circunstancias concretas en que sus teorías habrían debido ser actuadas...⁵⁴

3. Expresa un concepción estrecha, particularista, privada, atomística, y así sucesivamente, del hombre, y ha dado origen a una particular ideología política, la del liberalismo. Sobre este último punto tenemos la siguiente crítica de Zagrebelsky:

...el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por sí mismo las condiciones de la unidad de legislación. Su coherencia venía asegurada fundamentalmente por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales *ad hoc*. Dicha coherencia era un presupuesto que la ciencia jurídica podía considerar como rasgo lógico del ordenamiento, sólidamente construido sobre la base de algunos principios y valores esenciales y no discutidos en el seno de la clase política: los principios y valores del Estado nacional-liberal.⁵⁵

B. A la escuela de la exégesis

1. El culto a la ley

Señala Bonnacase: “...la escuela de la exégesis se dejó y aún se deja hipnotizar completamente por las fuentes formales de las reglas de derecho en

⁵³ BOBBIO, *Hobbes y el iusnaturalismo*, pp. 207-211.

⁵⁴ FASSÓ, *op. cit.*, vol. 2, pp. 166-167.

⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, 2a. ed., Madrid, 1997, p. 32.

detrimento de las fuentes reales. No se preocupa de saber cómo hace la ley el legislador y con ayuda de qué elementos. La toma, ya hecha, para absorber el derecho en ella.”⁵⁶

Demófilo de Buen apunta: “La ley no son sólo sus palabras. El culto a las palabras legales, al derecho estricto (*ius strictum*) es propio de la infancia del derecho y conduce a la injusticia (*summum ius, summa iniuria*).”⁵⁷ En el mismo orden de ideas tenemos la siguiente opinión de Jerome Frank: “...en un sentido profundo las circunstancias únicas de casi cualquier caso lo hacen un ‘caso imprevisto’ donde ninguna regla establecida obliga por la fuerza de la ‘autoridad’ a un resultado dado.”⁵⁸

El principio de sujeción estricta del juez a la ley es conocido como “principio de legalidad en la jurisdicción”⁵⁹ y Zagrebelsky lo critica de la siguiente manera: “La <sumisión del juez sólo a la ley>, el principio común de la tradición liberal que las constituciones actuales indefectiblemente proclaman, sigue siendo entendido como servicio pasivo a la voluntad del legislador, sin que se intenten interpretaciones del mismo más conformes con el sentido que hoy en día tiene el vínculo entre la ley y su aplicación jurisdiccional.”⁶⁰

2. La realidad no puede ser aprehendida por el derecho vigente

De conformidad con Geny: “El derecho es cosa bastante compleja y móvil para que un individuo o una asamblea, a pesar de que esté investida de autoridad soberana, pueda pretender fijar de un solo golpe los preceptos que satisfagan todas las exigencias de la vida jurídica.”⁶¹

Para Kantorowicz: “La vida es incomparablemente más rica que todo lo que haya podido preverse en la totalidad de todas las normas jurídico-positivas.”⁶² Por su parte, Bonnacase dice: “Nadie podría sostener actualmente

⁵⁶ BONNECASE, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁷ BUEN, Demófilo de, *Introducción al estudio del derecho civil*, Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1977, p. 387.

⁵⁸ Cita de Lief H. CARTER, *Derecho constitucional contemporáneo, la suprema corte y el arte de la política*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 98.

⁵⁹ GUASTINI, Riccardo, *La interpretación, objetos, conceptos y teorías*, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Rodolfo VÁZQUEZ compilador, Fontamara, México, 1998, p. 31.

⁶⁰ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 149.

⁶¹ Cita de BOBBIO, *Teoría general del derecho*, p. 229.

⁶² Cita de Luis RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Ed. Porrúa, México, p. 102.

que el legislador posea un don de previsión ilimitada. Ningún legislador ha previsto todo, ni podría preverlo.”⁶³

Sostiene Carlos Santiago Nino que bajo este dogma “...el legislador imaginado por los juristas es omnicompreensivo, pues no deja ninguna situación jurídica sin regular...”⁶⁴

Lo anterior lleva a un encasillamiento forzado de los hechos en los supuestos previstos por la norma y, cuando el legislador no ha empleado determinados conceptos atribuyéndoles una fuerza obligatoria, entonces no es lícito querer encajar nuevas realidades en viejos conceptos. Tal *modus operandi*, dice Geny, fuerza nuevas realidades y relaciones interhumanas cambiantes, para encajarlas violentamente dentro del marco muerto y rígido.⁶⁵

Bajo este esquema existe el peligro de que, en aras de mantener la integridad del sistema, se haga un uso indiscriminado de la analogía, extendiendo de manera extralógica el alcance de las normas jurídicas a situaciones que no fueron siquiera imaginadas por los legisladores.⁶⁶ Además, el determinar la semejanza entre un caso y otro conlleva necesariamente un proceso subjetivo del intérprete, lo que implica una contradicción a los principios de la escuela, la cual proclama un método de interpretación auténtico, donde la única subjetividad válida es la del legislador.

Actualmente poco es lo que se discute respecto a que la diversidad de contextos apremia distintas soluciones y de que las percepciones morales de una comunidad pueden variar con el transcurso del tiempo. En este orden de ideas “La lógica jurídica de la hermenéutica tradicional nunca puede indicar el límite de lo lícito, como tampoco puede ayudar en la búsqueda de la solución justa.”⁶⁷

⁶³ BONNECASE, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁴ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 329.

⁶⁵ Cita de RECASÉNS, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁶ Sobre esto tenemos a TAMAYO: “Los lógicos sostienen que ni en la lógica clásica ni en la moderna se puede encontrar un fundamento para el razonamiento analógico (R. Carnap). Para otros el razonamiento analógico no es objeto de la lógica sino de la psicología (E. Mach). El problema reside en que la ‘similitud’ que se encuentra en la base de la analogía es establecida por el propio intérprete. En esta situación su fuerza o su validez no derivan de una deducción o argumento lógico sino de un acto de voluntad del órgano autorizado por el orden jurídico, quien crea, judicialmente, nuevo derecho (Kelsen)”. *Op. cit.*, p. 337.

⁶⁷ KANTOROWICZ, cita de RECASÉNS, *op. cit.*, p. 34.

Sobre este punto, Lambert lanzó la advertencia siguiente a la Escuela de la Exégesis:

El mismo olvido de las leyes fundamentales del desarrollo social, la misma creencia en el dogma absurdo de la inmovilidad del derecho, que ya originó el desdoblamiento de la legislación romana en derecho civil y derecho pretorio, y el desdoblamiento de la costumbre inglesa en *common law* y *equity*, debe de dar lugar, si los civilistas no renuncian a su error, a una separación parecida del derecho civil francés en dos sistemas jurídicos conjuntos, diferentes por su origen y su espíritu, en los que la mayor parte de los problemas tendrán soluciones opuestas: la doctrina caída en desuso, no tendrá más que una existencia convencional y ficticia, y la jurisprudencia será sólo el sistema realmente aplicable.⁶⁸

3. Rigidez y disfuncionalidad del derecho

Dice Hernández Gil que la Escuela de la Exégesis olvida el constante fluir de la vida, la reiterada renovación de situaciones y necesidades, la ininterrumpida multiplicación de los casos y de los hechos: "Se sobrepone, en conclusión, lo ideal a lo real, la voluntad a la necesidad y la norma al hecho."⁶⁹

Para Borja Soriano "El método clásico quita a la ley toda plasticidad, apartándola de la vida real, y entonces ésta busca fuera de la ley las satisfacciones prácticas, y en esta lucha termina por vencer las resistencias del derecho."⁷⁰

Esta victoria de las necesidades prácticas de la vida sobre las resistencias del derecho al parecer se fundó en la actitud de los jueces, incluso durante el periodo de apogeo de la Escuela de la Exégesis, como se desprende de la siguiente denuncia de Aubry:

Se han sacrificado los textos positivos y las reglas más verdaderas del derecho por consideraciones equívocas y sin provecho so pretexto de la equidad... sobre todo en los últimos años, espíritus impacientes, preocupados más por interpretar la ley a su arbitrio que por buscar el verdadero sentido de ella, han sobrepasado los límites asignados a la interpretación.⁷¹

⁶⁸ Cita de HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 44.

⁷⁰ BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 36.

⁷¹ Cita de BONNECASE, *op. cit.*, p. 47.

En el mismo sentido tenemos el reproche siguiente dirigido a los juzgadores de parte de Mourlon: "En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley. Lamentablemente... ¡Todos los días vemos a los jueces tratar por medio de vanas sutilezas de mediatizar las soluciones del derecho positivo y pervertirlo a fuerza de equidad! ¡Estos son malos jueces!"⁷²

4. La indeterminable voluntad del legislador

Señala Nino⁷³ que los juristas hablan del legislador como si fuera un único individuo que hubiera dictado todas las normas que integran el orden jurídico, mientras que en la realidad las normas jurídicas de un sistema moderno son dictadas por un gran número de hombres diferentes.

Bajo esta óptica, hablar de una "voluntad" del legislador es, en el mejor de los casos, una ficción; al respecto tenemos las siguientes observaciones de Hans Kelsen:⁷⁴

- a) Votar por un proyecto en modo alguno implica querer realmente el contenido de la ley. En un sentido psicológico únicamente se puede "querer" aquello de lo que se tiene representación. Es imposible "querer" algo que se ignora. Pero es un hecho que a menudo, un número considerable de aquellos que votan por un proyecto de ley tienen cuando más un conocimiento muy superficial del contenido de ésta.
- b) Como la ley sólo adquiere existencia al completarse el procedimiento legislativo, esa "existencia" no puede consistir en la voluntad real de los individuos que pertenecen a la asamblea legislativa. La "existencia" de una norma jurídica no es un fenómeno psíquico.
- c) Un jurista considera una ley como "existente" incluso cuando los individuos que la crearon no quieren ya el contenido de la misma, es más, cuando ya nadie quiere tal contenido. De hecho es posible y a menudo realmente ocurre que una ley "exista" en una época en que aquellos que la crearon hace mucho que han muerto y, por tanto, no son ya capaces de ningún acto voluntario.

⁷² Cita de BONNECASE, *ibidem*, p. 48.

⁷³ NINO, *op. cit.*, p. 328.

⁷⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, textos universitarios, México, 1979, pp. 38, 39 y 40.

d) La ley obligatoria no puede ser la voluntad de los individuos autores de la misma, incluso cuando para formularla haya sido necesario un acto volitivo real. La ley es creada por una decisión del Parlamento, de todo el Parlamento, incluyendo la minoría disidente.

Riccardo Guastini observa que a veces no se distingue, como sería oportuno hacerlo, entre la interpretación del texto en cuanto tal y la interpretación del comportamiento humano consistente en producir ese texto: "...una cosa es preguntarse por el significado de las palabras, otra preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor... la interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual."⁷⁵

5. Conservadurismo

Otra de las críticas que se derivan de la querencia exegética hacia la voluntad del legislador es la tendencia al "originalismo", "preservacionismo" o, para abarcar todas las ideas en un solo término, "conservadurismo".

Para Jerzy Wróblewski se trata de una ideología que toma como valores básicos la certeza, la estabilidad y la predictibilidad: "Estos valores exigen que las reglas legales tengan un significado inmutable, y yo llamo a estos valores 'valores estáticos' y a este tipo de ideología 'ideología estática de interpretación legal'."⁷⁶ El corolario teórico de éstos los valores estáticos vendría a ser la construcción del significado de las normas precisamente como "la voluntad del legislador histórico".⁷⁷

A este respecto: "El 'originalismo' presenta el problema no sólo de su dificultad, sino también de su legitimidad misma, pues la intención de los constituyentes puede entrar en colisión con otras fuentes: el propio texto, la historia anterior o posterior, o cualquier otra fuente de interpretación."⁷⁸

Según Lief H. Carter "Los preservacionistas creen... que los fundadores diseñaron, a la manera de algo así como un derecho natural o fuera del tiempo, un estado ideal en el cual los tribunales juegan un papel limitado."⁷⁹

⁷⁵ GUASTINI, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 73.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 141.

⁷⁹ CARTER, *op. cit.*, p. 91.

La reflexión de Nino sobre este particular conlleva la siguiente crítica a los exégetas: "Aquellos códigos ejercían una real fascinación entre los hombres de derecho, hasta el punto de que los más tenaces impugnadores del orden anteriormente existente, se convirtieron en los conservadores más severos de los nuevos cuerpos legales."⁸⁰

Por lo anterior, como señala Tarello "...la escuela exegética... no habría podido sobrevivir sino a través de la renovada proclamación de que correspondía al poder legislativo, más que a la ciencia jurídica, la tarea de reformar el derecho."⁸¹

6. Utilización de principios abstractos

Según Geny, en el orden lógico, el método exegético se presta al abuso de considerar dotados de realidad objetiva permanentes concepciones ideales de carácter provisional y puramente subjetivo; y esta falsa manera de ver conduce al abuso de hacer residir *a priori* todo el sistema de derecho en un número limitado de categorías lógicas, predeterminadas por su esencia, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropios de acomodarse a las mudables y varias exigencias de la vida.⁸²

Para Kantorowicz los principios se hacen tanto más inservibles y pierden tanto más valor, cuanto mayor es su abstracción, pues resulta inverosímil e incluso imposible que el autor de la proposición se haya imaginado todos los casos subsumibles, inverosímil que, en el supuesto de que se los hubiese imaginado los hubiera resuelto con arreglo a aquel principio.⁸³

Tampoco es de aceptarse el método de querer sacar de principios jurídicos otros principios más generales, que supuestamente constituyen su fundamento, y que por eso son admitidos también como derecho positivo, y de querer descender de nuevo desde dichos principios interpolados, desprendiendo de ellos no sólo las normas ya existentes, sino también todas las demás imaginables. Así se puede lograr cualquier norma jurídica como conclusión.⁸⁴

⁸⁰ NINO, *op. cit.*, p. 324.

⁸¹ TARELLO, *op. cit.*, p. 81.

⁸² Cita de HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 47.

⁸³ Cita de RECASÉNS, *op. cit.*, p. 103.

⁸⁴ *Idem.*

7. La incoherencia del orden jurídico

Tan los sistemas jurídicos presentan incoherencias que la ciencia jurídica ha desarrollado una serie de técnicas para superar el problema de las antinomias;⁸⁵ así tenemos como reglas fundamentales, pero no suficientes, el criterio cronológico, o de *lex posterior*, el criterio jerárquico, o de *lex superior*, y el criterio de la especialidad, o de *lex specialis*.

La razón, como señala Francisco Javier Ezquiaga, es simple: "...es difícil creer en la coherencia de un conjunto de normas nacidas bajo regímenes políticos diversos y, en consecuencia, portadoras de valores y fines en ocasiones contradictorios, de tal modo que el carácter sistemático no sería más que una construcción mental del sujeto que examina el conjunto de normas del ordenamiento."⁸⁶

Por otra parte, Geny cuestiona: "¿en qué medida, cuando el legislador emplea un determinado concepto, resulta justificable suponer que el legislador ha querido dar obligatoriedad a todas las consecuencias lógicas de ese concepto."⁸⁷ La ciencia jurídica tiene que enfrentarse constantemente con el problema de la ambigüedad y vaguedad de los términos utilizados en las normas, que impiden en ocasiones asignarles un significado incuestionable.

La postura exégeta en este punto sólo puede ser sostenida sobre la base de ciertas ficciones: "...acogen los juristas la ficción de que el legislador es omnisciente, atribuyéndole el conocimiento de todas las circunstancias fácticas, a veces infinitas, comprendidas dentro de las normas que dicta."⁸⁸ Asimismo hay que aceptar, de una manera no acorde con la realidad, que "...el legislador... es siempre preciso, en el sentido de que su voluntad posee siempre una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje que accidentalmente utilice."⁸⁹

⁸⁵ "...situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez". BOBBIO, *op. cit.*, p. 201.

⁸⁶ EZQUIAGA, Francisco Javier, *Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Rodolfo VÁZQUEZ, compilador, p. 177.

⁸⁷ GENY, cita de RECASÉNS, *op. cit.*, p. 33. GENY se inclina a dar una respuesta negativa a esta pregunta, excepto en los casos en los cuales el legislador haya tomado claramente como base una regla general que trascienda cualquier situación particular y concreta y también en los casos en que la disposición en cuestión no se presente aislada, antes bien en independencia con otras. *Idem*.

⁸⁸ NINO, *op. cit.*, p. 328.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 329.

8. El monopolio estatal de la creación normativa

A este respecto tenemos el siguiente reproche de Bonnacase: "...la doctrina de la escuela de la exégesis se reduce a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del estado, puesto que independientemente de nuestra voluntad, el culto extremo al texto de la ley y a la intención del legislador coloca al derecho, de una manera absoluta, en poder del estado."⁹⁰

Para Fassó la Escuela de la Exégesis, involuntariamente, "...constituye una teoría filosófica del derecho, que es ni más ni menos la versión laica del antiguo voluntarismo teológico que reduce el derecho a la voluntad, más bien que a la de una divinidad, a la del Estado, haciéndolo de este modo libre de aquellos límites que a su poder el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII había creído deducir de lo que consideraba derecho natural."⁹¹

VII. REFLEXIONES FINALES

La Escuela de la Exégesis merece ser estudiada aún con mayor detenimiento, a efecto de hacer un dictamen justo sobre sus aportaciones e influencias en el desarrollo de la ciencia jurídica. Lo que se conoce de ella en México ha sido una especie de metarrelato, en buena parte hecho por sus detractores, sin embargo, nos atrevemos a afirmar que con base en los datos y citas con las que se cuenta, buena parte de las críticas que se le han enderezado son justas, aunque varias de dichas críticas merecen ser compartidas con otras escuelas de interpretación y con gran parte de las tradiciones dogmáticas que han sido heredadas hasta nuestros días.

La exegética es algo así como la madre de todas las escuelas interpretativas, no precisamente por el cúmulo de sus virtudes, sino porque los demás métodos de interpretación, al hacer sus propuestas, parten de la crítica a la exégesis.

Concibe al orden jurídico como derecho escrito, expresión de una voluntad legislativa, que es producto perfecto de la razón. Éste es el fundamento ideológico de la tradición, quizá más segura pero ciertamente más inequitativa, de la obediencia estricta a la letra de la ley.

⁹⁰ BONNECASE, *op. cit.*, p. 48.

⁹¹ FASSÓ, *op. cit.*, vol. 3, p. 25.

Es justo señalar que no todos los juristas que colaboraron en la confección del Código de Napoleón y en sus comentarios posteriores tuvieron criterios uniformes. Existen tendencias más abiertas al menos en Portalis, Troplong y Baudry Lacantinerie.

Sin embargo, la doctrina dominante dentro de la Escuela de la Exégesis no percibió que la ciencia jurídica va más allá de la mera actividad dogmática y acrítica sobre los textos, no registra como labor de los juristas el evaluar la pertinencia de los contenidos, en fin, desprecia la filosofía del derecho. Con ello se alejaron de algunos de los principios más representativos de la Ilustración, que se fundaba en una concepción humanística crítica y en el rechazo a dogmas y criterios de autoridad.

Lo que nos parece más criticable es que estos juristas se desentendieron de la concepción del derecho como producto de un consenso, que legitima el ejercicio de poder, para entenderlo más bien como una obra acabada y perenne.

No se percataron, o no quisieron percatarse, que la idea del derecho legislado como expresión de la razón fue utilizada por el poder estatal para afirmar una soberanía, más que para limitar sus poderes. Es válida por ello la crítica de conservadurismo que contra la Escuela de la Exégesis se hace, tendencia que coadyuvó a legitimar a los gobernantes de su tiempo, quienes vieron en la unificación normativa, respaldada por el poder coercitivo de la autoridad, la mejor arma para su consolidación y legitimación bajo el argumento de la racionalidad lograda.

La doctrina de la separación de poderes también fue utilizada; negar a los jueces la facultad de interpretar e integrar el derecho contribuyó, sobre todo tomando en cuenta las circunstancias históricas, a alterar un recto equilibrio de poderes, *ratio* de la doctrina, en favor de quien controla el Congreso.

Los exégetas contribuyeron a introducir una cierta cultura jurídica, que perdura hasta nuestros días, de autorrestricción de los jueces frente a los textos legales. El juez pasó a ser servidor de la ley, y por ende de los políticos legisladores, que se apoderan del derecho, con el consiguiente deterioro de su capacidad para enfrentarse a los problemas que se le plantean y resolverlos.

No es lo mismo la ideología de la exégesis que el positivismo; si bien es aceptado por muchos que las leyes y demás fuentes formales vigentes son la base para estudiar científicamente el derecho, sin necesidad de recurrir a conceptos metafísicos, hay que entender el enfoque metodológico de lo

anterior. Se trata de hacer ciencia a través de enunciados descriptivos, no de elaborar discursos legitimadores de lo dado.

El derecho es una inacabable carrera entre “lo dado” y “lo dándose”, y no entenderlo así, como ocurre con la Escuela de la Exégesis, implica aceptar la petrificación del orden jurídico y su condena a la disfuncionalidad.

La implantación y reforma del derecho es de las sociedades y no de un conjunto de órganos con carencias de representatividad. No se trata de imponer la visión de los vencedores, sino de lograr un instrumento de convivencia, que no de conquista.

Los dogmas de la exégesis, o al menos algunos de ellos, perduran todavía entre los juristas, quizá de una manera desapercibida. Por ello es que a veces parece tan difícil la interacción de los abogados con teóricos de otras disciplinas, para los cuales nos destacamos sólo para decir que determinadas pretensiones o ideas no pueden ser llevadas a cabo, o bien, que sus aspiraciones ya se encuentran, de alguna u otra forma, colmadas por el marco jurídico vigente.

Actualmente no hay un acuerdo sobre aquello que hemos de aceptar como el objeto de la interpretación jurídica: ¿la intención de los autores de los textos?, ¿los textos en sí?, ¿los intereses de los intérpretes?, ¿todo lo anterior? La respuesta exegética parece muy limitada para nuestros tiempos.

La ley como producto de una actividad racional sí puede llegar a tener un sentido determinable si y sólo si es producto de un conjunto de actividades orquestadas con cierta homogeneidad, sin embargo, los documentos que expresan derecho en las sociedades contemporáneas parecen no poder escapar al destino de ser el continente de valores e intereses diversos, a veces incompatibles, que de una u otra forma logran cabida en los ordenamientos.

Las leyes son instrumentos que se utilizan con muchos fines, desde dentro y fuera del aparato gubernamental. Existen, desde luego, interpretaciones interesadas que conducen a una multiplicidad de propuestas; Kelsen parece tener razón al sostener que, en última instancia, los problemas de interpretación no son cuestiones de teoría jurídica, sino más bien un problema político.⁹²

¿Qué hacer frente al dilema en el cual es puesto el juez por la Escuela de la Exégesis? Desde nuestro punto de vista hay que salirse por los cuernos.

⁹² KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 1991, p. 353.

El juez tiene todo el derecho de ser a la vez dogmático y filósofo, el ser crítico y valorar los casos no lo hace mal juez.

El juez tiene un instrumento en la norma, pero es una herramienta para resolver problemas, no un amo o tirano que le impida acometer su función. El derecho le da la posibilidad de varias respuestas frente a los problemas y cuestionamientos del caso.

Precisamente en el punto de la utilización de la ley como una herramienta para obtener diversas respuestas es que la Escuela de la Exégesis, quizá involuntariamente, ha contribuido más en el desarrollo de la ciencia jurídica, ya que acudiendo a la lógica y al enfoque sistemático se rescatan mecanismos de autointegración que han proporcionado mayores "argumentos" para justificar las decisiones judiciales con fundamento en la ley.

Quien esto escribe es de los que piensan que en el tema de la interpretación jurídica, siendo realistas, hemos evolucionado de una pretendida interpretación "hermenéutica" de las leyes, a una argumentación política de lo jurídico y que mientras más rápido nos percatemos de ello será mejor; las razones que tenemos para sostener lo anterior es motivo de otro tipo de documento.

PANORÁMICA ACTUAL DE LA DOCTRINA PROCESAL

Eduardo FERRER MAC-GREGOR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Congresos, coloquios, encuentros y jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas e internacionales de derecho procesal*. A. *Marco general*. B. *Congresos mexicanos de derecho procesal*. C. *Congresos, encuentros, coloquios y jornadas iberoamericanas, panamericanas y mundiales*. III. *Poder Judicial y derecho procesal*. A. *Unidad o diversidad de jurisdicción*. B. *Los intereses supraindividuales o de grupo (difusos y colectivos)*. C. *El concepto de acción procesal*. D. *Política judicial y órgano de administración del poder judicial*. E. *La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional*. IV. *Justicia alternativa para la solución de los conflictos*. A. *El arbitraje*. B. *Conciliación y mediación*. C. *Organismos con funciones de Ombudsman*. V. *Informática jurídica, Internet y derecho procesal*. A. *Informática documental*. B. *Informática jurídica de gestión*. C. *Informática jurídica decisoria*. D. *Internet y derecho*. E. *Arbitraje a través de Internet*. VI. *Reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las preocupaciones de los procesalistas a nivel mundial es la relativa a la enseñanza del derecho procesal. Desde los años cincuenta CAPPELLETTI apuntaba severas críticas en los sistemas de enseñanza europeos.¹ Si bien desde entonces existe una mayor preocupación sobre el tema y la tendencia hacia una evaluación periódica sobre los sistemas de enseñanza a la luz de

* El presente trabajo tiene como base la conferencia impartida en el *Primer curso de preparación y capacitación para profesores de derecho procesal*, celebrado en la ciudad de México, los días 16 a 20 de julio de 1999, organizado por el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la UNAM.

¹ CAPPELLETTI, Mauro, *Enseñanza del derecho y tirocinio profesional en Alemania e Italia*, Buenos Aires, Ejea, 1959.

los avances de la pedagogía contemporánea, todavía queda mucho por hacer. La tecnología alcanzada en los últimos años ha revolucionado el modo de vivir y los métodos tradicionales de la enseñanza. Hoy es común poder cursar o participar en diplomados y seminarios teniendo al expositor en lugares distantes a través de la videoconferencia. Incluso ya existen las denominadas “universidades virtuales” y, por supuesto, una enseñanza del derecho procesal también virtual. Todo ello nos debe llevar a la reflexión profunda y a concebir nuevos sistemas de enseñanza.

El problema de la enseñanza del derecho, en general, y del derecho procesal, en particular, viene a complicarse en los últimos años debido al “boom” en la creación de universidades, facultades, escuelas y departamentos de derecho en toda la República Mexicana. Esta expansión educativa implica, lógicamente, una escasez de profesores especializados en la materia que imparten y, consecuentemente, que profesores no especialistas en la disciplina procesal, o abogados sin bases pedagógicas, tengan que improvisar —lo cual no tiene nada de malo si se afronta esta realidad con responsabilidad—. Es por ello que resulta laudable el esfuerzo, hoy cristalizado, del *Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM* y del *Colegio Superior de Ciencias Jurídicas*, para organizar y realizar este *I curso de preparación y capacitación para profesores de derecho procesal* (con la participación de profesores de varios países latinoamericanos).

Entrando en materia, debemos decir que una *Panorámica actual de la doctrina procesal* representa, en realidad, un tema tan vasto que bien podría realizarse en todo un seminario y no en las escasas dos horas que tenemos para la exposición, pero bien vale la pena un esfuerzo de síntesis. El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define el vocablo “panorámica” como lo “perteneiente o relativo al panorama”. Y “panorama” —nos informa el mismo diccionario— viene de dos locuciones griegas que significan: “todo” y “vista”; de tal manera que panorama se define como “vista de un horizonte muy dilatado”. Por consiguiente, lo que a continuación pasamos a exponer constituye un vistazo del enorme horizonte de la doctrina procesal, a nivel nacional, iberoamericano y mundial. Como es comprensible, no podemos abordar todos los temas. Hemos seleccionado tan sólo los que consideramos de mayor relevancia en la actualidad, teniendo como parámetro la preocupación dominante de los procesalistas, según pudimos visualizar de la literatura

científica de nuestra disciplina y de los temas tratados en los distintos congresos y jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas y mundiales de derecho procesal.

II. CONGRESOS, COLOQUIOS, ENCUENTROS Y JORNADAS NACIONALES, IBEROAMERICANAS, PANAMERICANAS E INTERNACIONALES DE DERECHO PROCESAL

A. Marco general

A partir de la doctrina de los pandectistas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX, se ha desarrollado la ciencia procesal. Si bien para algunos autores resulta arbitrario el establecer fechas de inicio de la denominada etapa del “procesalismo científico”, no puede negarse que a partir de la conocida polémica entre WINDSCHEID Y MUTHER (1856-1857), se produjo el desarrollo del derecho procesal como disciplina autónoma, al confrontar la primitiva *actio* romana con la *Klage* germánica, lo que motivó la escisión de la acción del derecho sustantivo material.

Once años después de esta trascendental polémica aparece la obra clásica de OSCAR VON BULÖW (*Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*), la cual también ha marcado una pauta para el comienzo del estudio científico del derecho procesal. Posteriormente, la escuela del procesalismo científico siguió en Alemania y tuvo un gran desarrollo a comienzos del siglo XX en Italia.

El estudio científico del derecho procesal, sin embargo, ha dejado de ser monopolio de Alemania e Italia, como bien lo señaló hace tiempo ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.² Desde hace varias décadas, los científicos del derecho procesal han confrontado ideas e inclusive, canalizado esfuerzos para el estudio común de temas procesales de interés regional o mundial, lo que ha originado la reunión periódica de los procesalistas.

Así han nacido los diferentes organismos permanentes que suelen llevar el nombre de la tarea que desempeñan y que abarcan diferentes ámbitos geográficos de estudio, destacando el *Instituto Mexicano de Derecho Proce-*

² *Veinticinco años de evolución del derecho procesal 1940-1965*, México, UNAM, 1968, pp. 19 y 67-116.

sal (a nivel nacional);³ los institutos Iberoamericano⁴ y Panamericano de Derecho Procesal⁵ (a escala continental, incluyendo a España y Portugal); y la Asociación o Instituto Internacional de Derecho Procesal⁶ (de carácter mundial). Estos organismos permanentes se reúnen periódicamente para el análisis y estudio de los distintos temas procesales de actualidad y por lo mismo tienen poco tratamiento. Las reuniones de estudio de dichas organizaciones se denominan: *Congresos Mexicanos, Jornadas o Encuentros Iberoamericanos y Panamericanos, y Congresos Internacionales de Derecho Procesal*. No obstante, existen o han existido otras organizaciones que han realizado distintos eventos, como paneles de discusión de temas procesales, tal es el caso de las *Conferencias Panamericanas, Jornadas Nacionales, etc.*, y que se distinguen de las ya mencionadas porque se circunscriben a un cierto periodo o no se especializan en el derecho procesal, sino que tratan múltiples disciplinas de la ciencia jurídica. También destacan los ciclos de conferencias sobre derecho procesal, como el *Primer ciclo de conferencias de derecho procesal mexicano*, organizado por el Instituto de la Judicatura del Estado de Baja California.⁷

B. Congresos mexicanos de derecho procesal

Comenzaron en 1960 bajo el auspicio de NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, y del *Instituto Mexicano de Derecho Procesal*, organismo creado el 2 de mayo de 1945 con el nombre de *Academia Mexicana de Derecho Procesal* y que adquirió la denominación que actualmente tiene el 30 de agosto de 1956. Desde entonces, el Instituto ha sido presidido por los

³ Según NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en el bienio 1945-1946, se conjuntaron tres factores trascendentes en el cultivo del derecho procesal científico en México: 1. la fundación, el 2 de mayo de 1945, de la *Academia Mexicana de Derecho Procesal* (antecedora del actual Instituto); 2. la creación, el 15 de marzo de 1946 del *Seminario de Derecho Procesal*, en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM; y 3. la publicación del libro *Instituciones de derecho procesal civil* de RAFAEL DE PINA y de JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA ("Vida y milagros del Instituto Mexicano de Derecho Procesal", en *Derecho procesal mexicano*, México, Porrúa, 1976). Como señalaremos *infra*, en la actualidad el presidente de este Instituto es el Dr. Gonzalo ARMIENTA CALDERÓN.

⁴ Presidido por el procesalista brasileño Dr. José Carlos BARBOSA MOREIRA.

⁵ El Dr. Humberto BRISEÑO SIERRA es su presidente.

⁶ El actual presidente es el profesor Marcel STORME.

⁷ Cfr. *Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California. Admónjus*, Mexicali, vol. III, año 3, núm. 8, diciembre de 1999, pp. 84-88.

procesalistas IGNACIO MEDINA, ROBERTO MOLINA PASQUEL, HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, y actualmente por el doctor GONZALO ARMIENTA CALDERÓN.

Este Instituto se ha encargado de la organización de los dieciséis Congresos Mexicanos de Derecho Procesal que se han efectuado hasta la fecha, destacando también la participación de la Facultad de Derecho de la UNAM, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma universidad, y de los poderes judiciales de los estados. Los congresos se han enriquecido con la participación de procesalistas extranjeros. Además se ha logrado la difusión de las ponencias y estudios a través de distintas publicaciones, como la *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, la *Revista Procesal*, que edita el propio Instituto Mexicano de Derecho Procesal, o bien, en las *Memorias* de cada congreso, publicadas por los organizadores del evento.

Los dieciséis Congresos Mexicanos de Derecho Procesal han tenido como sede y fechas las siguientes: I. Ciudad de México (1960) y que coincidió con las I Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. II. Ciudad de Zacatecas (1966). III. Ciudad de Oaxaca (1967). IV. Ciudad de Cuernavaca (1969). V. Ciudades de Culiacán y Mazatlán (1970). VI. Ciudad de Toluca (1974). VII. Ciudad de Monterrey (1976). VIII. Ciudad de Jalapa (1979). IX. Ciudad de Mazatlán (1982). X. Ciudad de Guadalajara (1984). XI. Ciudad de Durango (1986). XII. Ciudad de Tampico (1989). XIII. Ciudad de Cuernavaca (1992) y que coincidió con las XIII Jornadas Iberoamericanas. XIV. Ciudad de México (1994). XV. Ciudad de Querétaro (1997). XVI. Ciudad de Guanajuato (1999).

La temática de los congresos ha sido de lo más variada, destacando los siguientes: aspectos procesales del juicio de amparo; unificación de los códigos procesales mexicanos (civiles y penales); carrera judicial; comentarios o propuestas a códigos adjetivos ya existentes o nuevos, de las entidades federativas (Zacatecas, Morelos, Baja California, Jalisco, etc.); distintos procesos: fiscales, mercantiles, administrativos, agrarios, penales y civiles; la acción, pretensión y defensa; la oralidad en algunos procesos; arbitraje, etc. El último congreso (XVI) se celebró en abril del presente año en Guanajuato y tuvo como tema principal: la teoría de la prueba.

Uno de los temas recurrente en estos congresos nacionales —que también se analizó en el último congreso mexicano efectuado en la ciudad de Guanajuato— por procesalistas nacionales y extranjeros, es el relativo a la enseñanza del derecho procesal, motivo que hoy nos reúne a los profesores y académicos

C. Congresos, encuentros, coloquios y jornadas iberoamericanas, panamericanas y mundiales

Hasta la fecha se han realizado XVI Jornadas Iberoamericanas, y XI Congresos Internacionales de Derecho Procesal, además de jornadas o encuentros panamericanos celebrados anualmente. No es el momento de referirnos a las distintas sedes, fechas y temáticas de cada uno de ellos. Para los efectos que aquí interesa, cabe mencionar que también la enseñanza del derecho procesal ha sido preocupación permanente de los procesalistas a nivel mundial. Y precisamente la idea de realizar este curso para profesores de derecho procesal tuvo su origen en una serie de reflexiones derivadas de las Jornadas de Derecho Procesal celebradas en 1998 en la ciudad de Brasilia, Brasil, y especialmente en la ponencia del procesalista chileno RAÚL TAVOLARI (que tendremos la fortuna de tenerlo como expositor el día de mañana). La experiencia de este tipo de cursos ha tenido buenos resultados en España y Chile, entre otros países de Iberoamérica.

Otro de los temas interesantes que también ha sido tratado en forma reiterada es el relativo al *Código tipo de Procedimientos Civiles para Latinoamérica*, destacando los esfuerzos de los procesalistas ENRIQUE VÉSCOVI y ADOLFO GELSI BIDART. En general, los temas de las Jornadas Iberoamericanas y Encuentros Panamericanos tienden a la unificación de la legislación iberoamericana y así se ha trabajado también sobre un *Código Procesal Penal Modelo* y en una *Ley Uniforme de Amparo*. Las próximas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (las XVII), se celebrarán del 18 al 20 de octubre en Costa Rica y el Encuentro o Jornadas Panamericanas que se realizarán en Argentina.

Los tres últimos congresos internacionales se han efectuado en Tokio, Japón (1992), Taormina, Italia (1995) y Viena, Austria (1999). Los temas generales en Japón e Italia fueron, respectivamente: "La justicia civil en la era de la globalización" y "Aspectos transnacionales del derecho procesal". En cuanto a este último, cabe hacer énfasis en uno de los temas ahí tratado que resulta de suma importancia para México en los próximos años, relativo a "los tribunales supranacionales", ya que recientemente nuestro país reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica, como ya lo han hecho la mayoría de los países americanos (excepto Estados Unidos y Brasil), por lo que puede pensarse ya en una especie de *amparo internacional*.

El último Congreso Internacional de Derecho Procesal se efectuó en el mes de agosto (del 23 al 28) en la ciudad de Viena, Austria, con la partici-

pación de 273 profesores provenientes de 40 países de América, Europa, África y Oceanía. Las ponencias y conferencias versaron sobre: *el proceso como motor del desarrollo social; el centenario del código austriaco de procedimientos civiles; tendencias recientes en las reformas procesales civiles; los procesos civiles sin fronteras: hacia la armonización y unificación de las leyes procesales; hacia una economía procesal: reducción en la duración y en los costos de los litigios civiles; el reto de una sociedad informática: aplicación de tecnologías avanzadas en los procedimientos civiles y en otros procedimientos; tendencias recientes en la posición de los jueces; tendencias recientes en la posición de los abogados; y la formación jurídica y los litigios civiles en una sociedad cambiante y conflictiva*. En la clausura se anunció que el próximo congreso mundial se efectuará en México en el año 2003.⁸

Al margen de los congresos, encuentros y jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas y mundiales a que nos hemos referido, periódicamente se organizan otros eventos, como el Simposio sobre "Abuso de los procedimientos" que organizó la Asociación Internacional de Derecho Procesal, en octubre de 1998 en Nueva Orleans, EUA; o como el Coloquio internacional organizado conjuntamente por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad *Tor Vergata*, con el tema principal relativo a los "procesos de integración y solución de las controversias. Del contencioso entre los Estados a la tutela de los individuos en Europa y América", que organiza el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebrado en Roma del 7 al 9 de septiembre de 1999 (una semana después del Congreso Internacional de Viena).

Además, en el mes de mayo de 1999 se celebraron las X Jornadas Nacionales Uruguayas; en junio las III Jornadas Brasileñas; y del 6 al 9 de octubre de ese mismo año, se celebró el XX Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, con sede en San Martín de los Andes. Y recientemente

⁸ Véase un breve resumen de las ponencias y conferencias del Congreso de Viena, así como las palabras del Dr. Cipriano Gómez Lara, que en representación del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, presidido por el Dr. Gonzalo Armienta Calderón, invita formalmente al Instituto Internacional de Derecho Procesal, para participar en la preparación y realización del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal en México, en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, año III, noviembre de 1999, núm. 6, pp. 36-42.

se realizó otro Coloquio en Gante, Bélgica (25-28 abril de 2000), organizado por el propio Instituto de Derecho Procesal Internacional.⁹

III. PODER JUDICIAL Y DERECHO PROCESAL

En los últimos años la preocupación de los juristas por la impartición de justicia ha alcanzado dimensiones universales.¹⁰ Especialmente en los países latinoamericanos la revisión permanente a esta temática se ha convertido en una genuina necesidad social, motivando transformaciones significativas en sus poderes judiciales.¹¹

A. Unidad o diversidad de jurisdicción

Varios Estados democráticos han seguido el principio de unidad de jurisdicción. Esta tendencia consiste en que todos los órganos de impartición de justicia pertenezcan al Poder Judicial, al considerar que la función jurisdiccional originaria necesariamente debe ser ejercida por este poder del Estado. Bajo esta óptica ningún otro poder, institución o persona puede realizar funciones jurisdiccionales. Este principio descansa en las ideas de división de poderes de Montesquieu, de tal forma que a quien elabore las leyes le quede prohibido su ejecución e interpretación, quien las ejecuta no puede hacerlas ni juzgar sobre ellas, y quien las interpreta y juzga no debe hacerlas ni ejecutarlas. En la práctica esto resulta difícil. Incluso los constitucionalistas hoy dicen que dicha división tripartita de poderes en sentido puro se encuentra en crisis (por ejemplo, con la creación de los tribunales constitucionales europeos se sostiene la existencia de un cuarto poder: *poder constitucional*).

Frente a esta unidad de la jurisdicción existe la tendencia contraria, teniendo como fundamento la *juridización* del Estado. La administración tiende a ser cada vez más amplia, lo que originó que también actuara en el ámbito de la impartición de justicia, a través de organismos administrati-

⁹ Cfr. la reseña del coloquio de Gante, por Cipriano GÓMEZ LARA, en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2000, año IV, núm. 7.

¹⁰ Véase, por ejemplo, la obra colectiva *Judicial systems in a period of transition*, Alemania, Consejo de Europa, 1997.

¹¹ Para una visualización de esta temática, véase la obra colectiva: *Administración de Justicia en Iberoamérica* (coord. José Ovalle Favela), México, UNAM, 1993.

vos que se han denominado *tribunales administrativos o no judiciales*. Si bien la doctrina y jurisprudencia de los países latinoamericanos han reconocido su función jurisdiccional, también han sido criticados por la doctrina,¹² en tanto que debilitan el concepto de la verdadera y propia función jurisdiccional, al equiparar a estos órganos administrativos con una función idéntica a los realizados por los genuinos jueces y órganos del Poder Judicial.

En un análisis en retrospectiva, se puede afirmar que México ha seguido paulatinamente la segunda tendencia. La Constitución de 1917, en su texto original, consideraba implícitamente la unidad de jurisdicción, al establecer el principio de división de poderes y atribuir el ejercicio de la función jurisdiccional exclusivamente al Poder Judicial de la Federación y a los poderes judiciales de las entidades federativas con dos excepciones: los tribunales militares (art. 13) y las Juntas de Conciliación y Arbitraje (art. 123, fracciones XX y XXI). A pesar de ello, la tendencia ha sido a la creación de tribunales fuera del Poder Judicial y dentro del Ejecutivo, entre los que figuran: el Tribunal Fiscal de la Federación (1936); el Tribunal de Arbitraje (1938), que posteriormente se convirtió en Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje; el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (1971); el Tribunal de lo Contencioso Electoral (1988), posteriormente Tribunal Federal Electoral—actualmente Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal (1996)—; el Tribunal Superior Agrario y los tribunales unitarios agrarios (1992); así como los distintos tribunales administrativos, fiscales y burocráticos creados en los estados, como también los consejos tutelares para menores, tribunales de conciliación y arbitraje, y tribunales electorales locales.¹³

Bajo esta tendencia diversificante de jurisdicción, debe cuestionarse si estos tribunales dependientes del Poder Ejecutivo han cumplido cabalmente sus funciones, y si convendría, no sólo desde la óptica doctrinal sino práctica, volver a la idea original del texto constitucional de 1917 y así encontrarnos en posibilidad de discernir respecto a una impartición de jus-

¹² Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 31 y ss.

¹³ Sobre los distintos tribunales no judiciales de los estados, véase FIX-ZAMUDIO, Héctor y COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996; y OVALLE FAVELA, José, "El derecho procesal mexicano en el siglo XX", en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, pp. 501 y ss.

ticia uniforme y con principios comunes.¹⁴ La creación constante de tribunales fuera del Poder Judicial y dentro del Poder Ejecutivo es una contradicción al principio de unidad de jurisdicción. Esta evolución —como afirma OVALLE FAVELA—¹⁵ a fuerza de agregar constantemente excepciones a la regla, ya resulta difícil determinar si los tribunales judiciales siguen siendo la regla o se han convertido en la excepción. Si bien la mera pertenencia de un tribunal al Poder Judicial no garantiza por sí sola su independencia, también es evidente que la proliferación de tribunales fuera de dicho poder tiende a debilitar a éste, propicia la diversidad y aun la contradicción en los criterios de interpretación jurisprudencial de la ley, distribuye con criterios muy dispares los recursos presupuestales y no contribuye, en definitiva, a asegurar la independencia judicial.

B. Los intereses supraindividuales o de grupo (difusos y colectivos)¹⁶

Por regla general el derecho viene a la retaguardia de la realidad. Los científicos del derecho, legisladores y jueces tienen que realizar una labor armónica y acorde con las transformaciones y demandas de la sociedad, para poder visualizar, captar y alcanzar a la realidad misma para normativizarla.

Esto ha sucedido con la aparición de los derechos humanos que se han denominado de la tercera generación y al margen de los ya existentes derechos civiles y políticos, y de los derechos culturales, sociales y económicos. Entre esta nueva generación de derechos se encuentran, entre otros, el derecho al medio ambiente, el derecho de los consumidores, el derecho al desarrollo, el derecho a la calidad de vida, la libertad informática, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz, etc.

La introducción de esta nueva ola de derechos ha generado múltiples problemas para los juristas, empezando con la aceptación de los mismos como verdaderos derechos autónomos. Como afirma Robert PELLOUX, estos derechos “no corresponden a la noción de derechos del hombre tal como ha

¹⁴ La reforma constitucional de 1996 constituye un reflejo del principio de unidad de jurisdicción, al incluir al Tribunal Federal Electoral dentro del Poder Judicial Federal.

¹⁵ Cfr. “El derecho procesal mexicano en el siglo XX”, *op. cit.*, pp. 501 y ss.

¹⁶ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Los intereses supraindividuales y el juicio de amparo”, en *Admónjus. Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California*, Mexicali, diciembre de 1999, vol. III, año 3, núm. 8, pp. 38-46.

sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar como nación, pueblo, sociedad, comunidad internacional, lo que les opone a los verdaderos derechos del hombre, no sólo a los derechos estrictamente individuales, sino incluso a los derechos colectivos, que, a menudo, no son más que derechos individuales que se ejercen colectivamente”.

Sin embargo, la aceptación de los mismos como derechos autónomos ha sido superada aun cuando todavía se encuentren en fase de formación. Los problemas ahora se presentan en otros campos, como lo es su protección jurisdiccional. De ahí que el *acceso a la justicia* de los *derechos o intereses supraindividuales o de grupo* se convirtió en uno de los temas predilectos del procesalismo científico contemporáneo,¹⁷ a partir de las teorías de MAURO CAPPELLETTI expuestas en una famosa conferencia en París en el año de 1975,¹⁸ publicada posteriormente por la *Revista Internacional de Derecho Comparado*,¹⁹ y cuyas ideas fueron traducidas al español en 1977 bajo el título: *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*.²⁰

La problemática comienza desde la terminología misma que se utiliza para su identificación. Se utilizan las expresiones: intereses de grupo, intereses colectivos, intereses difusos, intereses sociales, intereses de serie, intereses de sector, intereses de categoría, intereses difundidos o propagados, intereses profesionales, intereses fragmentarios, intereses transpersonales, intereses sin estructura, *interessi adespoti* (sin dueño, anónimos), intereses supraindividuales, intereses superindividuales, intereses de clase, intereses dispersos,²¹ etc. No sin razón FAIRÉN GUILLÉN sostiene que

¹⁷ Cfr. las múltiples ponencias sobre la protección de los intereses difusos o colectivos presentadas en las *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, celebradas en Cuernavaca en agosto de 1992.

¹⁸ El propio CAPPELLETTI reconoce lo “audaz, si no escandalosa” que representó la temática de su conferencia. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, “La protección de los intereses colectivos o difusos”, en *XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1993, pp. 245-258.

¹⁹ “La protection d’interêts collectifs et de groupe dans le proces civil (Métamorphoses de la procédure Civile)”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 571-597.

²⁰ Traducción de Raúl Brañes, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, n.s., año XI, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 1-40.

²¹ En cuanto a la terminología y a los autores que la utilizan, véase BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 59 y ss.

estos intereses representan un concepto todavía nuevo, incierto y poco unívoco.²²

La doctrina se inclina, sin embargo, a utilizar como concepto genérico el de *intereses de grupo* o *intereses supraindividuales*. Y dentro de esta conceptualización se comprenden los *intereses difusos* y los *intereses colectivos*.

Estos últimos deben diferenciarse. La doctrina ha elaborado distintas teorías, basadas en criterios organizativos (VIGORITI), corporativos (DENTI), en cuanto al centro de riferimento (CARAVITA), según el tipo de interés en el campo administrativo o privado (FEDERICI), vínculo jurídico de unión (BARBOSA MOREIRA, PELLEGRINI), etc. En general, los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio; los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados y circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tienen un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. En todo caso, sean difusos o colectivos estos intereses, lo esencial como afirma CAPPELLETTI²³ es que nadie es titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares. Así sucede, por ejemplo, por lesiones o ataques al medio ambiente, a los consumidores de un determinado producto, al patrimonio artístico o cultural, y a las minorías étnicas y nacionales.

La legislación brasileña ya prevé la distinción entre *intereses difusos* e *intereses colectivos*. El artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor (1990) establece:

“La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo.

La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

I. Intereses o derechos difusos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titu-

²² *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 93.

²³ “Apunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi”, en AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 junio 1974)*, Padua, CEDAM, 1976, pp. 191-221.

lares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hechos.

II. Intereses o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

III. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de origen común.”

La distinción entre *intereses difusos* e *intereses colectivos* no resulta del todo clara. Lo que interesa en realidad es su tutela jurídica, con independencia de su diferenciación doctrinal. Y más aún, no es suficiente el reconocimiento de dichos intereses por la legislación, si no existen los mecanismos procesales adecuados para su protección jurisdiccional. Ya algún procesalista gráficamente lo apuntaba: “Si un consumidor acude a mí en busca de consejo, podría citarle el principio o la ley que le protege. Pero esto no significaría nada, pues casi siempre se demostraría la imposibilidad de acceder a los tribunales” (CALAIS-AULOY).

Y ahí precisamente encontramos el meollo de la cuestión: el acceso a la justicia de estos nuevos intereses. El problema se encuentra íntimamente relacionado con la *legitimación ad causam*, ya que rompe con los esquemas tradicionales de la misma. En la *legitimación común u ordinaria*, se actúa con base en la titularidad de un derecho subjetivo propio; en la *legitimación extraordinaria*²⁴ que acepta la doctrina, se ejercita un derecho de otro en nombre de otro y en beneficio propio; en los intereses de grupo, en cambio, encontramos una legitimación *sui generis*, en tanto que si bien se actúa afirmando la titularidad de un derecho o interés propio, éstos se encuentran confundidos con el resto del conglomerado o grupo, por lo que el reclamo en realidad se hace también a nombre de todos los posibles afectados por un determinado hecho o acto. De ahí la importancia de la acción derivada de este tipo de intereses, pues su actuación trasciende del propio interés para proyectarse en el interés de toda la colectividad o grupo que asume.

Como se advierte, el problema radica en la determinación de los sujetos legitimados activamente para promover acciones relativas a dichos intereses difusos y colectivos. La solución se dirige a dos vertientes, teniendo en cuenta las propuestas en el derecho comparado: la primera —seguida por

²⁴ Para una mayor claridad sobre la legitimación ordinaria y la extraordinaria, véase ALMAGRO NOSETE, José, *Derecho procesal*, Madrid, Trivium, 1995, t. I, pp. 404-405.

las legislaciones estadounidense y europea— es la habilitación de nuevos mecanismos procesales, particularmente mediante la atribución de personería a las asociaciones de titulares de intereses difusos; y la segunda, a través de las instituciones procesales ya existentes. Esta última postura es la que predomina en los países latinoamericanos, teniendo en cuenta las siguientes directrices:²⁵

1. *Legitimación al Ministerio Público.* Si bien para algunos debe excluirse de la legitimación de los intereses difusos y colectivos (GELSI BIDART²⁶ y BARRIOS DE ÁNGELIS²⁷) al Ministerio Público, no puede perderse de vista que éste tiene la representación social y el interés público inserto en el objeto del proceso, teniendo en cuenta que dichos intereses pertenecen a todo un grupo de la sociedad.
2. *Legitimación a asociaciones o personas en representación de los grupos portadores del interés difuso o colectivo (previa autorización del Ministerio Público).* Este tipo de legitimación equivale a las *relator actions* que se prevén en Inglaterra —y en algunos otros países del *common law*, como Australia y Nueva Zelanda—; quien ejercita la acción es en realidad el *Attorney General* (equivalente al Ministerio Público), por petición de la asociación o particular y si se rehusase, éstos pueden promover con consentimiento del propio *Attorney General*. Lo que se pretende con este tipo de legitimación es evitar el abuso de demandas frívolas; sin embargo, la discrecionalidad que se otorga al Ministerio Público para que actúe o dé su autorización resulta peligrosa, teniendo en consideración la falta de autonomía de esta institución social en los países latinoamericanos.
3. *Legitimación directa a asociaciones o personas en representación de los intereses difusos y colectivos.* Representan a las denominadas *class actions* estadounidenses. Aquí la legitimación resulta colectiva o de

²⁵ Cfr., entre otros, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986, pp. 27-28; (con José Ramón Cossío), *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, op. cit.

²⁶ GELSI BIDART, Adolfo, "El derecho procesal y la protección al consumidor", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1978, núm. 1, pp. 11-25.

²⁷ BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Argentina, Depalma, 1983. Este último autor, sin embargo, acepta la legitimación del Ministerio Público, dependiendo de las características del interés difuso en juego y de la sensibilidad funcional (pp. 135-136).

grupo. Se trata de una legitimación intermedia entre la legitimación tradicional y la legitimación abierta de la acción popular. Siguiendo la terminología de FAIRÉN GUILLÉN, se trata del caso de *litisconsorcio cuasinecesario*, en tanto supone que un grupo de personas, identificables o no, se hallan ante un determinado evento jurídico en situación igual de calidad, de modo tal que teniendo todas ellas legitimación para accionar, algunas lo hacen y otras no, pero la resolución les va a afectar a todas esas personas por ser única la relación que existe entre el evento y ellas.²⁸

4. *Legitimación al Ombudsman (Comisión de Derechos Humanos).* Al igual que la legitimación antes vista otorgada al Ministerio Público, la atribuida a los órganos protectores de los derechos humanos se refiere a una tutela y legitimación pública —en contraposición de la legitimación privada— de los intereses de grupo. En México existe un sector minoritario que apoya la intervención jurisdiccional de las Comisiones de Derechos Humanos (nacional o estatales) y así se pugna, por ejemplo, en otorgarles legitimación para ejercitar la acción constitucional de amparo, como sucede en otros países.²⁹

Por otra parte, otro de los problemas que se presenta se refiere a la sentencia que en estos procesos se dicte. Se discute si los efectos de la misma deben ser *erga omnes*. Al respecto resulta significativa la regulación vigente de Uruguay.

La reforma procesal uruguaya en este aspecto tiene su origen en el Anteproyecto de *Código Procesal Civil Modelo para América Latina*, redactado desde hace décadas por los procesalistas uruguayos ENRIQUE VÉSCOVI y ADOLFO GELSI BIDART (en el que tanto se ha insistido en las *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* e incluso en los *Congresos Mexicanos*).³⁰ El artículo 153 de dicho anteproyecto prevé los intereses de grupo de la siguiente manera:

²⁸ Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 143-145.

²⁹ La Constitución española, por ejemplo, le otorga legitimación expresa al *Defensor del Pueblo* (equivalente a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México) para promover el recurso de amparo (art. 162.1-b).

³⁰ Cfr. por ejemplo, la ponencia presentada por ENRIQUE VÉSCOVI en el *XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (celebrado en la ciudad de Durango, del 28 al 31 de mayo de 1986): "Código tipo de Procedimientos Civiles para Latinoamérica".

“REPRESENTACIÓN EN CASO DE INTERESES DIFUSOS. *En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos o en general que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, están legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el ministerio público, cualquier interesado y las instituciones y asociaciones que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido*”.

Y específicamente el artículo 194 del mismo anteproyecto establece:

“EFECTOS DE COSA JUZGADA EN PROCESOS PROMOVIDOS EN REPRESENTACIÓN DE INTERESES DIFUSOS. *La sentencia dictada en procesos promovidos en representación de intereses difusos tendrá eficacia erga omnes, salvo si fuera absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado*”.

Estos artículos del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Latinoamérica, fueron reproducidos casi textualmente en los artículos 42 y 220 del Código General del Proceso (Ley núm. 15,982) uruguayo de 18 de octubre de 1988, ordenamiento procesal considerado como el más reciente y moderno de Latinoamérica (FIX-ZAMUDIO).³¹

En América Latina el acceso a la justicia de los portadores de intereses de grupo ha tenido especial significación en la tutela de los intereses de los consumidores, mediante leyes específicas, como las leyes de protección y defensa del consumidor de Venezuela (1974), Costa Rica (1975-1982) y México (Ley de Protección al Consumidor de 1975 y la nueva Ley de 1992).

Esta línea de protección de los intereses difusos y colectivos, ha alcanzado también a algunos textos constitucionales latinoamericanos:

1. La *Constitución de Brasil* de octubre de 1988 (artículo 5o fracción LXIII) prevé una acción popular y mediante interpretación jurisprudencial de los tribunales brasileños se admitió el ejercicio de dicha acción para la tutela de los intereses de grupos indeterminados relacionados con el medio ambiente, el desarrollo urbano y el patrimonio artístico y cultural.
2. La *Carta Magna de Colombia* de julio de 1991 prevé un capítulo denominado *De los derechos colectivos y del ambiente* (artículos 78-82)

³¹ Cfr. *El poder judicial en el ordenamiento mexicano, op. cit.*, p. 44.

y en su artículo 88 otorga un acceso a la justicia importante, al establecer: “La ley regulará las *acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos*, relacionados con el patrimonio, espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo los casos de responsabilidad civil objetiva por *el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*”. Esta tutela jurisdiccional se complementa con el artículo 89 al señalar: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, *de grupo o colectivos*, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

3. Por su parte, el *Texto Fundamental de Paraguay* de junio de 1992, también prevé una tutela específica en esta materia en su artículo 38: “*Del derecho a la defensa de los intereses difusos*. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de los otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio”.

Como hemos visto hasta ahora, el acceso a la justicia de las personas y asociaciones portadoras de los intereses de grupo (difusos o colectivos), ha sido preocupación fundamental por el procesalismo científico mundial en los últimos años. Su tutela jurisdiccional se ha integrado en las legislaciones de Estados Unidos, Inglaterra y algunos países de la familia del *common law*, en Europa continental y en algunos países de América Latina. En México, sin embargo, todavía no se consolida la cultura de la protección de estos intereses. Existen avances importantes, sobre todo en cuanto a medio ambiente y protección al consumidor; y se regulan algunos tipos de *acciones de clase*, que algunos afirman existe en la legislación electoral.³²

³² Al respecto CIPRIANO GÓMEZ LARA y CARLOS ORTIZ MARTÍNEZ se refieren a “una acción de clase en materia electoral federal en México”, al sostener la posibilidad de que

Queda todavía una magna tarea en el ámbito legislativo. Y más aún en la interpretación de los jueces, que ante falta de regulación expresa son contados los que han abierto el paso franco al acceso a la justicia de estos nuevos derechos o intereses.

Debemos someter a revisión, por ejemplo, el concepto del agravio personal y directo que rige al juicio de amparo mexicano desde el siglo XIX. En algunas otras latitudes, se ha extendido la legitimación en materia de amparo en aras de una tutela jurídica más completa de los derechos humanos y en concordancia con los avances de la ciencia procesal. El artículo 162.1 de la actual Constitución española de 1978 legitima para promover el recurso de amparo a cualquier persona física o moral que invoque un *interés legítimo* y con base en este interés legítimo el Tribunal Constitucional español ha legitimado a asociaciones o grupos sociales —incluso sin personalidad jurídica— cuando actúan en defensa del derecho fundamental de alguno de sus miembros, pues se ha considerado que los entes de tales colectividades “están imbricados con los de las personas que lo integran”.³³ Similar criterio se adoptó previamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.³⁴

En América Latina, deben destacarse los esfuerzos de la doctrina para incluir vía amparo la protección de los intereses de grupo,³⁵ y sobre todo a la Constitución brasileña de 1988 que incorporó el *mandato de segurança coletivo* (“mandamiento de seguridad” equivalente al juicio de amparo), así como también la Constitución argentina,³⁶ lo que nos conduce a a reflexio-

varias impugnaciones aisladas tengan un efecto en cascada, que puede ser diferente al que cada recurrente pidió inicialmente, pero que como consecuencia de la acumulación sumatoria puede llegar hasta la anulación de una elección, siempre y cuando se acrediten violaciones en ciertos porcentajes (“Una acción de clase en materia electoral federal en México”, en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (celebradas en agosto de 1992 en Cuernavaca, Morelos), México, UNAM, 1993, pp. 297-305).

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional español número 180/1988, de 11 de octubre.

³⁴ Sentencia de 27 de octubre de 1975 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “Sindicato Nacional de la Policía Belga” y “Sindicato Sueco de Maquinistas”.

³⁵ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 203 y ss.

³⁶ La Constitución Nacional Argentina al referirse al amparo introdujo un segundo párrafo que dice: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

nar sobre la posibilidad de ampliar la legitimación e introducir, al margen del existente juicio de amparo social (en materia agraria), el que podríamos denominar *juicio de amparo colectivo*, para aquellas colectividades o grupos no asociados portadores de un interés difuso o colectivo.³⁷ Los jueces de distrito en México, si bien no han tutelado vía amparo estos intereses, don Lucio CABRERA ACEVEDO³⁸ y don Genaro GÓNGORA PIMENTEL,³⁹ nos proporcionan ejemplos de juzgadores constitucionales que han protegido los intereses difusos y colectivos. Ahora que se está elaborando un Anteproyecto de una Nueva Ley de Amparo (que abrogue la actual de 1936) es el momento oportuno para reflexionar en su incorporación definitiva y revisar otros principios que han regido a nuestra máxima institución procesal como el relativo a la relatividad de las sentencias de amparo o fórmula Otero, ya que “existe un consenso esencial en la doctrina jurídica mexicana pero también en los distintos sectores sociales y políticos, de que se requiere una renovación profunda de nuestro ordenamiento en cuanto a la regulación del juicio de amparo”(FIX-ZAMUDIO).⁴⁰

Por último, debe resaltarse que recientemente se adicionó un párrafo quinto al artículo 4o constitucional que dice: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar” (lo cual implica el derecho a una calidad de vida y el derecho al medio ambiente, relacionados directamente con los intereses difusos).

C. El concepto de acción procesal⁴¹

Sobre los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal, a los que PODETTI se refería como *trilogía estructural del proceso*, gráficamente

³⁷ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000, p. 237.

³⁸ CABRERA ACEVEDO, Lucio, “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 211-243, en pp. 224-226.

³⁹ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *La suspensión en materia administrativa*, 4a ed., México, Porrúa, 1998.

⁴⁰ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Prólogo” a la obra de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Porrúa, 2000, p. XVIII.

⁴¹ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Sobre la naturaleza jurídica de la acción”, en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, 1999, año III, núm. 5, pp. 1-9.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO decía que del *proceso* sabemos dónde está pero no lo que es; de la *jurisdicción* conocemos lo que es pero no dónde está; y de la *acción* ignoramos ambas: lo que es y dónde está. Sin duda, esta última categoría fundamental —la acción— es la que más debates y polémica ha generado entre los procesalistas, y tal vez debido a que en su propia naturaleza jurídica se encontró el germen del nacimiento de la ciencia procesal como disciplina autónoma.

La conceptualización jurídica de la *acción* ha variado desde su aparición en el derecho romano. En el último siglo esta institución ha sido preocupación permanente de los juristas, lo cual ha motivado el surgimiento de la moderna ciencia procesal, al lograrse la escisión de la misma del derecho subjetivo material. Sin embargo, su problemática queda todavía latente. A tal extremo, que en la actualidad son notables las divergencias entre las diversas teorías que tratan de explicar el fenómeno que nos ocupa. Con razón CALAMANDREI, con tintes poéticos decía que “las teorías sobre la acción como las noches de la leyenda, son mil y una y todas maravillosas”.

Este verdadero rompecabezas del derecho procesal se debe, en gran medida, a las diversas connotaciones que, dentro y fuera del ámbito jurídico, le atribuyen al vocablo “acción”. En este sentido PEKELIS⁴² se refiere a más de una docena de acepciones.

No es el momento de referirnos a la evolución histórica de este concepto fundamental. Baste sólo decir que la concepción romanística —en donde a cada *actio* le correspondía un derecho— comprendida en la conocida definición del jurisconsulto Celso: *Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeat, iudicium persequendi*, que pasara con una ligera modificación a las Instituciones de Justiniano: “*Mas la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe*”, se prolongó hasta mediados del siglo XIX.

Pasando por la concepción civilista de la acción, encabezada principalmente por SAVIGNI y sus seguidores en Italia (MATIROLO, GALANTE, PESCATORE, etc.), cuya concepción de la acción la hacían depender todavía del derecho subjetivo material, considerándola como “el derecho mismo

⁴² PEKELIS, Alejandro, voz “Azione”, en *Novissimo digesto italiano*, Turín, Unione Ripografico-Editrice Torinese, 1937, tomo II, pp. 91 y ss. (existe trad. al español por Santiago Sentís Melendo, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, año VI, 1948, pp. 157 y ss.

en pie de guerra”, llegamos a la famosa polémica entre WINDSCHEID Y MUTHER (1856-1857) en la que se confrontó la *actio* romana con la *Klage* germánica. Como ya dijimos, esta polémica y la famosa obra de BÜLOW (*Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, 1868) marcan el inicio de la moderna ciencia procesal, al lograrse la escisión de la acción del derecho sustantivo. Acontecimiento que también da lugar al comienzo de la etapa del procesalismo científico que prevalece hasta la actualidad.

Una vez superadas las doctrinas privatistas, la doctrina dominante coincide en sistematizar las teorías publicistas en dos grandes grupos: teoría abstracta y teoría concreta, al margen de aquella corriente que trata de evidenciar “la relatividad del concepto de acción” (CALAMANDREI) o de las que adoptan una posición ecléctica (LIEBMAN, SIERRA DOMÍNGUEZ, etc.)

En general, en Latinoamérica predomina la *teoría de la acción como derecho abstracto de obrar*, es decir, aquella concepción de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, dirigida contra, frente o hacia el Estado, *para provocar la actividad jurisdiccional, con independencia del resultado de la sentencia*.

En contraposición a esta teoría, en las últimas décadas ha resurgido la conceptualización de la *acción como derecho concreto de obrar*, teniendo como fundamento las ideas de Adolfo WACH sobre la *pretensión de tutela jurídica*, y las de Giuseppe CHIOVENDA —iniciadas en su famosa prolucción leída en la Universidad de Bolonia en 1903 sobre *La acción en el sistema de los derechos*—, corriente que ha tenido importantes seguidores en diferentes épocas (GOLDSCHMIDT, WEISMANN, HELLWIG, REDENTI, etc. y de cierta forma CALAMANDREI).⁴³

Así sucede en España, en donde existe una verdadera escuela de procesalistas que se inclinan por la teoría concreta de la acción. Esta corriente resurgió con DE MIGUEL Y ROMERO y DE MIGUEL Y ALONSO,⁴⁴

⁴³ Si bien Piero CALAMANDREI se inclina por la “relatividad del concepto de acción”, no debe perderse de vista que él mismo reconocía la teoría concreta de la acción como la más adecuada al proceso civil italiano, como lo señala en su obra *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de la segunda ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1962, t. I, p. 256).

⁴⁴ Cfr. DE MIGUEL Y ROMERO, Mauro, y DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *Derecho procesal práctico*, 11a. ed., Barcelona, Bosch, 1967, t. I, pp. 42 y 45.

pero sobre todo con EMILIO GÓMEZ ORBANEJA⁴⁵ y ANDRÉS DE LA OLIVA⁴⁶ (que actualmente encabeza a esta escuela de procesalistas).⁴⁷

En México, la mayoría de procesalistas sigue la teoría abstracta de la acción, debido, probablemente, a la honda escuela creada por Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO —a quien tanto debe el procesalismo científico mexicano— (FIX-ZAMIUDIO, BRISEÑO SIERRA, GARCÍA RAMÍREZ, GÓMEZ LARA, FLORES GARCÍA, OVALLE FAVELA, etc. De ahí que en nuestro país no ha existido un debate científico serio sobre la naturaleza jurídica de la acción, y si dicho debate y confrontación de ideas no se realiza con uno de los conceptos fundamentales de la ciencia procesal, cabe reflexionar si puede darse con respecto a otras categorías procesales que se deriven del tradicional concepto de acción. Debe mencionarse, sin embargo, como una aportación importante al tema, la *teoría de la acción como instancia proyectiva* de Humberto BRISEÑO SIERRA, que si bien desarrolla bajo el prisma abstracto le imprime un matiz propio y novedoso.

D. Política judicial y órgano de administración del poder judicial

La reforma judicial de 1994 constituye la más importante de los últimos años. La reforma constitucional comprendió 27 artículos sustantivos y 12 transitorios. Los aspectos más significativos en torno al poder judicial podemos sintetizarlos en:

1. Nueva integración de la Suprema Corte, de veintiséis ministros se redujo a once.⁴⁸
2. Un nuevo mecanismo de designación de los ministros (mediante ternas propuestas por el presidente de la República al Senado).

⁴⁵ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (con Vicente Herce Quemada), *Derecho procesal civil*, 8a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979, vol. 1, pp. 227-234.

⁴⁶ Cfr., entre otros, su obra que trata específicamente la naturaleza de la acción: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Barcelona, Bosch, 1980.

⁴⁷ El considerado padre de esta escuela de procesalistas es Jorge CARRERA LLANSANA, que sin dejar prácticamente obra científica, a través de sus enseñanzas formó a importantes procesalistas (Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Andrés DE LA OLIVA, Faustino CORDÓN MORENO, Ángel BONET NAVARRO, etc.).

⁴⁸ Sólo dos ministros de la última integración de la Suprema Corte conformaron la nueva composición (ministros Mariano Azuela Güitrón y Juan Díaz Romero).

3. La creación del Consejo de la Judicatura Federal y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.
4. Nuevos requisitos para ocupar el cargo de ministro (se suprime la edad de retiro forzoso, se reduce la residencia en el país de cinco años a dos, impedimento a quienes hayan desempeñado cargos públicos relevantes durante el año previo al de su nombramiento).
5. La duración del cargo de ministro se limitó a quince años.
6. La implantación de la carrera judicial.
7. Nuevos mecanismos de control constitucional de competencia de la Suprema Corte, mediante la incorporación de la *acción de inconstitucionalidad* y la revitalización de las *controversias constitucionales*.

La creación de los Consejos de la Judicatura Federal y del Distrito Federal —que tuvieron como inspiración clara al Consejo General del Poder Judicial español—, como órganos de gobierno y administración del poder judicial, significó un avance considerable, aunque hubiese sido deseable la realización de foros de consulta a las escuelas y facultades de derecho, institutos de investigación y barras de abogados. La reforma no dio pauta a ningún tipo de reflexión, pues de la presentación de la iniciativa por parte del Ejecutivo federal al Senado (5 de diciembre de 1994) a la publicación de las reformas en el *Diario Oficial de la Federación* (31 de diciembre de 1994) transcurrió menos de un mes.

A pesar de la premura en su creación, la idea de crear órganos técnicos especializados en el gobierno y administración del poder judicial se remonta al año de 1966. En el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Zacatecas) se acordó la propuesta de la creación del *Consejo Supremo Judicial*.⁴⁹

Una de las competencias más importantes de los Consejos de la Judicatura es la designación, ascensos, adscripción, capacitación y formación de los integrantes del poder judicial. A cinco años de funcionamiento del Consejo de la Judicatura Federal, se han realizado varios concursos internos de oposición para la designación de magistrados de circuito y jueces de distrito. Recientemente (2000), por primera vez, se efectuó un concurso abierto de oposición para la designación de jueces de distrito.

⁴⁹ Cfr. FIX-ZAMIUDIO, Héctor, "Organismo judicial y Ministerio Público", en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, México, UNAM, 1979, p. 329.

Otra competencia importante se centra en la disciplina y vigilancia. Y aquí nos introducimos a una parcela de nuestra disciplina muy poco tratada y que podríamos denominar como *auditoría procesal*, y que bien pueden servir como parámetros las líneas apenas visibles de lo que se ha llamado la *auditoría jurídica*.⁵⁰ En cuanto a los estados de la República mexicana, se han incorporado también consejos locales, algunos dentro y otros fuera de la estructura del Poder Judicial.

Las reformas a los artículos 94, 97, 100 y 107 constitucionales, aprobadas el 11 de junio de 1999, representan importantes cambios en la composición del Consejo de la Judicatura Federal y en la distribución de competencias del Poder Judicial Federal. Conforme al artículo segundo transitorio del Decreto de reformas, los consejeros concluyeron sus funciones a la entrada en vigor del mismo, es decir, el 12 de junio de 1999 (excepto el presidente de la Suprema Corte que también lo es del Consejo). Así, se nombraron a los nuevos consejeros: dos por parte del Senado de la República, uno por el Ejecutivo Federal y tres por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia.⁵¹

E. La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional

Existe un acercamiento cada vez mayor entre los dos principales sistemas de control constitucional (americano o difuso y europeo o concentrado). Este fenómeno se puede apreciar, en general, con la creación de salas, cortes o tribunales constitucionales en países americanos: Bolivia, (1994), Chile (1970, 1980), Colombia (1991), Costa Rica (1989), Ecuador (1993), El Salvador (1983, 1991), Guatemala (1965, 1985), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999).

En México, si bien se adopta un sistema mixto, a partir de las reformas constitucionales y legales de 1988 se advierte un claro acercamiento hacia el modelo europeo o austriaco. Desde esa fecha el control de legalidad pasa a los tribunales colegiados, reservando la Suprema Corte el control de la constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad a través del juicio de amparo, convirtiéndose materialmente en un tribunal constitucional, a semejanza de los existentes en Europa continental.

⁵⁰ CHARRY, Héctor P. O., *Auditoría jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

⁵¹ Hay quienes han calificado estas reformas al Consejo de la Judicatura como "contrarreformas". Véanse, entre otros, las críticas de José Ramón COSSÍO, periódico *Reforma*, lunes 3 de mayo de 1999, p. 2A.

Este acercamiento al modelo europeo se patentiza aún más mediante las reformas constitucionales del 31 de diciembre de 1994 al: a) reducir el número de integrantes de la Suprema Corte de Justicia a once —de los veintiséis que existían—; b) suprimir la inamovilidad de sus miembros al establecer un periodo de quince años; y c) incorporar por vez primera una acción abstracta de inconstitucionalidad. Todo lo anterior marca la tendencia hacia los tribunales constitucionales europeos (cuyos miembros varían entre nueve y dieciséis, son electos por periodos determinados y conocen de la acción de inconstitucionalidad de leyes).

Las reformas constitucionales del 11 de junio de 1999 confirman esta tendencia al establecerse en el artículo 94, párrafo séptimo, la facultad del Pleno del más Alto Tribunal de expedir acuerdos generales a fin de "remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia". Y la fracción IX del artículo 107 señala que las resoluciones que se dicten en materia de amparo directo por los tribunales colegiados no admiten recurso alguno, excepto los casos en que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución y a juicio de la Suprema Corte y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en este caso procederá el recurso de revisión, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales. Como se advierte, en este último supuesto de amparo directo, se deja a la Corte la facultad discrecional para conocer del recurso de revisión, a semejanza del *writ of certiorari* estadounidense. En cambio, en el amparo indirecto, cuando decida la Corte que no es necesaria su intervención se remitirá al tribunal colegiado correspondiente. A través de dichos acuerdos generales⁵² podrán remitirse también los conflictos competenciales, excepto los que se susciten entre los tribunales colegiados de circuito.

El espíritu de estas reformas es claro: "fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de tribunal constitucional", como textualmente señala la exposición de motivos del proyecto de Decreto que el presidente de la República envió al Senado como Cámara de origen.

⁵² Estos Acuerdos del Tribunal en Pleno son los números 5 y 6/1999, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 y 23 de junio de 1999, respectivamente.

IV. JUSTICIA ALTERNATIVA PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro, según la definición tradicional de CARNELUTTI. Existen diversas formas de solucionar los litigios, que suelen clasificarse en tres: la autotutela, autodefensa o autoayuda,⁵³ la auto-composición⁵⁴ y la heterocomposición.

Dejando a un lado las dos primeras que en realidad no implican jurisdicción,⁵⁵ centramos nuestra atención en la forma heterocompositiva de solución de litigios, en la que un tercero imparcial y ajeno a la litis proporciona la solución del conflicto. Naturalmente, la figura heterocompositiva más representativa y evolucionada es el proceso jurisdiccional, en el que interviene un juzgador del Estado para la solución de la controversia. El proceso representa, en palabras de CARNELUTTI: "la justa composición del litigio".

Sin embargo, es denominador común tanto en países europeos como americanos la saturación de los tribunales, lo que ocasiona en no pocas ocasiones el dictado de la sentencia fuera de los términos constitucionales y legales. La demora exagerada en la resolución de los procesos repercute directamente en el valor justicia, lo cual se traduce también en violación al derecho fundamental de una impartición de justicia pronta, expedita e imparcial que consagra el artículo 17 de nuestra Carta Magna. Justicia tardía se convierte así en justicia denegada.

Es necesario, por consiguiente, que los particulares busquen otras alternativas para la solución de sus litigios. Y de ahí la importancia que en los

⁵³ En el derecho positivo mexicano subsisten algunas formas de autotutela. En materia penal: la legítima defensa, aborto por violación o el terapéutico, el robo de fámélico; en materia civil: la retención de equipaje, corte de ramas y raíces provenientes del predio contiguo, derecho sancionador de los padres, y persecución de animales o enjambres de abejas propios en predio ajeno; en materia del trabajo: el derecho de huelga; y en el derecho de navegación: la echazón. Se han considerado también como formas de autotutela a la guerra y a la revolución. Cfr. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9a. ed., México, Harla, 1996, pp. 9 y ss.

⁵⁴ El desistimiento, el allanamiento y la transacción. Acerca de estas formas auto-compositivas, véase OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 4a. ed., México, Harla, 1996, pp. 16-24.

⁵⁵ Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO estudió con profundidad la autotutela y la auto-composición como formas de solución de los litigios, en su obra ya clásica en la literatura procesal mexicana: *Proceso, auto-composición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, UNAM, 1970.

últimos años han cobrado otras formas heterocompositivas, como son el arbitraje, la conciliación, la mediación, y las instancias ante organismos que funcionan como *ombudsman*, que CARNELUTTI calificó como "equivalentes jurisdiccionales".⁵⁶

A. El arbitraje

Por su importancia, desarrollo y eficacia, se considera en la actualidad el sistema de justicia alternativa por excelencia. El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos dada por un tercero imparcial, denominado árbitro, con fuerza vinculativa para las partes. La resolución se denomina laudo, pudiendo ser homologado ante la autoridad jurisdiccional (artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal). Hay ocasiones, incluso, que la propia legislación equipara dicho laudo con la sentencia, como sucede con la cooperación procesal internacional (artículos 605-608 del mismo Código).

Para que pueda producirse el arbitraje se requiere la voluntad expresa de las partes, que pueden externar de tres maneras distintas: a través de la *cláusula compromisoria*, del *compromiso arbitral*, o del *contrato de arbitraje*.

El primero tiene lugar como medida precautoria para el arreglo de diferencias futuras, constituyendo parte de un contrato.

En el segundo, las partes pactan someterse al arbitraje una vez suscitada la controversia entre ellas; PALLARES sobre este *compromiso arbitral* en su *Diccionario de derecho procesal civil*, lo define como el contrato, consensual, formal, bilateral, a título oneroso y conmutativo, por el cual las partes se obligan: 1o. A no acudir a los tribunales para la decisión de un litigio que tienen pendiente; 2o. Someten dicho litigio al conocimiento y decisión de uno o varios árbitros; 3o. Estipulan la forma de tramitar el juicio arbitral; 4o. Fijan sanciones para el caso de que alguno de los contratantes no cumpla lo convenido; 5o. Nombran jueces árbitros o determinan la manera de designarlos; y 6o. Precisan el lugar en que ha de seguirse el juicio arbitral y su duración.

⁵⁶ CARNELUTTI utiliza la expresión "equivalentes jurisdiccionales" para referirse al proceso extranjero; proceso eclesiástico; la auto-composición; la composición procesal; la conciliación; y el arbitraje. Sin embargo, debe cuestionarse si en éstos, sobre todo en el proceso extranjero, eclesiástico y en el arbitraje, no se realiza una verdadera jurisdicción.

Y el *contrato de arbitraje* consiste en el acuerdo de voluntades que celebran las propias partes en conflicto y el árbitro, en el que se estipulan las obligaciones y derechos de éstos, sus honorarios, el plazo en que se deberá de resolver, etc., así como las reglas que deberán seguirse, pudiendo ser el derecho mismo o reglas propias al caso. Dependiendo de unas y otras, el arbitraje será de *equidad* (artículo 619 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal) o de *derecho*.

No todas las materias pueden ser objeto de arbitraje. El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (artículos 609 y 615) acepta la figura del arbitraje, excluyendo, sin embargo, ciertos negocios: el derecho de recibir alimentos, los divorcios (excepto lo relativo a los bienes y diferencias pecuniarias), las acciones de nulidad de matrimonio, y las relativas al estado civil de las personas.

La facultad de las partes de nombrar árbitros se extiende también a ciertas dependencias gubernamentales. En estos casos, la ley expresamente prevé la posibilidad de algunos órganos de fungir como árbitros. Así sucede con la Procuraduría Federal del Consumidor (art. 117 de la Ley Federal de Protección al Consumidor); la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (artículo 120 de la Ley de Instituciones de Crédito) y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (artículo 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros y 93-93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). El problema que se presente en estos casos es en el cumplimiento del laudo, pues dichos órganos no pueden actuar utilizando sus facultades de imperio, por lo que deberán solicitar, en su caso, la intervención de los tribunales jurisdiccionales del Estado.

Existen algunos tribunales como las Juntas Locales o Federales de Conciliación y Arbitraje que pudieran causar algún tipo de confusión por su denominación; sin embargo, estos órganos públicos representan verdaderos tribunales en donde se tramitan procesos jurisdiccionales que nada tienen que ver con el arbitraje tradicional.

El arbitraje ha tenido gran desarrollo en el plano internacional, sobre todo en materia mercantil. Al respecto, existen varios organismos de arbitraje como lo son: la *American Arbitration Association (AAA)*; la *Corte Internacional de Arbitraje (CIA)*; conocida también como *Cámara Internacional de Comercio (CIC)*; el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*; *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)*; la *Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)*, la *Comisión Económica*

para Europa; la *Corte Permanente de Arbitraje Internacional* (La Haya, Holanda); el *Centro de Arbitraje y Mediación para las Américas (CAMCA)*; además de los paneles relativos al Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México. Debe destacarse la actividad académica que emprenden estos organismos, al convocar periódicamente a estudios que tienden al fortalecimiento y conocimiento del arbitraje internacional.

En México también se han creado organismos de arbitraje, relacionados algunos con los existentes a nivel internacional: *Cámara Nacional de Comercio (CANACO)* (sección de la CIAC); *Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (CAMECIC)*, perteneciente a la Corte Internacional de Arbitraje; *Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial (AMMAC)*; y el *Centro de Arbitraje Médico*.⁵⁷

B. Conciliación y mediación

La *conciliación* es el acuerdo o avenencia de las partes en conflicto que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio futuro (COUTURE). El tercero ajeno a la litis asume el papel de *conciliador*, sugiriendo alternativas y fórmulas concretas para que logren llegar a un acuerdo las partes en conflicto.

Además de la *conciliación judicial o intraprocesal* que tiene lugar en algunos juicios de orden familiar y de trabajo (audiencias previas de conciliación y avenimiento), en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de la *conciliación extrajudicial o preprocesal* a través de procedimientos que se prevén ante ciertos organismos: Procuraduría Federal del Consumidor (artículo 24, fracción XVI de la Ley Federal de Protección al Consumidor); Comisión Nacional Bancaria y de Valores (artículo 4, fracción X de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (artículos 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La mediación, en cambio, implica una actitud más pasiva del tercero ajeno a la disputa (mediador), limitando su función a propiciar las condi-

⁵⁷ Cfr. SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Perezniecto Editores, 1994; PAGANONI O'DONOHUE, Puebla, GS Editores, 1997; y los recientes trabajos de CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho internacional privado*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 1998; y URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *El arbitraje en México*, México, Oxford University Press, 1999.

ciones necesarias para que las partes en litigio puedan llegar a acuerdos. Se utiliza a nivel internacional para iniciar diálogos encaminados a negociaciones, lo que se conoce como "los buenos oficios".

Como se puede apreciar, en realidad estas formas de solución de controversias representan figuras intermedias entre las puras de autocomposición y de heterocomposición, ya que si bien existe la intervención de un tercero (mediador o conciliador), es la voluntad de las partes la que prevalece para resolver el litigio.

C. Organismos con funciones de Ombudsman

Los antecedentes en México de esta institución de origen escandinavo se encuentran en las siguientes instituciones: 1. La Procuraduría Federal del Consumidor en 1976, en cuanto a prácticas que lesionasen intereses del consumidor (artículo 24, fracción XIX de la Ley Federal de Protección al Consumidor); 2. La Defensoría de los Derechos Universitarios (1985), respecto de las reclamaciones de estudiantes y personal académico; 3. La Procuraduría Social del Distrito Federal (1989), respecto de reclamaciones de particulares por autoridades de dicha entidad; y 4. La Comisión Nacional de Derechos Humanos, creada en 1990 y elevada a rango constitucional en 1992, mediante la creación de un apartado B al artículo 102. En este mismo precepto se faculta a las legislaturas locales para crear organismos estatales. Estos organismos reciben quejas de los particulares por violaciones de las autoridades a los derechos humanos, encontrándose facultadas para realizar investigaciones, procurar la conciliación entre el particular quejoso y la autoridad respectiva, y formular recomendaciones públicas no vinculatorias. Se exceptúan de la competencia de dichas comisiones a las autoridades y servidores públicos pertenecientes al Poder Judicial.⁵⁸

V. INFORMÁTICA JURÍDICA, INTERNET Y DERECHO PROCESAL

Informática es la ciencia que estudia la información y su tratamiento. Relacionándolo con el derecho, si bien se han utilizado términos como los de "jurimetría" (LOEVINGER) o "iuscibernética" (LOSANO), la mayoría se inclina por la expresión *informática jurídica*. Y ésta se puede dividir en: *informática documental*, *informática de gestión*, e *informática decisoria*.

⁵⁸ Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, op. cit.

A. Informática documental

Se refiere a todo lo relativo al almacenamiento y procesamiento de datos, lo cual en términos de espacio físico y búsqueda de información resultan hoy día más que ventaja, una necesidad. En esta materia se ha observado un auge en nuestro país, a raíz de los discos compactos que han elaborado distintos organismos públicos como la Suprema Corte de Justicia, el Congreso de la Unión, el Archivo General de la Nación, así como instituciones privadas. Así se ha logrado la compilación en discos compactos o en páginas web de prácticamente toda la jurisprudencia y tesis relevantes del Pleno y Salas de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito; o de la legislación federal o estatal, de los tratados internacionales, legislación internacional, bibliotecas jurídicas de todo el mundo, librerías especializadas, etc. Esto permite un avance importante al derecho en general, pues ahorra el tiempo que uno emplearía en buscar información y sobre todo permite la especialización de la información.

B. Informática jurídica de gestión

Resulta difícil en la actualidad concebir algún despacho de abogados, notaría pública o tribunal sin contar por lo menos con una computadora, que facilite el trabajo: las demandas y escritos, las escrituras públicas o los acuerdos y sentencias. No basta el almacenamiento de datos. Se requieren de programas específicos que faciliten la labor cotidiana del jurista. En este sentido podríamos hablar desde la elaboración de un simple escrito como una carta poder, hasta el uso de intercambio de puntos de vista con colegas de otros países mediante el correo electrónico o el canal de charla (Chat).

C. Informática jurídica decisoria⁵⁹

De gran importancia y novedad para el derecho judicial constituye esta rama de la informática, pues plantea la posibilidad de elaborar un programa que decida por el juzgador. Se están diseñando programas sobre todo en aquellos casos en los que la temática a juzgar requiera de una decisión

⁵⁹ Desde hace varios años ya se estudia esta temática. Cfr., entre otros, AA.VV. (GIBOURG, A. Ricardo, compilador), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

numérica y así utilizarse, por ejemplo, en cuestiones penales relativas al establecimiento del tiempo de una condena o en derecho laboral para establecer la cuantía de un sueldo o días laborados; y bien podría también pensarse en materia tributaria o aduanera para el cálculo de los impuestos omitidos o no declarados, etc. No debe perderse de vista, sin embargo, que la persona del juez resulta insustituible por una razón muy simple: lo que se juzga es la conducta humana y lo que se persigue es el valor justicia, y éstos no tienen fórmulas ni cálculos exactos. No obstante, creemos que puede resultar de una valiosa ayuda en algunos casos como los enunciados.

D. Internet y derecho

Fruto de investigaciones universitarias y como urgencia para la solución de las comunicaciones debido en parte, a la guerra fría, nació *Internet*. Constituye un sistema de información compartida a través de lo que se denomina red (*web*) y que a través de las líneas telefónicas o vía satélite se logra la unión de una computadora a otros sitios comunes dentro de la misma red.

Actualmente, *Internet* es más que un medio para transportar información: es esencialmente un inmenso generador de relaciones humanas, lo que también provoca no pocas complicaciones. Según conocedores de esta materia, en menos de 10 años quinientos millones de personas emplearán este sistema. Y si se tiene en cuenta que habitan el planeta siete mil millones de seres humanos, y sólo uno de cada diez tiene acceso al teléfono y el acceso a *Internet* se reduce a un cinco por ciento, este instrumento está prácticamente reservado a unos cuantos a pesar de su aparente accesibilidad. Lo anterior arroja una seria reflexión respecto a la brecha social entre los seres humanos y los países, teniendo en cuenta que "información equivale a poder" (económico, político y social). Según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), en 1994 sólo existían 2.2 computadoras personales por cada cien habitantes, porcentaje que coloca a nuestro país en el número 28 a escala mundial. Lo anterior se explica fácilmente debido a que tiene una relación directa con el nivel de ingreso de la población, el cual se centraliza en poblaciones urbanas.⁶⁰

⁶⁰ Cfr. BARRIOS GARRIDO, Gabriela, MUÑOZ DE ALBA, Marcía, y PÉREZ BUSTILLO, Camilo, *Internet y derecho en México*, México, McGraw-Hill Interamericana, 1998, pp. 18 y 31-44.

Internet y derecho se encuentran hoy íntimamente vinculados. Desde el punto de vista constitucional se habla de la libertad de expresión y del derecho de información. ¿Cuáles son los límites de cada uno de ellos? La censura electrónica ¿viola la libertad de expresión? O representa un límite sano ante información no deseable para una sociedad en particular. Al respecto países como China o las naciones árabes han optado por el bloqueo al acceso a información de pornografía, debate político e idioma, al considerarlo una forma de "imperialismo cultural".⁶¹

El artículo 60. de la Constitución mexicana consagra el derecho a la información: "El derecho a la información será garantizado por el Estado" y el propio artículo 60. limita el ejercicio de la libertad de expresión en cuanto a la "manifestación de ideas" (que es donde podría encagar *Internet*) y así serán permisibles las ideas siempre y cuando no "ataquen la moral", los "derechos de terceros" ni "provocuen algún delito o perturben el orden público". Ahora bien, ¿qué tipo de información atacan la moral, los derechos de terceros o perturban el orden público? Y aquí entramos al ámbito del derecho penal en que se pueden mencionar algunos delitos comunes relacionados con *Internet*: la difamación, la provocación o perturbación del orden público, ataques a la moral, introducción de virus informáticos, fraude informático, interceptación de información, falsificación de información, espionaje informático, violación sobre bienes informáticos, violación de correspondencia electrónica, etc.⁶² El problema se presenta para configurar este tipo de delitos, ya que hasta hace poco (1999) se incorporaron algunos a la legislación penal. En efecto, recientemente se modificó el Título Quinto, Capítulo I, del Código Penal Federal, denominado "Ataques a las vías de comunicación y violación de correspondencia" (arts. 167, 168 bis, 211 bis1, 211 bis2, 211 bis3, 211 bis4, 211 bis5, 211 bis6 y 211 bis7),⁶³ así como el Capítulo II del mismo ordenamiento: "Corrupción de menores e incapaces. Pornografía infantil o prostitución sexual de menores" (arts. 201 bis, 201 bis 3, 205 y 208).

⁶¹ *Idem*.

⁶² Sobre los delitos informáticos, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: Álvarez Cienfuegos Soto, J. M., "Informática y derecho penal. Los delitos relativos a la informática", en AA.VV., *El Código Penal de 1995. Parte Especial*, Consejo General del Poder Judicial-Generalitat de Catalunya, 1996, pp. 195-214; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., "Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 249-305.

⁶³ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 17 de mayo de 1999.

Sin embargo, existen lagunas y la redacción de los artículos deja dudas interpretativas por lo novedoso del tema.⁶⁴

El *derecho a la intimidad* se encuentra íntimamente ligado a los bancos de datos personales y de identidad, para fines migratorios, poblacionales, electorales, fiscales, de tarjetas de crédito, etc. Esta garantía individual se encuentra claramente amenazada ante una falta de reglamentación que tienda a su protección.

Internet y derecho civil también encuentran conexión. Es cada vez más común las ofertas vía internet y así poder comprar libros, revistas, productos, entradas de cine o teatro. Incluso se habla ya hasta de centros comerciales virtuales. Al no existir regulación expresa en cuanto a estos *contratos informáticos*, entendemos que en estos casos nos encontramos ante un contrato de compra-venta, aunque también pueden celebrarse por esta vía genuinos contratos de arrendamiento, comodato, etc., pudiendo utilizarse las llamadas “firmas electrónicas”, que constituyen claves de identificación conocida sólo por los contratantes, como sucede con las diversas instituciones financieras, especialmente entre los bancos y sus clientes. Recientemente, también se habla de la “intervención notarial en *Internet*”, en la cual el Notario Público certifica la autenticidad de la empresa y de su representante que anuncian un producto determinado u ofrecen un servicio por *Internet*.⁶⁵

Por último, si bien en México hace falta una regulación integral sobre esta materia y una profunda reflexión sobre el uso indiscriminado y sin ningún tipo de restricción de estas verdaderas *carreteras de la información*, ya se inició un primer paso para ello, a través de la expedición por parte del Ejecutivo federal del Decreto por el que se aprueba el Programa especial de mediano plazo denominado de Desarrollo Informático, publicado en el *Diario Oficial* del 6 de mayo de 1996.

E. Arbitraje a través de Internet

Analizamos líneas arriba al arbitraje como medio alternativo para la solución de los conflictos. ¿Sería posible efectuarlo vía Internet entre sitios

⁶⁴ Cfr. por ejemplo, las críticas formuladas por TRUJILLO SALCEDA, José Miguel, “México y los problemas con la informática”, en *Admónjus. Revista del Poder Judicial de Baja California*, abril de 2000, vol. III, año 4, núm. 9, pp. 35-46.

⁶⁵ Cfr. la revista jurídica *El mundo del abogado*, correspondiente a los meses julio-agosto, México, 1999.

distantes? Este tema, más que un estudio representa una propuesta. El llevar a cabo un arbitraje, o incluso, algún procedimiento o desahogo de prueba a través de medios electrónicos es muy viable, teniendo en cuenta la proyección y avances de los mismos. Hasta ahora es campo virgen. Las únicas aproximaciones se refieren a la discusión de temas por el método de videoconferencias, especialmente entre abogados de una misma firma pero situados en lugares diferentes. Por supuesto que en la actualidad resultaría costoso, al requerir equipo altamente actualizado con un canal de conversación en tiempo real para multiconferencias. Este canal debería ser privado y sólo los interesados en la audiencia contarían con la clave para ingresar a él. Las computadoras que se utilicen deberán contar con todos los adelantos de videocámara, micrófono y bocinas, de tal manera que todos podrían escuchar simultáneamente, y podrían también hablar desde un teléfono normal casero. A través del “Netscape” que sería propiamente la red, podrían intercambiarse archivos con documentos de sonido, imágenes y hojas de trabajo, lo que permitiría el acceso rápido y simultáneo de la información necesaria: pruebas, poderes, contratos, etc.

Así, utilizando la imaginación, podría realizarse un arbitraje internacional estando las partes contendientes en distintos países, sus abogados en otros distintos, el árbitro en un quinto sitio, y llegar al extremo de que testigos, peritos o el desahogo de alguna prueba, se encontrasen o tuvieran que realizarse en otros lugares distintos.

Por otra parte, tampoco queda lejos la posibilidad, en un futuro no lejano, de hacer notificaciones judiciales vía *Internet* mediante un correo certificado electrónico.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Hasta aquí hemos tratado de visualizar, a vuelo de águila, una panorámica actual de la doctrina procesal a nivel nacional, iberoamericano y mundial. Han quedado pendientes muchos otros temas —que por cuestión de tiempo no hemos podido desarrollar— como los relativos al jurado popular, que en los últimos años se ha revitalizado en España; la internacionalización del derecho procesal a través de la creación de tribunales supranacionales como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica; los caminos o vías en que algunas ramas procesales tienden a independizarse, como el derecho procesal constitucional; y el tema de la enseñanza del derecho procesal —que tanto se ha venido insistiendo en los

congresos y jornadas— y que en los próximos días tendremos la fortuna de escuchar al destacado procesalista chileno RAÚL TAVOLARI sobre esta temática.

Terminamos con la siguiente conclusión: el procesalismo científico se encuentra activo, en efervescencia y en constante evolución —como pocas disciplinas jurídicas—, dejando de ser patrimonio de unos cuantos países. Cabe reflexionar, por consiguiente, en la necesidad de que los profesores de derecho procesal se actualicen en los temas que a nivel nacional, continental e internacional se están discutiendo. Son pocos los profesores de derecho procesal en México que asisten o participan regularmente a los congresos o foros de temas procesales. Se requiere una participación más activa, si no se quiere caer en el rezago científico de nuestra disciplina. Recordemos al ilustre procesalista uruguayo EDUARDO J. COUTURE, en su clásico decálogo del abogado, el derecho (y en especial el derecho procesal) se transforma constantemente, si no seguimos sus pasos seremos cada día menos abogados.

GAI INSTITUTIONES. COMMENTARIUS PRIMUS

INSTITUCIONES DE GAYO. COMENTARIO PRIMERO

Traducción y notas de Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. De iure civili et naturali. *Del derecho civil y natural*. III. De iuris divisione. *De la división del derecho*. IV. De condicione hominum. *De la condición de los hombres*. V. De dediticiis vel lege Aelia Sentia. *De los dediticios o bien de la ley Aelia Sentia*. VI. De peregrinis dediticiis. *De los peregrinos dediticios*. VII. De manumissione vel causae probatione. *De la manumisión o bien de la prueba de la causa*. VIII. De consilio adhibendo. *Del consejo que debe ser predispuesto*.

I. INTRODUCCIÓN

El jurista Gayo del siglo II d. C, cuya biografía se desconoce y que ha motivado diversas hipótesis sobre su persona,¹ realizó dentro de sus obras los cuatro libros de las Instituciones,² que con claridad y sencillez de ex-

¹ Al respecto parecería más probable considerar que Gayo fuese un jurista nacido en una provincia helenística, en razón de que en su manual se hace referencia al derecho provincial: v. gr.: en el libro 1 textos 6, 29, 53, 100, 105, 134, 183, 185, 198, 200 se citan paralelamente las facultades de los gobernadores de las provincias, en el texto 1.55 cita a la gente de los "Galatos"; en el 1.64 emplea la voz griega "sporaden". Es notorio además que los juristas de la época lo ignoraron careciendo del *ius respondendi*; al citar las controversias jurídicas entre Proculeyanos y Sabinianos las presenta como si fuesen de gran actualidad, cuando en su época ya eran cosa del pasado. Sobre la figura de Gayo ver: *Atti del simposio romanistico, "Gaio nel suo tempo"* Napoles, 1966; *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Atti del convegno torinese 4-5, mayo de 1978, en honor del profesor Silvio Romano, Milán, 1981.

² Aunque algunos fragmentos se encuentren dentro del Digesto, una copia completa de la obra de Gayo fue descubierta en la Biblioteca Capitular de Verona en el año 1816 por Niebuhr (*Cod. Ver. bibl. capitularis*, núm. 13) leyendo las *Epistulae* de San Jerónimo que en el siglo IX habían sido escritas sobre la obra gayana; los agentes químicos empleados en la época dañaron en varias partes el manuscrito y en 1820 Goeschen publicó la

posición nos presenta un panorama del derecho privado romano, ocasionando su utilización en época posclásica como instrumento didáctico de enseñanza³ y sirviendo de fundamento en la realización de las Instituciones de Justiniano.⁴ La presente aportación de Gayo sigue teniendo hoy en día una importancia fundamental para la ciencia romanística, por ser la única obra clásica que ha llegado a nosotros casi completa, mostrándonos figuras que en ciertos casos no se incorporaron en el Digesto por encontrarse en desuso. En el caso del libro primero, objeto de la presente traducción, se encuentran numerosos ejemplos: peregrinos dediticios, latinos aelianos, junianos, tutela legítima de las mujeres, cuando en la época justiniana tales figuras y categorías habían sido eliminadas.

La labor de sistematización y de exposición del derecho realizada por Gayo no se puede pasar por alto en la actualidad. A siglos de distancia la obra sigue teniendo importancia para el jurista moderno por la tratación mediante un lenguaje sencillo de los problemas doctrinales y prácticos de la jurisprudencia. El lector en su estudio obtiene una visión panorámica del derecho romano, así como una explicación de la terminología jurídica empleada todavía hoy en día, entendiéndose de tal forma la evolución de

primera edición, que en 1824, gracias al apoyo de Bluhme, logró realizar una edición mejorada. En 1874 Studemund publicó el *apographum* del manuscrito veronense que es la base de todas las ediciones modernas de las Instituciones de Gayo. El Códice Veronense tiene grandes lagunas que han sido tratadas de llenar con la ayuda del *Epitome Gai, Tituli ex corpore Ulpiani* (en seguida indicados como Ulp.) e Instituciones Justinianas por diferentes autores que serán citados en las notas respectivas. Posteriormente se encontraron en la primera mitad del presente siglo dos descubrimientos papirológicos: los fragmentos de *Oxyrhynchus* publicados en 1927 (P. oxy.2103) relativos a los §§ 57 y 68-73 del libro IV llenándose la laguna del Código Veronense en lo referente a los textos 4.72-73, y en 1933 el *editio princeps* de los fragmentos pergamenaceos o bien egipcios en la colección papirológica de la Sociedad Italiana (P.S.I. 1182) referentes a los §§ 153-154 y 167-174 del libro III, así como de los §§ 16 a 18 del libro IV teniéndose así noticia de las *legis actiones per iudicis postulationem y per conditionem* como también sobre el antiguo *consortium*.

³ Al respecto se encuentran varias epitomizaciones como son los llamados *Fragmenta interpretationis Gai institutionum Augustodunensia* del IV o V siglo d. C.; el epitome de Gayo del V siglo d. C.

⁴ Al respecto la constitución *Imperatoriam* § 6: "habiéndolas (las instituciones de Justiniano) a nosotros presentado los tres expertos (Triboniano, Téofilo, Doroteo), después de haberlas realizado con base en todas las Instituciones de los antiguos y en particular con base en los comentarios tanto de las Instituciones como de las *Res cottidianae* de nuestro Gayo y de muchos otros comentarios, las hemos leído, valuado, y dado la más plena fuerza de nuestras constituciones". A lo largo de la traducción se citará en nota la relación entre ambas obras.

las instituciones que forman parte de nuestro sistema romanístico. Además, no debe olvidarse que la sistemática expositiva de las Instituciones gayanas demostró ser la más adaptada al derecho privado, sirviendo de modelo no sólo para su enseñanza, sino también para su codificación durante los siglos XIX y XX.

Cierto es que existen varias traducciones al español de las Instituciones de Gayo,⁵ pero por encontrarse agotadas desde hace varios años, o por ser publicadas en el extranjero y obtenerse a precios inaccesibles, se ha hecho difícil su divulgación. Las anteriores versiones han expresado claramente su contenido; sin embargo, en ciertos casos, al buscarse un lenguaje accesible a los estudiantes, o bien proyectándose criterios personales, se ha desviado el sentido literal de la terminología empleada por el jurista;⁶ por ello, hemos considerado oportuno ofrecer una nueva traducción del libro primero, siguiendo dos criterios básicos: a) respetar con el mayor rigor posible la fidelidad del pensamiento original del jurista; b) evitar todo tipo de interpretaciones innecesarias, dejándolas al lector. Se ha incluido también el texto latino de modo que se pueda controlar cada una de las palabras utilizadas, y se ha hecho referencia a citas de fuentes jurídicas que complementen la idea de Gayo o bien que expresen las modificaciones que sufrió la institución referida, con indicaciones bibliográficas de la doc-

⁵ Dentro de las cuales se encuentra la primera traducción realizada al castellano cuyo autor no viene citado, editada en Madrid por la Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, en el año de 1845; la realizada por los profesores de la Universidad Complutense Arias Bonet, Roset Esteve y otros (reimpresión de la primera edición, Madrid, Civitas, 1990) pp.15 a 406; la de Alfredo di Pietro (tercera edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987) y por último Rafael Domingo y otros, *Textos de Derecho Romano* (1a. ed., Pamplona, Aranzadi, 1998).

⁶ Así, por ejemplo, en la primera traducción realizada al castellano en el texto 1.64 cuando Gayo hace referencia a los hijos que la madre concibió "vulgarmente" ... <sed tales> sunt, quales sunt hi, quos mater vulgo concepit... término técnico explicado por Modestino, libro primo pandectarum D.1.5.23, se interpreta como "los concebidos por una ramera", cuando el texto no realiza tal afirmación. Así también en la traducción de los profesores de la Universidad Complutense en el texto 1.20 al referirse al consejo que debe ser predispuesto para realizar una manumisión se menciona a "quinque equitum Romanorum puberum" traducido como "cinco caballeros romanos púberes", tal ocasionaría confusión porque el texto gayano es más específico; en efecto, el término *equites* hace referencia a una determinada clase social y no a cualquier caballero romano púber. En el caso de Alfredo di Pietro en el texto 1.67 al traducir: *Item si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam...* como: "también si un ciudadano Romano toma por mujer a una Latina o a una extranjera ignorando su nacionalidad..." el traductor incluye el término "nacionalidad" que no se encuentra mencionado por Gayo.

trina romanística de los últimos treinta años, limitándonos a monografías y artículos de revistas sobre los específicos argumentos.

La exposición del libro primero trata de las personas, basándose sobre dos divisiones: 1) libres y esclavos, con análisis de los modos de liberación de la condición de esclavo y del *status* de latino; 2) personas *sui iuris* y *alieni iuris*, con división de estas últimas entre personas *in potestate*, *in manu* e *in mancipio*, y terminándose, en lo referente a las personas *sui iuris*, con aquellas sujetas a tutela y a curatela. Gayo del § 1 al 8 realiza un proemio de la obra, ocupándose en el texto 1 sobre el derecho civil y natural; del 2 al 7 de las fuentes del derecho y en el 8 de su división entre personas, cosas y acciones, empezando después con el primer argumento: "las personas"; del § 9 al 12 de la condición de los hombres; en el 13 de los dediticios, o bien de la ley *Aelia Sentia*; del 14 al 17, de los peregrinos dediticios; del 18 al 19, de la manumisión, o bien de la prueba de la causa; del 20 al 27, del consejo que debe ser predispuesto; del 28 al 34, de qué modos los latinos llegan a la ciudadanía romana; del 35 al 47, de las manumisiones; del 49 al 50, de las categorías de personas sujetas a derecho ajeno; del 51 al 107, de las personas sujetas a potestad; del 108 al 115b, de las personas que están *in manus*; del 116 al 123, de las personas *in mancipio*; del 124 al 141, del modo en que los sujetos a derecho ajeno son liberados de tal derecho; del 142 al 200, de la tutela y curatela.

La traducción que realizamos implicó un control de los diferentes significados de cada uno de los términos empleados por el jurista, optándose por aquél que según nuestra opinión, fuese el más adecuado. Por ejemplo, el término *parens* fue traducido como padre o ascendiente dependiendo del contexto, al igual que el de *liberi* que puede significar hijos o bien descendientes. Existen, por el contrario, términos técnicos que consideramos intraducibles, como *mancipatio*, *conubium*, *sui iuris*, por carecer de equivalencia actual y otros, que si bien pudieron haber sido traducidos, preferimos dejarlos en latín por corresponder a conceptos jurídicos que deben ser recordados en su nombre original v. gr: el término *in bonis*, así como el llamado *ius postliminii*.

La edición en latín de la cual partimos es la realizada por Arangio-Ruiz y Guarino en *Breviarium Iuris Romani* (7a. ed., Milán, Giuffrè, 1989), instrumento básico de todo romanista, incluidas las integraciones realizadas o incorporadas por ellos.

El estudio del derecho romano en nuestras universidades requiere, por parte de los alumnos, de un contacto directo con las fuentes, que les permi-

ta el entendimiento de las instituciones de nuestro sistema romanístico actual en sus orígenes; por ello, la finalidad de la presente traducción es otorgar a los profesores, estudiantes y jóvenes estudiosos un instrumento de análisis y de reflexión en la formación de los juristas de nuestro país.

II. DE IURE CIVILI ET NATURALI DEL DERECHO CIVIL Y NATURAL

1. <Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quis⁷> que *populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

Todos los pueblos, que son regulados por las leyes y costumbres, utilizan en parte su propio derecho, en parte el derecho común a todos los hombres; en efecto, el derecho que cada pueblo constituyó para sí es propio del mismo y es llamado derecho civil, como un derecho propio de la ciudad; por el contrario, el derecho que la razón natural constituyó entre todos los hombres, es conservado del mismo modo en todos los pueblos y es llamado derecho de gentes, como aquel derecho que todas las gentes utilizan. Por lo tanto, el pueblo romano utiliza en parte el derecho común a todos los hombres. Los singulares (derechos) serán propuestos en sus lugares.⁸

⁷ Integrado de Inst. de Justiniano 1.2.1.

⁸ El contenido del presente texto puede verse también en Inst. de Justiniano 1.2.1. Otro concepto de derecho civil se observa en Ulpiano, *libro primo institutionum* D.1.1.6.pr que dice: es aquel que ni se aparta del todo del natural o bien del de gentes, ni en todo se conforma con él; y así cuando añadimos o quitamos alguna cosa al derecho común, obtenemos el derecho propio, esto es el civil. Ver también el concepto de *ius gentium* y su diferenciación con el natural en Ulpiano, *libro primo institutionum* D.1.1.1.4 que mientras el segundo es común a todos los animales, el primero se limita a las gentes humanas. Ejemplos de derecho de gentes se encuentran en Pomponio, *libro singulari enchiridii* D.1.1.2: la religión hacia dios, así como también que obedezcamos a los padres y a la patria; Florentino, *libro primo institutionum* D.1.1.3: como que rechacemos la violencia y la injuria; por eso, gracias a este derecho lo que cualquiera hubiera hecho en tutela de su cuerpo, se reputa haberlo hecho con derecho y, habiendo la naturaleza constituido entre nosotros una cierta consanguinidad, consecuentemente es nefasto que un hombre insida a un hombre; Ulpiano, *libro primo institutionum* D.1.1.4: las manumisiones, porque si bien

2. *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus-consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

Constan después los derechos del pueblo romano de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, edictos de los que tienen el *ius edicendi*, respuestas de los prudentes.⁹

3. *Lex est quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur connumeratis et patriciis, plebs autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur: unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: itaque eo modo legibus exaequata sunt.*

La ley es lo que el pueblo ordena y constituye.¹⁰ El plebiscito es lo que la plebe ordena y constituye. Pero la plebe dista del pueblo: la apelación de

según el derecho natural todos nacen libres, no siendo necesaria la manumisión por desconocerse la esclavitud, al difundirse la esclavitud por el derecho de gentes, siguió el beneficio de la manumisión. Y los hombres, llegaron a ser de tres géneros: libres, esclavos y libertos; Hermogeniano, *libro primo iuris epitomarum* D.1.1.5: con base en este derecho fueron introducidas las guerras, separadas las gentes, fundados los reinos, distinguidos los dominios, puestos los términos de los confines en los campos, colocados los edificios, instituido el comercio, las compraventas, los arrendamientos, las obligaciones, exceptuándose algunas que fueron introducidas por el derecho civil.

⁹ Papiniano, *libro secundo definitionum* D.1.1.7.pr incluye dentro de las fuentes del derecho civil las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes, autoridad de los juristas; en el §1 Papiniano dice que el *ius praetorium* es lo que los pretores introdujeron para ayudar o suplir o corregir el derecho civil por pública utilidad. (*ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*); Ulpiano, *libro primo institutionum* D.1.1.6 distingue entre fuente escrita y no escrita, como sucede con los griegos.

¹⁰ El mismo texto en Just. Inst. 1.2.4. Otro concepto de ley puede verse en Papiniano, *libro primo definitionum* D.1.3.1. La ley es precepto común, deliberación de hombres prudentes, represión de los delitos, que por voluntad o ignorancia se cometen, común *sponsio* de la república; también en Marciano, *libro primo institutionum* D.1.3.2 que cita una definición del orador Demóstenes: la ley es esto a que conviene que todos los hombres obedezcan por muchas e importantísimas razones, y sobre todo porque toda ley es creación y don de la divinidad, doctrina de hombres sabios, corrección de los pecados voluntarios o involuntarios, común acuerdo de la ciudad, según el cual conviene vivir a todos en esa. En el mismo texto cita también al filósofo Crisippo en su libro sobre la ley: la ley es la reina de todos los hechos humanos y divinos; por tanto, ocurre que esa sea sobreintendente de las buenas y malas acciones, príncipe y caudillo de los animales por naturaleza políticos; y por

pueblo abarca a todos los ciudadanos, incluidos también los patricios, mientras con la apelación de plebe sólo se considera a los demás ciudadanos, sin los patricios; por eso, los patricios decían no ser vinculados por los plebiscitos, porque fueron hechos sin su autoridad; pero después fue aprobada la ley Hortensia,¹¹ con la que fue dispuesto, que los plebiscitos vinculasen a todo el pueblo; por tanto, en este modo fueron equiparados a las leyes.

4. *Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum.*

El senadoconsulto es lo que el senado ordena y constituye; y éste obtiene el lugar de la ley, aunque haya sido discutido.¹²

5. *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*

esto sea canon de las acciones justas y de las injustas, imponiendo aquello que se debe hacer y prohibiendo aquello que no se debe hacer. Modestino, *libro primo regularum* menciona el valor de la ley que es: comandar, prohibir, permitir, punir. Sobre el concepto de ley ver: Feliciano Serrao, *Classi partii e legge nella repubblica romana* (Pisa, Pacini, 1974) pp. 7 a 130 y Biondo Biondi, "*Lex e ius*", RIDA, vol. 12 (1965), pp. 169 a 202.

¹¹ Del año 286 a. C. En el curso de especialización de derecho romano que tuvimos oportunidad de seguir en el Instituto de derecho romano y derechos del Oriente Mediterráneo en la Universidad de los Estudios de Roma "La Sapienza", en la cátedra de Derecho Romano Público impartida por el profesor Feliciano Serrao analizamos la lucha de la plebe en contra de los patricios en el inicio de la época republicana (siglos V y IV a. C). En un primer momento la misma plebe había afirmado su capacidad de autogobierno y de autonomización con la elección de los tribunos, declarando su inviolabilidad mediante aquellas deliberaciones que, por haber sido juradas y haberse establecido la sacralidad de los que no hubiesen obedecido a sus decisiones, eran llamadas *leges sacrae*. Estas decisiones no tenían valor legal frente a los patricios por no haber sido transformados en deliberaciones de las asambleas del pueblo y carecer del consentimiento del senado patricio. Fue natural, por lo tanto, que entre las máximas reivindicaciones de la plebe se buscara resolver el problema de validez legal de los plebiscitos, haciéndolos obligatorios para todos. La primera disposición que resolvió el problema fue la *lex Valeria Horatia*, presentada al comicio centuriado por los cónsules del 449 a. C (ver Livio 3.55.3); posteriormente, una *lex Publilia Philonis* propuesta en el 339 a. C a los comicios centuriados por parte del dictador Q. *Publius Philo* (ver Livio 8.12.14) y al final la ley motivo de la presente nota propuesta a los comicios centuriados por el dictador Q. *Hortensius*. Al respecto ver Serrao, *Classi... op. cit.* pp. 1 a 285.

¹² En Inst.1.4 encontramos también la primera parte del texto. Ver además Ulpiano, *libro XVI ad edictum* D.1.3.9: no se discute que el senado pueda hacer derecho. Al respecto ver: Giuliano Crifó, "Attività normativa del senato in età repubblicana", BIDR, vol. 71 (1968) pp. 31 a 115.

La constitución del príncipe es lo que el emperador establece por decreto, por edicto o por epístola, y nunca se puso en duda que tuviera el lugar de la ley, puesto que el mismo emperador recibe por ley el imperio.¹³

6. <Edicta sunt praecepta eorum, qui ius edicendi habent.¹⁴> *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani; sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent: nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.*

Los edictos son los preceptos de los que tienen el *ius edicendi*. De otra parte, los magistrados del pueblo romano tienen el *ius edicendi*,¹⁵ pero el más amplio derecho está en los edictos de los dos pretores, urbano y peregrino,¹⁶ cuya jurisdicción en las provincias tienen sus gobernadores; del mismo modo en los edictos de los ediles curules, cuya jurisdicción tienen los *quaestores* en las provincias del pueblo romano. En efecto, en las provincias del César los *quaestores* de ningún modo son enviados, y por eso, este edicto no es propuesto en estas provincias.

7. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt,*

¹³ Ulpiano, *libro primo institutionum* D.1.4.1 pr-1 dice: Esto que el príncipe considera bien tiene vigor de ley, en cuanto que, con la ley regia que ha sido aprobada en relación con su *imperium*, el pueblo confiere a él, y en él, todo su *imperium* y *potestas*. 1. Así pues, todo lo que el emperador estatuye con epístola y con firma al calce, o decretó en sede de conocimiento procesal, o de plano decidió, o decidió por edicto, consta que es ley; estas son las que vulgarmente llamamos constituciones. Al respecto ver Filippo Gallo, "Sul potere normativo imperiale", SDHI, vol. 48 (1982) pp. 413 a 454.

¹⁴ Integrado de los editores.

¹⁵ Sobre los nombres y orígenes de las magistraturas ver: Pomponio, *libro singulari enchiridii* D.1.2.2.13-34.

¹⁶ Pomponio, *libro singulari enchiridii* D.1.2.2.27-28: Y como los cónsules venían llamados de las guerras de los pueblos vecinos, y no permanecía en la ciudad quien pudiese realizar el derecho, fue hecho que fuese creado un pretor, que viene llamado urbano, porque rendía el derecho en la urbe. En seguida, después algunos años, no siendo más suficiente tal pretor, porque también acudían a la ciudad una gran cantidad de extranjeros, fue creado también un otro pretor que viene llamado pretor peregrino, del hecho que por lo más decía el derecho entre los peregrinos (extranjeros).

iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.

Las respuestas de los prudentes son los pareceres y opiniones de ellos, que han permitido producir los derechos.¹⁷ Si los pareceres de todos ellos concurren en uno solo, lo que así estiman obtiene el lugar de la ley; si ocurre que disienten, al juez le será lícito seguir el parecer que quiera; y esto es indicado en un rescripto del divino Adriano.

III. DE IURIS DIVISIONE DE LA DIVISIÓN DEL DERECHO

8. *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Sed prius videamus de personis.*

Después todo derecho, del cual usamos, o bien pertenece a las personas, o bien a las cosas, o bien a las acciones. Pero veamos primero lo referente a las personas.¹⁸

IV. DE CONDICIONE HOMINUM DE LA CONDICIÓN DE LOS HOMBRES

9. *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

Y ciertamente la suma división del derecho de las personas es ésta: que todos los hombres son o bien libres o bien esclavos.¹⁹

¹⁷ La primera parte del texto se encuentra también en Just. Inst. 1.2.8. Sobre la historia de la jurisprudencia romana es fundamental Pomponio, *libro singulari enchiridii* D.1.2.2.35-53.

¹⁸ *Idem*, D.1.5.1 e Inst.1.2.12.

¹⁹ *Idem*, D.1.5.3 e Inst.1.3. pr. Florentino, *libro nono institutionum* D.1.5.4.pr define la libertad como la facultad natural de hacer esto que a cada uno parece bien, a menos que cualquier cosa no es impedido de la fuerza o del derecho; así también la definición de esclavitud en la misma obra D.1.5.4.1: La esclavitud es una determinación del derecho de gentes, por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio ajeno. Marciano, *libro primo institutionum* D.1.5.5.1 divide los medios por los que los hombres llegan al dominio de otros, siendo de dos formas: o por derecho civil, o por el de gentes. El primero se da si alguno mayor de veinte años se ha dejado vender para participar del precio; el segundo cuando los enemigos son capturados como prisioneros, o cuando nacen los hijos de las esclavas pertenecientes a hombres libres. Sobre la presente división ver: Bernardo Albanese, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, publicación del seminario giuridico dell'università di Palermo, 1979) pp. 19

10. *Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini.*

Además de los hombres libres algunos son ingenuos, otros libertos.²⁰

11. *Ingenui sunt qui liberi nati sunt; libertini qui ex iusta servitute manumissi sunt.*

Los ingenuos son los que son nacidos libres;²¹ libertos los que de justa esclavitud fueron manumitidos.²²

12. *Rursus libertinorum <tria sunt genera; nam aut cives Romani aut Latini aut dediticiorum²³> numero sunt. De quibus singulis dispiciamus; ac prius de dediticiis.*

Además, son tres los géneros de los libertos;²⁴ en efecto, son o ciudadanos romanos o latinos o en el número de los dediticios. De éstos singularmente analicemos; y primero de los dediticios.

a 168; Sobre el origen de la esclavitud ver: Francesco de Martino, "Intorno all'origine della schiavitù a Roma, Labeo, vol. 20 (1974) pp. 163 a 193; ver además: Luigi Amirante, "Sulla schiavitù nella Roma antica", Labeo, vol. 27 (1981) pp. 26 a 33; Renato Quadrato, "La persona in Gaio. Il problema dello schiavo", IURA, vol. 37 (1986) pp. 1 a 33; Alan Watson, "Slavery and the development of Roman private law", BIDR, vol. 90 (1987) pp. 105 a 118.

²⁰ *Idem*, Inst.1.3.5 y Marciano, libro primo institutionum D.1.5.5.

²¹ Según Marciano, libro primo institutionum D.1.5.5.2 son ingenuos aquellos que son nacidos de madre libre; es suficiente por ello que sea hecha libre al momento del nacimiento, si bien haya concebido esclava, y al contrario, si ella hubiera concebido libre y después pariese esclava, parece bien que el nacido nazca libre. Y no importa si concibió en justas nupcias, o vulgarmente, porque la calamidad de la madre no debe perjudicar al que está en el vientre. Además Ulpiano, libro primo ad legem Iuliam et Papiam D.1.5.25 dice que debemos considerar como ingenuo a aquel respecto del que se dio sentencia, aunque fuere liberto; porque la cosa juzgada se acepta como verdad.

²² *Idem* D.1.5.6 e Inst.1.5.pr. Marciano, libro primo institutionum D.40.11.2: A veces también aquellos que nacieron esclavos, por una sucesiva intervención del derecho, se hacen ingenuos, como en la hipótesis del liberto que haya habido del príncipe la reconstrucción del nacimiento. Le viene por ello reconstruido aquel nacimiento que todos los hombres inicialmente tuvieron, y no su propia, habiendo él nacido esclavo. Al respecto ver: Marcella Balestri Fumagalli, "Libertas id est civitas", Labeo, vol. 33 (1987) pp. 63 a 74.

²³ Integrado del Epitome de Gayo 1.1.pr.

²⁴ *Cfr.* Inst.1.5.3 que considera la presente división como cosa del pasado, porque la condición de los dediticios desde hacía mucho tiempo había caído en desuso. Sobre tal modificación ver las constituciones de Justiniano del año 530 y 531 en C.7.5.1 y C.7.6.1.

V. *DE DEDITICIIS VEL LEGE AELIA SENTIA*
DE LOS DEDITICIOS O BIEN DE LA LEY AELIA SENTIA

13. *Lege itaque Aelia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis poenae nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quive ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve coniecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, eiusdem condicionis liberi fiant, cuius condicionis sunt peregrini dediticii.*

Con la ley Aelia Sentia se prevé que los esclavos que fueron encadenados por los dueños a título de pena, o bien a los que fueron incisas marcas de hierro, o bien contra los que fue realizado un procedimiento con tormentos a causa de un crimen y fue demostrado que fueron en aquel crimen, o bien que fueron entregados a combatir con la espada, o bien con las bestias, o bien fueron lanzados a los juegos o a la cárcel, y enseguida fueron manumitidos, o por el mismo dueño o bien por otro, son hechos libres de la misma condición de la cual son los peregrinos dediticios.²⁵

VI. *DE PEREGRINIS DEDITICIIS*
DE LOS PEREGRINOS DEDITICIOS

14. *Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt deinde victi se dediderunt.*

De otra parte son llamados peregrinos dediticios los que en otros tiempos tomadas las armas pelearon contra el pueblo romano después vencidos se rindieron.

15. *Huius ergo turpitudinis servos quocumque modo et cuiuscumque aetatis manumissos, etsi pleno iure dominorum fuerint, numquam aut cives Romanos aut Latinos fieri dicemus, sed omni modo dediticiorum numero constitui intellegemus.*

²⁵ *Ulp.* 1.14: El esclavo hecho libre por testamento e instituido heredero de un dueño no solvente, también si sea menor de treinta años o en condición de deber hacerse dediticio, se hace ciudadano romano y heredero; siempre que ningún otro sea heredero con base en tal testamento. Si han sido hechos libres y herederos dos o más, se hace libre y heredero quien está designado en primer lugar; y esto también fue dispuesto por la ley Aelia Sentia.

Por lo tanto, nosotros diremos que los esclavos de esta torpeza de cualquier modo y de cualquier edad manumitidos, también si hayan sido de pleno derecho de los dueños, nunca son hechos ciudadanos romanos o bien latinos, pero de todos modos entenderemos que están constituidos dentro del número de los dediticios.

16. *Si vero in nulla tali turpitudine sit servus, manumissum modo civem Romanum modo Latinum fieri dicemus.*

Pero si el esclavo no está en ninguna de tal torpeza, manumitido diremos que se transforma ahora en ciudadano romano, ahora en latino.²⁶

17. *Nam in cuius persona tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex iure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit.*

En efecto, en la persona en que concurren estas tres circunstancias, que sea mayor de treinta años, que sea de un dueño con base en el derecho de los Quirites, y sea liberado con una justa y legítima manumisión, es decir con la *vindicta*,²⁷ o bien con el censo,²⁸ o bien con el testamento,²⁹ es hecho ciudadano romano; pero si en vez faltara alguna de estas circunstancias, será latino.

²⁶ Al respecto ver: Gregor Boehm Richard, "Gai Inst. 1.16", Labeo, vol. 23 (1977) pp. 214 a 215.

²⁷ Ulp. 1.7: se manumite con la *vindicta* frente a un magistrado del pueblo romano, como un cónsul, un pretor o un procónsul.

²⁸ Ulp. 1.8: por censo se manumitían en un tiempo a aquellos que en Roma, en ocasión del censo quinquenal, se hacían, de orden de los padrones, censar entre los ciudadanos romanos.

²⁹ Ulp. 1.9: que los manumitidos por testamento sean libres es efecto de la ley de las XII tablas, la cual confirma... (texto incompleto). Marciano, libro primo institutionum D.40.4.23pr.-1: el manumitido en testamento se hace libre sólo si el testamento es válido y con base en éste sea aceptada la herencia, o bien, si uno, prescindiendo del testamento, posee la herencia *ab intestato*. 1. La libertad dada en testamento, si es dada puramente y simplemente, se efectúa apenas haya sido aceptado también por uno solo de los herederos; si es dada a término o bajo condición, se efectúa llegado el término o cumpliéndose la condición. *Idem*, D.40.9.9.pr-2: el esclavo que haya constreñido con la violencia a su propietario a manumitirlo, o bien, aterrorizado, escribió que fuese libre, no será libre. 1. Similarmente no puede hacerse libre tampoco aquel que el propietario no defendiese de una acusación de crimen capital, y después fue absuelto. 2. Los esclavos vendidos con el pacto que no viniesen manumitidos, o aquellos de quienes ha sido prohibida la manumisión por testamento o por orden del gobernador de la provincia, también si manumitidos no llegan sin embargo a la libertad.

VII. DE MANUMISSIONE VEL CAUSAE PROBATIONE DE LA MANUMISIÓN O BIEN DE LA PRUEBA DE LA CAUSA

18. *Quod autem de aetate servi requiritur, lege Aelia Sentia introductum est. Nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis adprobata, liberati fuerint.*

Lo que después es requerido de la edad del esclavo, fue introducido con la ley Aelia Sentia. Ya que esta ley quiso que los esclavos menores de treinta años manumitidos sean hechos ciudadanos romanos no de otra manera que si hayan sido liberados con la *vindicta*, aprobada una justa causa de manumisión frente al consejo.

19. *Iusta autem causa manumissionis est veluti si quis filium filiamve aut fratrem sororemve naturalem, aut alumnum, aut paedagogum, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa apud consilium manumittat.*

Después una justa causa de manumisión es como por ejemplo: si alguien manumita frente al consejo, un hijo o bien una hija, o un hermano, o hermana natural, o un alumno o pedagogo, o esclavo con la finalidad de tenerlo como procurador, o bien una esclava bajo causa de matrimonio.³⁰

VIII. DE CONSILIO ADHIBENDO DEL CONSEJO QUE DEBE SER PREDISPUERTO

20. *Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum; in provinciis autem viginti recuperatorum civium Romanorum, idque fit ultimo die conventus; sed Romae certis diebus apud consilium manumittuntur. Maiores vero triginta annorum servi semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat.*

Después el consejo es predispuerto en la urbe de Roma propiamente con cinco senadores y con cinco *equites* romanos púberes; de otra parte, en las

³⁰ No obstante el patrón no podrá esposar a la liberta que no lo quiera según Marciano, libro decimo institutionum D.23.2.28; además el mismo jurista incluye en la misma obra D.40.2.9.pr como justa causa de manumisión el hecho que el esclavo haya liberado el patrón de un peligro de vida o de infamia.

provincias con veinte recuperadores ciudadanos romanos, y esto es hecho en el último día de la audiencia; pero en Roma en ciertos días son manumitidos frente al consejo. En realidad los esclavos mayores de treinta años suelen manumitirse siempre, al punto que son manumitidos también en tránsito o por ejemplo cuando el pretor o el procónsul vaya al balneario o al teatro.³¹

21. *Praeterea minor triginta annorum servus manumissus potest civis Romanus fieri, si ab eo domino, qui solvendo non erat, testamento eum liberum et heredem relictum... <servus similiter cum libertate heres scriptus testamento non praecedat, et nemo alius ex eo testamento heres sit. Idque eadem lege Aelia Sentia cautum est. Idem favore libertatis de eo servo Proculus existimat, qui sine libertate heres scriptus sit>.*³²

Después el esclavo manumitido menor de treinta años puede ser hecho ciudadano romano, si por aquel dueño, que no era solvente, fue dejado libre y heredero en el testamento...(Y otro) esclavo similarmente instituido heredero con libertad en el testamento no lo preceda, y ningún otro con base en tal testamento sea heredero. Y esto por la misma ley Aelia Sentia fue establecido. Por favor de libertad Próculo estima lo mismo del esclavo, que sin libertad fue instituido heredero.

21a. *<Cum vero lege Aelia Sentia testamento primus scriptus solus civis Romanus fiat, placuit, si quis forte ex ancilla sua natos spurios liberos et heredes scripserit, omnes servos manere, quia quis primus sit, ex ea oratione non intellegitur, nec in fraudem creditorum plures ex patrimonio debent decedere; denique senatus consulto ad legem Fufiam Caniniam facto provisum est, ne in potestate debitoris esset eius legis auctoritatem per hanc artem evertere>.*

Como en verdad con la ley Aelia Sentia sólo el primer escrito en el testamento es hecho ciudadano romano, fue decidido que, si alguien por ejemplo haya escrito los hijos espurios nacidos de su esclava libres y herederos, permanezcan todos esclavos, porque quien sea primero, de aquella

³¹ Marciano, *libro primo institutionum* D.1.16.2.pr: Todos los procónsules, apenas salidos de la ciudad, tienen jurisdicción, pero no la contenciosa, sino la voluntaria; así que delante a ellos pueden ser manumitidos tanto los libres como los esclavos, y tener lugar las adopciones.

³² Falta una página en la obra; no obstante, a continuación seguiremos la reconstrucción de Huschke.

disposición no se entiende, ni en fraude de los acreedores más esclavos deben excluirse del patrimonio;³³ en fin hecho un senadoconsulto a la ley Fufia Canina fue previsto, que no fuese en potestad del deudor eludir por medio de este artificio la autoridad de aquella ley.

21b. *<Ex iure Quiritium fit servus noster non per hoc solum, quod pecunia nostra comparatur, sed ulterius requiritur iusta servi acquisitio propterea quod quaedam etiam non iustae sunt acquisitiones; nam ea, quae traditione alienantur, quamvis mancipi sint, nec vel mancipatione vel in iure cessione vel usucapione acquiruntur, tantum in bonis fiunt>.*

Por el derecho de los Quirites un esclavo es hecho nuestro, no a través de esto solo, porque es comprado con nuestro dinero, pero además es requerida una justa adquisición del esclavo para el hecho que algunas adquisiciones no son también justas; en efecto, las cosas que son enajenadas por *traditio*, bien que sean *mancipi*, y no son adquiridas por *mancipatio* o *in iure cessio* o por usucapición, solamente son hechas cosas *in bonis*.³⁴

22. *<Latinus fit ex lege Aelia Sentia servus minor xxx annorum, qui testamento vel inter amicos causa probata liberatur, quamquam Latinum ipsa lex Aelia Sentia nondum fecit; item qui ea aetate maior a domino, cuius est in bonis, quamvis iusta manumissione, manumittitur, vel qui inter amicos liberatur, si modo alia causa libertatem non impediatur. Hi omnes tamen olim quidem in forma libertatis servabantur, cum praetor eos, licet servi ex iure Quiritium essent, in libertate tueretur. Nunc vero hi...> homines Latini Iuniani appellantur: Latini ideo, quia adsimulati sunt Latinis colo-*

³³ Al respecto Gayo, *libro primo rerum cottidianarum sive aureorum* D.40.9.10: Es visto manumitir en fraude de los acreedores quien o ya no es solvente en el momento en que se manumite, o cesa de serlo habiendo dado la libertad. Frecuentemente por ello los hombres esperan de sus sustancias más de cuanto esas no contienen. Esto sucede frecuentemente a ellos que por medio de esclavos y libertos tienen comercios más allá del mar y en regiones diversas de aquellas en que ellos mismos residen; en cuanto ignoran frecuentemente que tales comercios con el paso del tiempo se han deteriorado, y, en sede de manumisiones, sin intención de defraudar, indulgentemente dan la libertad a sus esclavos.

³⁴ *Ulp.* 1.16: Quien tiene un esclavo en sus bienes (*in bonis esse*) y no también en propiedad quiritaria, manumitiéndolo lo hace latino. Uno tiene un esclavo en sus bienes (*in bonis esse*) por ejemplo así: si un ciudadano romano haya comprado un esclavo de un ciudadano romano, y el esclavo le haya sido entregado pero no mancipado ni realizada la *in iure cessio* y no lo haya poseído por un año; y ciertamente, hasta cuando no intervenga algunas de tales circunstancias, este esclavo está en los bienes del comprador (*in bonis esse*), pero por derecho de los quirites es del vendedor.

niariis; Iuniani ideo, quia per legem Iuniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse.

<Con base en la ley Aelia Sentia es hecho latino el esclavo menor de 30 años, que probada la causa es liberado en testamento o bien entre amigos, aunque la misma ley Aelia Sentia no lo hizo todavía latino; en el mismo modo (se hace latino) el que mayor de esta edad es manumitido por el dueño, en cuyos bienes está (*in bonis esse*), aunque con una justa manumisión, o bien el que entre amigos es liberado, con tal que otra causa no impida la libertad. Todos estos sin embargo en un tiempo eran dejados en una forma de libertad, porque el pretor los defendía en libertad, si bien fuesen esclavos por el derecho de los Quirites. Ahora en verdad estos...> hombres son llamados latinos junianos; latinos por esto, porque son parecidos a los latinos de las colonias; junianos por esto, porque por la ley Junia³⁵ recibieron la libertad, cuando en un tiempo resultaban ser esclavos.

23. *Nec tamen illis permittit lex Iunia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari.*

Ni tampoco a aquellos la ley Junia permite hacer testamento por ellos mismos, o bien recibir de testamento ajeno, o bien ser designados tutores en testamento.³⁶

24. *Quod autem diximus ex testamento eos capere non posse, ita intellegemus, ne quid directo hereditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus: alioquin per fideicommissum capere possunt.*

Luego lo que dijimos que ellos no pueden recibir de testamento, así lo entenderemos, que decimos que ellos no pueden recibir algo directamente de una herencia o a título de legados; por el contrario, pueden recibir por un fideicomiso.

³⁵ Ley del 19 d.C. Al respecto *Ulp.* 1.10... hoy son automáticamente libres por la ley Junia, por la cual devienen latinos aquellos que sean nominadamente manumitidos entre amigos. Al respecto ver: Mario Antonio De Dominicis, "La *latinitas iuniana* e la legge Elia Senzia", *TR*, vol. 33 (1965) pp. 558 a 574; *idem*, "Les latins Juniens dans la pensée du législateur romain", *RIDA*, vol. 20 (1973) pp. 311 a 324; A. J. B. Sirks, "Informal manumission and the *lex Junia*", *RIDA*, vol. 28 (1981) pp. 247 a 276; *idem*, "The *lex Junia* and the effects of informal manumission and iteration", *RIDA*, vol. 30 (1983) pp. 211 a 292.

³⁶ En el mismo sentido *Ulp.* 11.16.

25. *Hi vero, qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam quilibet peregrinus; quin nec ipsi testamentum facere possunt secundum id quod magis placuit.*

En verdad los que están en el número de los dediticios, en ningún modo pueden recibir por testamento, no más que cualquier peregrino; (que) ni tampoco los mismos pueden hacer testamento, según lo que fue decidido por la mayoría.

26. *Pessima itaque libertas eorum est, qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege aut senatusconsulto aut constitutione principali aditus illis ad civitatem Romanam datur.*

Por tanto pésima es la libertad de los que son en el número de los dediticios; con base en ninguna ley o senadoconsulto o constitución del príncipe es dado a aquellos el ingreso en la ciudadanía romana.

27. *Quin etiam in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium morari prohibentur; et si qui contra ea fecerint, ipsi bonaque eorum publice venire iubentur ea condicione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium serviant neve umquam manumittantur; et si manumissi fuerint, servi populi Romani esse iubentur. Et haec ita lege Aelia Sentia comprehensa sunt.*

Que también les es prohibido morar en la urbe de Roma o bien dentro las cien millas de la urbe de Roma y si ellos hayan contravenido a tales cosas, se ordena que los mismos y sus bienes sean vendidos públicamente con tal condición, que no sirvan en la urbe de Roma o bien dentro las cien millas de la urbe de Roma y que no sean manumitidos nunca, y si hayan sido manumitidos, se ordena que sean esclavos del pueblo romano. Y estas cosas están incluidas así en la ley Aelia Sentia.

28. *QUIBUS MODIS LATINI AD CIVITATEM ROMANAM PERVENIANT. 28. Latini vero multis modis ad civitatem Romanam perveniunt.*

DE QUÉ MODOS LOS LATINOS LLEGUEN A LA CIUDADANÍA ROMANA. Los latinos en verdad llegan de muchos modos a la ciudadanía romana.³⁷

³⁷ *Ulp.* 3.1: los latinos consiguen la ciudadanía romana en estos modos: por benevolencia del príncipe, por hijos, por repetición, por milicia, por nave, por edificio, por molino; de otra forma la consigue con base en un senadoconsulto, la que notoriamente haya parido tres veces. *Idem*, 3.2: por benevolencia del príncipe obtiene la ciudadanía romana el latino, si haya llegado del emperador el derecho de los quirites. *Idem*, 3.4: por

29. *Statim enim ex lege Aelia Sentia cautum est ut minores triginta annorum manumissi et Latini facti si uxores duxerint vel cives Romanas vel Latinas coloniaras vel eiusdem condicionis, cuius et ipsi essent, idque testati fuerint adhibitis non minus quam septem testibus civibus Romanis puberibus, et filium procreaverint, cum is filius anniculus esse coeperit, datur eis potestas per eam legem adire praetorem vel in provinciis praesidem provinciae, et adprobare se ex lege Aelia Sentia uxorem duxisse et ex ea filium anniculum habere; et si is, apud quem causa probata est, id ita esse pronuntiaverit, tunc et ipse Latinus et uxor eius, si et ipsa <eiusdem condicionis sit, et filius, si et ipse³⁸> eiusdem condicionis sit, cives Romani esse iubentur.*

En efecto, en primer lugar con base en la ley Aelia Sentia fue establecido que los menores de treinta años manumitidos y hechos latinos, si hayan conducido como esposas (o) ciudadanas romanas o bien latinas de las colonias o bien de la misma condición, de la que también ellos mismos fuesen, y lo hayan testificado predispuestos no menos que siete testigos ciudadanos romanos púberes, y hayan procreado un hijo, cuando este hijo haya comenzado a ser de un año, les es dada potestad por esta ley de recurrir al pretor o bien en las provincias al gobernador de la provincia, y probar que él con base en la ley Aelia Sentia (1a) haya conducido como esposa y de ésta tenga un hijo de un año; y si él, frente al cual tal causa ha sido probada, haya pronunciado que es así, entonces bien sea el mismo latino bien sea su esposa, bien sea el hijo, si también el mismo sea de esta misma condición, se ordena que sean ciudadanos romanos.

30. *Ideo autem in <ipso filio³⁹> adiecimus 'si et ipse eiusdem condicionis sit', quia si uxor Latini civis Romana est, qui ex ea nascitur ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, civis Romanus nascitur.*

Luego, por lo tanto, con referencia al mismo hijo, hemos añadido 'si también el mismo sea de esta misma condición' porque si la esposa del

repetición se hace ciudadano romano quien, después de haber obtenido la latinidad, venga de nuevo, mayor de treinta años, legalmente manumitido por aquel del cual fue esclavo por derecho de los quirites. Pero a él es concedido con base en un senadoconsulto de conseguir la ciudadanía romana también gracias a los hijos. A continuación Gayo nos explicará las mencionadas formas de adquisición de la ciudadanía. Sobre el presente argumento ver Albanese, *op. cit.*, pp. 171 a 201.

³⁸ Integrado por Mommsen.

³⁹ Según David-Nelson.

latino es ciudadana romana, quien nace de ésta, con base en un nuevo senadoconsulto, que fue hecho bajo la autoridad del divino Adriano, nace ciudadano romano.

31. *Hoc tamen ius adipiscendae civitatis Romanae etiamsi soli minores triginta annorum manumissi et Latini facti ex lege Aelia Sentia habuerunt, tamen postea senatusconsulto, quod Pegaso et Pusione consulibus factum est, etiam maioribus triginta annorum manumissis Latinis factis concessum est.*

Sin embargo, este derecho de obtener la ciudadanía romana, también si lo tuvieron con base en la ley Aelia Sentia sólo los menores de treinta años manumitidos y hechos latinos; sin embargo, después, con base en un senadoconsulto, que fue hecho bajo el consulado de Pegaso y Pusione, fue concedido también a los mayores de treinta años manumitidos hechos latinos.

32. *Ceterum etiamsi ante decesserit Latinus, quam anniculi filii causam probarit, potest mater eius causam probare, et sic et ipsa fiet Romana, si Latina fuerit <et filius, cuius causam probarit.> Permissum <praeterea est filio Latino etiam soli, ut civis Romanus fiat, ex> quibusdam <causis causam probare: et quamquam⁴⁰> ipse filius civis Romanus sit, quia ex cive Romana matre natus est, tamen debet causam probare, ut suus heres patri fiat.*

De otra parte, también si el latino haya muerto antes que haya probado la causa del hijo de un año, puede su madre probar la causa; y así bien sea la misma será hecha romana, si haya sido Latina, bien sea el hijo, cuya causa haya probado. En seguida fue permitido también al solo hijo latino de probar la causa en ciertos casos con la finalidad que sea hecho ciudadano romano; y aunque el mismo hijo sea ciudadano romano, porque nació de madre ciudadana romana, sin embargo debe probar la causa, para transformarse en *heres suus* del padre.

32a. *<Quae> vero diximus de filio anniculo, <eadem et de filia annicula> dicta intellegemus.*

Lo que en verdad dijimos del hijo de un año, entenderemos que lo mismo se diga también de la hija de un año.

⁴⁰ Integrado por Huschke.

32b. <Praeterea ex lege Visellia tam maiores quam minores triginta annorum manumissi et Latini facti ius Quiritium adipiscuntur>,⁴¹ id est fiunt cives Romani, si Romae inter vigiles sex annis militaverint. Postea dicitur factum esse senatusconsultum, quo data est illis civitas Romana, si triennium militiae expleverint.

Después con base en la ley Visellia, tanto los mayores como los menores de treinta años manumitidos y hechos latinos, consiguen el derecho de los Quirites; es decir, son hechos ciudadanos romanos, si hayan militado entre los vigilantes⁴² en Roma durante seis años. Después se dice que fue hecho un senadoconsulto, con base en el cual les fue dada la ciudadanía romana, si hayan servido en la milicia en un trienio.

32c. Item edicto Claudii Latini ius Quiritium consecuntur, si navem marinam aedificaverint, quae non minus quam decem milia modiorum frumenti capiat, eaque navis vel quae in eius locum substituta <sit, sex> annis frumentum Romam portaverit.

Del mismo modo por un edicto de Claudio, los latinos consiguen el derecho de los Quirites, si hayan edificado una nave marina, que contenga no menos de diez mil medidas de cereal, y esta nave o bien la que haya sido sustituida en su lugar, durante seis años haya portado cereal a Roma.

33. Praeterea a Nerone <constitutum est>, ut si Latinus, qui patrimonium sestertium cc milium plurisve habeat, in urbe Roma domum aedificaverit, in quam non minus quam partem dimidiam patrimonii sui impenderit, ius Quiritium consequatur.

Después fue constituido por Nerón, que si un latino, que tendrá un patrimonio de 200 mil sestercios o bien mayor, en la urbe de Roma haya edificado una casa, en la que haya gastado no menos que la mitad de su patrimonio, consigue el derecho de los Quirites.

⁴¹ Integrado por Huschke.

⁴² Los "vigilantes" eran un cuerpo de bomberos organizado por el emperador Augusto, articulado en siete grupos de mil hombres cada uno, cuya tarea era la prevención y la extinción de los incendios en la urbe de Roma. El jefe del mencionado cuerpo era el *praefectus vigilum* que tenía también una función jurisdiccional en campo criminal con la finalidad de reprimir comportamientos contrarios a reglas de seguridad. Ver al respecto Francesco De Martino, *Storia della Costituzione Romana* (2a. ed., Nápoles, Jovene, 1974), vol. 4, pp. 655 a 657.

34. Denique Traianus constituit, ut si <Latinus> in urbe triennio pistrinum exercuerit, in quo in dies singulos non minus quam centenos modios frumenti pinseret, ad ius Quiritium perveniat... <praeterea Latina mulier, quae ter enixa esset, ex senatusconsulto ad ius Quiritium pervenire potest. Item beneficio principali Latini, qui civitatem Romanam ab imperatore impetraverint, ius Quiritium con>sequi <possunt>.⁴³

Finalmente Trajano constituyó que, si un latino haya tenido en ejercicio un molino tres años en la urbe, en el que en cada día moliese no menos que cien modios de cereal, llegase al derecho de los Quirites... Además la mujer latina, que hubiese dado a luz tres veces, con base en un senadoconsulto puede llegar al derecho de los Quirites. También por un beneficio del príncipe, los latinos que hayan conseguido la ciudadanía romana del emperador, pueden conseguir el derecho de los Quirites.

35. <Praeterea possunt> maiores triginta annorum manumissi et Latini facti <iteratione> ius Quiritium consequi. Quo...triginta annorum manumittant...⁴⁴ manumissus vindicta aut censu aut testamento <et> civis Romanus <et eius> libertus fit, qui eum iteraverit. Ergo si servus in bonis tuis, ex iure Quiritium meus erit, Latinus quidem a te solo fieri potest, iterari autem a me, non etiam a te potest, et eo modo meus libertus fit. Sed et ceteris modis ius Quiritium consecutus meus libertus fit. Bonorum autem quae, cum is morietur, reliquerit, tibi possessio datur, quocumque modo ius Quiritium fuerit consecutus. Quod si cuius et in bonis et ex iure Quiritium sit manumissus, ab eodem scilicet et Latinus fieri potest et ius Quiritium consequi.

Después los mayores de treinta años manumitidos y hechos latinos pueden conseguir el derecho de los Quirites por una segunda liberación.⁴⁵ Por

⁴³ Con base en Ulp. 3.1-2 ha sido integrado el texto.

⁴⁴ La laguna de dos líneas es difícil de integrar, por lo que se recurre al texto de Ulp. 3.4. que dice: *Iteratione fit civis Romanus, qui post Latinitatem, quam acceperat, maior triginta annorum iterum iuste manumissus est ab eo, cuius ex iure Quiritium servus fuerit.* (Por una segunda liberación se transforma en ciudadano romano, el que después de la latinidad, que había recibido, siendo mayor de treinta años, otra vez fue manumitido justamente por aquel del cual haya sido esclavo con base en el derecho de los quirites).

⁴⁵ También ver Ulp. 1.12: De la misma ley (*Aelia Sentia*) es dispuesto que el esclavo menor de treinta años manumitido por *vindicta* no se haga ciudadano romano salvo prueba del motivo delante al consejo; establece, por lo tanto, que el manumitido fuera del consejo permanezca esclavo del César. En cuanto al manumitido por testamento establece que se considere como si fuese en libertad por voluntad del patrono, y, por esto se hace latino.

eso... manumitan (los mayores de) treinta años... Manumitido con la *vindicta* o bien censo o testamento se hace bien sea ciudadano romano, bien sea liberto, del que lo haya liberado de nuevo. En consecuencia, si un esclavo está en tus bienes (*in bonis*) pero es mío con base en el derecho de los Quirites, ciertamente puede ser hecho latino por ti solo, pero puede ser liberado otra vez por mí y no también por ti, y en tal modo es hecho mi liberto; pero consiguiendo también en otros modos el derecho de los Quirites, se hace mi liberto. Pero de los bienes que haya dejado cuando él muere, te es dada la posesión, a pesar del modo con el que haya conseguido el derecho de los Quirites. Que si haya sido manumitido por quien lo tiene, bien sea en sus bienes (*in bonis*), bien sea con base en el derecho de los Quirites, por el mismo ciertamente puede bien sea ser hecho latino bien sea conseguir el derecho de los Quirites.

36. <*Non tamen cuicumque volenti manumittere licet*>. ⁴⁶

No obstante, no es lícito a cualquiera de propia voluntad manumitir. ⁴⁷

37. <*Nam is qui*> *in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.*

En efecto, quien manumite en fraude de los acreedores o bien en fraude del patrón nada hace, porque la ley Aelia Sentia impide la libertad. ⁴⁸

38. *Item eadem lege minori xx annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata fuerit.*

Así por la misma ley al dueño menor de 20 años no es permitido manumitir de otra manera que, si con la *vindicta* frente al consejo haya sido aprobada una justa causa de manumisión. ⁴⁹

⁴⁶ Integrado con base en las Inst.1.6 pr., así como el inicio del siguiente texto.

⁴⁷ Ulp. 1.17: la mujer bajo tutela, y así el pupilo y la pupila no pueden manumitir. *Idem* 1.18: si uno de los propietarios manumite al esclavo común, pierde su parte, y ésta se acrece al condómino, especialmente si haya manumitido de modo que, si el esclavo fuese suyo en totalidad, lo habría hecho ciudadano romano. En efecto, si lo haya manumitido entre amigos, consideran en mayoría que él no haya concluido nada. *Idem*, 1.19: el esclavo del cual uno tenga el usufructo y un otro la propiedad, si es manumitido del titular de la propiedad, no se hace libre, pero es esclavo sin propietario.

⁴⁸ *Idem*, Inst.1.6.pr.

⁴⁹ *Idem*, Inst.1.6.4.

39. *Iustae autem causae manumissionis sunt veluti si quis patrem aut matrem aut paedagogum aut conlactaneum manumittat. Sed et illae causae, quas superius in servo minore xxx annorum exposuimus, ad hunc quoque casum, de quo loquimur, adferri possunt. Item ex diverso hae causae, quas in minore xx annorum domino rettulimus, porrigi possunt et ad servum minorem xxx annorum.*

Luego justas causas de manumisión son, por ejemplo: si alguien manumita al padre o bien madre o pedagogo o hermano de leche. ⁵⁰ Pero también aquellas causas, que hemos expuesto anteriormente respecto al esclavo menor de 30 años pueden referirse también al caso del que hablamos. Igualmente, por otra parte, estas causas, que hemos referido respecto al dueño menor de 20 años, pueden ser extendidas también al esclavo menor de 30 años.

40. *Cum ergo certus modus manumittendi minoribus xx annorum dominis per legem Aeliam Sentiam constitutus sit, evenit, ut qui xiiii annos aetatis expleverit, licet testamentum facere possit et in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen, si adhuc minor sit annorum xx, libertatem servo dare non possit.*

Por lo tanto, siendo constituido un cierto modo de manumitir mediante la ley Aelia Sentia por los dueños menores de 20 años, sucede que, el que haya cumplido 14 años de edad, aunque pueda hacer testamento y pueda en éste instituir un heredero por sí mismo y dejar legados, sin embargo si sea todavía menor de 20 años, no puede dar la libertad al esclavo. ⁵¹

41. *Et quamvis Latinum facere velit minor xx annorum dominus, tamen nihilo minus debet apud consilium causam probare et ita postea inter amicos manumittere.*

Y aunque el dueño menor de 20 años quiera hacerlo latino; sin embargo, no de menos debe probar la causa frente al consejo y así después manumitirlo entre amigos.

42. *Praeterea lege Fufia Caninia certus modus constitutus est in servis testamento manumittendis.*

⁵⁰ El contenido del presente texto con más ejemplos en Inst.1.6.5.

⁵¹ Confrontar la reforma justiniana en Inst.1.6.7 que establece que no se permite al menor de veinte años que dé por testamento libertad a su esclavo de otra manera, que si hubiese cumplido diecisiete años y entrado en los dieciocho.

En seguida mediante la ley Fufia Caninia fue constituido un cierto límite en manumitir a los esclavos en el testamento.⁵²

43. *Nam ei, qui plures quam duos neque plures quam decem servos habebit, usque ad partem dimidiam eius numeri manumittere permittitur: ei vero, qui plures quam x neque plures quam xxx servos habebit, usque ad tertiam partem eius numeri manumittere permittitur. At ei, qui plures quam xxx neque plures quam centum habebit, usque ad partem quartam potestas manumittendi datur. Novissime ei, qui plures quam c habebit nec plures quam D, non plures manumittere permittitur quam quintam partem; neque plures <quam D servos habentis mentio in ea lege habetur⁵³> sed praescribit lex, ne cui plures manumittere liceat quam c. Quod si quis unum servum omnino aut duos habet, ad hanc legem non pertinet, et ideo liberam habet potestatem manumittendi.*

En efecto, al que tendrá más que dos y no más de diez esclavos, hasta la mitad de este número es permitido manumitir; pero al que tendrá más de 10 y no más que 30 esclavos, hasta la tercera parte de este número es permitido manumitir. De otra parte, al que tendrá más de 30 y no más que 100, hasta la cuarta parte es dada la potestad de manumitir. Por último, al que tendrá más de cien y no más que 500, no es permitido manumitir más que la quinta parte; ni es hecha mención en esta ley del que tiene más de 500 esclavos; pero prescribe la ley, que no sea lícito manumitir más de 100. Que si alguien en totalidad tiene un esclavo o bien dos, no hace referencia a esta ley, y por este motivo tiene la libre potestad de manumitir(los).

44. *Ac ne ad eos quidem omnino haec lex pertinet, qui sine testamento manumittunt. Itaque licet iis, qui vindicta aut censu aut inter amicos manumittunt, totam familiam suam liberare, scilicet si alia causa non impediatur libertatem.*

Ni tampoco en ningún modo esta ley afecta a los que manumiten sin testamento; por tanto, es lícito a los que manumiten con la *vindicta* o censo o entre amigos, liberar a toda su familia (servil), se entiende si otra causa no impide la libertad.

⁵² Ley abrogada en época justiniana, al respecto ver Inst. 1.7 y la Constitución de Justiniano del año 528 en C.7.3.1.

⁵³ De tal manera Krueger.

45. *Sed quod de numero servorum testamento manumittendorum diximus, ita intellegemus, ne umquam ex eo numero, ex quo dimidia aut tertia aut quarta aut quinta pars liberari potest, pauciores manumittere liceat, quam ex antecedenti numero licuit. Et hoc ipsa lege provisum est; erat enim sane absurdum, ut x servorum domino quinque liberare liceret, quia usque ad dimidiam partem eius numeri manumittere ei conceditur, xii servos habenti non plures liceret manumittere quam iii; item eis qui plures quam x neque... <Nam si aliquis testamento plures manumittere voluerit, quam quot continet numerus supra scriptus, ordo servandus est, ut illis tantum libertas valeat, qui prius manumissi sunt, usque ad illum numerum, quem explanatio continet superius comprehensa; qui vero postea supra constitutum numerum manumissi leguntur, in servitute eos certum est permanere. Quod si non nominatim servi vel ancillae in testamento manumittantur, sed confuse omnes servos suos vel ancillas is qui testamentum facit liberos facere voluerit, nulli penitus firma esse iubetur hoc ordine data libertas, sed omnes in servili condicione, qui hoc ordine manumissi sunt, permanebunt. Nam etsi ita in testamento servorum manumissio adscripta fuerit, id est in circulo, ut qui prior, qui posterior nominatus sit, non possit agnosci, nulli ex his libertatem valere manifestum est, si agnosci non potest qui prior, qui posterior fuerit manumissus>.⁵⁴*

Pero de lo que dijimos del número de los esclavos que se pueden manumitir en el testamento, lo entenderemos en este modo, que nunca sea lícito manumitir de aquel número, del cual pueda liberarse la mitad o tercera o cuarta o quinta parte, menos que hubiese sido lícito con base en el número anterior. Y esto ha sido previsto por la misma ley; ya que era ciertamente absurdo, que al dueño de diez esclavos fuese lícito liberar cinco, porque hasta la mitad de aquel número le es concedido manumitir, al que tiene doce esclavos es lícito manumitir no más que cuatro; del mismo modo a los que más de diez y no... <En efecto, si alguno haya querido manumitir en el testamento más que, cuantos contiene el número arriba escrito, debe ser observada la orden, que solamente valga la libertad para aquellos, que primero han sido manumitidos, hasta aquel número, que contiene la explicación anteriormente comprendida; los manumitidos que en verdad después son elegidos sobrepasando el número constituido, es cierto que permanecen en servidumbre. Que si los es-

⁵⁴ Falta una página, cuyo contenido puede desprenderse del texto del epitome de Gayo 1.2.2., el cual hemos transcrito.

clavos o esclavas no sean manumitidos nominativamente en el testamento, pero el que hace testamento haya querido hacer libres confusamente a todos sus esclavos o esclavas, es prescrito que para nadie sea absolutamente válida la libertad dada en esta orden, pero permanecerán en condición servil todos que de esta orden han sido manumitidos. En efecto, también si en el testamento la manumisión de los esclavos haya sido escrita en este modo, es decir en círculo, así que no pueda conocerse cuál sea nombrado primero, y cuál sea el posterior, es manifiesto que no valga la libertad para ninguno de éstos, si no puede conocerse quien antes, quien después, haya sido manumitido.⁵⁵

46. *...nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae in fraudem eius facta sint rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt.*

...en efecto, también si la libertad haya sido dada a los esclavos escritos en el testamento en círculo, porque no se encuentra ninguna orden de la manumisión, ningunos serán libres, porque la ley Fufia Caninia rescinde lo que fue hecho en su fraude. También hay especiales senadoconsultos, por los que fueron rescindidas las (manumisiones), que fueron pensadas en fraude de esta ley.

47. *In summa sciendum est, <cum> lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, <hoc etiam> ad peregrinos pertinere (senatus ita censuit ex auctoritate Hadriani), cetera vero iura eius legis ad peregrinos non pertinere.*

En suma debe conocerse que, habiendo sido por la ley Aelia Sentia dispuesto que no sean hechos libres los manumitidos para defraudar a los acreedores,⁵⁶ esto afecta también a los peregrinos (el senado así deliberó con base en la autoridad de Adriano), mientras todos los otros derechos de esta ley no afectan a los peregrinos.

⁵⁵ Gayo, libro primo rerum cottidianarum sive aureorum D.40.4.24: Se consideran hechos libres nominativamente aquellos que hayan sido estado claramente indicados con base en el arte o bien oficio o en cualquier otro modo, como "mi administrador", "mi cantinero", "mi cocinero", "el hijo de mi esclavo Pánfilo". Al respecto ver: Danilo Dalla, "Nominatim manumittere", Labeo, vol. 30 (1984), pp. 277 a 290.

⁵⁶ El contenido de la presente parte del texto puede verse también en Inst.1.6.pr.

48. *Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri (sunt) subiectae sunt.*

Sigue otra división del derecho de las personas; en efecto, algunas personas son de su derecho (*sui iuris*), otras son sujetas a un derecho ajeno (*alieno iuri subiectae*).⁵⁷

49. *Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

De otra parte de las personas, que son sujetas al derecho ajeno (*alieno iuri subiectae*) algunas están en potestad, otras *in manu*, otras *in mancipio*.

50. *Videamus nunc de his quae alieno iuri subiectae sint; <nam> si cognoverimus, quae istae personae sint, simul intellegemus, quae sui iuris sint.*

Veamos ahora de las que son sujetas a derecho ajeno (*alieno iuri subiectae*); en efecto, si habremos conocido cuáles sean esas personas, al mismo tiempo entenderemos, cuáles sean de su derecho (*sui iuris*).⁵⁸

51. *Ac prius dispiciamus de iis, qui in aliena potestate sunt.*

Y primero examinemos de las que están en potestad ajena.⁵⁹

52. *In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.*

Por lo tanto, los esclavos están en potestad de los dueños. Ciertamente esta potestad es del derecho de gentes; en efecto, en todas las gentes en modo igual podemos constatar que a los dueños es la potestad de vida y muerte respecto a los esclavos, y cualquier cosa que es adquirida por el esclavo, ésta es adquirida al dueño.⁶⁰

53. *Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in*

⁵⁷ *Idem*, D.1.6.1.pr e Inst.1.8.pr. Sobre el presente punto ver Albanese, *Le persone...* op. cit., pp. 205 a 308.

⁵⁸ Mismo contenido en Inst.1.8 y D.1.6.1.pr.

⁵⁹ Mismo contenido en D.1.6.1.pr.

⁶⁰ *Idem*, Inst.1.8.1 y D.1.6.1.1.

servos suos saevire; nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit: male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

Pero en este tiempo, ni a los ciudadanos romanos ni a algunos otros hombres, que están bajo el imperio del pueblo romano, es lícito seviciar a sus esclavos en medida excesiva y sin causa; en efecto, con base en una constitución del sagradísimo emperador Antonino se ordena que: el que haya matado a su esclavo sin causa, no menos es responsable, que el que haya matado al esclavo ajeno. Pero también una mayor aspereza de los dueños es punida por una constitución del mismo príncipe; en efecto, consultado por algunos gobernadores de las provincias sobre los esclavos, que se refugian en los santuarios de los dioses o próximos de las estatuas del príncipe, proveyó que, si resultase intolerable la sevicia de los dueños, sean forzados a vender a sus esclavos. Y ambas disposiciones son justamente hechas, porque no debemos usar mal de nuestro derecho; con base en esta razón la administración de sus bienes es prohibida también a los pródigos.⁶¹

54. *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegatur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

De otra parte, siendo a los ciudadanos romanos una doble propiedad (en efecto, se entiende que el esclavo sea de cada persona o en los bienes (*in bonis*) o por el derecho de los Quirites o por ambos derechos), así en este modo diremos que un esclavo es en la potestad del dueño, si sea en los bienes (*in bonis*) de éste, aunque contemporáneamente no sea del mismo

⁶¹ Sobre el presente ver: D.1.6.1.2 e Inst.1.8.2 que incluye además un rescripto de Antonino Pío dirigido a Elio Marciano, procónsul de la Bitinia sobre el presente argumento, que también puede confrontarse en Ulpiano, *libro octavo de officio proconsulis*, D.1.6.2.

por el derecho de los Quirites; en efecto, el que tiene el nudo derecho de los Quirites en el esclavo, no es entendido tener la potestad.

55. *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. Idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significavit. Nec me praeterit Galatarum gentes credere in potestate parentum liberos esse.*

Del mismo modo en nuestra potestad están nuestros hijos, que procreamos en justas nupcias.⁶² Esto es derecho propio de los ciudadanos romanos; porque casi no hay algunos otros hombres, que tienen en sus hijos tal potestad, como nosotros tenemos.⁶³ Y esto declaró el divino Adriano en un edicto que propuso respecto a los que le pedían la ciudadanía romana para ellos mismos y para sus hijos. No me escapa de la mente que la gente de los Galatos creen que los hijos están en la potestad de los ascendientes.

56. *<Itaque liberos suos in potestate habent cives Romani>, ⁶⁴ si cives Romanas uxores duxerint vel etiam Latinas peregrinasve, cum quibus conubium habeant; cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit, ut non <solum> cives Romani fiant, sed et in potestate patris sint.*

⁶² Mismo contenido en Inst.1.9.pr. Al respecto ver también Celso, *libro vicensimo nono digestorum*, D.1.5.19, que dice que cuando se hayan hecho las justas nupcias, los hijos siguen la condición jurídica del padre; el hijo concebido vulgarmente sigue a la madre. Ver al respecto S. J. Olis Robleda, "Sobre el matrimonio en derecho romano", SDHI, vol. 37 (1971), pp. 337 a 350; Giannetto Longo, "Ancora sul matrimonio romano", SDHI, vol. 43 (1977), pp. 459 a 480.

⁶³ *Idem* Inst.1.9.2 y D.1.6.3. Ulpiano, *libro primo institutionum* D.1.6.4: por ello, entre los ciudadanos romanos, algunos son padres de familia, otros son hijos de familia, algunas son madres de familia, algunas son hijas de familia. Son padres de familia aquellos que están en potestad de sí mismos, bien sea púberes, bien sea impúberes; en modo similar, las madres de familia; los hijos de familia y las hijas de familia están en potestad de otro. Por ello, aquel que nace de mí y de mi mujer está en mi potestad; igualmente, quien nace de mi hijo y de su mujer, esto es mi nieto y mi nieta, están al mismo tiempo en mi potestad, como mi bisnieto y mi bisnieta, y sucesivamente los demás. Al respecto ver: Luigi Capogrossi Colognesi, "Ancora sui poteri del *pater familias*", BIDR, vol. 73 (1970), pp. 357 a 425; Alfredo M. Rabello, "L'acquisto della *patria potestas*", Labeo, vol. 21 (1975) pp. 172 a 192; *idem*: *Effetti personali della patria potestas*, (s/e, Milán, Giuffrè, 1979), pp. 1 a 386; Pasquale Voci, "Storia della *patria potestas* da Augusto a Diocleziano", IURA, vol. 31 (1980), pp. 37 a 100; Francesco Maria de Robertis, "I limiti spaziali al potere del *pater familias*", Labeo, vol. 29 (1983), pp.164 a 174.

⁶⁴ Integrado por Krueger y Studemund.

Por lo tanto, los ciudadanos romanos tienen en potestad a sus hijos, si hayan conducido como esposas ciudadanas romanas o bien también las latinas o peregrinas con que tengan el *conubium*; en efecto, haciendo el *conubium* de modo que, los hijos sigan la condición del padre, sucede que, no sólo sean hechos ciudadanos romanos, sino también estén en potestad del padre.

57. *Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani et in potestate parentum fiunt.*

Por esto también a algunos veteranos suele ser concedido por constituciones de los príncipes el *conubium* con las latinas o peregrinas, que por primeras después de la licencia hayan conducido como esposas; y los que nacen de aquel matrimonio, bien sea son hechos ciudadanos romanos bien sea (están) en potestad de los ascendientes.

58. *<Non tamen omnes nobis uxores ducere licet>: nam a quarundam nuptiis abstinere debemus.*

Sin embargo, no nos es lícito conducir como esposas a todas; en efecto, debemos abstenernos de las nupcias con algunas.⁶⁵

59. *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, veluti inter patrem et filiam, vel inter matrem et filium, vel inter avum et neptem <vel inter aviam et nepotem>;⁶⁶ et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae <aut> neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim.*

En efecto, entre las personas que tienen entre sí el lugar de ascendientes o bien de descendientes, no pueden contraerse nupcias, ni entre estas hay *conubium*, como por ejemplo: entre padre e hija, o entre madre e hijo, o entre

⁶⁵ *Idem*, Inst.1.10.1.

⁶⁶ Integrado por Knip.

abuelo y nieta (o entre abuela y nieto) y si tales personas se uniesen entre ellas, se dice que hayan contraído infames e incestas nupcias. Y estas cosas son así, a tal punto que, aunque por adopción hayan comenzado a estar en el lugar de los ascendientes o descendientes, no pueden entre sí unirse en matrimonio, en tal medida que, también disuelta la adopción permanece el mismo derecho; y por lo tanto, no podré conducir como esposa, la que por adopción haya comenzado a estar para mí en el lugar de hija o nieta, aunque la haya emancipado.⁶⁷

60. *Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta.*

También entre las personas, que están unidas con base en un grado colateral de cognación, hay propiamente una observación semejante, pero no tan grande.⁶⁸

61. *Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum: sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis.*

Ciertamente entre hermano y hermana son prohibidas las nupcias, bien sea que hayan nacido del mismo padre y misma madre, bien sea de uno u otro de éstos. Pero si alguien por adopción haya comenzado a ser hermana mía, ciertamente por todo el tiempo que subsiste la adopción, seguramente entre ella y yo no pueden existir las nupcias; pero habiendo sido disuelta la adopción por emancipación, podré conducirla como esposa; pero también si yo habré sido emancipado, ningún impedimento existirá para las nupcias.⁶⁹

62. *Fratris filiam uxorem ducere licet, idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset; sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur.*

⁶⁷ Mismo contenido en Inst.1.10.1; misma prohibición en Marciano, libro decimo institutionum D.48.5.7.

⁶⁸ *Idem*, Inst.1.10.2.

⁶⁹ *Idem*, Inst.1.10.2.

Es lícito conducir como esposa a la hija del hermano,⁷⁰ y esto primeramente vino en uso, cuando el divino Claudio condujo como esposa a Agripina la hija de su hermano; pero no es lícito conducir como esposa a la hija de la hermana. Y así estas cosas son declaradas por las constituciones de los príncipes.

63. *Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. Item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere.*

Del mismo modo, no es lícito conducir como esposa a la tía paterna y tía materna.⁷¹ Del mismo modo, la que para mí en un tiempo fue la suegra o nuera o hijastra o madrastra. Pero dijimos 'un tiempo', por este motivo, porque si existen todavía las nupcias, por las que tal afinidad fue adquirida, por otra razón no puede esposarse a mí, porque ni la misma puede esposarse con dos, ni el mismo tener dos esposas.

64. *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos: itaque hi qui ex eo coitu nascuntur matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique: nec ob id in potestate eius <sunt, sed tales⁷²> sunt, quales sunt hi, quos mater vulgo concepit; nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit; unde solent spurii filii appellari, vel a Graeca voce quasi sporadhn concepti, vel quasi sine patre filii.*

Por tanto, si alguno haya contraído infames e incestas nupcias, no resulta que tiene ni esposa ni hijos; y en tal manera, los que nacen de esta unión, ciertamente resultan tener una madre, pero absolutamente no un padre; ni a causa de esto están en su potestad, pero son tales, como son los que la madre concibió vulgarmente;⁷³ en efecto, también éstos no son considerados que tengan padre, siendo también este incierto; por esto suelen ser

⁷⁰ Tal disposición fue prohibida en época justiniana, al respecto ver: Inst.1.10.3.

⁷¹ Misma prohibición en Inst. 1.10.5 que la amplía también a la tía adoptiva.

⁷² Integrado según Inst.1.10.12.

⁷³ Modestino, libro primo pandectarum D.1.5.23, explica el concepto de "concebidos vulgarmente" (*vulgo concepti*), que son aquellos que no están en grado de indicar el padre o que pudiéndolo indicar no sería lícito tener. Estos son llamados también espurios, de espora (semilla).

llamados hijos espurios, o bien en la voz griega concebidos como "sporaden", o como hijos sin padre.⁷⁴

65. *<Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut na⁷⁵>ti sunt parentum in potestate non fiant, ii postea tamen redigantur in potestatem.*

Pero a veces sucede que los descendientes que en el momento en que nacieron no estén bajo la potestad de los ascendientes, sucesivamente, sin embargo, se sometan a su potestad.

66. *<Veluti si Latinus> ex lege Aelia Sentia uxore ducta filium procreaverit aut Latinum ex Latina aut civem Romanum ex cive Romana, non habebit eum in potestate; <sed si postea causa probata civitatem Romanam consecutus fuerit>,⁷⁶ simul eum in potestate sua habere incipit.*

Por ejemplo, si un latino conducida una esposa con base en la ley Aelia Sentia haya procreado un hijo, o latino de latina o ciudadano romano de ciudadana romana, no lo tendrá en potestad; pero si después probada la causa haya conseguido la ciudadanía romana, al mismo tiempo comienza a tenerlo en su potestad.

67. *Item si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem Romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem civis Romanus est, sed aut Latinus aut peregrinus, id est eius condicionis cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit; sed ex senatusconsulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est, si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quae dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis Romana.*

Del mismo modo, si un ciudadano romano haya conducido como esposa a una latina o peregrina por ignorancia, creyendo que ésta fuese ciudada-

⁷⁴ El contenido puede verse también en Ulp. 4.2 e Inst.1.10.12; se incluye además la referencia que de tal unión no se considera constituida la dote y que los que contraen nupcias prohibidas sufren además otras penas que se contienen en diversas constituciones. Al respecto ver las constituciones imperiales incorporadas en el libro 5 título 5 del Código, bajo el título "de incestis et inutilibus nuptiis".

⁷⁵ Integrado según Inst.1.10.13.

⁷⁶ Integrado por los editores con base en las letras que se lograban ver.

na romana, y haya procreado un hijo, éste no está en su potestad, porque no es tampoco ciudadano romano, sino o bien latino o bien peregrino; es decir, de la condición de la que haya sido también la madre, porque cada uno no accede a la condición del padre de otro modo que, si entre su padre y madre exista el *conubium*;⁷⁷ pero por un senadoconsulto, es permitido probar la causa del error, y en este modo también la esposa y el hijo llegan a la ciudadanía romana, y a partir de este tiempo empieza el hijo a estar en potestad del padre. El mismo derecho es, si por ignorancia haya conducido como esposa, la que es del número de los dediticios, exceptuándose que la esposa no se transforma en ciudadana romana.

68. *Item si civis Romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque eius et maritus ad civitatem Romanam perveniunt, et aequae simul incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est, si peregrino tamquam Latino ex lege Aelia Sentia nupta sit: nam et de hoc specialiter senatusconsulto cavetur. Idem iuris est aliquatenus, si ei, qui dediticiorum numero est, tamquam civi Romano aut Latino e lege Aelia Sentia nupta sit; nisi quod scilicet qui dediticiorum numero est in sua conditione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur.*

Del mismo modo, si una ciudadana romana por error haya sido esposada con un peregrino como (si fuese) ciudadano romano, le es permitido probar la causa del error, y en este modo también su hijo y el marido llegan a la ciudadanía romana, y al mismo tiempo empieza el hijo a estar en potestad del padre. El mismo derecho es, si haya sido esposada con un peregrino como (si fuese) un latino con base en la ley Aelia Sentia; en efecto, también de esto es dispuesto especialmente en un senadoconsulto. El mismo derecho existe hasta un cierto punto, si haya sido esposada con él, que es del número de los dediticios, como si fuese ciudadano romano o latino con base en la ley Aelia Sentia; exceptuándose ciertamente el hecho de que quien es del número de los dediticios permanece en su condición, y por

⁷⁷ Ulp. 5.3: el *conubium* es la facultad de tomar legalmente una esposa. *Idem*, 5.2: se tiene matrimonio legítimo si entre ellos que contraen las nupcias exista el *conubium*, el varón sea púber y la mujer en edad de esposarse, y consientan ambos, si son *sui iuris*, o bien si están en la potestad de los ascendientes también se requerirá de su consentimiento. *Idem* 5.4: los ciudadanos romanos tienen el *conubium* con los ciudadanos romanos; con los latinos y con los peregrinos a los que se les haya concedido. *Idem*, 5.5: con los esclavos no existe ningún *conubium*.

este motivo el hijo, aunque sea hecho ciudadano romano, no es sometido en la potestad del padre.

69. *Item si Latina peregrino, cum eum Latinum esse crederet <e lege Aelia Sentia>, ⁷⁸nupserit, potest ex senatusconsulto filio nato causam erroris probare: <et ita> omnes fiunt cives Romani et filius in potestate patris esse incipit.*

Del mismo modo, si una latina haya esposado a un peregrino, creyendo que éste fuese latino con base en la ley Aelia Sentia, nacido un hijo, puede por un senadoconsulto probar la causa del error; y en este modo, todos son hechos ciudadanos romanos y el hijo comienza a estar en potestad del padre.

70. *Idem constitutum est <et> si Latinus per errorem peregrinam quasi Latinam aut civem Romanam e lege Aelia Sentia uxorem duxerit.*

Lo mismo fue constituido también, si un latino haya conducido como esposa por error una peregrina como (si fuese) latina o ciudadana romana con base en la ley Aelia Sentia.

71. *Praeterea si civis Romanus, qui se credidisset Latinum esse, ob id Latinam <uxorem duxerit>, ⁷⁹permittitur ei filio nato erroris causam probare, tamquam <si> e lege Aelia Sentia uxorem duxisset. Item his, qui cum cives Romani essent, peregrinos se esse credidissent et peregrinas uxores duxissent, permittitur ex senatusconsulto filio nato causam erroris probare; quo facto fiet uxor civis Romana et filius <quoque natus⁸⁰> non solum ad civitatem Romanam pervenit, sed etiam in potestatem patris redigitur.*

En seguida, si un ciudadano romano que se hubiese creído ser latino, a causa de esto haya conducido como esposa una latina, le es permitido, nacido un hijo, de probar la causa del error, como si la hubiera conducido como esposa con base en la ley Aelia Sentia. Del mismo modo a los que, siendo ciudadanos romanos, hubiesen creído ser peregrinos y hubiesen conducido como esposas a las peregrinas, es permitido por un senadoconsulto, nacido un hijo, probar la causa del error; con base en este hecho, la esposa será hecha ciudadana romana, y también el hijo nacido no

⁷⁸ Integrado por Huschke.

⁷⁹ Integrado por Krueger.

⁸⁰ En tal sentido Knip.

sólo llega a la ciudadanía romana, sino también es sometido a la potestad del padre.

72. *Quaecumque de filio (esse) diximus, eadem et de filia dicta intellegemus.*

Todo lo que dijimos ser a propósito del hijo, lo mismo lo entenderemos dicho también a propósito de la hija.

73. *Et quantum ad erroris causam probandam attinet, nihil interest, cuius aetatis filius sit <filiave, cum senatusconsultum sic intellegere debeamus. Sed si Latinus e lege Aelia Sentia ius Quiritium vult consequi>,⁸¹ si minor anniculo sit filius filiave, causa probari non potest. Nec me praeterit in aliquo rescripto divi Hadriani ita esse constitutum, tamquam quod ad erroris quoque <causam> probandam...imperator...dedit.⁸²*

Y en cuanto concierne a la causa del error que debe ser probada, nada interesa, de que edad sea el hijo o la hija, debiendo entender el senadoconsulto en este modo. Pero si el latino con base en la ley Aelia Sentia quiere conseguir el derecho de los Quirites, si el hijo o la hija sea menor de un año, no puede ser probada la causa. No me escapa de la mente que en unos rescriptos del divino Adriano fue constituido en este modo, como lo que también a la causa del error que debe ser probada...emperador...dio.

74. *Si peregrinus civem Romanam uxorem duxerit, an ex senatusconsulto <causam> probare possit, quaesitum est...⁸³ hoc ei specialiter concessum est. Sed cum peregrinus civem Romanam uxorem duxisset et filio nato alias civitatem Romanam consecutus esset, deinde cum quaereretur, an causam probare posset, rescripsit imperator Antoninus proinde posse eum causam probare, atque si peregrinus mansisset. Ex quo colligimus etiam peregrinum causam probare posse.*

Si un peregrino haya conducido como esposa a una ciudadana romana, se ha preguntado si pueda probar la causa con base en el senadoconsulto... esto le fue concedido especialmente. Pero habiendo el peregrino conducido como esposa a una ciudadana romana y habiendo conseguido la ciudadanía romana en otro modo una vez nacido un hijo, preguntándose en seguida si pudiera probar la causa, el emperador Antonino respondió que en

⁸¹ En tal sentido Kniep.

⁸² La laguna de aproximadamente tres líneas es difícil de reconstruir.

⁸³ Falta una línea y media difícil de reconstruir.

el mismo modo puede él probar la causa, como si hubiera permanecido peregrino. De esto relacionamos que también el peregrino puede probar la causa.

75. *Ex his quae diximus apparet, sive civis Romanus peregrinam sive peregrinus civem Romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum <esse: sed> siquidem per errorem tale matrimonium contractum fuerit, emendari vitium eius ex <senatusconsulto, secundum> ea quae superius diximus. Si vero nullus error intervenerit, <sed> scientes suam condicionem ita coierint, nullo casu emendatur vitium eius matrimonii.*

De lo que dijimos aparece que, sea que el ciudadano romano haya conducido como esposa a una peregrina o sea que el peregrino a una ciudadana romana, el que nace es peregrino; pero si en verdad tal matrimonio haya sido contraído por error, su vicio es emendado con base en el senadoconsulto, según lo que dijimos arriba. Si por el contrario ningún error hubiera intervenido, pero concientes de su condición en este modo se hubieran unido, en ningún caso es enmendado el vicio de tal matrimonio.

76. *Loquimur autem de his scilicet, <inter> quos conubium non sit; nam alioquin si civis Romanus peregrinam, cum qua ei conubium est, uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur; et tunc ex his qui nascitur civis Romanus est et in potestate patris erit.*

Luego hablamos ciertamente de aquellos, entre los cuales no exista conubium; en efecto, diversamente si un ciudadano romano hubiera conducido como esposa a una peregrina, con la que existiera el conubium, así como también dijimos arriba, se contrae justo matrimonio; y entonces quien nace de éstos, es ciudadano romano y estará en potestad del padre.

77. *<Item> si civis Romana peregrino, cum quo ei conubium est, nupserit, peregrinum sane procreat et is iustus patris filius est, tamquam si ex peregrina eum procreasset. Hoc tamen tempore <ex> senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano (sacratissimo) factum est, etiamsi non fuerit conubium inter civem Romanam et peregrinum, qui nascitur iustus patris filius est.*

Del mismo modo, si la ciudadana romana hubiera esposado a un peregrino, con el cual existe el conubium, ciertamente procrea un peregrino y él es justo hijo del padre, así como si lo hubiera procreado de una peregrina; sin embargo, en este tiempo por un senadoconsulto que fue hecho bajo la

autoridad del sagradísimo divino Adriano, también si no hubiera existido *conubium* entre ciudadana romana y peregrino, quien nace es justo hijo del padre.⁸⁴

78. *Quod autem diximus inter civem Romanam peregrinumque <nisi conubium sit, qui> nascitur peregrinum esse, <lege Minicia cavetur, qua lege cautum> est, ut is quidem <deterioris> parentis condicionem sequatur. Eadem lege enim ex diverso cavetur, ut si peregrinam, <cum> qua ei conubium non sit, uxorem duxerit civis Romanus, peregrinus ex eo coitu nascatur. Sed hoc maxime casu necessaria <fuit> lex Minicia; nam remota ea lege diversam condicionem sequi debebat, quia ex eis, inter quos non est conubium, qui nascitur iure gentium matris condicioni accedit. Qua parte autem iubet lex ex cive Romano et peregrina peregrinum nasci, supervacua videtur; nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum erat.*

Luego lo que dijimos que, si no existe *conubium* entre ciudadana romana y peregrino, quien nace es peregrino, (esto) es proveído por la ley Minicia,⁸⁵ y con tal ley fue establecido que él ciertamente siga la condición de aquel de los padres (que se encuentre) en situación peor. Por la misma ley en efecto, en el caso contrario es proveído que si un ciudadano romano hubiera conducido como esposa a una peregrina con la que no exista el *conubium*, de aquella unión nazca un peregrino. Pero, sobre todo en el primer caso, fue necesaria la ley Minicia; en efecto, excluyéndose esta ley debía seguir una diversa condición, porque de estos, entre los cuales no exista *conubium*, el que nace por el derecho de gentes accede a la condición de la madre; por lo tanto, en la parte en que la ley ordena que de ciudadano romano y peregrina nace un peregrino, aparece superflua; en efecto, también excluyéndose esta ley esto sería en todo caso por el derecho de gentes.

79. *Adeo autem hoc ita est, ut <ex cive Romano et Latina qui nascitur matris condicioni accedat; nam in lege Minicia quidem peregrinorum nomine comprehenduntur non>⁸⁶ solum exterae nationes et gentes, sed etiam qui*

⁸⁴ Sobre tal problemática ver Claudia Terreni, "Gaio e l'erroris causae probatio", *Labeo* (1999), pp. 1 a 33.

⁸⁵ Probablemente del 90 a. C.; al respecto ver: Gregor Richard Boehm, "Zur lex Minicia. Gaius, Inst.1.77-78, ZSS, vol. 97 (1967), pp. 363 a 371; Giorgio Luraschi, "Sulla data e sui destinatari della lex Minicia de liberis", *SDHI*, vol. 42 (1976), pp. 431 a 443.

⁸⁶ Integrado por Huschke.

Latini nominantur; sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero.

A tal punto esto es así, que quien nace de ciudadano romano y latina accede a la condición de la madre; en efecto, en la ley Minicia ciertamente en el término de los peregrinos son comprendidos no solamente las naciones y gentes extranjeras; sino también, los que son denominados latinos; pero se refiere a otros latinos, que tenían propios pueblos y propias ciudades y eran del número de los peregrinos.

80. *Eadem ratione ex contrario ex Latino et cive Romana, sive ex lege Aelia Sentia sive aliter <contractum> fuerit matrimonium, civis Romanus nascitur. Fuerunt tamen qui putaverunt ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci, quia videtur eo casu per legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubium inter eos dari, et semper conubium efficit, ut qui nascitur patris condicioni accedat; aliter vero contracto matrimonio eum qui nascitur iure gentium matris condicionem sequi et ob id esse civem Romanum. Sed hoc iure utimur ex senatusconsulto, quo auctore divo Hadriano significatur, ut quoquo modo ex Latino et cive Romana natus civis Romanus nascatur.*

Por el contrario, con base en la misma razón, de latino y ciudadana romana, bien sea que por la ley Aelia Sentia, bien sea que en otro modo haya sido contraído el matrimonio, nace ciudadano romano; sin embargo, existieron quienes pensaron que contraído el matrimonio con base en la ley Aelia Sentia nazca un latino, porque resulta en este caso que por la ley Aelia Sentia y Junia es dado entre ellos el *conubium*, y siempre el *conubium* hace de modo que quien nace acceda a la condición del padre; mientras contraído el matrimonio en otro modo, quien nace por el derecho de gentes sigue la condición de la madre⁸⁷ y por esto es ciudadano romano. Pero usamos este derecho por un senadoconsulto, con el que bajo la autoridad del divino Adriano es declarado, que de cualquier modo el nacido de latino y ciudadana romana nazca como ciudadano romano.

81. *His convenienter et illud senatusconsultum divo Hadriano auctore significavit, ut ex Latino et peregrina, item contra ex peregrino et Latina <qui> nascitur, is matris condicionem sequatur.*

⁸⁷ Ulpiano, *libro vicensimo septimo ad Sabinum* D.1.5.24, enuncia la ley de la naturaleza que aquel que nace fuera de un matrimonio legítimo sigue la condición de la madre, a no ser que una ley especial no disponga diversamente.

De acuerdo con esto, también aquel senadoconsulto bajo la autoridad del divino Adriano declaró que el que nace de latino y peregrina, como en el caso contrario de peregrino y latina, éste siga la condición de la madre.

82. *Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur.*

Es consecuente a esto también el hecho que de esclava y libre nace un esclavo por el derecho de gentes, y en el caso contrario, de la libre y esclavo nace un libre.⁸⁸

83. *Animadvertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam vel lex aliqua vel quod legis vicem optinet, aliquo casu commutaverit.*

Sin embargo, debemos considerar si o bien una ley o lo que tiene el lugar de la ley, en algún caso haya cambiado la regla del derecho de gentes.

84. *Ecce enim ex senatusconsulto Claudiano poterat civis Romana, quae alieno servo volente domino eius coit, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare; nam quod inter eam et dominum istius servi convenerit, <eo> senatusconsulto ratum esse iubetur. Sed postea divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.*

Aquí en efecto, con base en el senadoconsulto Claudiano, podía una ciudadana romana que se unió con un esclavo ajeno con la voluntad de su dueño, permanecer libre por el mismo pacto, pero procrea un esclavo; en efecto, lo que entre ella y el dueño de este esclavo se haya convenido, se establece que por este senadoconsulto sea aprobado. Pero después el divino Adriano movido por la iniquidad de la cosa y la inelegancia del derecho, restituyó la regla del derecho de gentes, que permaneciendo la misma mujer libre, paría un libre.

⁸⁸ Al respecto Marciano, *libro primo institutionum* D.1.5.5.3, se pone la cuestión de que si una esclava embarazada al haber sido manumitida, y haber parido después de ser hecha esclava otra vez, o haber sido expulsada de la ciudad si pare un libre o un esclavo. Mencionando el jurista que se aprobó que nace libre, y que es suficiente al que está en el vientre, haber tenido la madre libre también en un momento intermedio. Sobre el parto de la esclava ver: Elisabeth Hermann-Otto, *Ex ancilla natus* (Stuttgart, Steiner, 1994), pp. 1 a 512.

85. *<Item e lege...⁸⁹> ex ancilla et libero poterant liberi nasci; nam ea lege cavetur, ut si quis cum aliena ancilla quam credebat liberam esse coerit, siquidem masculi nascantur, liberi sint, si vero feminae, ad eum pertineant, cuius mater ancilla fuerit. Sed et in hac specie divus Vespasianus inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut omni modo, etiamsi masculi nascantur, servi sint eius, cuius et mater fuerit.*

Lo mismo con base en la ley...de la esclava y libre podían nacer libres; en efecto, por esta ley es proveído, que si alguien se haya unido con una esclava ajena que creía ser libre, en el momento en que nazcan varones, sean libres, pero si nazcan mujeres, pertenezcan a él del que haya sido la madre esclava. Pero también en este caso, el divino Vespasiano movido por la inelegancia del derecho, restituyó la regla del derecho de gentes, que en todo caso también si nacen varones, sean esclavos, del que también haya sido la madre.

86. *Sed illa pars eiusdem legis salva est, ut ex libera et servo alieno, quem sciebat servum esse, servi nascantur. Itaque apud quos talis lex non est, qui nascitur iure gentium matris condicionem sequitur et ob id liber est.*

Pero aquella parte de la misma ley es conservada, que de la libre y esclavo ajeno, que sabía que era esclavo, nazcan esclavos. Por lo tanto, en donde no existe tal ley, el que nace por el derecho de gentes sigue la condición de la madre y por esto es libre.

87. *Quibus autem casibus matris et non patris condicionem sequitur qui nascitur, iisdem casibus in potestate eum patris, etiamsi is civis Romanus sit, non esse plus quam manifestum est. Et ideo superius rettulimus quibusdam casibus per errorem non iusto contracto matrimonio senatum intervenire et emendare vitium matrimonii, eoque modo plerumque efficere, ut in potestatem patris filius redigatur.*

De otra parte, es más que manifiesto que, en los casos en que el que nace sigue la condición de la madre y no del padre, en estos mismos casos no se encuentra éste en potestad del padre también si fuera ciudadano romano. Y por este motivo, hemos referido arriba que en algunos casos no contraído por error un justo matrimonio, el senado intervino y enmendó el vicio del matrimonio, que en este modo en la mayoría de los casos hizo de manera que el hijo sea sometido a la potestad del padre.

⁸⁹ Se ignora el nombre de la ley.

88. *Sed si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa civis Romana facta sit et tunc pariat, licet civis Romanus sit qui nascitur, sicut pater eius, non tamen in potestate patris est, quia neque ex iusto coitu conceptus est neque ex ullo senatusconsulto talis coitus quasi iustus constituitur.*

Pero si la esclava hubiera concebido de un ciudadano romano, en seguida manumitida hubiera sido hecha ciudadana romana y entonces paría, aunque sea ciudadano romano el que nace, así como su padre; no obstante, no está en potestad del padre, porque ni de justa unión fue concebido, ni con base en algún senadoconsulto tal unión es reconocida como justa.

89. *Quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione fit; nam hi, qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit; at hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.*

De otra parte lo que fue establecido que, si la esclava haya concebido de un ciudadano romano, en seguida manumitida haya parido, quien nace, nace libre, fue hecho esto con base en la razón natural; en efecto, los que son concebidos ilegítimamente, asumen el estado desde el tiempo en que nacen; por tanto, si nacen de una libre, son hechos libres, ni interesa, de quien la madre los haya concebido siendo esclava; pero los que son concebidos legítimamente, asumen el estado con base en el tiempo de la concepción.

90. *Itaque si cui mulieri civi Romanae praegnati aqua et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina facta tunc pariat, complures distinguunt et putant, si quidem ex iustis nuptiis conceperit, civem Romanum ex ea nasci, si vero vulgo conceperit, peregrinum ex ea nasci.*

Por tanto, si una mujer ciudadana romana preñada haya sufrido la interdicción con el agua y el fuego,⁹⁰ y en este modo hecha peregrina entonces paría, muchos distinguen y piensan que, si ciertamente haya conce-

⁹⁰ La interdicción con el agua y el fuego implicaba la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de los bienes y la prohibición de entrar bajo pena de muerte en el territorio urbano. Al respecto ver: Bernardo Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (s/e, Milán, Giuffrè, 1989), p. 55.

bido de justas nupcias, de esta nace un ciudadano romano, pero si haya concebido vulgarmente, de esta nace un peregrino.⁹¹

91. *Item si qua mulier civis Romana praegnas ex senatusconsulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno servo invito et denuntiante domino eius <coierit>, complures distinguunt et existimant, siquidem ex iustis nuptiis conceptus sit, civem Romanum ex ea nasci, si vero vulgo conceptus sit, <servum> nasci eius, cuius mater facta esset ancilla.*

En el mismo modo, si una mujer ciudadana romana preñada haya sido hecha esclava con base en el senadoconsulto Claudiano, por el hecho que se haya unido a un esclavo ajeno contra la voluntad y mediante denuncia de su dueño, muchos distinguen y estiman que, si ciertamente de justas nupcias haya sido concebido, de esta nace un ciudadano romano, pero si haya sido concebido vulgarmente nace esclavo del que la madre hubiese sido hecha esclava.

92. *Peregrina quoque si vulgo conceperit, deinde civis Romana <facta> tunc pariat, civem Romanum parit; si vero ex peregrino secundum leges moresque peregrinorum conceperit, ita videtur ex senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, civem Romanum parere, si et patri eius civitas Romana donetur.*

Si también la peregrina haya concebido vulgarmente, y después hecha ciudadana romana en aquel tiempo paría, pare un ciudadano romano; pero si haya concebido de un peregrino según las leyes y costumbres de los peregrinos, en este modo resulta que por un senadoconsulto, que fue hecho bajo la autoridad del divino Adriano, pare un ciudadano romano, si también a su padre sea dada la ciudadanía romana.

93. *Si peregrinus sibi liberisque suis civitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestate eius fiunt, quam si imperator eos in potestatem redegerit; quod ita demum is facit, si causa cognita aestimaverit hoc filiis expedire. Diligentius autem exactiusque causam cognoscit de impuberibus absentibusque; et haec ita edicto divi Hadriani significantur.*

⁹¹ Al respecto ver también Ulpiano, *libro vicensimo septimo ad Sabinum* D.1.5.18 que cita un rescripto del emperador Adriano que dice que la mujer libre, que estando preñada fue condenada a la última pena, paría un libre; y que se acostumbraba conservarla, hasta que diese a luz el parto. Pero si a la que concibió de justas nupcias haya sufrido el interdicto de agua y fuego, pare un ciudadano romano y está bajo la potestad del padre.

Si el peregrino haya pedido la ciudadanía romana para él y sus hijos, los hijos son hechos en su potestad no de otro modo que, si el emperador los haya sometido a la potestad; lo que precisamente en este modo él hace, si conocida la causa haya estimado que esto es conveniente a los hijos. Pero más diligentemente y exactamente conoce la causa de los impúberes y de los ausentes; y estas cosas son declaradas así por un edicto del divino Adriano.

94. *Item si quis cum uxore praegnate civitate Romana donatus sit, quamvis is qui nascitur, ut supra diximus, civis Romanus sit, tamen in potestate patris non fit; idque subscriptione (sacratissimi) divi Hadriani significatur; qua de causa qui intellegit uxorem suam esse praegnatam, dum civitatem sibi et uxori ab imperatore petit, simul ab eodem petere debet, ut eum qui natus erit in potestate sua habeat.*

Del mismo modo, si a alguien con la esposa preñada haya sido concedida la ciudadanía romana, aunque el que nace, como dijimos arriba, sea ciudadano romano; no obstante, no es hecho en la potestad del padre. Y esto es indicado en un rescripto del sagradísimo divino Adriano, por esta causa, quien sabe que su mujer está preñada, mientras pide al emperador la ciudadanía para él y la esposa, contemporáneamente debe pedir al mismo, que tenga en su potestad el que habrá nacido.

95. *Alia causa est eorum, qui Latii iure cum liberis suis ad civitatem Romanam perveniunt; nam horum in potestate fiunt liberi. Quod ius quibusdam peregrinis civitatibus datum est vel a populo Romano vel a senatu vel a Caesare.*

Otra causa es de los que, por el derecho del Lacio llegan a la ciudadanía romana con sus descendientes; en efecto, los descendientes son hechos en su potestad. Este derecho fue dado a algunas ciudades peregrinas o por el pueblo romano o por el senado o por el César.

96. *<Huius autem iuris duae species sunt; nam⁹²> aut maius est Latium aut minus: maius est Latium, cum et hi, qui decuriones leguntur, et ei, qui honorem aliquem aut magistratum gerunt, civitatem Romanam consecuntur; minus Latium est, cum hi tantum, qui vel magistratum vel honorem gerunt,*

ad civitatem Romanam perveniunt: idque compluribus epistulis principum significatur.

Luego de este derecho existen dos especies; en efecto, existe el Lacio mayor o el menor; mayor es el Lacio, cuando los que son elegidos decuriones, como también los que ocupan cualquier carga o una magistratura, consiguen la ciudadanía romana; el Lacio menor es, cuando sólo los que ocupan una magistratura o una carga llegan a la ciudadanía romana; y esto es declarado en gran cantidad de epístolas de los príncipes.

97. *<Non solum tamen naturales liberi secundum ea quae⁹³> diximus in potestate nostra sunt, verum et hi, quos adoptamus.*

Sin embargo, no sólo los descendientes naturales según lo que dijimos están en nuestra potestad, sino también los que adoptamos.⁹⁴

⁹³ Integrado con base en Inst.1.11.pr.

⁹⁴ *Idem*, Inst.1.11.pr.; Modestino, *libro secundo regularum* D.1.7.1.pr-1 dice que no sólo la naturaleza, sino también las adopciones hacen hijos de familia. 1. El nombre de adopción que es verdaderamente genérica se divide en dos especies: una que se llama del mismo modo adopción, y la otra adrogación; los hijos de familia se adoptan, los *sui iuris* se arrogan. También una distinción entre los dos tipos de adopción puede verse en Modestino, *libro primo differentiarum* D.1.7.40: habiendo sido arrogado un padre de familia, los hijos que estaban en la potestad de él, devienen nietos del arrogado, y al mismo tiempo, recaen en la potestad del arrogado unidamente a su padre. Esto no sucede en la adopción, por ello los nietos nacidos del adoptado permanecen en la potestad del abuelo natural. En ambos tipos de adopción se requiere por parte del que adopta la mayoría de edad o por lo menos una plena pubertad, superando al adoptado o arrogado en dieciocho años, según Modestino, *libro primo differentiarum* D.1.7.40.1. Sobre el consentimiento en la adopción ver: Celso, *libro vicensimo octavo digestorum* D.1.7.5: en las adopciones se examina solamente la voluntad de aquellos que están en potestad propia, pero si son dados por el padre en adopción, se debe tener en cuenta la decisión de ambos, ya sea consintiendo, o ya sea no contradiciendo; Calistrato, *libro secundo institutionum* D.1.7.29 comenta que si el padre natural no puede hablar, pero de cualquier otro modo pueda hacer manifiesta su voluntad de dar al propio hijo en adopción será posible realizar tal; Celso, *libro trigensimo nono digestorum* D.1.7.7: cuando se hace la adopción no es necesaria la autorización de aquellos entre los que se instauran los derechos de agnación; Paulo, *libro trigensimo quinto ad edictum* D.1.7.6 citando a Juliano, comenta que cuando se adopta uno como nieto, como si fuese nacido del propio hijo, se exige el consentimiento del hijo; *idem*, *libro secundo ad Sabinum* D.1.7.10 si alguno hubiere adoptado a un extraño por nieto, como nacido del hijo que tiene bajo su potestad, consintiéndolo tal hijo, no le nace al abuelo un heredero suyo, sino que el adoptado recae en potestad del hijo; *idem*, *libro quarto ad Sabinum* D.1.7.11. Si el hijo no hubiera prestado su consentimiento, muerto el abuelo, no estará el nieto en la potestad del hijo. Sobre la facultad de ciertas personas a realizar la adopción o de ser adoptados ver: Javoleno, *libro sexto ex Cassio* D.1.7.16: pues la adopción tiene lugar entre aquellas personas entre las cuales puede existir tam-

⁹² Integrado por Krueger.

98. *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, veluti praetoris.*

De otra parte, la adopción es hecha de dos modos, o con base en la autoridad del pueblo, o con base en el imperio de un magistrado, como del pretor.⁹⁵

bién un parentesco por naturaleza; sobre la posibilidad del ciego tanto de adoptar como de ser adoptado: Ulpiano, *libro primo ad Sabinum* D.1.7.9; que el más pobre pueda adoptar al más rico: *idem, libro vicensimo sexto ad Sabinum* D.1.7.17.4-5 exigiendo sobriedad de vida y afecto desinteresado, siendo además necesario dar una caución; los que no tienen mujer: Paulo, *libro primo regularum* D.1.7.30; del tutor respecto al hijastro con base en un rescripto del emperador Antonino Pío: Papiniano, *libro trigensimo primo quaestionum* D.1.7.32.1. La posibilidad que el eunuco pueda realizar una arrogación para atribuirse un heredero propio ver: Modestino, *libro primo differentiarum* D.1.7.40.2; y la posibilidad de dar en adopción a un infante, *idem, libro primo pandectarum* D.1.7.42. La adopción como medio decoroso por el cual el emancipado regresa a la potestad del padre ver: *Idem, libro quarto decimo ad Sabinum* D.1.7.12. Sobre la posibilidad de que la persona que, aun careciendo de hijos pueda adoptar, en posición de nieto ver: Pomponio, *libro vicensimo ad Quintum Mucium* D.1.7.43 y Paulo, *libro secundo sententiarum* D.1.7.37. Sobre las consecuencias de la adopción ver: Juliano, *libro septuagensimo digestorum* D.1.7.26: no será mi nieto aquel a quien mi hijo emancipado hubiere adoptado; *idem, libro octagensimo quinto digestorum* D.1.7.27: en el derecho civil, el nacido de un hijo adoptivo obtiene la posición de adoptivo; Paulo, *libro trigensimo quinto ad edictum* D.1.7.23: el que se da en adopción, se hace también cognado de aquellos para quienes se hace agnado, y para quienes no se hace agnado, tampoco se hace cognado...; *idem, libro tertio ad legem Iuliam et Papiam* D.1.7.45: los gastos de quien haya sido dado en adopción se transfieren al padre adoptivo; Ulpiano, *libro quinto opinionum* D.1.5.27: el patrono ni adoptándolo puede hacer ingenuo al que confiesa de ser libertos; *idem, libro quarto ad legem Iuliam et Papiam* D.1.7.46: el hijo tenido al tiempo en que era esclavo, puede ser reconducido en mi potestad por un beneficio del príncipe; sin embargo, no se duda que él permanece liberto. Sobre los límites a la adopción ver: Paulo, *libro undecimo quaestionum* D.1.7.34 que indica la imposibilidad de realizarla bajo condición de regresar el hijo al padre; *idem, libro secundo sententiarum* D.1.7.37.1: una persona no puede adoptar una segunda vez a aquel que haya adoptado y después haya emancipado o dado a otro en adopción. Sobre el hecho de que con la adopción la dignidad del adoptado no se disminuye ver Paulo, *libro primo responsorum* D.1.7.35, que ejemplificando tal idea comenta que un senador, aunque haya sido adoptado por un plebeyo permanece senador; en modo similar, permanece en su dignidad también el hijo de un senador. Sobre la posibilidad de confirma por parte del príncipe de una adopción que no haya sido hecha conforme a derecho ver: Marcelo, *libro vicensimo sexto digestorum* D.1.7.38. En doctrina ver: Marek Kurylowicz, *Die Adoptio im klassischen roemischen Recht*, (Universitaetsverlag, Warschau, 1981) pp. 179; Carmela Russo Ruggeri, *La datio in adoptionem* (Milán, Giuffrè, 1990), pp. 1 a 500.

⁹⁵ Prestar atención al texto de Gayo incorporado al Digesto en 1.7.2 que a la adopción por autoridad del pueblo le denomina adopción por autoridad del príncipe; así también en Inst.1.11.1; Ulpiano, *libro quinto opinionum* D.1.7.25.1: Un ausente no puede ni adoptar ni arrogar, ni puede cumplir, por medio de otra persona, actos solemnes de este tipo.

99. *Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt; quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur, et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis.*

Con base en la autoridad del pueblo adoptamos a los que son *sui iuris*, tal especie de adopción es llamada *adrogatio*,⁹⁶ porque tanto el que adopta es

⁹⁶ Gayo, *libro singulari regularum* D.1.7.21: ciertamente también las mujeres, con base en un rescripto del príncipe, pueden ser arrogadas; Ulpiano, *libro primo disputationum* D.1.7.24: no se puede arrogar ni al ausente, ni al que no acepta; *idem, libro vicensimo sexto ad Sabinum* D.1.7.15.pr menciona que si venga arrogado un padre de familia, todos los bienes que eran suyos, y que de él podían ser adquiridos, pasan con base en un derecho tácito, al que lo arrogó; además a esto, sus hijos, que están en potestad, lo siguen, siendo reconducidos a la potestad del arrogante en modo similar; así también aquellos que regresan por el *postliminio* o que se encontraban en el útero en el momento en que el padre viene arrogado. *Idem*, D.1.7.15.2: en las arrogaciones la *cognitio* vierte sobre esto, si eventualmente el arrogante sea menor de sesenta años, porque debería buscar sobre todo la procreación de hijos, a menos que eventualmente no esté en causa una enfermedad o el estado de salud, o bien una justa causa por arrogar, por ejemplo, si quiere adoptar a una persona con el emparentada. *Idem*, D.1.7.15.3: igualmente, alguno no debe arrogar más personas, si no con base en una justa causa; pero ni un liberto, ni un menor debe arrogar a un mayor de edad. *Idem*, D.1.7.17.pr-2: no es permitido de arrogar ni menos a aquel que haya ejercitado la tutela o la curatela de aquel que viene arrogado, si éste tiene menos de veinticinco años, a fin que él no lo arroge eventualmente con el fin de no presentar la rendición de cuentas. Igualmente se debe indagar si eventualmente no subsiste una torpe causa de arrogación. 1: se debe permitir la arrogación de sus pupilos solamente a aquellos que adopten siendo inducidos a esto por la consanguinidad o de un santísimo afecto; a todos los otros se debe prohibir, a fin que los tutores no tengan la potestad ni de terminar la tutela ni de extinguir la sustitución hecha del padre. 2: y primeramente se deberá investigar cuáles son los medios del pupilo y cuáles los medios de quien lo quiera adoptar, para valorar, a través de una comparación de ellos, si la adopción pueda ser entendida como ventajosa para el pupilo; en seguida, se deberá investigar cuál es el género de vida de aquel que quiera reconducir al pupilo en la propia familia; en tercer lugar, cuál es la edad del mismo adoptante, para valuar si sea mejor que él piense en procrear hijos en lugar de reconducir en la propia potestad alguno de una familia ajena; sobre la necesidad del adrogante de efectuar una *stipulatio* frente a un esclavo público que garantice la restitución de los bienes del arrogado a las personas que tendrían derecho a tales si hubiese permanecido en su estado, ver: Marcelo, *libro vicensimo sexto digestorum* D.1.7.18 y 20, así como Ulpiano, *libro vicensimo sexto ad Sabinum* D.1.7.19.pr-1. Al respecto, ver: Edoardo Volterra, "La nozione dell' *adoptio* e dell' *arrogatio* secondo i giuristi romani del II e del III secolo d. C.", BIDR, vol. 69 (1966), pp. 109 a 153; Carlo Castello, "Il problema evolutivo della *adrogatio*", SDHI, vol. 33 (1967), pp. 129 a 162; J.

rogado, es decir, es interrogado, si quiera que el que está por adoptar sea para él un justo hijo; así como el que es adoptado es rogado, si permita que esto sea hecho, y el pueblo es rogado, si ordene que esto sea hecho. Adoptamos por el imperio de un magistrado a los que están en potestad de los ascendientes, bien sea que ocupen el primer grado de descendientes, como es hijo e hija, bien sea un grado inferior, como es nieto, nieta, bisnieto, bisnieta.⁹⁷

100. *Et quidem illa adoptio, quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in provinciis apud praesides earum fieri solet.*

Y ciertamente la primera adopción, que se hace mediante el pueblo, en ningún lugar excepto que en Roma se hace, mientras la segunda, suele ser hecha también en las provincias frente a sus gobernadores.

101. *Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit; apud praetorem vero vel in provinciis apud proconsulem legatumve etiam feminae solent adoptari.*

Del mismo modo, las mujeres no son adoptadas mediante el pueblo; en efecto, esto fue decidido mayormente, pero también las mujeres suelen ser adoptadas frente al pretor o en las provincias frente al procónsul o bien al legado.

102. *Item impuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est; <nam> ex epistula optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si iusta causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permissum est. Apud praetorem vero et in provinciis apud proconsulem legatumve cuiuscumque aetatis ((personas)) adoptare possumus.*

Del mismo modo, algunas veces fue prohibido que fuese adoptado el impúber frente al pueblo, otras veces fue permitido; en efecto, con base en

A. C. Thomas, "Some notes on *adrogatio per rescriptum principis*", RIDA, vol. 14 (1967) pp. 413 a 427; Armando Torrent, "La *adrogatio* en el sistema de las sucesiones universales", RIDA, vol. 14 (1967), pp. 447 a 454.

⁹⁷ *Idem*, D.1.7.2.pr e Inst.1.11.1 con la distinción citada en la nota anterior. Paulo, libro cuarto ad Sabinum D.1.7.3 dice que si un cónsul o un gobernador es un hijo de familia, consta que puede ser emancipado o dado en adopción delante a sí mismo. Modestino, libro secundo regularum D.1.7.4 citando a Neracio dice que el magistrado, en quien reside la acción de la ley, puede bien sea emancipar, bien sea dar en adopción los propios hijos delante a sí mismo.

una epistola del óptimo emperador Antonino, que escribió a los pontífices, si resultará ser una justa causa de adopción, con ciertas condiciones fue permitido. Pero frente al pretor y en las provincias frente al procónsul o al legado podemos adoptar las personas de cualquier edad.

103. *Illud vero utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt.*

Pero es común de entre ambas adopciones el hecho que, también los que no pueden engendrar, como son los eunucos, pueden adoptar.⁹⁸

104. *Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent.*

Pero las mujeres de ningún modo pueden adoptar, porque tampoco tienen en potestad a los descendientes naturales.⁹⁹

105. *Item si quis per populum sive apud praetorem vel apud praesidem provinciae adoptaverit, potest eundem alii, in adoptionem dare.*

Del mismo modo, si alguien haya adoptado mediante el pueblo o frente al pretor o frente al gobernador de la provincia, puede dar en adopción la misma persona a otro.¹⁰⁰

106. *Sed ((et illud, de quo)) quaestio est, an minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est.*

Pero también lo que es cuestionado, si una persona más joven pueda adoptar a una persona más vieja es común de entre ambas las adopciones.

107. *Illud proprium est eius adoptionis, quae per populum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes.*

Es propio de la adopción que se hace mediante el pueblo, el hecho que quien tiene en potestad descendientes, si se haya dado para ser adrogado,

⁹⁸ *Idem*, D.1.7.2.1 e Inst.1.11.9 y Ulp. 8.6.

⁹⁹ Mismo contenido en Inst.1.11.10, que no obstante acepta con base en una indulgencia del príncipe que puedan adoptar a título de conforto por la pérdida de hijos, al respecto ver: Carmela Russo Ruggeri, "Ancora sulla donna adottante", Labeo, vol. 36 (1990), pp. 57 a 75.

¹⁰⁰ Confrontar Inst.1.11.8.

no sólo el mismo se somete a la potestad del adrogante, sino también sus descendientes son hechos en potestad del mismo como sus nietos.¹⁰¹

108. ((*Nunc de his personis videamus, quae in manu nostra sunt. Quod*))
et ipsum ius proprium civium Romanorum est.

En este momento veamos de las personas que están en nuestra *manus*. También este mismo derecho es propio de los ciudadanos romanos.

109. *Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt.*

Pero ciertamente en potestad suelen estar tanto los hombres así como las mujeres; en vez, sólo las mujeres llegan *in manum*.¹⁰²

110. *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu farreo coemptione.*

Por esto en un tiempo llegaban *in manum* en tres modos: por el uso, por el farro y por la *coemptio*.¹⁰³

111. *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; nam veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua*

¹⁰¹ Mismo contenido en D.1.7.2.2 e Inst.1.11.11 que agrega como ejemplo el hecho que Augusto no adoptó Tiberio antes que él adoptase Germánico, de modo que apenas hecha la adopción, Germánico se encontró siendo nieto de Augusto.

¹⁰² Sobre el presente argumento ver St. Constantin Tomulescu, "Les rapports entre le mariage et la *manus*", RIDA, vol. 18 (1971), pp. 723 a 733.

¹⁰³ Al respecto ver: Edoardo Volterra, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano* (s/c, Ricerche, Roma, 1960-1961), pp. 3 a 457; *idem*, ED, *vox matrimonio* (dir. rom.) vol. 25, pp. 726 a 807 con amplia bibliografía; Constantin St. Tomulescu, "Les rapports entre le mariage et la *manus*", RIDA, vol. 18 (1971), pp. 723 a 733; Orlis S. J. Robleda, *El matrimonio en derecho romano* (Roma, Universitá Gregoriana, 1970), p. 306, *idem*, "Sobre el matrimonio en derecho romano", SDHI, vol. 37 (1971), pp. 337 a 350; Geoffrey Mac Cormack, "Coemptio and Marriage by purchase", BIDR, vol. 81 (1978), pp. 179 a 199; Jerszy Linderski, "Usu, farreo, coemptione Bemerkungen zur Ueberlieferung eines Rechtsatzes", ZSS, vol. 114 (1984), pp. 301 a 311; Gian Luigi Falchi, "Osservazioni sulla natura della *coemptio matrimonii causa* nel diritto preclassico", SDHI, vol. 50 (1984), pp. 355 a 382; Susan E. Looper-Friedman, "The decline of *manus* marriage", TR, vol. 55 (1987), pp. 281 a 296; Gilbert Hanard, "Manus et mariage à l'époque archaïque. Un essai de mise en perspective ethnologique", RIDA, vol. 36 (1989), pp. 161 a 279; Laura Sancho, "El matrimonio romano primitivo y el valor de la *lex inhumanissima*", RIDA, vol. 37 (1990), pp. 347 a 383.

nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumpere. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.

Por el uso llegaba *in manum* la que perseveraba casada en un año continuo; en efecto, era usucapida como a través de la posesión de un año, entraba en la familia del marido y ocupaba el lugar de una hija. Por lo tanto, fue establecido por la ley de las XII tablas, que si alguna no quisiese llegar de este modo *in manum* del marido, esta se alejase por tres noches en cada año y de este modo interrumpiese el uso de cada año. Pero todo este derecho fue abrogado en parte por leyes, en parte fue olvidado por el mismo desuso.

112. *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur: complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines maiores, id est Diales Martiales Quirinales, item reges sacrorum nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.*

Llegan *in manum* por el farro a través de un cierto género de sacrificio, que se hace a Júpiter Fárreo, en que es empleado un pan de trigo (*panis farreus*), por esto también es llamada *confarreatio*. Después, muchas cosas para regular este derecho son realizadas y hechas con ciertas y solemnes palabras en presencia de diez testigos. Este derecho también está en uso en nuestros tiempos; en efecto, los flamines mayores, es decir Diales, Martiales, Quirinales, en el mismo modo los reyes de los *sacra* no son elegidos si no son nacidos de (nupcias) farreadas, ni tampoco estos mismos pueden tener el sacerdocio sin la *confarreatio*.

113. *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, <id est> per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitibus non minus quam v testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit <vir> mulierem, cuius in manum venit.*

En verdad por la *coemptio* llegan *in manum* a través de una *mancipatio*; es decir, a través de una venta imaginaria; en efecto, predispuestos no menos que cinco testigos ciudadanos romanos púberes, y en el mismo modo un *libripens*, compra el marido a la esposa en cuya *manus* llega.

114. *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae: quae enim cum marito suo facit coemptionem, <ut> apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.*

Puede ciertamente la mujer hacer la *coemptio* no sólo con su marido, sino también con un extraño; por lo tanto, se dice que la *coemptio* se hace por causa de matrimonio o de confianza; en efecto, la que con su marido hace la *coemptio*, para que frente a él tenga el lugar de una hija, se dice que haya hecho la *coemptio* por causa de matrimonio; por el contrario, la que por otra cosa hace la *coemptio* o con su marido o con un extraño, como para evitar la tutela, se dice que haya hecho la *coemptio* por causa de confianza.

115. *Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis <auctoribus> coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, ((a)) quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit.*

Esto es tal; si alguna quiera destituir los tutores que tiene y conseguir otro, con la autoridad de aquellos hace la *coemptio*, después remancipada por el *coemptionator*, al que la misma quiera y manumitida con la *vindicta* por éste comienza a tener como tutor a él por el que fue manumitida; este tutor es llamado fiduciario, como aparecerá abajo.

115a. *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.*

En un tiempo la *coemptio* fiduciaria se hacía también para hacer testamento; en efecto, entonces las mujeres no tenían el derecho de hacer testamento, exceptuando ciertas personas, de otro modo que si hubiesen hecho la *coemptio* y hubiesen sido remancipadas y manumitidas. Pero por la autoridad del divino Adriano el senado quitó esta necesidad de hacer la *coemptio*.

115b. *((Femina autem, quae cum extraneo fiduciae causa coemptionem fecerit, filiae locum non optinet: quae tamen)) fiduciae causa cum <viro*

suo fecerit> coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse; nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci.

De otra parte, la mujer que con un extraño haya hecho la *coemptio* por causa de confianza, no ocupa el lugar de la hija; sin embargo, la que con su marido haya hecho la *coemptio* por causa de confianza, no de menos comienza a estar en el lugar de la hija; en efecto, generalmente si por cualquier causa la esposa esté *in manu* del marido, fue decidido que ella obtenga los derechos de una hija.

116. *Superest ut exponamus, quae personae in mancipio sint.*
Queda de exponer cuáles personas estén *in mancipio*.

117. *Omnes igitur liberorum personae sive masculini sive feminini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab <hoc eodem> modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt.*

Por lo tanto, todas las personas de los descendientes o del sexo masculino o femenino, que están en la potestad del ascendiente, pueden ser mancipadas del mismo modo con el que también pueden ser mancipados los esclavos.

118. *Idem iuris est in earum personis quae in manu sunt; <nam feminae a> coemptionatoribus eodem modo possunt <mancipari, quo liberi a parente mancipantur; adeo quidem, ut quamvis ea sola> apud coemptionatorem filiae loco sit, <quae ei> nupta sit, <tamen> nihilo minus etiam quae ei nupta non sit, nec ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit.*

El mismo derecho está en las personas de las que están *in manu*; en efecto, las mujeres pueden ser mancipadas por los *coemptionatores* en el mismo modo en que los descendientes son mancipados por el ascendiente; a tal punto ciertamente que, aunque solamente esté en el lugar de una hija frente al comprador la que lo haya esposado, sin embargo nada menos también la que no lo haya esposado, y por eso no tenga el lugar de una hija, puede ser mancipada por éste.

118a. *Plerumque ((vero tum)) solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, cum velint parentes coemptionatoresque <ex> suo iure eas personas dimittere, sicut inferius evidentiis apparebit.*

Generalmente, en verdad entonces sólo son mancipados, bien sea por los ascendientes, bien sea por los *coemptionatores*, cuando los ascendien-

tes y los *coemptionatores* quieran dimitir de su derecho a estas personas, así como más abajo aparecerá de modo más evidente.

119. *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. Eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.*

De otra parte es la *mancipatio*, como también dijimos arriba, una venta imaginaria; y este mismo derecho es propio de los ciudadanos romanos. Y tal cosa se hace así: predispuestos no menos que cinco testigos ciudadanos romanos púberes y después otro de la misma condición, que tenga la balanza de bronce, que es llamado *libripens*, el que recibe en *mancipium*, teniendo la cosa dice así: yo afirmo que es mío este hombre con base en el derecho de los Quirites, y el para mí será comprado por este bronce y por la balanza de bronce; en seguida toca la balanza con el bronce; y da este bronce a él por el que recibe en *mancipium* como en lugar del precio.¹⁰⁴

120. *Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur; animalia quoque quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini: item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari.*

De este modo son mancipadas bien sea las personas esclavas así como libres; también los animales que son *mancipi*, en este número son considerados los bueyes, caballos, mulas, asnos; igualmente los predios tanto urbanos como rústicos, que también los mismos son *mancipi*, como son los itálicos, del mismo modo suelen ser mancipados.

121. *In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, <qui>*

¹⁰⁴ Al respecto ver: Alessandro Corbino, "Il rituale della *mancipatio* nella descrizione di Gaio", SDHI, v. 42 (1976), pp. 149 a 196; Okko Behrends, "La *mancipatio* nelle 12 tavole", IURA, v. 33 (1982), pp. 46 a 103.

mancipio accipit, adprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur: praedia vero absentia solent mancipari.

En sólo esto la *mancipatio* de los predios se diferencia de la *mancipatio* de las restantes cosas, que las personas esclavas y libres, así como los animales que son *mancipi* no pueden manciparse, si no sean en presencia; a tal punto ciertamente, que es necesario que el que recibe en *mancipium* tome la misma cosa que es dada en *mancipium*; por esto también es llamada *mancipatio*, porque por la mano es cogida la cosa; por el contrario, los predios suelen ser mancipados en ausencia.

122. *Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aeneis tantum nummis utebantur, et erant asses, dupondii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere <posita; nam et> asses librales erant, et dupondii <bilibres;> unde etiam dupondius dictus est quasi duo pondo, quod nomen adhuc in usu retinetur. Semisses quoque et quadrantes pro rata scilicet portione ad pondus examinati erant. <Quam ob rem> qui dabat <olim> pecuniam, non numerabat eam, sed appendebat; unde servi, quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt.*

Por este motivo, de otra parte es usado el bronce y la balanza, porque en un tiempo usaban únicamente monedas de bronce, y eran ases, dupondios, semiasas, cuadrantes, y no era en uso ninguna moneda de oro o plata, así como podemos entender con base en la ley de las XII tablas; y de estas monedas la fuerza y el poder eran puestos no en el número sino en el peso; en efecto, eran tanto ases de una libra, así como dupondios de dos libras; por esto, también fue llamado *dupondius* como de dos pesos, y este término todavía es conservado en uso. También los semiasas y los cuadrantes ciertamente eran considerados según el peso con base en la porción establecida; por lo tanto, en un tiempo quien daba el dinero no lo contaba, sino lo pesaba; por esto los esclavos, a los que es permitida la administración del dinero fueron llamados dispensadores.

123. *<Si tamen quaerat aliquis ((qua re, si qua coemptionem fecit, differat a mancipatione)), illa> quidem quae coemptionem facit <non deducitur in> servilem condicionem; a ((parentibus vero et a coemptionatoribus)) mancipatione mancipatae servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab*

eo, cuius in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicut iuris est in persona servorum. Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi; quod non similiter <fit> in coemptione.

Sin embargo, si alguien buscara por qué razón la que hizo la *coemptio*, se diferencie de los que fueron mancipados, ciertamente la que hace la *coemptio* no es reducida en condición de esclavitud; pero, los mancipados o bien las mancipadas por los ascendientes o los *coemptionatores* son constituidos en el lugar de esclavos, a tal punto ciertamente que, no pueden recibir herencia ni legados de él, del que están en *mancipium*, a no ser que, si contemporáneamente se ordene por el mismo testamento que sean libres, así como es el derecho en la persona de los esclavos. Pero la razón de la diferencia es manifiesta, siendo recibido en *mancipium* por los ascendientes y los *coemptionatores* con las mismas palabras con las que (son mancipados) los esclavos; lo que no se hace en el mismo modo en la *coemptio*.

124. *Videamus nunc, quo modo <ii>, qui alieno iuri subiecti sunt, eo iure liberentur.*

Veamos en este momento, en qué modo quienes son sujetos a derecho ajeno, sean liberados de tal derecho.¹⁰⁵

125. *Ac prius de his dispiciamus, qui in potestate sunt.*

Y primero examinemos de los que están en potestad.

126. *Et quidem servi quemadmodum potestate liberentur, ex his intellegere possumus, quae de servis manumittendis superius exposuimus.*

Y ciertamente como los esclavos sean liberados de la potestad, podemos entenderlo, de lo que arriba expusimos sobre los esclavos que deben ser manumitidos.¹⁰⁶

127. *Hi vero qui <in potestate> parentis sunt, <mortuo eo sui iuris fiunt. Sed hoc> distinctionem recipit, nam <mortuo> patre sane omni modo filii filiae sui iuris efficiuntur; mortuo vero avo <non omni> modo nepotes*

¹⁰⁵ *Idem*, Inst.1.12.pr.

¹⁰⁶ *Idem*, Inst.1.12.pr.

<neptesve sui> iuris <fiunt, sed ita, si post mortem avi> in patris sui potestatem recasuri non <sunt. Itaque> si moriente avo <pater eorum et vivat et in potestate> patris fuerit, tunc post obitum <avi in patris> sui potestate fiunt; si vero is, quo tempore avus moritur, aut iam mortuus <est aut> exiit de potestate ((patris, tunc hi, quia in potestatem)) eius cadere non possunt, sui iuris fiunt.

En verdad quienes están en potestad del ascendiente, muerto éste se transforman en *sui iuris*. Pero esto asume una distinción; en efecto, muerto el padre ciertamente los hijos o las hijas en todos los casos son hechos *sui iuris*; pero muerto el abuelo, los nietos y nietas no se transforman en *sui iuris* en todos los casos, pero es así, si después de la muerte del abuelo no recaerán en la potestad del padre; por lo tanto, si muriendo el abuelo su padre es vivo, así como fue en potestad del padre, entonces después de la muerte del abuelo son hechos en la potestad de su padre; pero si éste, en el tiempo en que muere el abuelo, o ya murió o bien salió de la potestad del padre, entonces estos, porque en su potestad no pueden caer, se transforman en *sui iuris*.¹⁰⁷

128. *Cum autem is, cui ob aliquod maleficium ex lege Cornelia aqua et igni interdicitur, civitatem Romanam amittat, sequitur ut, quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate eius esse: nec enim ratio patitur, ut peregrinae condicionis homo civem Romanum in potestate habeat. Pari ratione et si ei, qui in potestate parentis sit, aqua et igni interdictum fuerit, desinit in potestate parentis esse, quia aeque ratio non patitur, ut peregrinae condicionis homo in potestate sit civis Romani parentis.*

De otra parte, cuando el que por motivo de algún delito con base en la ley Cornelia sufre la interdicción del agua y fuego, pierde la ciudadanía romana, consigue que, como de este modo es excluido del número de los ciudadanos romanos, los descendientes cesan de estar en su potestad como si hubiese muerto; y en efecto la razón no admite, que el hombre de la condición peregrina tenga en potestad un ciudadano romano. De la misma razón también si el que esté en potestad del ascendiente, haya sufrido la interdicción del agua y fuego, cesa de estar en potestad del ascendiente, porque igualmente la razón no admite, que el hombre de la condición peregrina esté en potestad del ascendiente ciudadano romano.¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Idem*, Inst.1.12.pr. Al respecto ver Edoardo Volterra, "L'acquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias", BIDR, vol. 79 (1976), pp. 193 a 250.

¹⁰⁸ Confrontar con Inst.1.12.1

129. *Quod si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii quod hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt: itaque reversus habebit liberos in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.*

Que si el ascendiente haya sido capturado por los enemigos, aunque se convierta en esclavo de los enemigos, no obstante se suspende el derecho sobre los descendientes a causa del *ius postliminii*;¹⁰⁹ puesto que, quienes por los enemigos han sido capturados, si hayan regresado recuperan todos los precedentes derechos; por tanto, el que regresa tendrá a los descendientes en potestad. Pero si en aquel lugar haya sido muerto, serán ciertamente los hijos *sui iuris*; pero puede dudarse si desde este tiempo, en que murió el ascendiente entre los enemigos, o bien, desde que ha sido capturado por los enemigos. También el mismo hijo o bien nieto si haya sido capturado por los enemigos, igualmente diremos que a causa del *ius postliminii* también la potestad del ascendiente está en suspenso.¹¹⁰

130. *Praeterea exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines Vestales capiuntur.*

En más salen los descendientes del sexo masculino de la potestad del ascendiente, si sean consagrados como flamines de Júpiter, y del sexo femenino, si sean elegidas como vírgenes vestales.

¹⁰⁹ Sobre el *ius postliminium* ver: Florentino, *libro sexto institutionum* D.49.15.26: no cuenta en qué modo el prisionero de guerra haya regresado; si en cuanto ha sido dejado libre o habiéndose fugado con base en fuerza o con el engaño al poder del enemigo; siempre que haya regresado con la intención de no regresar allá; no basta por ello que uno materialmente regrese a casa, si el propósito es diferente. Pero también aquellos que son recuperados por victoria sobre el enemigo se considera que regresan a título de *postliminium*. Ulpiano, *libro primo institutionum* D.49.15.24: Enemigos son aquellos a los cuales el pueblo romano ha públicamente declarado la guerra o que la han declarado ellos al pueblo romano; los otros se llaman bandoleros o ladrones. Y, por esto, quien es capturado de los bandidos, no es su esclavo y no tiene necesidad del *postliminium*; capturado por el contrario de los enemigos, por ejemplo de los Germanos y de los Partis, es su esclavo y reprende su original condición por efecto del *postliminium*. En doctrina ver: Alberto Maffi, *Ricerche sul postliminium* (Milán, Giuffré, 1992), pp. 1 a 255; Maria Floriana Cursi, *La struttura del postliminium nella repubblica e nel principato* (Nápoles, Jovene, 1996), pp. XVI a 370.

¹¹⁰ Mismo contenido en Inst.1.12.5.

131. *Olim quoque, quo tempore populus Romanus in Latinas regiones colonias deducebat, qui iussu parentis in coloniam Latinam nomen dedissent desinebant in potestate parentis esse, quia efficerentur alterius civitatis cives.*

También en un tiempo, en que el pueblo romano fundaba colonias en las regiones latinas, quienes por la orden del ascendiente hubieran dado el nombre en la colonia latina, cesaban de estar en la potestad del ascendiente, porque eran hechos ciudadanos de otra ciudad.¹¹¹

132. *<Praeterea> emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate: lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: SI PATER ((TER)) FILIUM VENUM DUIT, A PATRE FILIUS LIBER ESTO. <Eaque> res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum vindicta manumittit; eo facto revertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similiter vindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris revertitur; tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur), <eaque> mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit sed adhuc in causa mancipii.¹¹² <Item per emancipationem filii sui iuris efficiuntur. Sed filius masculus tribus emancipationibus de potestate patris exit et sui iuris efficitur. Emancipatio autem, hoc est manus traditio, quaedam similitudo venditionis est: quia in emancipationibus praeter illum, hoc est certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur. Ergo ipse naturalis pater filium suum fiduciario patri mancipat, hoc est manu tradit: a quo fiduciario patre naturalis pater unum aut duos nummos, quasi in similitudinem pretii accipit, et iterum eum acceptis nummis fiduciario patri tradit. Hoc secundo et tertio fit, et tertio eum fiduciario patri mancipat et tradit, et sic de patris potestate exit>.*

En seguida los descendientes cesan de estar en potestad de los ascendientes por la emancipación.¹¹³ Pero el hijo ciertamente por tres

¹¹¹ Sobre el presente problema ver: Aldo Petrucci, "Colonie romane e latine nel v e iv sec. a. C.", *Legge e società nella repubblica romana*, (Jovene, 1989), vol. 2, pp. 52 a 61.

¹¹² No es posible la lectura de lo siguiente, no obstante la completaremos citando el contenido del epitome de Gayo 1.6.3.

¹¹³ Paulo, *libro octavo decimo responsorum* D.1.7.36.pr-1 Consta que el hijo, a fin que salga de la patria potestad, pueda ser emancipado del padre en cualquier lugar. Parece bien que pueda ser manumitido, bien sea dado en adopción, mediante un procónsul,

mancipaciones, mientras todos los otros descendientes o bien del sexo masculino o bien del femenino por una sola mancipación salen de la potestad de los ascendientes; en efecto, la ley de las XII tablas sólo en la persona del hijo habla de tres mancipaciones con estas palabras: SI EL PADRE TRES VECES DA AL HIJO EN VENTA, EL HIJO SERÁ LIBRE DEL PADRE. Y tal cosa en este modo es hecha; el padre mancipa el hijo a alguno; éste lo manumite con la *vindicta*; por tal hecho regresa en potestad del padre; éste lo mancipa por una segunda vez o bien al mismo o a un otro (pero es en uso ser mancipado al mismo) y éste después lo manumite del mismo modo con la *vindicta*; por tal hecho, de nuevo regresa en la potestad del padre; por la tercera vez el padre lo mancipa o bien al mismo u otro (pero esto es en uso, que al mismo sea mancipado), y por esta mancipación cesa de estar en potestad del padre, también si no haya sido todavía manumitido pero aún *in causa mancipii*... *Gai Epit.* 1.6.3. Del mismo modo, por la emancipación los hijos son hechos *sui iuris*. Pero el hijo varón por tres (e)mancipaciones sale de la potestad del padre y es hecho *sui iuris*. De otra parte, la emancipación, es decir la entrega de la *manus*, tiene una cierta semejanza con la venta; porque en las emancipaciones además de él, es decir el padre cierto, es predispuerto otro padre, que es nombrado fiduciario. Por tanto, el mismo padre natural mancipa el hijo suyo al padre fiduciario; es decir, lo entrega de la *manus*; de este padre fiduciario el padre natural recibe una o dos monedas, como en similitud del precio, y por la segunda vez recibidas las monedas lo entrega al padre fiduciario. Esto sucede una segunda y tercera vez, y una tercera vez lo mancipa y entrega al padre fiduciario, y en este modo sale de la potestad del padre.¹¹⁴

133. <Admonendi autem sumus liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere,

también en una provincia que no sea aquella asignada del sorteo; Marciano, *libro quinto regularum* D.1.7.31, comenta que el hijo bien sea natural, bien sea adoptivo, que está en potestad del padre, no puede en algún modo obligarlo para no estar más en su potestad, pero el mencionado jurista en la misma obra D.1.7.33 dice que si el adoptado, hecho púber, habrá probado que no le conviene permanecer en la potestad del padre adoptivo, es equitativo que venga de él emancipado y readquiera así su precedente situación jurídica. En el mismo sentido Papiniano, *libro trigésimo primo quaestionum* D.1.7.32.

¹¹⁴ Confrontar con Inst.1.12.6 que al principio dice lo mismo modificando el procedimiento mencionado. El procedimiento de época justiniana se realiza del siguiente modo: los ascendientes se presentan directamente ante los jueces o magistrados competentes para emancipar a sus descendientes. Al respecto ver la Constitución del mencionado emperador a *Ioannes P.P.* del año 531.

*nepotem vero in potestate retinere; vel ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero manumittere, vel omnes sui iuris efficere. Eadem et de pronepote dicta esse intellegemus.*¹¹⁵

Debemos recordar de otra parte, que es libre la decisión a él, que tendrá en potestad el hijo y el nieto de éste, de dimitir ciertamente al hijo de la potestad, pero de retener al nieto en potestad; o bien por el contrario, retener ciertamente al hijo en potestad, pero manumitir al nieto, o bien hacer *sui iuris* a todos. Entenderemos que lo mismo es dicho también con referencia al bisnieto.

134. <Praeterea parentes in potestate liberos habere desinunt, quos aliis in adoptionem dederunt. Et in filio quidem, si in adoptionem datur, tres mancipationes¹¹⁶ et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante <a> praetore vindicanti filius addicitur; aut non remancipatur patri, <sed> ab eo vindicat is qui adoptat, <apud> quem <in tertia> mancipatione est: sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis seu masculini seu feminini sexus una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. Eadem et in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri.

Después los ascendientes cesan de tener en potestad a los descendientes, que dieron en adopción a otros. Y en el hijo ciertamente, si es dado en adopción, tres *mancipationes* y dos intercedentes manumisiones se hacen, así como suelen hacerse, cuando de tal modo el padre lo dimite de la potestad, para que sea hecho *sui iuris*. Después o bien es remancipado al padre, y hacia él quien lo adopta reivindica frente al pretor que es su hijo, y éste no reivindicándolo en contrario, el hijo es adjudicado por el pretor a quien lo reivindica; o bien no es remancipado al padre, pero quien lo adopta lo reivindica frente a quien lo tiene con la tercera *mancipatio*; pero ciertamente es más cómodo que sea remancipado al padre. En verdad, en todas las otras personas de los descendientes o si del sexo masculino o si femenino ciertamente una *mancipatio* es suficiente, y o bien son remancipados al

¹¹⁵ Reconstruido con base en D.1.7.28; ver también Inst. Iust. 1.12.7; *Gai. epit.* 1.6.6.

¹¹⁶ Integrado por Krueger.

ascendiente o no son remancipados. Lo mismo también suele hacerse en las provincias frente al gobernador de la provincia.

135. *Qui ex filio semel iterumve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est, et ideo ab eo et emancipari et in adoptionem dari potest. At is, qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in avi potestate: sed eum Labeo quidem existimat in eiusdem mancipio esse, cuius et pater sit: utimur autem hoc iure, ut quamdiu pater eius in mancipio sit, pendeat ius eius; et si quidem pater eius ex mancipatione manumissus erit, cadat in eius potestatem; si vero is dum in mancipio sit decesserit, sui iuris fiat.*

Quien fue concebido del hijo mancipado la primera o la segunda vez, aunque nazca después de la tercera mancipación de su padre, no obstante está en potestad del abuelo, y por eso puede ser dado en adopción así como emancipado por él. Pero quien fue concebido de aquel hijo, que está en la tercera mancipación, no nace en la potestad del abuelo; pero Labeón ciertamente estima que él está en el *mancipium* del mismo, del cual el padre también está; por el contrario, utilizamos este derecho, que por todo el tiempo que su padre esté en *mancipium*, su derecho esté suspendido; y si ciertamente su padre haya sido manumitido del *mancipium*, caiga en su potestad, pero si éste haya muerto mientras está en *mancipium*, se transforme en *sui iuris*.

135a. *Eadem scilicet ((dicemus de eo qui ex nepote semel mancipato necdum manumisso conceptus fuerit. Nam)),¹¹⁷ ut supra diximus, quod in filio faciunt tres mancipationes, hoc facit una mancipatio in nepote.*

Ciertamente lo mismo diremos de quien haya sido concebido por el nieto una vez mancipado y no todavía manumitido. En efecto, como dijimos arriba, lo que hacen tres mancipaciones en el hijo, lo hace una mancipación en el nieto.

136. *<Praeterea mulieres, quae in manum conveniunt, in patris potestate esse desinunt. Sed in confarreatis nuptiis de flaminica Diali senatusconsulto ex relatione>¹¹⁸ Maximi et Tuberonis cautum est, ut haec quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad ceteras causas proinde*

¹¹⁷ Integrado por Huschke y Krueger.

¹¹⁸ Integrado por Krueger.

habeatur, atque si in manum non convenisset. <Eae vero mulieres, quae in manum conveniunt per coemptionem>, ¹¹⁹ potestate parentis liberantur; nec interest, an in viri sui manu sint an extranei, quamvis hae solae loco filiarum habeantur, quae in viri manu sunt.

Luego las mujeres que convienen *in manum*, cesan de estar en la potestad del padre. Pero fue establecido en un senadoconsulto propuesto por Máximo y Túbero respecto a las nupcias confarreadas de la esposa del flamine de Júpiter, que sólo con referencia a los cultos familiares resulta estar *in manu*, mientras con referencia a las restantes causas es considerada como si no hubiera convenido *in manum*. En verdad las mujeres que, convienen *in manum* por *coemptio*, son liberadas de la potestad del ascendiente; ni interesa, si estén *in manu* de su marido o de un extraño, aunque sean consideradas en lugar de hijas sólo las que están *in manu* del marido.

137. *<In manu autem esse mulieres desinunt iisdem modis, quibus filiae familias potestate patris liberantur; sicut igitur filiae familias una mancipatione de potestate patris exeunt, ita eae, quae in manu sunt, una mancipatione¹²⁰> desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur.*

De otra parte, las mujeres cesan de estar *in manu* de los mismos modos, por los cuales las hijas de familia son liberadas de la potestad del padre; como entonces las hijas de familia por una *mancipatio* salen de la potestad del padre, así quienes están *in manu*, por una *mancipatio* cesan de estar *in manu*, y si con base en esta *mancipatio* hayan sido manumitidas, son hechas *sui iuris*.

137a. *<Inter eam vero, quae cum extraneo, et eam, quae cum viro suo coemptionem fecerit, hoc interest, quod illa quidem > cogere coemptionatorem <potest, ut se remancipet> cui ipsa velit, <haec autem virum suum¹²¹> nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit: haec autem ((virum)) repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.*

Pero entre la que con un extraño, y la que con su marido haya hecho la *coemptio*, existe esta diferencia; que la primera ciertamente puede constre-

¹¹⁹ Integrado por Huschke.

¹²⁰ Integrado por Huschke y Krueger.

¹²¹ Integrado por Huschke y Krueger.

ñir al *coemptionator*, que la remancipe a quien la misma quiera, mientras que la segunda no puede obligar a su marido, nada más que (también) una hija al padre. Pero ciertamente la hija de ningún modo puede constreñir al padre, también si sea adoptiva; mientras esta, emitido el repudio puede obligar al marido, como si nunca hubiera estado casada con él.

138. *Iti, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta censu testamento manumissi sui iuris fiunt.*

Quienes están *in causa mancipii*, porque son considerados en lugar de esclavos, manumitidos por la *vindicta*, censo, testamento, se transforman en *sui iuris*.

139. *Nec tamen in hoc casu lex Aelia Sentia locum habet: itaque nihil requirimus, cuius aetatis sit is qui manumittit et qui manumittitur; ac ne illud quidem, an patronum creditoremve manumissor habeat. Ac ne numerus quidem lege Fufia Caninia finitus in his personis locum habet.*

Pero en este caso la ley Aelia Sentia no tiene lugar; por tanto nada requerimos, de cuál edad sea el que manumite y el que es manumitido; y tampoco aquello, si el manumisor tenga un patrono o un acreedor. Ni tampoco el número establecido en la ley Fufia Caninia tiene lugar en estas personas.

140. *Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodam modo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit. Ac ne is quidem dicitur invito eo cuius in mancipio est censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, veluti quod furti eius nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit; nam hunc actor pro pecunia habet.*

Que también contra la voluntad de él en cuyo *mancipium* están, pueden conseguir la libertad por censo, excepto quien el padre dio en *mancipium* con la cláusula que le sea remancipado; en efecto, de algún modo entonces el padre resulta reservar para sí la propia potestad frente al mismo, que lo recibe en *mancipium*. Ni tampoco se dice que contra la voluntad de él en cuyo *mancipium* está no consigue la libertad por censo, el que el padre dio en *mancipium* por causa noxal; por ejemplo, porque fue condenado por furto en su nombre, y lo dio en *mancipium* al actor; en efecto, el actor lo tiene en lugar del dinero.

141. *In summa admonendi sumus adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum tenebimur. Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipentur.*

En suma debemos ser advertidos que contra los que tenemos en *mancipium* nada nos es lícito hacer ultrajadamente; diversamente seremos obligados de injurias. Ni tampoco en este derecho mucho tiempo son detenidos los hombres, pero generalmente esto sucede por así decir en un momento, a menos que ciertamente sean mancipados por causa noxal.

142. *Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis, quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur. Videamus igitur, quae in tutela, quae in curatione sint; ita enim intellegemus ceteras personas, quae neutro iure tenentur.*

Pasemos en este momento a otra división. En efecto de las personas que no están ni en potestad ni en *manu*, ni en *mancipium*, algunas o están en tutela o en curatela, otras no son tenidas ni por uno ni por el otro derecho. Veamos entonces, cuáles están en tutela, cuáles están en curatela; en este modo, en efecto entenderemos todas las otras personas, que no son tenidas ni por uno ni por el otro derecho.¹²²

143. *Ac prius dispiciamus de his, quae in tutela sunt.*

Y primero examinemos a quienes están en tuteladue.¹²³

144. *Permissum est itaque parentibus liberis quos in potestate sua habent testamento tutores dare: masculini quidem sexus impuberibus, ((feminini autem sexus impuberibus puberibusque, et tum quo)) que, cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*

Fue permitido por tanto a los ascendientes designar tutores en el testamento a los descendientes que tienen en su potestad;¹²⁴ ciertamente del sexo masculino a los impúberes, mientras del sexo femenino a las impúberes

¹²² Mismo contenido sin hacer referencia a la potestad en *manu* o en *mancipium* en Inst.1.13.pr.

¹²³ *Idem*, Inst.1.13.pr. En doctrina ver: Albanese, *Le persone... op. cit.*, pp. 431 a 547; Pierluigi Zannini, ED, *vox Tutela* (dir. rom.), vol. 45, pp. 305 a 314 con amplia bibliografía.

¹²⁴ *Idem*, Inst.1.13.3.

y púberes y también en aquel momento en que se esposan; en efecto, los antiguos quisieron que las mujeres, aunque sean de edad perfecta, por motivo de la ligereza del espíritu estuviesen en tutela.¹²⁵

145. *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permanet; tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberarum esse voluerunt, itaque etiam lege XII tabularum cautum est.*

Por tanto, si alguien haya designado un tutor en el testamento al hijo e hija y los dos hayan llegado a la pubertad, el hijo ciertamente cesa de tener tutor; por el contrario, la hija nada menos permanece en tutela; solamente en efecto, con base en la ley Julia y Papia Poppaea¹²⁶ son liberadas las mujeres de la tutela por el *ius liberorum*; lo decimos exceptuándose a las vírgenes vestales, que también los antiguos en honor del sacerdocio quisieron que fuesen libres, y así también fue establecido por la ley de las XII tablas.

146. *Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare, si post mortem nostram in patris sui potestatem <iure> recasuri non sint. Itaque si filius meus mortis meae tempore in potestate mea sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento meo habere tutorem, quamvis in potestate mea fuerint; scilicet quia mortuo me in patris sui potestate futuri sunt.*

De otra parte, a los nietos y nietas precisamente en tal manera podemos designar tutores en el testamento, si después de nuestra muerte no recaerán

¹²⁵ Al respecto ver: Pierluigi Zannini, *Studi sulla tutela mulierum* (Giappichelli, Turín, 1976), p. 202; Alejandro Guzmán Brito, "Sobre la responsabilidad del tutor *mulieris*", *AHDE*, v. 46 (1976), pp. 145 a 161.

¹²⁶ La ley *Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a. C., la *Iulia de adulteriis* y la *Papia Poppaea nuptialis* del 9 d. C., realizadas bajo el imperio de Augusto son consideradas por los juristas romanos en un único bloque denominado *lex o leges Iulia et Papia*. La finalidad principal de esta legislación consistió en el incremento demográfico, induciendo al matrimonio y a la procreación. Se establece que los hombres entre 25 y 60 años y las mujeres entre 20 y 50 años deben contraer matrimonio con personas que entren en los mencionados límites de edad, la obligación incluye a los divorciados y viudos. Son previstas sanciones que implican límites a la capacidad de adquirir *mortis causa* contra los *caelibes* o solteros y los *orbi* o casados sin hijos. Tal legislación decae en época posclásica, al respecto ver: Riccardo Astolfi, *La lex Iulia et Papia* (2a. ed., Padua, CEDAM, 1986), pp. 1 a 391.

por derecho en la potestad de su padre; por tanto, si mi hijo en el tiempo de mi muerte está en mi potestad, los nietos (nacidos) de éste no podrán tener tutor por mi testamento, aunque hayan estado en mi potestad; se entiende, porque muerto yo estarán en la potestad de su padre.¹²⁷

147. *Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit.*

Sin embargo, siendo en muchos otros casos considerados los póstumos como ya nacidos, también en esta causa fue decidido que a los póstumos no menos que a los ya nacidos pueden ser designados tutores en el testamento, si solamente sean en la causa que si nazcan mientras vivamos, sean hechos en nuestra potestad.¹²⁸ También podemos instituir a estos herederos, mientras no fue permitido instituir herederos a los póstumos extraños.

148. *((Uxori)), quae in manu est, proinde ac filiae, item nurui, quae in filii manu est, proinde ac nepti tutor dari potest.*

A la esposa que está *in manu*, como a una hija, en el mismo modo a la nuera, que está *in manu* del hijo, como a una nieta puede ser designado un tutor.¹²⁹

149. *Rectissime autem tutor sic dari potest: L. TITIVM LIBERIS MEIS TUTOREM DO ((VEL UXORI MEAE)) TUTOREM DO. Sed et si ita scriptum sit: LIBERIS MEIS (VEL UXORI MEAE) TITIVS TUTOR ESTO, recte datus intellegitur.*

De otra parte, rectísimamente puede ser designado en este modo un tutor: L. TICIO DESIGNÓ A MIS DESCENDIENTES TUTOR (o bien A MI ESPOSA) DESIGNO TUTOR. Pero también si en este modo haya sido escrito: A MIS DESCENDIENTES (o bien A MI ESPOSA) SERÁ TUTOR TICIO, se entiende dado rectamente.

¹²⁷ Mismo contenido en Inst.1.13.3.

¹²⁸ Mismo contenido en Inst.1.13.4.

¹²⁹ *Ulp.* 11.1: se designan tutores tanto a los varones como a las mujeres. Pero a los varones sólo si son impúberes, por la debilidad inherente a la edad, mientras a la mujer tanto si sea impúber como si sea púber, bien sea por la debilidad inherente al sexo, bien sea por la inexperiencia de ellas en las cosas forenses. *Idem*, 11.2: los tutores son o legítimos o previstos con base en senadoconsultos o introducidos con base en la costumbre.

150. *In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo: TITIAE UXORI MEAE TUTORIS OPTIONEM DO. Quo casu licet uxori ((tutorem optare)) vel in omnes res vel in unam forte aut duas.*

Sin embargo, respecto a la persona de la esposa que está *in manu*, también fue aceptada la opción del tutor; es decir, que sea lícito permitirle optar para si el tutor que ella misma quiera, de este modo: A TICIA, ESPOSA MÍA, DOY LA OPCIÓN DE UN TUTOR. En este caso es lícito a la esposa elegir un tutor o bien en todas las cosas, o bien en una cosa, o bien dos.

151. *Ceterum aut plena optio datur aut angusta.*

De otra parte, es dada o la plena opción o la limitada.

152. *Plena ita dari solet, ut proxime supra diximus. Angusta ita dari solet: TITIAE UXORI MEAE TUTORIS OPTIONEM DUMTAXAT SEMEL DO, aut DUMTAXAT BIS DO.*

En este modo suele ser dada la plena, como hace poco dijimos arriba. La limitada suele ser dada en este modo: A TICIA ESPOSA MÍA, SOLAMENTE DOY UNA SOLA VEZ LA OPCIÓN DE UN TUTOR, o bien SOLAMENTE DOY DOS VECES.

153. *Quae optiones plurimum inter se differunt. Nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et saepius tutorem optare; quae vero angustam habet optionem, si dumtaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest; si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet.*

Estas opciones se diferencian mucho entre sí; en efecto, la que tiene plena opción, puede optar un tutor una y dos y tres y más veces; pero la que tiene opción limitada, si ha sido dada la opción sólo para una vez, no puede optar más que una vez; si solamente dos veces, no tiene la facultad de optar más que dos veces.

154. *Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi, qui ex optione sumuntur, optivi.*

De otra parte, los que son dados como tutores nominativamente en el testamento, son llamados dativos; los que son elegidos por opción, optativos.¹³⁰

¹³⁰ *Ulp.* 11.14: también los tutores nominativamente designados en el testamento están convalidados de la misma ley de las XII tablas a través las palabras: “como habrá

155. *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII <tabularum> agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

A quienes ciertamente en el testamento no haya sido designado un tutor, con base en la ley de las XII tablas son tutores los agnados, que son llamados legítimos.¹³¹

156. *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius nepos ex eo, item patruus et patrum filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. Itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. Item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur.*

De otra parte, son agnados los unidos por cognación mediante personas del sexo masculino, como cognados por el padre; por ejemplo, el hermano nacido del mismo padre, el hijo del hermano o bien el nieto de éste, del mismo modo el tío paterno y el hijo del tío paterno y el nieto de este. Pero quienes por las personas del sexo femenino son unidas por cognación, no son agnados, sino diversamente son cognados por el derecho natural. Por tanto, entre el tío materno y el hijo de la hermana no hay agnación, sino cognación. Del mismo modo, el hijo de la tía paterna, o materna no es mi agnado, sino cognado; y, por el contrario, ciertamente yo estoy unido a aquel por el mismo derecho, porque los que nacen siguen la familia del padre, y no de la madre.¹³²

157. *Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est, quae, quod ad feminas attinet, ((agnatorum)) tutelas sustulit; itaque masculus quidem impubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem, femina vero talem habere tutorem non potest.*

Pero en un tiempo ciertamente, en lo que concierne a la ley de las XII tablas, también las mujeres tenían como tutores a los agnados. Pero des-

dispuesto de sus bienes o de la tutela del suyo, así será el derecho”; estos tutores son llamados dativos.

¹³¹ Mismo contenido en *Inst.* 1.15.pr.

¹³² Mismo contenido en *Inst.* 1.15.1. Sobre el presente problema ver Gilbert Hanard, “Observations sur l’agnatio”, *RIDA*, vol. 27 (1980), pp. 169 a 204.

pués fue aprobada la ley Claudia que, en lo que concierne a las mujeres, eliminó las tutelas de los agnados; por tanto, ciertamente el hombre impúber tiene como tutor al hermano púber o al tío paterno; por el contrario, la mujer no puede tener tal tutor.

158. *Señ agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.*

Pero ciertamente el derecho de agnación perece por la *capitis deminutio*, mientras el derecho de la cognación no es cambiado en este modo, porque la razón civil ciertamente puede alterar los derechos civiles, pero los naturales no puede.¹³³

159. *Est autem capitis deminutio prioris <status> permutatio, eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.*

De otra parte, es la *capitis deminutio* el cambio del precedente *status*, y esta sucede en tres modos; en efecto, o es la *capitis deminutio* máxima, o menor, que algunos denominan media, o mínima.¹³⁴

160. *Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; quae accidit incensis, qui ex forma censuali venire iubentur; quod ius <proprie in usu non est; item libertatem amittunt> ex lege <Aelia Sentia ii dediticii>,¹³⁵ qui contra eam legem in urbe Roma domicilium habuerint; item feminae, quae ex senatusconsulto Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, quibus invitae et denuntiantibus cum servis eorum coierint.*

Máxima es la *capitis deminutio*, cuando alguno pierde al mismo tiempo bien sea la ciudadanía bien sea la libertad; lo que sucede a los no censados, que se ordena que sean vendidos con base en la forma censual; este derecho particularmente no está en uso; en el mismo modo, pierden la libertad con base en la ley Aelia Sentia los dediticios, que contra esta ley hayan tenido el domicilio en la urbe de Roma; en el mismo modo las mujeres,

¹³³ Mismo contenido en Inst.1.15.3. Sobre el presente argumento ver: Albanese, *Le persone*, op. cit., pp. 311 a 343.

¹³⁴ *Idem*, Inst.1.16.pr.

¹³⁵ En tal sentido sustancialmente Mommsen y Bizoukides.

que con base en el senadoconsulto Claudiano se transforman en esclavas de aquellos dueños, con cuyos esclavos se hayan unido contra su voluntad y sus denuncias.¹³⁶

161. *Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas amittitur, libertas retinetur; quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit.*

Menor o bien media es la *capitis deminutio*, cuando se pierde la ciudadanía, (pero) se retiene la libertad; lo que sucede a quien haya sufrido el interdicto con agua y fuego.¹³⁷

162. *Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his qui adoptantur, item in his quae coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur: adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur.*

Mínima es la *capitis deminutio*, cuando se retiene la ciudadanía así como la libertad, pero es cambiado el *status* de un hombre;¹³⁸ lo que sucede a quienes son adoptados, en el mismo modo a quienes hacen la *coemptio*; y a quienes son dados en *mancipium* y son manumitidos con base en una *mancipatio*; a tal punto que ciertamente, cuantas veces cada uno sea mancipado o sea manumitido, tantas veces será *capitis* disminuido.

163. *Nec solum maioribus ((capitis)) deminutionibus ius agnationis corrumpitur, sed etiam minima; et ideo si ex duobus liberis alterum pater emancipaverit, post obitum eius neuter alteri agnationis iure tutor esse poterit.*

Ni sólo con las *capitis deminutiones* mayores es alterado el derecho de agnación, sino también con la mínima; y por este motivo, si de dos descen-

¹³⁶ Observar que en Inst.1.16.1 se mencionan causas diferentes para la *capitis deminutio* máxima, como son los casos de los que en virtud de una sentencia grave se convierten en esclavos de tal pena; los libertos condenados por ingratitud hacia sus patronos y los que se dejaron vender como esclavos para participar del precio respectivo. En este último caso, según Modestino, *libro septimo regularum* D.1.5.21 el hombre libre que se vende, manumitido no regresa a su estado del cual abdicó, pero asume la condición de liberto.

¹³⁷ Mismo contenido en Inst.1.16.2 que incluye además al deportado en una isla.

¹³⁸ Mismo contenido en Inst.1.16.3 eliminando la referencia a la *coemptio*, *mancipium*, *mancipatio* y diciendo el texto al final que la *capitis deminutio* mínima se da cuando aquellos que eran *sui iuris* se conviertan en *alieni iuris*.

dientes el ascendiente haya emancipado a uno, después de su muerte ni el uno ni el otro podrá ser tutor del otro por el derecho de agnación.

164. *Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximo gradu sunt.*¹³⁹

De otra parte, perteneciendo a los agnados la tutela, no pertenece a todos en el mismo tiempo, sino solamente a los que son de grado próximo.

165. *Ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quae et ipsa tutela legitima vocatur, non <quia nominatim> ea lege de hac tutela <cavetur, sed> quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis <introducitur>*¹⁴⁰ *esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.*

Con base en la misma ley de las XII tablas, la tutela de las libertas y de los libertos impúberes pertenece a los patronos y a sus descendientes. Y también esta misma tutela es llamada legítima, no porque expresamente por esta ley es dispuesto de tal tutela, sino porque fue recibida por interpretación, como si hubiera sido introducida en las palabras de la ley. En efecto, por el mismo hecho que la ley había ordenado que las herencias de los libertos y de las libertas si hubiesen muerto intestados, pertenecían a los patronos o a sus descendientes, los antiguos creyeron que la ley había querido que también las tutelas pertenecieran a estos, porque había ordenado que los mismos agnados, que llamó a la herencia, fuesen también tutores.¹⁴¹

166. *(De fiduciaria tutela). 166. Exemplo patronorum receptae ((sunt et aliae tutelae, quae et ipsae legitimae vocantur. Nam si quis filium*

¹³⁹ 17 rengiones de la obra se han perdido, sin embargo, parecería aceptable considerar como lo hace Bethmann-Hollweg que Gayo habría hablado sobre la tutela de los *gentiles*, como se cita por el presente jurista dentro de la misma obra en 3.17.

¹⁴⁰ Así se menciona en Inst. de Justiniano 1.17.

¹⁴¹ Mismo contenido en Inst.1.17 que al final del párrafo dice que generalmente quienes se benefician con la sucesión deben también soportar la carga de la tutela. Aclarándose que se menciona "generalmente", porque si es una mujer la que manumite a un impúber ella es llamada a la herencia, pero otro a la tutela.

*nepotemve ex filio et ceteros deinceps impuberes, aut filiam neptemve ex filio et ceteras deinceps tam puberes quam impuberes alteri ea lege mancipio dederit, ut sibi remanciparentur, remancipatosque manumiserit, legitimus eorum tutor erit).*¹⁴²

De la tutela fiduciaria. Al ejemplo de los patronos son recibidas también otras tutelas, que también las mismas son llamadas legítimas. En efecto, si alguien haya dado en *mancipio* a otro, un hijo o un nieto (nacido) del hijo y todos los restantes impúberes sucesivamente, o la hija o la nieta (nacida) del hijo y todas las restantes sucesivamente, tanto púberes como impúberes con base en tal acuerdo, que le fuesen remancipados, y haya manumitado los remancipados, será su legítimo tutor.

166a. *Sunt et aliae tutelae, quae fiduciariae vocantur, id est quae ideo nobis competunt, quia liberorum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus.*

Existen también otras tutelas, que son llamadas fiduciarias, es decir, las que por este motivo nos competen, porque manumitimos el individuo libre mancipado a nosotros o por el ascendiente o por el comprador.¹⁴³

167. *Sed Latinarum et Latinorum impuberum tutela non omni modo ad manumissores <eorum> pertinet, sed ad eos quorum ante manumissionem ((ex iure Quiritium fuerunt; unde si ancilla))¹⁴⁴ ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa Latina fieri potest,*

¹⁴² Integrado por Krueger con base en el § 172 e Inst. Just. 1.18.

¹⁴³ El presente texto ha sufrido modificaciones en Inst.1.19, diciendo que existe también otra tutela que se llama fiduciaria. Si un ascendiente emancipa por medio de manumisiones a su hijo o bien hija, nieto, nieta, u otros descendientes, antes de que hayan alcanzado la edad de la pubertad, se convierte en tutor legítimo del emancipado, pero muerto este tutor legítimo, los hijos varones que deje se convierten en tutores fiduciarios de sus propios hijos, del hermano, la hermana o los demás emancipados. En cambio, cuando muere el patrono, sus hijos son tutores legítimos lo mismo que él. Esta diferencia procede de que, si el hijo del difunto no hubiese sido emancipado en vida del padre, se habría hecho independiente a la muerte de éste y no caería bajo la potestad de sus hermanos, ni tampoco quedaría bajo su tutela como consecuencia de haberles estado sometido. Mientras que si el liberto hubiese permanecido esclavo, después de la muerte del dueño, seguiría igualmente sometido a los hijos de éste. Por otra parte, estas personas son llamadas a la tutela si han alcanzado la edad de la capacidad completa, lo que una constitución ha ordenado que se observe en toda clase de tutelas y curatelas. Al respecto ver la constitución de Justiniano a *Demosthenes* del año 529 en C.5.30.5.

¹⁴⁴ Integrado por Huschke.

et bona eius ad me pertinent, sed eius tutela tibi competit; nam ita lege Iunia cavetur. Itaque si ab eo, cuius et in bonis et ex iure Quiritium ancilla fuerit, facta sit Latina, ad eundem et bona et tutela pertinent.

Pero la tutela de las latinas y latinos impúberes no pertenece en todo caso a sus manumisores, sino a los de los que fueron por el derecho de los Quirites antes de la manumisión; por eso, si una esclava sea tuya por el derecho de los Quirites, y mía *in bonis*, manumitida ciertamente por mí solo, no también por ti, puede ser hecha latina, y sus bienes me pertenecen, pero su tutela te compete; en efecto, en este modo es proveído por la ley Junia. Por tanto, si haya sido hecha latina por el del que haya sido esclava *in bonis* y por el derecho de los Quirites, a él mismo pertenecen los bienes así como la tutela.

168. *Agnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.*

A los agnados y patrones y manumisores de individuos libres fue permitido ceder *in iure* la tutela de las mujeres a otro; pero no fue permitido ceder la tutela de los pupilos, porque no resulta onerosa, terminando al tiempo de la pubertad.

169. *Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur.*

De otra parte él, al que es cedida la tutela, es llamado tutor cesicio.

170. *Quo mortuo aut capite deminuto revertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit; ipse quoque qui cessit si mortuus aut capite deminutus sit, a cessicio tutela discedit et revertitur ad eum, qui post eum qui cesserat secundum gradum in ea tutela habuerit.*

Muerto éste o *capite* disminuido regresa la tutela a aquel tutor, que cedió; también el mismo que cedió si haya muerto o *capite* disminuido, la tutela se desvincula del cesionario y regresa a el que después de quien cedió habrá tenido el segundo grado en esta tutela.

171. *Sed quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint.*

Pero por cuanto pertenece a los agnados, nada en este tiempo se indaga de la tutela cesicia, puesto que las tutelas de los agnados en las mujeres fueron abolidas por la ley Claudia.

172. *Sed fiduciariorum quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. Quod etsi placeat, in parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur, et non minus huic quam patronis honor praestandus sit.*

Pero algunos pensaron que también los fiduciarios no tenían derecho de ceder la tutela, puesto que los mismos se hayan sometido a la carga. Aunque eso esté establecido, no obstante en el padre, que dio en *mancipium* a otro a la hija o nieta o bisnieta por este acuerdo, que le fuese remancipada, y una vez remancipada (la) manumitió, lo mismo no debe decirse, puesto que éste es considerado también legítimo tutor, y el honor le debe ser prestado no menos que a los patrones.

173. *Praeterea senatusconsulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere: quo petito prior desinit; nec interest, quam longe <absit> is tutor.*

En seguida fue permitido por un senadoconsulto a las mujeres pedir otro en lugar del tutor ausente; pedido éste cesa el primero; ni interesa qué tan lejos esté ausente aquel tutor.

174. *Sed excipitur, ne in absentis patroni locum liceat libertae tutorem petere.*

Pero es exceptuado que sea lícito a la liberta pedir un tutor en lugar del patrono ausente.

175. *Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui ex eo, quod ipse sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumisit, legitimam tutelam nactus est. ((Sed)) huius quidem liberi fiduciarium tutoris loco numerantur; patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit.*

De otra parte, en lugar del patrono tenemos también al ascendiente, que por el hecho que el mismo manumitió a la hija o nieta o bisnieta que le fue remancipada, obtuvo la tutela legítima. Pero ciertamente los descendientes de éste son enumerados en el lugar de tutor fiduciario; de otra parte, los descendientes del patrono obtienen la misma tutela, que también su padre tuvo.

176. *Sed aliquando etiam in patroni absentis locum permittitur tutorem petere, veluti ad hereditatem adeundam.*

Pero a veces también es permitido pedir un tutor en lugar del patrono ausente, como por ejemplo para aceptar una herencia.

177. *Idem senatus censuit et in persona pupilli patroni filii.*

El senado decidió lo mismo, también en la persona del pupilo hijo del patrono.

178. *Nam et lege Iulia de maritandis ordinibus ei, quae in legitima tutela pupilli sit, permittitur dotis constituendae gratia a praetore urbano tutorem petere.*

En efecto, también con base en la ley Julia de *maritandis ordinibus* a la que esté en legítima tutela de un pupilo, es permitido pedir un tutor al pretor urbano para constituir la dote.

179. *Sane patroni filius etiamsi impubes sit, libertae efficietur tutor, quamquam in nulla re auctor fieri potest, cum ipsi nihil permissum sit sine tutoris auctoritate agere.*

Ciertamente el hijo del patrono también si sea impúber, será hecho tutor de la liberta, si bien en ninguna cosa puede ser hecho *auctor*, puesto que a él mismo nada haya sido permitido hacer sin la autoridad del tutor.

180. *Item si qua in tutela legitima furiosi aut muti sit, permittitur ei senatusconsulto dotis constituendae gratia tutorem petere.*

Igualmente si alguna está en tutela legítima de un loco o mudo, le es permitido por un senadoconsulto pedir un tutor para constituir la dote.

181. *Quibus casibus salvam manere tutelam patrono patronique filio manifestum est.*

En estos casos es manifiesto que permanece salva la tutela para el patrono e hijo del patrono.

182. *Praeterea senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo facto prior tutor amittit tutelam.*

En más el senado decidió que, si el tutor del pupilo o pupila haya sido removido de la tutela por sospechoso, o bien haya sido excusado con base

en justa causa, en su lugar sea dado otro tutor, y por este hecho el primer tutor pierde la tutela.¹⁴⁵

183. *Haec omnia similiter et Romae et in provinciis observantur, scilicet (ut Romae a praetore)¹⁴⁶ et in provinciis a praeside provinciae tutor peti <debeat>.*

Todo esto es observado al mismo modo, bien sea en Roma así como en las provincias, ciertamente que en Roma debe pedirse el tutor al pretor y en las provincias al gobernador de la provincia.

184. *Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat: nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur; qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desiisse, aliis <autem> placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.*

Una vez cuando eran en uso las acciones de la ley, también en aquella causa era dado un tutor, si entre el tutor y la mujer o pupilo se debía intentar una acción por la ley; en efecto, porque el mismo tutor en su asunto no podía ser *auctor*, otro era dado, con cuya *auctoritas* fuese conducido a término la acción de la ley; éste era llamado tutor pretorio, porque era dado por el pretor urbano. Pero una vez abolidas las acciones de la ley algunos piensan que esta especie de dar tutor cesó de estar en uso, mientras otros opinan que todavía está en uso, si se ejercita una acción en un legítimo juicio.¹⁴⁷

185. *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum <ex lege> Iulia et Titia.*

¹⁴⁵ Ulp. 11.17: si el tutor dado por testamento haya sufrido una *capitis deminutio*, no pierde la tutela; pero si a la tutela abdica, cesa de ser tutor; abdicar significa decir que no se quiere ser tutor. Quien es dado por testamento no puede realizar la *in iure cessio* de la tutela; también el legítimo, por ello puede realizar la *in iure cessio* de la misma pero no abdicar.

¹⁴⁶ Integrado por Krueger.

¹⁴⁷ Confrontar con Inst.1.21.3 que elimina la referencia a las acciones de la ley y en lugar del tutor pretorio se nombrará a un curador.

Si alguien no tenga ningún tutor, le es dado en la urbe de Roma con base en la ley Atilia por el pretor urbano y la mayor parte de los tribunos de la plebe, (uno) que es llamado tutor Atiliano; pero en las provincias por los gobernadores de las provincias con base en la ley Julia y Ticia.¹⁴⁸

186. *Et ideo si cui testamento tutor sub condicione aut ex die certo datus sit, quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari potest: item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor pendendus est; qui desinit tutor esse, posteaquam aliquis ex testamento tutor esse coeperit.*

Y por este motivo si a alguien haya sido dado un tutor bajo condición o desde un término cierto en el testamento, mientras que la condición o el día está en suspenso, puede darse un tutor; en el mismo modo, si haya sido dado pura y simplemente, mientras que ningún heredero exista, por todo este tiempo debe ser pedido un tutor con base en tales leyes. Éste cesa de ser tutor, después que alguno haya comenzado a ser tutor por el testamento.¹⁴⁹

187. *Ab hostibus quoque tutore capto ex his legibus tutor peti debet; qui desinit tutor esse, si is qui captus est in civitatem reversus fuerit: nam reversus recipit tutelam iure postliminii.*

También capturado el tutor por los enemigos con base en estas leyes debe ser pedido un tutor; el cual cesa de ser tutor, si el que fue capturado regresó a la ciudad; en efecto, quien regresa recupera la tutela por el derecho del *postliminium*.¹⁵⁰

188. *Ex his apparet, quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus, in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio; nam de ea re valde veteres dubitaverunt. Nos, qui diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Q. Mucio fecimus, hoc totum ((omittimus. Hoc))¹⁵¹ tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Q. Mucius; alii tria, ut Ser. Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.*

¹⁴⁸ Mismo contenido en Inst.1.20.

¹⁴⁹ Confrontar con Inst.1.20.1.

¹⁵⁰ Mismo contenido en Inst.1.20.2.

¹⁵¹ Similarmente integra Kuebler.

De esto resulta, cuantas especies de tutelas existan. Si en verdad busquemos, en cuantos géneros sean divididas estas especies, larga será la disputa; en efecto, de esta cosa fuertemente los antiguos dudaron. Nosotros, que con suficiente diligencia hemos realizado este tratado con base en la interpretación del edicto así como con base en los libros, que hicimos de Q. Mucio, omitimos todo esto. Es solamente suficiente haber recordado esto, que algunos dijeron que son cinco géneros, como Q. Mucio; otros tres, como Servio Sulpicio, otros dos, como Labeón; otros creyeron que son tantos géneros cuantas especies también existiesen.

189. *Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus liberis suis impuberibus <testamento> tutorem dare; quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani (tantum) videantur liberos suos in potestate habere.*

Pero pertenece al derecho de todas las ciudades que los impúberes están en tutela, porque es conforme a la razón natural esto, que quien no tenga la edad perfecta, sea dirigido por la tutela de otro.¹⁵² Casi no hay ninguna ciudad en la que no es lícito a los ascendientes designar a sus descendientes impúberes tutor en el testamento; aunque, como arriba dijimos, sólo los ciudadanos romanos resulten tener a sus descendientes en potestad.

190. *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera: mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.*

En verdad, casi ninguna razón preciosa parece haber persuadido que las mujeres de edad perfecta estén en tutela; en efecto, lo que es creído comúnmente, porque por la ligereza del espíritu generalmente son engañadas y era equitativo que ellas fueran dirigidas por la autoridad de los tutores, resulta más aparente que verdadero; ya que las mujeres, que tienen edad perfecta, ellas mismas tratan sus negocios y en ciertos casos, por ejemplo,

¹⁵² Mismo contenido en Inst.1.20.6.

el tutor interpone su autoridad, frecuentemente también contra su voluntad es constreñido por el pretor a ser *auctor*.¹⁵³

191. *Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur; at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt.*

Por esto a la mujer no es dada con base en la tutela ninguna acción contra el tutor; pero cuando los tutores administran los negocios de los pupilos y pupilas, después de la pubertad les rinden cuentas con base en la acción de tutela.¹⁵⁴

192. *Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interveniat; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.*

Ciertamente las tutelas legítimas de los patronos y ascendientes se entienden que tengan alguna fuerza por el hecho que éstos no son constreñidos a ser *auctores* ni a hacer testamento ni a enajenar las *res Mancipi*, ni a asumir obligaciones, excepto si interviniera una gran causa de enajenar las *res Mancipi* y de asumir una obligación; y todo esto fue establecido en su beneficio, de modo que, porque les pertenecen las herencias de las que murieron intestadas, ni sean excluidos por testamento de la herencia, ni al enajenar las cosas más preciosas y al asumir deudas les llegue una herencia menos rica.

¹⁵³ Ulp. 11.25: los tutores de los pupilos y pupilas administran negocios e interponen su *auctoritas*; por el contrario, los tutores de las mujeres interponen solamente la *auctoritas*. *Idem* 11.26: si los tutores son más, todos deben en todo caso acordar su *auctoritas*, salvo que sean designados por testamento; en relación con estos, por ello, basta la *auctoritas* también de uno solo. *Idem*, 11.27: la *auctoritas* del tutor es necesaria a las mujeres en estos casos: si actúen por ley o en juicio legítimo; si se obligan; si realizan un negocio de derecho civil; si concedan a su liberta de permanecer en contubernio con un esclavo ajeno; si enajenan una cosa *Mancipii*. De otra parte, los pupilos tienen necesidad de autorización del tutor también por enajenación de cosas *nec Mancipii*.

¹⁵⁴ Mismo contenido en Inst.1.20.7 eliminando la referencia a la mujer.

193. *Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae, sed tamen plerumque quasi in tutela sunt: ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier <contrahat>, maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem.*

Respecto a los peregrinos, las mujeres están en tutela no en el mismo modo como respecto a nosotros; pero sin embargo, generalmente están como en tutela; como la ley de los bitinos, si la mujer contrae algo, ordena que sea *auctor* el marido o su hijo púber.

194. *Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium ((liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni))¹⁵⁵ liberorumve eius legitima tutela sint; nam ceterae, quae alterius generis tutores habent, veluti Atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur.*

De otra parte, son liberadas de la tutela ciertamente las ingenuas por el derecho de tres hijos, pero las libertas de cuatro, si estén en la tutela legítima del patrono o de sus descendientes; en efecto todas las otras, que tienen tutores de otro género, como los atilianos o fiduciarios, por el derecho de tres hijos son liberadas de la tutela.¹⁵⁶

195. *Potest autem pluribus modis libertina alterius generis ((tutorem)) habere, veluti si a femina manumissa sit; tunc enim e lege Atilia petere debet tutorem, vel in provinciis <e lege Iulia> et Titia; nam in patronae tutela esse non potest.*

De otra parte, la liberta puede en varios modos obtener tutor de otro género; como por ejemplo, si por una mujer haya sido manumitida; entonces en efecto, con base en la ley Atilia debe pedir un tutor, o en las provincias con base en la ley Julia y Titia; en efecto, no puede estar en la tutela de la patrona.

195a. *Item si a masculino manumissa <fuerit> et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem a quo manumissa est, qui fiduciarius dicitur.*

Del mismo modo, si haya sido manumitida por un hombre y haya hecho la *coemptio* con su *auctoritas*, después haya sido remancipada y manumitida,

¹⁵⁵ Integrado por Bethmann-Hollweg.

¹⁵⁶ Al respecto María Zablocka, "Il *ius trium liberorum* nel diritto romano", BIDR, vol. 91 (1988), pp. 361 a 390.

ciertamente cesa de tener al patrono como tutor, pero comienza a tener como tutor aquel por el que ha sido manumitida, que es llamado fiduciario.

195b. *Item si patronus <eiussve filius> in adoptionem se dedit, debet liberta <e lege Atilia vel Iulia et> Titia tutorem petere.*

En el mismo modo, si el patrono o su hijo se dio en adopción, debe la liberta con base en la ley Atilia o Julia y Titia pedir un tutor.

195c. *Similiter ex iisdem legibus petere debet tutorem liberta, si patronus decesserit nec ullum virilis sexus liberorum in familia <reliquerit>.*

Similarmente, la liberta, por las mismas leyes, debe pedir un tutor, si el patrono haya muerto y no haya dejado en la familia alguno de los descendientes del sexo masculino.

196. *Masculi <autem cum> puberes esse coeperint, tutela liberantur. <Puberem autem> Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. Sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant <qui XIV annos explevit>...¹⁵⁷*

De otra parte, los hombres cuando hayan comenzado a ser púberes, son liberados de la tutela. Luego ciertamente Sabino y Casio y los otros maestros nuestros piensan que el púber es el que muestra la pubertad en el aspecto del cuerpo, esto es el que puede procrear; pero en los que no pueden manifestar la pubertad, como son los eunucos, debe considerarse aquella edad, cuya edad llegan a ser púberes. Pero los autores de la escuela diversa piensan de estimarse la pubertad en años, esto es, estiman que sea púber quien ha cumplido 14 años...¹⁵⁸

Tit. ex corp. Ulpiani 11.28.

¹⁵⁷ Veinticinco renglones no se logran leer, se considera que Gayo hubiera referido la opinión de Neracio Prisco sobre la pubertad (confrontar *Tit. ex corp. Ulp.* 11.28) y haya pasado a tratar brevemente de las personas sometidas a curatela (confrontar § 141 y 143). Para darnos cuenta de las lagunas citaremos a continuación los textos referentes.

¹⁵⁸ Mismo contenido en *Ulp.* 11.28. Confrontar con *Inst.* 1.22.pr, que haciendo referencia a una constitución establece que la pubertad debe estimarse en los varones al cumplir los catorce años y las mujeres a los doce. Al respecto ver también la constitución de Justiniano a *Menna* del año 529 en C.5.60.3.

...verum Priscus eum puberem esse (dicit), in quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum.

Pero Prisco dice que es púber, él en que concurren ambas cosas, bien sea el aspecto del cuerpo, bien sea el número de años.

Gai. Epitome 1.8.pr. Peractis pupillaribus annis, quibus tutores absolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere. (1). Sub curatore sunt minores aetate, maiores eversores, insani. (2). Hi, qui minores sunt, usque ad viginti et quinque annos impletos sub curatore sunt. Qui vero eversores aut insani sunt, omni tempore vitae suae sub curatore esse iubentur, quia substantiam suam rationabiliter gubernare non possunt.

Cumplidos los años pupilares después de los cuales los tutores son liberados, la razón de los menores comienza a pertenecer a los curadores. Bajo un curador están los menores de edad, los mayores derrochadores, los locos. Los que son menores, hasta a los veinticinco años cumplidos están bajo un curador. Pero los que son derrochadores o locos, en todo el tiempo de su vida se ordena que estén bajo un curador, porque no pueden gobernar razonablemente su riqueza.

197. *...aetatem pervenerit, in qua res suas tueri possit; sicuti apud peregrinas gentes custodiri superius indicavimus.*

...habrá llegado a la edad, en la que pueda administrar sus cosas; así como es observado en las gentes peregrinas, arriba lo indicamos.

198. *Ex iisdem causis et in provinciis a praesidibus earum curatores dari <solent>.¹⁵⁹*

Con base en las mismas causas también en las provincias suelen darse curadores por sus gobernadores.

199. *Ne tamen et pupillorum et eorum qui in curatione sunt negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut deminuantur, curat praetor, ut et tutores <et> curatores eo nomine satisdent.*

Sin embargo, para que los negocios bien sea de los pupilos, bien sea de los que están en curatela, no sean consumados o disminuidos por los tutores y curadores, el pretor hace de modo que tanto los tutores así como los curadores garanticen a tal título.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Así Lachmann.

¹⁶⁰ Mismo contenido en *Inst.* 1.24.pr.

200. *Sed hoc non est perpetuum: nam et tutores testamento dati satisfacere non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed <qui> vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisfacere, scilicet quia satis honesti electi sunt.*

Pero esto no es perpetuo; en efecto, los tutores designados en el testamento no son obligados a dar garantía, porque su confianza y diligencia fue probada por el mismo testador; y los curadores, a los que no pertenece la curatela por ley, sino que son designados o por el cónsul o pretor o gobernador de la provincia, generalmente no son obligados a dar garantía, porque evidentemente fueron elegidos a los suficientemente honestos.¹⁶¹

¹⁶¹ Confrontar Inst.1.24.pr.

GOBERNADORES Y CONGRESOS EN LOS ESTADOS: ¿SUPREMACÍA DEL LEGISLATIVO O EQUILIBRIO DE PODERES? UN ANÁLISIS A PARTIR DE LAS CONSTITUCIONES ESTATALES DURANTE EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL MEXICANO DE 1824¹

Marco Antonio LANDAVAZO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La titularidad del Ejecutivo y del Legislativo*. III. *Diputación Permanente y Consejo de Gobierno*. IV. *La elección del gobernador*. V. *La disputa por la administración de la justicia*. VI. *Control municipal e iniciativa de leyes*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución federal mexicana de 1824 estableció un régimen de gobierno caracterizado por una “debilidad” del titular del poder ejecutivo, que contrastaba con la fortaleza del poder legislativo. Ciertamente el sistema establecido por la Constitución era del tipo presidencial, de tal suerte que el presidente contaba con ciertas facultades de importancia como la de veto o la de publicación y ejecución de las leyes; pero esa debilidad frente al Congreso era evidente, si consideramos una serie de estipulaciones de la Carta Magna, como la de su nombramiento por las legislaturas estatales o por la existencia de un vicepresidente, o algunas facultades otorgadas al poder legislativo como la revisión de la cuenta anual, la ratificación de nombramientos o el juicio de responsabilidad política.²

¹ Agradezco a Jaime del Arenal y a Eduardo Mijangos sus comentarios a una versión preliminar de este texto.

² Consúltese al respecto CARPIZO, Jorge, “El Poder Ejecutivo en el sistema de gobierno de la Constitución mexicana de 1824”, en *El predominio del Poder Ejecutivo en Lati-*

La raíz histórica de esta circunstancia puede encontrarse, por un lado, en el proceso de conformación de las provincias y territorios que luego darían forma a los estados federados de 1824 y, por el otro, en el del establecimiento del Congreso Constituyente, la Constitución y la república. Como resultado de este largo proceso, las entidades federativas que dieron forma a la primer república federal mexicana tuvieron un destacado papel en la vida política del periodo que, al mismo tiempo que fortalecía al Congreso General en donde estaban representadas, confrontaba la autoridad del presidente.

La constitución de los estados como tales, en los años 1823-1824, fue en realidad la "explicitación" de una preexistencia que databa, al menos, desde el siglo XVIII. En efecto, a lo largo de ese siglo las diferentes áreas que conformaban la Nueva España desarrollaron una capacidad de autoadministración, que no era otra cosa más que la capacidad de los diferentes grupos de interés existentes en el ámbito local y provincial para encontrar los mecanismos a través de los cuales llevar a cabo las tareas de gobierno.³

Durante los años finales del periodo colonial, particularmente entre 1812-1814 y 1820-1823, las áreas novohispanas asumieron una "visualización" al adoptar, con la Constitución de Cádiz, una nueva dimensión institucional mediante el establecimiento de un sistema de gobierno local, compuesto por las diputaciones provinciales, los jefes políticos y los ayuntamientos. Desde su instalación, el gobierno provincial, encabezado por la diputación, fue ampliando su extensión —de seis diputaciones establecidas en 1812, su número aumentó a 23 para 1823— y sus atribuciones pues, en algunos casos, asumieron plenos poderes como gobiernos locales autónomos.

Así, no resulta extraño que durante 1823 varias provincias, las de Jalisco, Oaxaca, Yucatán y Zacatecas principalmente, empezaran a adoptar disposiciones que tendían al establecimiento de gobiernos estatales independientes y congresos constituyentes, y pugnarán por la federación.⁴ Antes de la promulgación del *Acta Constitutiva de la Federación* se habían erigido ya

noamérica, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, pp. 135-153.

³ CARMAGNANI, Marcello, "Territorios, provincias y estados: las transformaciones de los espacios políticos en México, 1750-1850" en Josefina Zoraida Vázquez (coordinadora), *La fundación del Estado mexicano*, México, Nueva Imagen, 1994, p. 39.

⁴ CARMAGNANI, *op. cit.*, 1994, pp. 54-57; BENSON, Nettie Lee, *La Diputación Provincial y el federalismo mexicano*, México, El Colegio de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, caps. II-IV y VII; BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Introducción al federalismo (la formación de los poderes, 1824)*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1994, pp. 135-163.

10 estados y cuatro congresos constituyentes estatales, y para septiembre de 1824, un mes antes de la promulgación de la Constitución federal, estaban ya instalados todos los congresos y todos los estados.⁵

Es por ello, también, que el Congreso General Constituyente declarara, en el manifiesto dirigido a la nación, que la división de estados y la instalación de sus respectivas legislaturas "podrán decir si el Congreso ha llenado en gran parte las esperanzas de los pueblos", y que ello impedía que se atribuyera "toda la gloria de tan prósperos principios", así como "la de la invención original de las instituciones que ha dictado".⁶ Se ha afirmado, en el mismo tenor, que el gobierno federal mexicano, a diferencia del norteamericano, gobernaba no ciudadanos sino estados, hecho observable, por ejemplo, en el impuesto que cada estado debía pagar a la federación, llamado "contingente".⁷

No obstante la importancia y la fuerza que tenían los estados, el análisis del constitucionalismo local mexicano ha sido relegado a un segundo plano, si se le compara con los estudios que han merecido los textos constitucionales de carácter federal. Ciertamente se cuenta con trabajos que atienden algunos aspectos contenidos en las constituciones estatales,⁸ pero el sistema federal se ha estudiado, básicamente, a partir de su "concepción central", es decir, "desde la perspectiva de la Constitución General".⁹

En este trabajo pretendo ofrecer una pequeña contribución al estudio de las constituciones estatales, abordando esencialmente algunos aspectos

⁵ BENSON, *op. cit.*, 1995, p. 227.

⁶ "El Congreso General Constituyente a los habitantes de la federación" en *Colección de las Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos. Régimen Constitucional 1824*, 3 tomos, facsímil, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, t. I, p. 21.

⁷ VÁZQUEZ, Josefina, "El federalismo mexicano, 1823-1847" en Marcello Carmagnani (Coord.), *Federalismos latinoamericanos: México, Brasil, Argentina*, México, El Colegio de México, 1993, pp. 24-25.

⁸ Por ejemplo los trabajos de CASTAÑEDA BATRES, Óscar, "La protección de las garantías individuales en las primeras constituciones de los estados" en *Colección de las Constituciones...*, 1988, t. I, pp. 23-61; CARRILLO PRIETO, Ignacio, *La ideología jurídica de la Constitución del Estado mexicano, 1812-1824*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, cap. VII; CARMAGNANI, Marcello, "Del territorio a la región. Líneas de un proceso en la primera mitad del siglo XIX" en Alicia Hernández y Manuel Miño (coords.), *Cincuenta años de historia de México*, 2 vols., México, El Colegio de México, 1991, vol. 2, pp. 221-241; VÁZQUEZ, *op. cit.*, 1993, pp. 15-50.

⁹ VALADÉS, Diego, "Merecidas palabras al editor" en *Colección de las Constituciones...*, 1988, p. 19.

tos de la relación entre los poderes legislativo y ejecutivo, con el objetivo de demostrar que si a nivel federal existía una relación entre ambos poderes en la que el Congreso asumía una posición de mayor fuerza, a nivel local ese dominio legislativo encontraba matices que, en algunos de los casos, resultaban nada desdeñables. He de decir que no atenderé otros temas que se pueden desprender del análisis de las constituciones estatales porque ello requeriría un tiempo y un espacio mayores de los que ahora dispongo y porque algunos de esos temas —el de la ciudadanía, el de la protección de las garantías individuales, y el de los derechos del hombre, por ejemplo— han sido ya bien y detalladamente analizados.¹⁰

II. LA TITULARIDAD DEL EJECUTIVO Y DEL LEGISLATIVO

Las diferentes constituciones estatales reproducían obviamente el esquema de división de poderes según el cual el poder legislativo residía en un Congreso, mientras que el poder ejecutivo residía en un individuo, llamado en este caso gobernador. No obstante, en varias constituciones encontramos variantes que se apartan de los marcos estrictos que prescribía la constitución general.

Es común encontrar que, a diferencia del orden federal, el titular del poder legislativo en los estados fuese un congreso compuesto por una sola cámara, la de diputados. Existieron, sin embargo, algunos estados en donde el congreso fue dividido en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores. Así, por ejemplo, la constitución del estado de Durango en su art. 22, cap. I, sección tercera, estipulaba que el poder legislativo se depositaría en un congreso “compuesto de dos salas, con la denominación de cámara de diputados la una, y de senadores la otra”.¹¹ Dos casos más se encontraban en situación similar: los estados de Oaxaca y Veracruz. El art. 35 del cap. V de la constitución oaxaqueña depositaba el poder legislativo en una cámara de diputados y en el “senado del estado”, mientras que la de Veracruz, en su art. 17 de la sección III, dividía el Congreso en una cámara de diputados y en una de senadores.¹²

¹⁰ Respectivamente por CARMAGNANI, *op. cit.*, 1991, pp. 221-241; CASTAÑEDA BATRES, 1988, *op. cit.*, pp. 23-61, y CARRILLO PRIETO, *op. cit.*, cap. VII.

¹¹ “Constitución del Estado de Durango” en *Colección de las Constituciones...*, 1988, t. I, p. 282.

¹² “Constitución Política del Estado libre de Oajaca” en *ibidem*, 1988, t. II, p. 178; “Constitución Política del Estado libre de Veracruz” en *ibidem*, 1988, t. III, p. 239.

Lo que evidencian estas disposiciones es que, al menos en tres estados, el gobernador, al contar con un poder legislativo dividido en dos cámaras, gozaba de un margen de maniobra política al abrirse la posibilidad —simple posibilidad es cierto, pero existente al fin y al cabo— de poder entrar en alianzas con y eventualmente controlar a una de ellas, tanto para enfrentar decisiones legislativas inconvenientes para su autoridad como para conseguir el apoyo para acciones que pensase llevar a cabo.

Una situación similar ocurría con el poder ejecutivo estatal. En la gran mayoría de los estados la figura del vicegobernador era una presencia casi ubicua, una especie de sombra que acechaba al gobernador, en espera de su caída para reemplazarlo. Pero al menos en un caso se presentó una disposición que obliga a relativizar esa afirmación. Se trata del estado de Puebla, que por cierto resulta bastante peculiar. El art. 26 de su constitución establecía —no sé si se trata de un despropósito o quizá un error que expresaba los ánimos del constituyente— que “El supremo poder del estado reside en su congreso”; y digo que puede tratarse de un error, puesto que inmediatamente después, en el art. 27, prescribía que “este poder” se dividía para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial, y en el art. 28 señalaba que ninguna corporación ni individuo podía ejercer más de un poder, ni siquiera parcialmente. Pero más allá de la incongruencia de establecer un poder que reside en el Congreso y luego dividirlo en los consabidos tres poderes, me interesa destacar que esa misma constitución que establecía en su art. 26 un congreso todopoderoso, no estableció sin embargo la figura del vicegobernador.

En efecto, en el apartado titulado “DEL GOBERNADOR” no se mencionaba tal cargo, mientras que en los arts. 102, 103 y 104 se estipulaba que en caso de ausencia del gobernador lo supliría el miembro más antiguo en nombramiento del Consejo de Gobierno, y si la falta fuese mayor a los seis meses habría de nombrarse un nuevo titular del gobierno.¹³

En Zacatecas y México tampoco había vicegobernadores. Existía otra figura, llamada teniente de gobernador, que fungía como presidente del Consejo de Gobierno y que reemplazaba al gobernador en ausencias prolongadas. Parece ser este teniente, por sus funciones, una suerte de “protovicegobernador”, pero resulta significativo que su posición no haya sido fijada al lado del gobernador, como sucedía en el resto de las constitu-

¹³ “Constitución Política del Estado libre de Puebla” en *ibidem*, 1988, t. II, pp. 255-256 y 270-274.

ciones estatales, sino en el Consejo: no era pues parte del ejecutivo sino de un órgano auxiliar.

El caso del Estado de México, no obstante, reviste una condición singular: el art. 121, cap. I, parte primera, tít. III de su constitución prescribía: "El gobierno del estado se desempeñará por un gobernador y un consejo". Caso único éste, quizá influido por el individualismo liberal de José María Luis Mora, presidente del Congreso Constituyente, preocupado por salvaguardar al individuo de los posibles excesos de la autoridad.¹⁴

III. DIPUTACIÓN PERMANENTE Y CONSEJO DE GOBIERNO

En casi todas las constituciones locales encontramos dos órganos, la Diputación Permanente y el Consejo de Gobierno, que correspondían, respectivamente, al poder legislativo y al ejecutivo, el primero como representación del Congreso cuando éste entraba en receso y el segundo como órgano de consulta del gobernador. La constitución queretana puede servirnos como modelo. Su art. 68 estipulaba que ocho días antes de que el congreso cerrara sus sesiones ordinarias nombraría un grupo compuesto de cinco diputados que se denominaría diputación permanente, mientras que su art. 69 mandaba que esta diputación entraría en funciones al día siguiente de haber cerrado el congreso sus sesiones. Por su parte, el art. 125 consignaba que existiría una junta, que se conocería con el nombre de Junta Consultiva de Gobierno, con la que el gobernador podría consultar sus resoluciones cuando lo estimase conveniente.¹⁵

En otras constituciones se consagraban los mismos organismos, aunque en algunos casos variaban de nombre. En Chiapas al Consejo de Gobierno se le llamaba, al igual que en Querétaro, Junta Consultiva, en el Estado de México Consejo de Estado y en Jalisco y Yucatán se le denominaba Senado. A la Diputación Permanente se le conocía en el estado de Occidente (Sonora y Sinaloa), en Tamaulipas y en Jalisco como Comisión Permanente. Pero hubo también estados en donde las diferencias no eran únicamente de índole semántica.

¹⁴ Véase al respecto "Constitución del Estado de México" en *ibidem*, 1988, t. I, pp. 444 y 451-452; y la "Constitución Política del Estado libre de Zacatecas" en *ibidem*, 1988, t. III, pp. 452-461.

¹⁵ "Constitución Política del Estado libre de Querétaro" en *ibidem*, 1988, t. II, pp. 315-316 y 334.

Puebla, Tabasco y Zacatecas prescindieron de la Diputación Permanente aunque conservaron el Consejo de Gobierno; mientras que San Luis Potosí, a la inversa, mantuvo la Diputación pero suprimió el Consejo.¹⁶ El panorama se complicaba con Chihuahua: allí, la Diputación Permanente era presidida por el vicegobernador, quien tenía derecho de voto en casos de empate (art. 35). Al mismo tiempo, la Diputación, cuando entraba en funciones durante los recesos del congreso, fungía también como Consejo de Gobierno (art. 69); pero cuando el congreso entraba en su periodo ordinario de sesiones, entonces funcionaba un Consejo de Gobierno formado por el vicegobernador, el administrador general de rentas, un "abogado de los empleados por el estado" nombrado por el congreso y un eclesiástico nombrado del mismo modo (art. 70).¹⁷

En Durango, Oaxaca y Veracruz se producía también esta especie de confusión entre uno y otro órganos, pero en estos casos la mezcla era completa. Efectivamente, en los tres estados no existía una diputación o comisión permanente, pues sus funciones las asumía el Consejo de Gobierno. La constitución de Veracruz era la más clara al respecto: su art. 63 señalaba que durante el receso del congreso funcionaría un consejo de gobierno compuesto por el vicegobernador con derecho de voto, y por dos senadores y dos diputados elegidos por el propio Congreso. Sus atribuciones combinaban las de ambas instancias: ejercer las facultades del Congreso en sus recesos y dar al gobierno dictamen "motivado y por escrito" de cuantos negocios el gobernador le consultara (art. 64).¹⁸

Las diferentes combinaciones a propósito de las diputaciones permanentes y consejos de gobierno —supresión de un organismo o del otro, asunción de las funciones de uno por el otro, composición mezclada, es decir, un mismo órgano compuesto por miembros tanto del legislativo como del ejecutivo, etcétera— revela en ocasiones la mezcla y hasta la confu-

¹⁶ Véanse los arts. 116 de la "Constitución Política del Estado libre de Puebla" en *ibidem*, 1988, t. II, p. 277; 114 de la "Constitución Política del Estado libre de Tabasco" y 113 de la "Constitución Política del Estado libre de Zacatecas" ambas en *ibidem*, 1988, t. III, pp. 140 y 459; art. 115 de la "Constitución Política del Estado libre de San Luis Potosí" en *ibidem*, 1988, t. II, p. 413.

¹⁷ Véase la constitución chihuahuense en *ibidem*, 1988, I, pp. 165 y 181.

¹⁸ "Constitución Política del Estado libre de Veracruz" en *ibidem*, 1988, t. III, p. 254. Sobre Durango y Oaxaca véanse "Constitución del Estado de Durango" en *ibidem*, t. I, p. 303; y "Constitución Política del Estado libre de Oajaca" en *ibidem*, 1988, t. II, pp. 216-217.

sión de atribuciones de uno y otro poder o, tal vez, un deseo de compartirlas, pero al mismo tiempo pone de manifiesto la inexistencia, al menos un desdibujamiento, de una voluntad clara, firme y decidida por parte de un poder de establecer un dominio sobre el otro.

IV. LA ELECCIÓN DEL GOBERNADOR

Si en algún caso puede verse con cierta claridad esta falta de una intención firme y decidida de control por parte del legislativo sobre el ejecutivo, éste lo es el procedimiento mediante el cual se elegía gobernador. La Constitución federal de 1824, en los arts. 79 al 93 de la sección primera del tít. IV, estipulaba la forma en que debería elegirse el presidente de la república: las legislaturas estatales elegirían cada una dos individuos, de los cuales sería nombrado presidente quien reuniera la mayoría absoluta de los votos, una vez revisada y calificada por la Cámara de Diputados la elección. Dicha Cámara tenía la facultad de decidir quién sería presidente si se producía un empate entre candidatos o cuando ninguno alcanzase la mayoría de votos.¹⁹

La facultad de elegir al titular del poder ejecutivo en los estados, sin embargo, no siguió en todos los casos el mismo patrón. En los estados de Chiapas, Chihuahua, Durango, México, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Veracruz y Zacatecas sus respectivos congresos elegían al gobernador, pero aun dentro de ese grupo existían variantes que vale la pena reseñar. Las constituciones de Zacatecas y Nuevo León, por ejemplo, permitían la participación de los ayuntamientos. En Zacatecas, los ayuntamientos debían formar, cada uno, una terna que enviarían al Congreso y éste escogería al gobernador entre los individuos consignados en las ternas.²⁰ En Nuevo León, por su parte, cada ayuntamiento debía formar una lista de cinco individuos y enviarla al Congreso (o a la Diputación Permanente si aquél estuviese en receso), para que éste nombrase gobernador a aquella persona, de las mencionadas en las listas, que hubiese obtenido "pluralidad absoluta" de votos.²¹ En el caso neoleonés, bien pudiera decirse que eran los ayun-

tamientos quienes elegían realmente al gobernador, pues el Congreso sólo se limitaba a realizar un recuento de votos, pues estaba obligado a nombrar gobernador no a cualesquiera de los individuos consignados en las listas sino justamente a aquél que hubiese obtenido el mayor número de menciones en dichas listas.

En Michoacán la participación se extendió a los ciudadanos, a través de la misma junta electoral que elegía diputados, la que debía formar una terna, de la cual el Congreso debería elegir al gobernador; en Puebla, el Congreso compartía la facultad con el Consejo de Gobierno y en Oaxaca la Cámara de Diputados formaba una lista de seis personas y la Cámara de Senadores escogía de ella al gobernador.²² En el resto de los estados del grupo citado líneas arriba —Chiapas, Chihuahua, Durango, México y Veracruz— la elección del gobernador era facultad exclusiva de sus respectivos congresos, sin que participase ninguna otra autoridad o los ciudadanos de manera indirecta.

Existían estados, sin embargo, donde la elección del gobernador no recaía en el congreso sino en los ciudadanos. Es el caso de los estados de Coahuila y Tejas, Guanajuato, Querétaro, San Luis Potosí, Occidente (formado por las antiguas provincias de Sonora y Sinaloa), Tabasco, Tamaulipas, Jalisco y Yucatán. En algunos casos la elección era de dos grados —como en Guanajuato, donde había juntas municipales y juntas de partido— y en otros de tres —como en Occidente—, y en casi todos, excepto en el de Tabasco, el Congreso intervenía si se producía un empate en la elección.

Pero lo verdaderamente significativo residía en el hecho mismo: un gobernador elegido popularmente se convertía por principio en un gobernador fuerte, independientemente del desarrollo posterior que observase su gestión, en comparación con un gobernador elegido por el Congreso. En este caso el ejecutivo quedaba en una posición de debilidad frente al legislativo, por el simple hecho de haber sido éste su elector. Así, en nueve entidades federativas de la república mexicana —es decir, prácticamente la mitad— los ciudadanos elegían a su gobernador, otorgándole con ello una legitimidad de la que carecían los gobernadores de los otros estados, que al mismo tiempo los colocaba en una situación de igualdad política frente a sus respectivos congresos.

²² Arts. 63 y 64 de la Constitución michoacana; 93 de la Constitución poblana; 125 y 126 de "Constitución Política del Estado libre de Oajaca", en *Ibidem*, 1988, t. II.

¹⁹ "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. 1824" en *Las Constituciones de México*, México, H. Congreso de la Unión, 1989, pp. 82-83.

²⁰ Art. 99, cap. I, tít. IV, de la "Constitución Política del Estado Libre de Zacatecas" en *Colección de las Constituciones...*, 1988, t. III.

²¹ Véase la Constitución de Nuevo León, arts. 77 al 79, en *Ibidem*, 1988, t. II.

V. LA DISPUTA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA

Otro aspecto en el que se puede observar la situación de equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo, más que la supremacía de este último, es la atribución de nombrar a los magistrados de lo que comúnmente se llamó Tribunal Supremo de Justicia, máximo representante del Poder Judicial. Dicha atribución se repartió entre el Congreso, el gobernador, los ayuntamientos y los ciudadanos. Ciertamente los estados en donde el poder legislativo tenía esa facultad eran mayoritarios: Chiapas, Chihuahua, Coahuila, México, Michoacán, Oaxaca, Puebla, Veracruz y Yucatán, es decir, un total de nueve entidades federativas.

Pero otra vez los matices cuentan dentro de este grupo, pues en dos de los estados al gobernador le correspondía proponer a los miembros principales del poder judicial, mientras que en otro caso el gobernador estaba facultado para enviar una terna al Congreso, de la cual elegía a los funcionarios judiciales. En efecto, en Chihuahua el art. 78 del tít. XIV de la constitución estipulaba que el poder judicial residía en un Tribunal Supremo de Justicia nombrado por el Congreso, "a propuesta del gobierno". En Coahuila el art. 201, sección única del tít. III de la ley fundamental establecía, de una forma muy parecida a la anterior, que los magistrados del Tribunal Superior serían nombrados por el Congreso "a propuesta del gobierno". Finalmente, en Puebla el art. 165 constitucional ordenaba el nombramiento de magistrados y fiscales por parte del Congreso, a "propuesta en terna del gobernador".²³

En Nuevo León, San Luis Potosí y Tabasco la atribución de nombrar magistrados le correspondía a los ayuntamientos, mientras que en Querétaro, caso único, recaía en los ciudadanos, a través de las mismas juntas electorales que elegían al gobernador. Pero lo que importa para nuestros propósitos es destacar los casos de Guanajuato, Occidente, Tamaulipas, Jalisco y Zacatecas, estados en donde el nombramiento de los titulares del poder judicial era facultad del titular del poder ejecutivo. Existían variantes desde luego: en Guanajuato el nombramiento de los llamados ministros del Supremo Tribunal de Justicia debían ser aprobados por el Congreso; en Occidente, Tamaulipas y Jalisco los gobernadores elegían a los magistrados a

partir de una terna propuesta por sus respectivos Consejos de Gobierno; y en Zacatecas la facultad era exclusiva del gobernador.²⁴

En resumen, en la mitad de los estados mexicanos los Congresos nombraban a los magistrados del Supremo Tribunal de Justicia; la otra mitad —descontando a Durango cuya constitución no especifica cosa alguna al respecto— estaba dividida entre aquellos estados que otorgaron tal facultad a los ayuntamientos y aquellos que lo hicieron a sus gobernadores. Así, en un número importante de entidades federativas —cinco, o sea la cuarta parte— los gobernadores poseían la facultad constitucional de nombrar a los titulares del poder judicial, y por tanto contaban con la posibilidad de influir significativamente en la administración de la justicia, asunto cuya importancia política parece estar fuera de toda duda.

VI. CONTROL MUNICIPAL E INICIATIVA DE LEYES

Dos aspectos más en los que se puede observar que el ejecutivo estatal no era un poder inerte frente al legislativo eran los referidos al control que el gobernador ejercía sobre los ayuntamientos y a la facultad de iniciar leyes y decretos. Se trata de dos atribuciones que no necesariamente gozaban todos los gobernadores, y por ello mismo destacan aquellos que sí las poseían. En algunas constituciones no se aclara quién tenía la facultad de enviar al Congreso propuestas de leyes o de reforma a las ya existentes, como las de Chihuahua, Coahuila y Tejas, Tamaulipas y Jalisco. Pero otras eran suficientemente claras: la de Guanajuato, en su art. 94, prescribía: "La expresión de la voluntad general como ley, sólo tendrá origen del congreso". La de Veracruz, por su parte, concedía esa facultad no sólo a sus diputados y senadores sino además, cosa rara, a las legislaturas de otros estados.²⁵

Estos dos casos, como quiera que sea, resultaban atípicos. El resto de las constituciones, trece en total, otorgaban la capacidad de enviar iniciativas

²⁴ Véanse el art. 205, sección quinta, tít. III de la "Constitución del Estado de Guanajuato" en *ibidem*, 1988, t. I, pp. 394-395; y los arts. 273 y 274 sección decimoquinta de la "Constitución Política del Estado libre de Occidente", 219, sección cuarta, tít. III, de la "Constitución Política del Estado libre de las Tamaulipas", 242 y 243, cap. IV, tít. III, de la "Constitución Política del Estado libre de Xalisco", y 180, cap. IV, tít. V de la "Constitución Política del Estado libre de Zacatecas", estas últimas cuatro constituciones en *ibidem*, 1988, t. III, pp. 89, 227 y 228, 321, 478.

²⁵ "Constitución del Estado de Guanajuato" en *ibidem*, t. I, p. 362; "Constitución Política del Estado libre de Veracruz" en *ibidem*, 1988, t. III, pp. 246-247.

²³ Véanse "Constitución del Estado de Chihuahua" y "Constitución del estado de Coahuila y Tejas", en *ibidem*, 1988, t. I, pp. 183 y 266; y la Constitución de Puebla" en *ibidem*, 1988, t. II, p. 288.

de ley a los gobernadores y algunas, como las de Nuevo León y Zacatecas, se la concedieron a todo ciudadano. Algunas se la otorgaban a toda autoridad pública como ayuntamientos, tribunales de justicia o consejos de gobierno (Chiapas, Michoacán, San Luis Potosí), otras únicamente al gobernador (Oaxaca, Occidente, Tabasco y Yucatán) y otras a ciertas combinaciones de autoridades: gobernador y otras legislaturas estatales (Durango), gobernador y tribunales para propuestas en materia judicial (Estado de México), gobernador y Consejo de Gobierno (Puebla), gobernador y ayuntamientos (Querétaro). Es de notar el hecho de que, exceptuando las constituciones en las que o no se esclarecía quien podía iniciar leyes o que otorgaban esa facultad al congreso, la gran mayoría de las constituciones estatales concedía tal atribución al gobernador. No parece necesario abundar sobre la importancia de ese hecho crucial.

Cosa semejante pasaba con el control gubernamental sobre los ayuntamientos. Mientras que en Durango, Nuevo León, Puebla, Yucatán y Zacatecas no existía ninguna autoridad intermedia entre el gobernador y los gobiernos municipales, en el resto de los estados, catorce, sus constituciones consagraban la existencia de los que habitualmente se llamaron prefectos. En Chiapas, Coahuila y Tejas, Guanajuato, México, Michoacán, Querétaro, San Luis Potosí y Veracruz se establecieron, incluso, prefectos y subprefectos; los primeros eran por lo general jefes del departamento y los segundos de partido. En Chiapas, sea por caso, la constitución señalaba que el "gobierno político" de los partidos residiría en prefectos y subprefectos que el gobernador nombraría, a propuesta en terna de la Junta Consultiva en el primer caso y a propuesta de los prefectos los segundos (art. 68); para el efecto se dividiría el estado en departamentos y partidos en los que aquellas autoridades ejercerían jurisdicción (arts. 69 y 70) y ambos estarían "inmediatamente sujetos" al gobernador (art. 71).²⁶

Existían algunas variaciones interesantes: en Veracruz y Coahuila y Tejas los prefectos se denominaban jefes de departamento, en Guanajuato jefes de policía y en Jalisco jefes de policía de cantón; en Oaxaca existían sólo gobernadores de departamento, al igual que en Occidente, Tabasco y Tamaulipas, donde se les denominaba jefes de policía de departamento. En algunos casos los nombraba directamente el gobernador (como en Querétaro) y en otros participaba el congreso, el Consejo de Gobierno o los propios

²⁶ "Constitución del Estado de las Chiapas" en *ibidem*, t. 1, p. 134.

ayuntamientos (como en Guanajuato y Coahuila y Tejas), pero en todos se encontraban sujetos al gobernador.

Las atribuciones del prefecto quedaban claramente ejemplificadas en la constitución del Estado de México: entre otras cosas, cuidar en su distrito de la tranquilidad pública, del buen orden, de la seguridad de las personas y bienes de sus habitantes "con entera sujeción al gobernador" y vigilar que los ayuntamientos de su respectivo distrito cumplieren con "las obligaciones que les imponen las leyes".²⁷ De esta manera, las constituciones estatales no sólo llevaban a cabo una suerte de cuadrícula del espacio estatal, es decir, una división en departamentos y partidos, con un propósito evidente de control, sino además otorgaban a los gobernadores los instrumentos para ejercer dicho control, las figuras del prefecto y subprefecto, verdaderos agentes del gobernador. La autoridad del ejecutivo sobre el territorio, sus recursos y su población, incluidos los ayuntamientos, contaba con condiciones para volverse más eficaz y, en consecuencia, su poder aumentaba.

VII. CONCLUSIONES

A juzgar por el análisis de algunas disposiciones contenidas en las constituciones estatales, parece necesario matizar la idea según la cual dichas constituciones "establecieron la supremacía del Legislativo y consideraron a los otros poderes como sus agentes."²⁸ No es ésta una afirmación errónea desde luego, pues en efecto el Congreso federal, en términos generales, gozaba de una autoridad mayor que la del presidente. Pero al nivel de las entidades federativas la relación entre ambos poderes no era exactamente de "supremacía" de un poder sobre el otro. Se ha afirmado, incluso, que la elección de los gobernadores fue llevada a cabo "en la mayoría de las ocasiones" por las legislaturas, lo que es falso: como vimos antes, en nueve estados ello era así, mientras que en otros nueve fueron los ciudadanos, a través de las juntas electorales, los que elegían a dicho funcionario. En un caso, el de Nuevo León, eran los ayuntamientos quienes gozaban de tal prerrogativa.²⁹

²⁷ "Constitución del Estado de México" en *ibidem*, t. 1, p. 454.

²⁸ VÁZQUEZ, *op. cit.*, 1993, p. 26.

²⁹ La afirmación se hace en *ibidem*, p. 26; sobre la elección de los gobernadores véase el apartado titulado "La elección del gobernador".

Desde luego que sería interesante y necesario, por un lado, una revisión de las leyes y reglamentos que se derivaban de las constituciones estatales para observar si acaso no matizaban o aun contradecían lo dispuesto por la ley fundamental; y por el otro un ejercicio de comparación entre las disposiciones constitucionales y la realidad política estatal, que pudiera mostrarnos, por ejemplo, si en aquellos estados donde no era el Congreso sino los ciudadanos quienes elegían al gobernador, éste gozaba en efecto de mayores márgenes de maniobra frente al legislativo. Estudios como éstos podrían aclararnos, de igual forma, un hecho curioso: Occidente, Tamaulipas y Jalisco, estados en donde sus gobernadores eran elegidos popularmente, nombraban a los magistrados del poder judicial y contaban con las figuras de prefectos y subprefectos —es decir, en donde sus respectivas constituciones otorgaban a los gobernadores mayores elementos para un eventual fortalecimiento político—, se cuentan también entre los estados más radicalmente federalistas.

Sin embargo, lo que evidencian los casos en donde existían dos cámaras legislativas, donde había Consejos de Gobierno que funcionaban como Diputaciones Permanentes o tales diputaciones presididas por el vicegobernador, en donde el gobernador nombraba a los magistrados del poder judicial, en fin, donde el gobernador era elegido popularmente, así sea de manera indirecta, es que existían tentativas de fortalecer la figura del poder ejecutivo frente a un poder legislativo que nació, evidentemente, con una gran fortaleza en 1824.

Se podría afirmar, de hecho, que en los estados había una tendencia mayor al equilibrio entre los poderes. Sobre esto resulta significativo este par de datos: en ningún caso de los estados en donde el gobernador era elegido popularmente el Congreso fue dividido en dos cámaras; y en sentido inverso, en aquellos estados en donde el poder legislativo se depositó en dos cámaras —Durango, Oaxaca y Veracruz—, el Congreso se reservó para sí la atribución de elegir a los titulares de los poderes ejecutivo y judicial. Puebla resulta también un caso interesante: era el único estado en el que no se estableció la figura del vicegobernador, pero al mismo tiempo el Congreso fue declarado el depositario del “supremo poder del estado”. En otras palabras, allí donde se abría la posibilidad de que un poder se fortaleciera se buscaba la manera, por otros flancos, de atajar esa posibilidad.

Puede decirse, en consecuencia, que si al nivel nacional los estados —sus élites— pretendieron menguar el poder del gobierno central fortaleciendo al Congreso donde estaban representados y el cual controlaban, porque

ello podría resultar conveniente para sus propósitos políticos, al nivel estatal quizá resultaba de mayor importancia contar con un ejecutivo lo suficientemente fuerte que pudiera garantizar la gobernabilidad local y la promoción eficiente de sus intereses, y lo suficientemente acotado como para evitar las tentaciones autoritarias.

DERECHOS SOCIALES E INTERÉS DIFUSOS
(CONSTITUCIÓN FEDERAL)

Artículo 1.º El Poder Judicial de la Federación se compone de un Tribunal Supremo de Justicia y de los Tribunales de Circuito, que se compondrán de tres Jueces cada uno, uno de ellos Presidente del Tribunal, y de un Jefe de Sala, que será el Jefe de los Jueces de Circuito.

Artículo 2.º El Poder Judicial de la Federación tendrá facultad para conocer de los recursos de amparo y de los recursos de hábeas corpus, y de los recursos de nulidad de los actos de autoridad.

PLANTAMIENTO

El Poder Judicial de la Federación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Constitución Federal, tiene facultad para conocer de los recursos de amparo y de los recursos de hábeas corpus, y de los recursos de nulidad de los actos de autoridad.

El Poder Judicial de la Federación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.º de la Constitución Federal, tiene facultad para conocer de los recursos de amparo y de los recursos de hábeas corpus, y de los recursos de nulidad de los actos de autoridad.

El Poder Judicial de la Federación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º de la Constitución Federal, tiene facultad para conocer de los recursos de amparo y de los recursos de hábeas corpus, y de los recursos de nulidad de los actos de autoridad.

II. TRIBUNALES DE CIRCUITO

El Poder Judicial de la Federación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.º de la Constitución Federal, tiene facultad para conocer de los recursos de amparo y de los recursos de hábeas corpus, y de los recursos de nulidad de los actos de autoridad.

DERECHOS SOCIALES E INTERESES DIFUSOS (UNA CITA A CIEGAS)

Carolina ORTIZ PORRAS

*Sí, el imperio está enfermo
y, lo que es peor, trata de
acostumbrarse a sus llagas.*
Ciudades invisibles. Italo Calvino

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Derechos sociales. III. Intereses difusos.
IV. Convergencias y divergencias. V. Prospectiva.

I. PLANTEAMIENTO

Tanto el tema de los intereses difusos, como el de los derechos sociales, más que el tratamiento de conceptos jurídicos acabados, implican una fuerza renovadora que transforme la visión individualista procesal, toda vez que la dinámica social rebasa el excesivo formalismo imperante.

Las tendencias hacia el acceso a la justicia, la masificación de las relaciones sociales, así como la inmediatez de los medios de comunicación, nos hacen replantearnos estos temas a fin de buscar soluciones pacíficas por los cauces legales, que faciliten una convivencia armónica.

Los planteamientos que se realizan en el presente trabajo son apenas bocetos de lo que podría ser un estudio más profundo. No obstante, preferimos aventurarnos para que, en caso de tener suerte, se despierte el interés que permita plantear soluciones con mayor rango de integralidad y enfoque pragmático.

II. DERECHOS SOCIALES

Desafortunadamente no podemos partir del hecho de que la concepción de los llamados derechos sociales ha sido superada y aceptada como un

paradigma jurídico, ya que continúan, hoy mismo, las diatribas sobre su nombre y pertenencia.¹

No obstante, insistimos en la denominación para señalar, por una parte, la diferencia de titularidad respecto a los derechos individuales y por la otra su objeto de regulación, esto es, la llamada “cuestión social”.

Al respecto García Oviedo puntualiza: “...este derecho (social) ha brotado de la necesidad de resolver el llamado problema social, surgido por la ruptura de los cuadros corporativos y el nacimiento de la gran industria (...) *Social* es, pues el contenido del problema, y *Social* debe ser el derecho creado para su resolución.”²

La concepción tradicional del sujeto de derecho tuvo que ser replanteada bajo las circunstancias, como señaló Radbruch: “De esta trayectoria fue naciendo, poco a poco, un nuevo tipo de hombre, como punto de partida para el legislador: la imagen del hombre sujeto a vínculos sociales, del hombre colectivo como base del derecho social”.³ Lo que ha llamado actualmente Bobbio el “proceso de especificación”.⁴

Cabe señalar que el estudio de los derechos sociales debe hacerse necesariamente en relación con los sucesos histórico-políticos que les dieron origen y, en este sentido la experiencia ha comprobado que el Estado no puede permanecer al margen de la cuestión social; habría que recordar que en el Tratado de Versalles, firmado al finalizar la Primera Guerra Mundial (1919), se reconoce que la paz universal sólo puede lograrse mediante la justicia social. Es así como surge el llamado “Estado Benefactor” que significó, a grandes rasgos, la intervención estatal en la economía a fin de elevar la calidad de vida de la población y reducir las diferencias sociales ocasionadas por la aplicación irrestricta de las leyes del mercado; de tal suerte que se establecieron —entre otras medidas— el incremento a los salarios, pleno empleo, seguridad social, prestación de servicios estatales, subsidios y una fuerte protección a las normas laborales y afines.⁵

¹ Al respecto confrontar *Derechos sociales y derechos de las minorías*, compilado por CARBONELL, Miguel, *et al.*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.

² GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Tratado elemental de derecho social*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1934, p. 5.

³ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Trad. Wenceslao Roces, 3a reimpresión, México, FCE, 1978, p. 161.

⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. R. De Asís, Madrid, Sistema, 1991, pp. 109 y 114.

⁵ Cfr. PAGANINI, Mario “Las políticas de previsión y el Estado Benefactor” en *La seguridad social y el Estado moderno*, México, FCE/IMSS/ISSSTE, 1992.

No obstante el avance de la normatividad “compensadora” en el siglo XIX y de su institucionalización desde los inicios del XX, existen circunstancias que inhiben la realización de estos derechos sociales. Nos referimos someramente al problema de las nuevas circunstancias sociales que desactualizan las necesidades por satisfacer, y a su falta de efectividad.

En primera instancia podemos determinar que si bien, durante el modelo del Estado Benefactor se consolidó cualitativa y cuantitativamente una clase media y con ello la estabilidad social, también se produjo una excesiva burocracia y una exagerada intervención estatal en todos los ámbitos, misma que se vio acometida por las crisis económicas que se dieron a partir de la década de los setenta, justo al concluir el periodo llamado “de los treinta gloriosos” (de los cincuenta a los setenta).

Esta situación provocó una falta de legitimación del modelo “providencial”⁶ al masificarse el desempleo, al elevarse los costos de la seguridad social concomitantes a la baja en los ingresos, así como por el incremento de la violencia social, entre otros fenómenos, lo que llevó a los gobiernos a una búsqueda de alternativas para el desarrollo social.

Las transformaciones sufridas en las últimas décadas, derivadas de la globalización económica modifican necesariamente las relaciones hacia el interior de nuestra sociedad, en especial en los procesos productivos y por ende, en las relaciones laborales.

La dinámica poblacional,⁷ el empleo y las condiciones de ocupación así como las remuneraciones y el poder adquisitivo, además de la imperante necesidad de inclusión social de los grupos vulnerables hacen esencial replantearse los términos de equidad y el papel del Estado en los nuevos procesos ya que, como lo señala Pierre Rosanvallon: “Para ser justo, el Estado providencia ya no puede ser únicamente un distribuidor de subsidios y un administrador de reglas universales. Debe convertirse en un *Estado servi-*

⁶ Al respecto, Pierre ROSANVALLON comenta: “Traduce la sospecha bajo la que se encontraba entonces el Estado empresario en cuanto al manejo eficaz de los problemas sociales. Corresponde a la puesta en tela de juicio de una maquinaria cada vez más opaca y burocrática, que enturbia la percepción de las finalidades y entraña una crisis de legitimidad.” *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Trad. Horacio Pons, Argentina, Ediciones Manantial, 1995, p. 9.

⁷ La incorporación anual de 950 mil personas a la población económicamente activa, *cfr. Programa de Empleo, Capacitación y Defensa de los Derechos Laborales*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de enero de 1997, t. DXX, núm. 4, Segunda Sección, p. 2.

cio. La meta, en efecto, es dar a cada uno los medios específicos de modificar el curso de una vida, de superar una ruptura, de prever un problema.”⁸

Por otra parte —y no de menor importancia— se encuentra la mayor limitante de los derechos sociales: su falta de efectividad, misma que entendemos como su escasa “judicialización”⁹ o aplicación real debido, principalmente, a “...cierto grado de inmadurez en el desarrollo de sus técnicas específicas de protección”.¹⁰ Mismas que no será posible perfeccionar mientras la estructura del estado siga siendo esencialmente individualista.

Es en esta encrucijada en la que pretendemos abordar, de manera somera, un planteamiento que pretende acercar los derechos sociales a los llamados intereses difusos para encontrar soluciones de tutela más eficaces.

III. INTERESES DIFUSOS

Las nuevas circunstancias sociales derivadas de la llamada “revolución tecnológica” y de la masificación, que implican amenazas a la calidad y a la vida misma de la comunidad, generan necesidades que tienen que ser reconocidas por el derecho como cauce de convivencia social.

Estas necesidades sociales sobrepasan el aspecto compensador en general, dentro del cual se encuentran mal tutelados los derechos sociales, y se refieren primordialmente a buscar una mejor calidad de vida a través de la defensa y conservación del medio ambiente, a la protección del consumidor, al derecho de recibir una información veraz e incluso a la preservación de los bienes estéticos.

Los estudiosos del tema han coincidido en la denominación de “intereses difusos”; “intereses” porque su naturaleza jurídico-coactiva es muy precaria y, “difusos” por su escasa precisión en cuanto a sus titulares y su alcance.¹¹

En este sentido Cappelletti opina: “Es un hecho que el interés involucrado es, justamente, un interés ‘difuso’, un fragmento del más vasto interés del

⁸ ROSANVALLON, Pierre, *op. cit.*, pp. 209-210.

⁹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, Trad. Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993, pp. 90-91.

¹⁰ DÍAZ Y DÍAZ, Martín, “La crisis contemporánea de los derechos subjetivos (Reseña de su naufragio en el sistema)”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 22, núm. 22, México, ELD, p. 104.

¹¹ Cfr. ALMAGRO NOSETE, José, “Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional de los intereses difusos)”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 16, Invierno 1982-1983, España.

grupo o categoría de los sujetos o damnificados. Si dicho grupo, o categoría, *no está organizado*, el individuo sufre precisamente las consecuencias del carácter difuso o fragmentario de su interés personal.”¹²

Esta situación de la titularidad “fragmentada” presenta algunos aspectos procesales relevantes, tales como su escasa efectividad al accionar el aparato de impartición de justicia enfrentándose el sujeto que inicie la movilización, sólo —en una situación de desigualdad— frente a grandes empresas o instituciones estatales.

En referencia al derecho de los consumidores el mismo autor comenta: “...los resultados, según los esquemas tradicionales individualistas del derecho procesal, serían prácticamente irrelevantes, y ciertamente serían incapaces de actuar como disuasivos para el productor o el distribuidor”.¹³

Es en este punto, referente a la vinculatoriedad de los intereses difusos, así como en su carácter “transpersonal” en el que podemos iniciar un acercamiento con los derechos sociales anteriormente expuestos.

IV. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

Tanto los derechos sociales como los intereses difusos, participan de ciertas características:

- Son producto, como disposiciones jurídicas, de circunstancias concretas del desarrollo social que implican una serie de pretensiones ajenas al sistema tradicional.
- Sus titulares no son sujetos individualizados —aunque ello no implique la participación unitaria de los mismos—, sino que corresponde a un grupo “...o pertenencia a una comunidad como una condición necesaria para su titularidad”.¹⁴
- Su precariedad en cuanto a su tutela judicial efectiva, ya que si bien en los derechos sociales existe la supuesta legitimación activa, en la praxis su eficacia es mínima por limitaciones económicas, organizativas y procesales.¹⁵

¹² CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 98.

¹³ *Ibidem*, p. 123.

¹⁴ NINO, Carlos S., “Sobre los derechos sociales”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁵ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, pp. 81 y sigs.

En cuanto a las divergencias podríamos apuntar el objeto tutelado por la norma ya que, mientras que los derechos sociales se caracterizan por ser generalmente “prestacionales” e inmediatos, los intereses difusos tienden a proteger deberes mediatos que no están determinados ya sea por que “...los mínimos no están fijados legislativamente, ora sea porque los obligados son múltiples y cada uno tiene algo que poner para el cumplimiento o realización del derecho”.¹⁶

En materia procesal también encontramos diferencias, toda vez que la legitimación activa, en el caso de los derechos está determinada, en los intereses difusos no existe todavía en nuestro sistema un sujeto determinado que actúe en beneficio de otros individuos que compartan las circunstancias.

No obstante, consideramos que ambas figuras pertenecen a una misma categoría de derechos fundamentales,¹⁷ cuyo perfeccionamiento se encuentra en diferentes grados, es decir, pertenecen a lo que Castán Tobeñas denominó desde la década de los sesenta, la “socialización del derecho”: “Socializar el derecho será, pues, reformar el derecho público, fundándolo no sobre una abstracción, el Estado, sino sobre una realidad viva, la sociedad y, sobre todo, reformar el derecho privado, basándolo no en la noción del individuo aislado, sino en la del individuo unido a los demás por lazos de solidaridad familiar, corporativa y humana.”¹⁸

No se trata de renovar antiguos rencores sobre la preeminencia o no de los derechos o intereses transpersonales sobre los llamados humanos o individuales, sino que, sin suprimir unos, respetar otros. La idea del hombre colectivo como sujeto de las relaciones jurídicas no excluye —o no debe hacerlo— en ningún momento, sus características de individuo. Individuo con su estatus y derechos, pero inmerso, inevitablemente, en una sociedad dentro de la cual forma parte de varios grupos: “...no hay verdadera justicia sin justicia social y no hay una verdadera justicia social si admite una intolerable negación de la justicia que podría atentar a la dignidad del hombre en algún dominio esencial”.¹⁹

¹⁶ ALMAGRO NOSETE, José, *op. cit.*, p. 97.

¹⁷ Por ejemplo, existen derechos laborales que rayan en la difusidad de los intereses señalados debido a su fragmentación, tal es el caso de los trabajadores migratorios, jornaleros, o las prácticas de discriminación de género con la exigencia de los exámenes de no-embarazo.

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, *La socialización del derecho y su actual panorámica*, Madrid, Reus, 1965, p. 11.

¹⁹ DIENG, Adama, *et alt.*, *Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social*, OIT, Ginebra, 1994, p. 88.

V. PROSPECTIVA

Tanto los intereses difusos como los derechos sociales tienen un problema de eficacia procesal. Sin embargo, la vida de un derecho no puede quedar al arbitrio de la “judicialización” o de la mera “voluntad” estatal. Coincidimos plenamente con Alexy cuando señala: “...la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma en que se la describa, (...) en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante”.²⁰

Las condiciones actuales, tanto tecnológicas como ambientales y sociales, reclaman una nueva perspectiva tanto del Estado como de la sociedad civil; las circunstancias del desempleo, la inestabilidad, el incremento de la exclusión y la pérdida de solidaridad en la seguridad social no son ya situaciones subsanables por prácticas compensadoras ni podemos aferrarnos a las disposiciones “conquistadas” a “...una problemática de la conservación de lo adquirido, cuando no a la aceptación resignada de su lenta erosión”.²¹

La atribución para la legitimación de los intereses difusos y de los derechos sociales, debiese ser ampliada a través de mecanismos efectivos, ya sea de naturaleza pública —procuradurías o ministerios— o privada —a través de legitimaciones procesales a ciertas instituciones— o una combinación de ambas, pero de tal manera que rompan los esquemas tradicionales de protección.

Otra cuestión interesante sería la de replantearse el principio de relatividad de la sentencia de amparo, de tal manera que se evite la existencia de procesos similares sucesivos o decisiones contradictorias que implican una inseguridad jurídica y un atraso en la impartición de justicia.

Como lo adelantamos, estas líneas sólo han pretendido ser un esquema con algunas ideas que nos ayuden a replantearnos la siempre dinámica “cuestión social” a la luz de los nuevos instrumentos que genera el derecho. Se trata de una provocación que, esperamos, tenga contendientes.

²⁰ ALEXY, Robert, Derechos sociales fundamentales, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

²¹ ROSANVALLON, Pierre, *op. cit.*, p. 210.

EL RECURSO DE REVISIÓN DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Miguel PÉREZ LÓPEZ

A mi maestro, don Antonio Martínez Báez

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La teoría del recurso administrativo.* A) *En busca de una definición del recurso administrativo.* 1. *El recurso como impugnación.* 2. *El recurso como acto.* 3. *El recurso como medio.* 4. *El recurso como derecho.* 5. *El recurso como procedimiento.* 6. *El recurso como derecho de instancia o asertamiento.* 7. *El recurso como institución jurídica compleja.* B) *La naturaleza jurídica de los recursos administrativos.* C) *El fundamento de los recursos administrativos.* D) *La tipología de los recursos administrativos.* E) *Características formales de los recursos administrativos.* F) *El recurso administrativo en el derecho constitucional mexicano.* G) *El recurso administrativo según la jurisprudencia.* 1. *Poder Judicial de la Federación.* 2. *Tribunal Fiscal de la Federación.* III. *El recurso administrativo en el esquema de la justicia administrativa.* A) *El recurso como medio auxiliar de la jurisdicción administrativa.* B) *Los recursos administrativos en las leyes de procedimiento administrativo.* C) *La opción de los recursos administrativos.* D) *La expedición de la LFPA y sus dos primeras reformas.* IV. *La jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al carácter optativo del recurso de revisión de la LFPA: un paso más hacia el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.* V. *La tercera reforma de la LFPA.* A) *El procedimiento legislativo de la reforma.* B) *Comentarios a la reforma de mayo de 2000.* 1. *Ampliación orgánica del recurso de revisión.* 2. *Extensión material del recurso de revisión.* 3. *La consagración legal de la jurisprudencia de la Segunda Sala.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Después de que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su sesión del 19 de noviembre de 1999, definió, en una contra-

dicción de tesis, los alcances del carácter optativo del recurso de revisión de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA), para definir qué debía entenderse por “las vías judiciales correspondientes”, fue desaprovechada la ocasión de modificar esta expresión y señalar que la vía impugnativa de los actos administrativos en sede jurisdiccional, sería el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación (TFF), cuando fue presentada una iniciativa presidencial de reformas y adiciones a dicho ordenamiento al Congreso de la Unión, el 2 de diciembre del mismo año.

La Segunda Sala resolvió la contradicción de tesis en el sentido de considerar que el TFF era el órgano jurisdiccional competente para conocer de las impugnaciones enderezadas contra los actos de la administración pública centralizada federal, en caso de no agotar el recurso de revisión previsto en la LFPA.¹ El Congreso de la Unión aprobó la segunda reforma que ha tenido la LFPA, dedicada, primordialmente, a incorporar disposiciones en materia de mejora regulatoria y ampliar los ámbitos orgánico y material de la aplicación de dicho ordenamiento. En el Senado se añadió una reforma del art. 83 de la LFPA, regresiva en el contexto de la misma reforma, como veremos con posterioridad, al restringir la procedibilidad del recurso de revisión.²

Previo a la publicación de la segunda reforma de la LFPA, el Presidente de la República presentó, el 3 de abril del 2000, una iniciativa para nuevamente reformar dicho ordenamiento, a fin de sintonizar el medio de impugnación administrativo con el criterio jurisprudencial emitido por la Segunda Sala y, al mismo tiempo, superar la restricción de la segunda reforma de la LFPA, así como algunas otras adecuaciones menores al ordenamiento federal, en materia de notificaciones de los actos administrativos.³

El objeto del presente estudio consiste en resaltar la importancia del recurso administrativo, en especial en el ámbito de la justicia administrativa, explicar la necesidad de su regulación uniforme, ubicar la trascendencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia arriba mencionada

¹ La tesis de jurisprudencia y la sentencia sobre dicha contradicción de tesis aparecieron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XI, enero de 2000, Pleno y Salas, pp. 42 a 73.

² *Diario Oficial de la Federación* de 19 de abril de 2000. En la segunda reforma, la Cámara de origen fue el Senado.

³ La iniciativa presidencial apareció publicada en la *Gaceta parlamentaria* de la Cámara de Diputados, de 4 de abril de 2000, pp. 23 a 26.

y finalmente comentar los alcances de la tercera reforma de la LFPA, para intentar avizorar las posibles consecuencias de la reforma en el cuadro de los mecanismos de defensa de los particulares frente a los actos de la administración pública.

II. LA TEORÍA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

El recurso administrativo ha enfrentado tratamientos diversos por los doctrinarios del derecho administrativo y del derecho procesal administrativo, en cuanto a su definición y naturaleza jurídica, pues a veces se ha llegado a pensar que por su teleología (la solución de controversias) puede confundirse con el proceso o que el juicio seguido ante los tribunales de lo contencioso-administrativo sea considerado como un recurso. En atención a ello primero será revisado someramente el panorama doctrinal sobre su definición y después se tratará de penetrar en su naturaleza jurídica, lo que permitirá la comprensión de los criterios de clasificación intentados, sus características y efectos.

A) En busca de una definición del recurso administrativo

El maestro Héctor Fix-Zamudio ha ordenado sistemáticamente los distintos conceptos generados por la doctrina, a fin de obtener otro que abarque los enfoques, derivados de la complejidad misma de la institución.⁴ Por ello trataremos de seguir su propuesta metodológica para tratar de alcanzar un intento de definición del recurso administrativo, agregando otros autores relevantes.

1. El recurso como impugnación

Tendríamos la definición del eminente tratadista español Jesús González Pérez, quien considera al recurso administrativo como “la impugnación de un acto administrativo ante un órgano de este carácter.”⁵ Coincidente con

⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, pp. 43 a 45.

⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los recursos administrativos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1969, p. 34, e *idem*, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 747.

esta definición es la del iusadministrativista argentino Agustín A. Gordillo, quien dice que los recursos administrativos son “los remedios o medios de protección al alcance del administrado para impugnar los actos y hechos administrativos ilegítimos y en general para defender sus derechos respecto de la administración pública.”⁶ En la doctrina mexicana, el profesor Gonzalo Armienta Hernández se une a este concepto del recurso como “instrumento jurídico de impugnación.”⁷

2. El recurso como acto

Los maestros españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández-Rodríguez exponen que los recursos son los “actos del administrado mediante los que éste pide a la propia administración la revocación y reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley, con base en un título jurídico específico.”⁸ Cercana a esta posición es la del profesor de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Manuel J. Sarmiento Acosta, quien sostiene que el recurso es el “acto del interesado interpuesto ante la administración destinado a impugnar una resolución previa de ésta o, excepcionalmente, un acto de trámite que produzca la imposibilidad de continuar el procedimiento u ocasione indefensión, siempre que el acto esté sometido al derecho administrativo.”⁹

3. El recurso como medio

Es amplia la relación de autores que consideran a los recursos como medios. En primer término tenemos al profesor de Bolonia Renato Alessi, quien ve a los recursos “como medios de reacción mediante los cuales el ciudadano perjudicado en particular por un acto administrativo afectado de

⁶ GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Jorge Álvarez editor, 1964, p. 71.

⁷ ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, México, Ed. Porrúa, 1999, p. 57.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Ed. Civitas, 1991.

⁹ SARMIENTO-ACOSTA, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Ed. Civitas-Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1996, p. 56.

ilegalidad, puede interesar la revisión de la cuestión por parte de una autoridad administrativa con el fin de obtener un nuevo pronunciamiento administrativo que no esté afectado por vicios de legalidad, con la esperanza de que tal pronunciamiento sea más conforme no sólo con el interés público garantizado por las normas infringidas, sino también con el interés individual lesionado.”¹⁰

En la doctrina argentina tenemos a Héctor Jorge Escola que lo presenta como “el medio por el cual las partes pueden promover el control de la legalidad de la sentencia de un juez o de la resolución de una autoridad cualquiera, siendo esa acción un elemento integrante del derecho de defensa respecto de la administración pública”;¹¹ y Miguel S. Marienhoff ve al recurso como “un medio de impugnar la decisión de una autoridad administrativa con el objeto de obtener, en sede administrativa, su reforma o su extinción.”¹²

El profesor de la Universidad de Atenas, Epaminondas P. Spiliotopoulos presenta a los recursos como medio de protección no jurisdiccional de los particulares frente a la administración pública.¹³

De los autores mexicanos tenemos, en primer término al eminente Gabino Fraga, quien define al recurso administrativo como “un medio legal de que dispone el particular, afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado, para obtener en los términos legales de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar comprobada la ilegalidad o inoportunidad del mismo”,¹⁴ seguido por el Dr. Andrés Serra Rojas, quien expone que el recurso “es un medio ordinario de impugnación

¹⁰ ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, t. II, Barcelona, Bosch, 1970, p. 621.

¹¹ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 210.

¹² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Ed. Glem, Buenos Aires, 1965, p. 640.

¹³ SPILIOPOULOS, Epaminondas P., “Una nota sobre el procedimiento administrativo en Europa Occidental” en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía-Ed. Civitas, 1993, pp. 512 a 514.

¹⁴ FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*. 23a. ed., México, Ed. Porrúa, 1982, p. 445. Parecida definición aporta GALINDO CAMACHO, Miguel, *Derecho administrativo*, t. II, México, Ed. Porrúa, 1998, p. 280.

y directo de defensa legal que tienen los gobernados, afectados, en contra de un acto administrativo que lesione su esfera jurídica de derechos o intereses, ante la propia autoridad que lo dictó, el superior jerárquico u otro órgano administrativo, para que lo revoque, anule, reforme o modifique, una vez comprobada la ilegalidad o inoportunidad del acto, restableciendo el orden jurídico violado, en forma económica, sin tener que agotar un procedimiento jurisdiccional”.¹⁵ El fiscalista Emilio Margáin Manatou visualiza al recurso como “todo medio de defensa al alcance de los particulares, ante la administración pública, los actos y resoluciones por ella dictados en perjuicio de los propios particulares, por violación al ordenamiento aplicado o falta de aplicación de la disposición debida.”¹⁶ El investigador José Luis Vázquez Alfaro sintéticamente dice que el recurso administrativo es “un medio para atacar un acto administrativo que se hace valer normalmente ante un órgano administrativo.”¹⁷

4. El recurso como derecho

Don Antonio Carrillo Flores enseñó que el recurso administrativo es un derecho previsto necesariamente en la ley para dirigirse a una autoridad administrativa para que “emita una nueva resolución administrativa sobre el fondo del asunto, examinando sólo la legalidad de la primera o también su oportunidad, según la órbita de facultades que a la autoridad de revisión otorgue el derecho positivo.”¹⁸

5. El recurso como procedimiento

El profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, Alfonso Nava Negrete, ha sostenido de forma permanente que el recurso administrativo es un procedimiento de impugnación desarrollado en la esfera de la administración

¹⁵ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo, segundo curso*, 17a. ed., México, Ed. Porrúa, 1995, p. 727.

¹⁶ MARGÁIN MANATOU, Emilio, *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1997, p. 144.

¹⁷ VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996, p. 61.

¹⁸ CARRILLO FLORES, Antonio, *La justicia federal y la administración pública*, México, Ed. Porrúa, 1973, p. 108.

pública, “para hacer un nuevo examen del acto impugnado, que bien puede hacerlo ante los imperativos de la norma legal o ante la realidad de los hechos, para ajustarlos a ellos”, procedimiento organizado de forma similar, mas no semejante, al procedimiento jurisdiccional.¹⁹

6. El recurso como derecho de instancia o asertamiento

El distinguido procesalista mexicano Humberto Briseño Sierra, al analizar los distintos tipos de instancias que se pueden formular (denuncia, queja, petición, acción), señala que el recurso administrativo es una instancia calificada como asertamiento con efectos revocatorios a instancia de parte: “el recurso es un derecho de instancia que debe estar clara y específicamente consignado en la ley o reglamento aplicables al caso controvertido. Que el recurso es una instancia que impugna la resolución de una autoridad y no una contradicción de derechos particulares, ni siquiera una contradicción de afirmaciones del exactor... Cuando un particular se enfrenta a la administración, y lo hace en un recurso, no se defiende, puesto que no ha sido demandado; ataca y por ello impugna...”²⁰

7. El recurso como institución jurídica compleja

El maestro Fix-Zamudio después de reconocer la múltiple definición del recurso administrativo, expone un concepto amplio, como “un derecho de impugnación que se tramita a través de un procedimiento, y que se traduce en una resolución que también tiene el carácter de acto administrativo.”²¹

¹⁹ NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho procesal administrativo*, México, Ed. Porrúa, 1959, pp. 87 a 90, e *idem*, voz “Recursos administrativos” en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano R-Z*, México, Ed. Porrúa-UNAM, 1994, pp. 2709 a 2711.

²⁰ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal fiscal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa editor, 1990, pp. 103 y 105.

²¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 45. Igualmente del mismo autor puede verse con provecho varios sus estudios sobre recursos administrativos: *idem*, “Introducción al estudio de los recursos administrativos” en VV. AA., *Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraga*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 59 a 79, e *idem*, “Los recursos administrativos” en *Trimestre Fiscal*, núm. 23, enero-marzo de 1985, Guadalajara.

B) La naturaleza jurídica de los recursos administrativos

Es indudable que los recursos administrativos son una especie del género "procedimiento administrativo".

El procedimiento administrativo, de acuerdo con la doctrina de Gabino Fraga, es el conjunto de formas y actos que preceden y preparan otro acto,²² conjunto ordenado, secuencial y concatenado. El procedimiento administrativo viene a ser el cauce formal por el cual discurre la función administrativa. Se compone por dos tipos de actos administrativos: a) los de trámite y b) la resolución, lo cual repercute en la formulación de las llamadas teorías sustancialista y de la autonomía, respecto a la naturaleza jurídica de los actos del procedimiento administrativo.

La concepción sustancialista estima que los actos de trámite del procedimiento administrativo carecen de toda autonomía, para ser sólo partes reflejadas en la decisión final, en la que confluyen las voluntades parciales de los participantes en el procedimiento (administración pública y administrados), las que se van sumando progresivamente conforme se manifiestan en cada etapa procedimental. Es decir, se niega sustantividad jurídica a los actos procedimentales o de trámite, puesto que lo jurídicamente relevante es la resolución definitiva, al ser considerada como la decisión final.

En la concepción de la autonomía de los actos del procedimiento, se parte de la idea de que el procedimiento no es un acto complejo como sostiene la tesis sustancialista, sino un complejo de actos de los participantes que cuentan con sustantividad propia, donde interesa la naturaleza instrumental relacionada con la resolución definitiva. Esto significa que los actos de trámite tienen reglas propias de validez, su propia causa, la cual posibilita su revisión, independientemente de la resolución final, aunque por un elemento ordenador se prohíbe la impugnación independiente de dichos actos de trámite, con excepción de los que produzcan indefensión, pues se actualiza la autonomía del acto parcial.²³

²² FRAGA, Gabino, *op. cit.*, *supra* nota 14, p. 255.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 425: "Se trata... de una cadena, cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común, sin merma de su individualidad propia, en orden a un fin único...", *ibid.*, p. 426. Sobre estas tesis, *vid.* PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "Notas sobre el procedimiento administrativo" en *Vínculo jurídico*, núm. 19, julio-septiembre de 1994, Zacatecas, Universidad Autónoma de Zacatecas, e *idem*, "Necesidad de leyes uniformes del procedimiento administrativo" en *Alegatos*, núm. 28, septiembre-diciembre de 1994, México, Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 359 a 372.

En el derecho mexicano, la tesis sustancialista tiene su actualización en el segundo párrafo de la fracción II del art. 114 de la Ley de Amparo, donde se establece la improcedencia del juicio constitucional contra los actos administrativos de trámite en procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, a menos que el amparo sea promovido por persona extraña al procedimiento. Aquí se aprecia que debe impugnarse la resolución definitiva generada en un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio (por lo general serían los casos del recurso administrativo y de los procedimientos arbitrales y los de oposición), sin posibilidad de atacar los actos de trámite, aun cuando se estimen violatorios de garantías, salvo que éstos afecten los derechos de un tercero extraño a la relación procedimental.²⁴

El procedimiento administrativo es un *iter* por el que transita la actividad de la administración pública, lo cual permite dar seguridad de esa actuación al estar regulado legalmente, a fin de hacer efectivo el Estado de derecho. El recurso viene a ser un procedimiento de la administración pública si consideramos 1) que es un conjunto de actos que preceden y preparan la emisión de una resolución por parte de una autoridad de la administración pública, que se pronunciará sobre si otro acto administrativo está apegado o no a la legalidad, procedimiento incoado a instancia de parte agraviada, 2) que la resolución del recurso es de naturaleza administrativa, por lo que se asume como un acto de la administración activa en términos formales y materiales²⁵ y 3) porque a pesar de adoptar elementos de la técnica procesal (conceptos de impugnación, términos, plazos, pruebas y procedimiento probatorio, alegaciones y formatos adoptados en las resoluciones), esto no cambia radicalmente la naturaleza administrativa del recurso.

²⁴ Aunque, de acuerdo con la tesis 139 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en el *Informe* del Presidente de dicho Alto Tribunal correspondiente a 1980, no existe la obligación de esperar a que en el procedimiento se dicte la resolución definitiva cuando en él se registren actos de imposible reparación, aplicando analógicamente la fracción IV del art. 114 de la Ley de Amparo.

²⁵ En este caso, la resolución del recurso es materialmente administrativa, pues la misma es dictada de acuerdo con las facultades de revisión de la legalidad u oportunidad de los actos administrativos. Aun cuando el particular plantea un conflicto, generalmente de interpretaciones, ante la autoridad que resolverá la impugnación, lo cierto es que el acto que decida sobre la inconformidad carece de las características del acto jurisdiccional, puesto que no proviene de un tercero imparcial, ni goza de la naturaleza de cosa juzgada, en virtud de que puede ser objeto de impugnación posterior ante los tribunales o la misma autoridad administrativa o su superior jerárquico pueden dejarlo sin efectos en ejercicio de sus facultades revisoras de forma oficiosa. *Cfr.* ALESSI, Renato, *op. cit.*, *supra* nota 10, pp. 617 y 618.

Como bien dice el Dr. Fix-Zamudio, el recurso administrativo está ubicado entre las ideas del procedimiento y del proceso administrativos.²⁶

C) El fundamento de los recursos administrativos

En seguimiento de las ideas elaboradas por Fix-Zamudio, apoyadas en la doctrina de Jesús González Pérez y Andrés Serra Rojas, nos expresa que los recursos administrativos tienen un doble fundamento jurídico:

1. La conveniencia de que la administración pública revise sus propios actos "para corregir los errores y violaciones que advierta y que afecten la esfera jurídica de los administrados", a fin de evitar la iniciación de un proceso administrativo que pueda resultar adverso a la administración. Sobre este fundamento existe la indebida interpretación en las distintas administraciones públicas de México de que el recurso administrativo representa el respeto del derecho de audiencia a favor de los órganos, lo cual lleva a la conclusión de preferir el agotamiento obligatorio de dicho medio de impugnación. En realidad, el recurso es una expresión del poder de revisión de los actos y resoluciones administrativas, que puede ser ejercido a incitación de parte presuntamente afectada, generalmente a través del propio recurso, o de oficio.²⁷
2. Los recursos administrativos son expresión de las garantías de audiencia y legalidad, a favor del administrado.²⁸

A este doble fundamento jurídico, me atrevo a proponer otro más, el de que el recurso administrativo es una forma de control interno de los órganos administrativos auxiliares del Poder Ejecutivo, por el cual se trata de

²⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 39 y 40.

²⁷ Sobre este particular el profesor Alessi considera que el fundamento del recurso viene dado por la ilegalidad del acto, en el sentido de disconformidad con el derecho, *op. cit.*, *supra* nota 10, p. 618.

²⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 46. Una coincidencia interesante con el doble fundamento expuesto por Fix-Zamudio es el planteamiento de Alfonso Nava Negrete, con especial referencia a la experiencia mexicana, en la voz "Recursos administrativos", *op. cit.*, *supra* nota 19, p. 2710. En la doctrina española, se han expresado suspicacias respecto al fundamento garantista protector de los derechos del administrado, *vid.* SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 33 a 36 y 43 a 46.

corregir o enmendar afectaciones al Estado de derecho o actuaciones que redundan en perjuicio del interés público.²⁹

D) La tipología de los recursos administrativos

En esta cuestión, la doctrina propone diversos criterios, algunos inaplicables a las características del derecho patrio. Por ello acudiremos a los adecuados al ordenamiento mexicano.

1. El primer criterio clasificatorio es el más antiguo y común entre los autores de derecho administrativo,³⁰ referido a la autoridad que resolverá el recurso: *a)* ante la misma autoridad emisora del acto impugnado (apoyado en la doctrina francesa, Vázquez Alfaro denomina al primer tipo como "gracioso");³¹ *b)* ante el superior jerárquico (regularmente conocido como recurso "jerárquico"), y *c)* ante órgano especializado (denominado como recurso "jerárquicamente impropio").
2. Por su agotamiento previo a la jurisdicción, los recursos se clasifican en: *a)* obligatorios y *b)* optativos.
3. Por su finalidad, los recursos son *a)* de legalidad y *b)* de oportunidad.³²
4. Atendiendo a su objeto, los recursos pueden ser: *a)* de revocación, *b)* de adecuación y *c)* de sustitución.³³
5. Por su causa, los recursos serían: *a)* objetivos y *b)* subjetivos.³⁴
6. Siguiendo la doctrina de George Vedel, Vázquez Alfaro presenta un criterio que divide en: *a)* los recursos de derecho común y *b)* recursos administrativos especiales.³⁵

²⁹ Aunque no maneja expresamente la idea de este tercer fundamento jurídico, se puede derivar del planteamiento formulado por VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 61. También *cfr.* ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 68 a 70.

³⁰ V. gr. ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 72 a 78; CARRILLO FLORES, Antonio, *op. cit.*, *supra* nota 18, p. 110; NAVA NEGRETE, Alfonso, "Recursos administrativos", *op. cit.*, *supra* nota 19; VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 65 y 66.

³¹ VÁZQUEZ ALFARO cita a AUBY y DRAGO, ROUGEVIN-BAVILLE, BONNARD y DEBBASCH, *loc. cit.*

³² *Ibid.*, p. 65.

³³ *Loc. cit.*

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ *Loc. cit.*

E) Características formales de los recursos administrativos

En este rubro, Alessi nos propone una serie de características de los recursos administrativos.

1. El efecto del recurso es generar la potestad de anular o reformar el acto administrativo, imponiendo a la autoridad que conozca del recurso la obligación de realizar un examen de cuestión planteada por el gobernado.
2. La interpretación del recurso "da vida a una controversia jurídica, en la resolución de la cual deben aplicarse los principios fundamentales del derecho procesal", en especial el principio contradictorio.
3. La decisión que rechaza el recurso no impide el acceso posterior a la impugnación jurisdiccional, así como la desestimación del recurso tampoco impide que el órgano administrativo proceda a la anulación o a la modificación de oficio del acto impugnado.
4. La decisión favorable al recurso impide a la autoridad emisora del acto impugnado que vuelva a dictar un acto idéntico concerniente a las mismas personas.
5. La eficacia objetiva de la decisión del recurso se contrae al acto impugnado y a los actos ejecutivos consecuentes, sin afectar a otros actos distintos, aunque sean idénticos al impugnado.
6. Respecto a la eficacia subjetiva, la resolución del recurso surte efectos con respecto a los recurrentes y de aquellos a los que les es común la controversia.³⁶

F) El recurso administrativo en el derecho constitucional mexicano

En primer lugar, veremos los fundamentos constitucionales expresos sobre los recursos administrativos, para después exponer los fundamentos derivados por la interpretación constitucional del más alto tribunal de la República.

Este medio de impugnación tiene su fundamento constitucional, en primer término, en la fracción IV del art. 107 de la ley fundamental, de una forma tangencial, cuando se engarzan el principio de definitividad del juicio de amparo en materia administrativa con la existencia de la suspensión y el número de requisitos para su otorgamiento. Cuando en dicha fracción se prescribe que no es necesario agotar los "recursos" o medios de defensa

³⁶ ALESSI, Renato, *op. cit.*, supra nota 10, pp. 621 y 622.

si la ley que los establece exige más requisitos que los previstos en la Ley de Amparo para su procedibilidad. Como se aprecia, la Constitución federal prevé lo que después confirmaría el Poder Judicial de la Federación —aunque no apoyado en dicha fracción— de que los recursos administrativos deben estar consagrados expresamente en una ley, por lo que si un reglamento contiene un recurso administrativo, resultará inconstitucional, apoyado en el principio de supremacía constitucional.³⁷ Este fundamento es de ámbito amplio: abarca a los espacios federal, local de los estados y Distrito Federal, y municipal. Los siguientes son de índole local.

En el inciso g) de la fracción v de la Base Primera del Apartado C del art. 122 constitucional está la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para expedir leyes de procedimiento administrativo, lo cual abarca indubitablemente a los recursos administrativos.

En virtud de la reciente reforma constitucional en materia municipal, se dio una adecuación que procura fijar el contenido mínimo de la legislación dedicada a los municipios en diversos rubros, entre los que destacan los medios de impugnación contra los actos administrativos de las autoridades municipales, en el inciso a) de la fracción II del art. 115 de la Constitución

³⁷ Cfr. Tesis de jurisprudencia I.3o.A. J/28, "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD CUANDO DICHOS MEDIOS DE DEFENSA SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN UN REGLAMENTO ADMINISTRATIVO Y NO EN LA LEY QUE ÉSTE REGLAMENTA. ARTÍCULO 23 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN" del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VIII-octubre, p. 109 (esta tesis también aparece publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 46, octubre de 1991, p. 49, y como la tesis 724 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. III, Parte TCC, p. 536). Vinculada a esta jurisprudencia tenemos las siguientes tesis aisladas: "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD SI ESTÁN PREVISTOS EN UN REGLAMENTO Y NO EN LA LEY QUE ÉSTE REGLAMENTA" del Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII-enero, p. 415; "RECURSOS ORDINARIOS. OBLIGATORIEDAD DE LOS" del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. III Segunda Parte-2, p. 651; "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. DEBEN ESTAR ESTABLECIDOS EN LAS LEYES. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 23, FRACCIÓN VI, DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN Y 202, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN" del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. II Segunda Parte-2, p. 459; y "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. SÓLO ES OBLIGATORIO AGOTARLOS EN FORMA PREVIA AL JUICIO DE NULIDAD CUANDO SE ENCUENTREN ESTABLECIDOS EN LEYES" del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. II Segunda Parte-2, p. 462.

general de la República.³⁸ Como se puede apreciar, en dicho precepto sólo se refiere a los “medios de impugnación” en general, por lo que perfectamente es admisible considerar comprendidos los recursos administrativos. Es política legislativa común de los estados, incluir, en las leyes orgánicas municipales, las bases de los recursos administrativos contra los actos de las autoridades municipales (salvo en el Estado de México, como se explicará más adelante), sin embargo, no todos los estados tienen tribunales de lo contencioso administrativo que conozcan de los juicios iniciados contra las resoluciones de los recursos administrativos municipales, por lo que deberá analizarse detenidamente en las entidades omisas, si adoptan dichos tribunales o, por su precariedad financiera, se sigue la tendencia judicialista, donde los tribunales ordinarios conocen de la jurisdicción administrativa, sin desconocer la especificidad del derecho administrativo como disciplina del derecho público.³⁹ La reforma municipal de 1999 en materia de justicia administrativa, vino a poner fin a un falso dilema respecto a la imposibilidad de que los tribunales de jurisdicción administrativa de los estados fuesen competentes para resolver las controversias suscitadas por actos de la administración pública municipal, lo que había sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que las leyes de los estados no violentaban el art. 116 constitucional, al establecer dicha competencia jurisdiccional.⁴⁰

En lo tocante a los fundamentos constitucionales derivados de la interpretación jurisprudencial, es incuestionable su ubicación en la amplitud de

³⁸ *Diario Oficial de la Federación* de 26 de diciembre de 1999.

³⁹ Sobre la tendencia judicialista de la jurisdicción administrativa, *cfr.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 61 a 78, e *idem*, “Los tribunales administrativos en el ordenamiento mexicano” en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1989, pp. 99 a 102; VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *op. cit.*, *supra* nota 16, pp. 157 a 163, e *idem*, *Evolución y perspectivas de la jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1991.

⁴⁰ Fue uniforme el criterio de la Suprema Corte de Justicia sobre este particular, en las sentencias recaídas en las controversias constitucionales planteadas por los ayuntamientos neoleonese de Monterrey, San Nicolás de los Garza y San Pedro Garza García; resoluciones publicadas respectivamente en los siguientes tomos del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época: 1) t. III, mayo de 1996, Controversias Constitucionales, ponente: ministro Mariano Azuela Güitrón, pp. 315 a 362; 2) tomo IV, julio de 1996, Controversias Constitucionales, ponente: ministro Juan Díaz Romero, pp. 240 a 286, y 3) t. X, julio de 1999, Controversias Constitucionales, ponente: ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, pp. 631 a 689. Sobre estas sentencias, *vid.* PÉREZ LÓPEZ, Miguel, “Los ayuntamientos ante la jurisdicción administrativa de los estados de la Unión” en *Alegatos*, núm. 44, enero-abril de 2000.

las garantías de audiencia (segundo párrafo del art. 14) y de legalidad (primer párrafo del art. 16). En lo que hace a la garantía de audiencia, se ha expresado por el Poder Judicial de la Federación, que la misma es extensible a las autoridades administrativas, por lo que éstas también deben cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, más cuando se trata de los recursos administrativos, formas de la actuación administrativa con naturaleza contenciosa. Respecto a la garantía de legalidad, resulta aplicable a los recursos administrativos. Éstos comprenden un conjunto de actos de autoridad que deben cumplir cabalmente los requisitos expresados en el acápite del art. 16 constitucional: el acto (sea de trámite o la resolución) deben provenir de autoridad competente, expresado por escrito (de acuerdo con las formalidades que den a conocer el contenido fehaciente del acto, plasmado en un documento, firmado por la autoridad y notificado a través de los medios previstos legalmente), fundado en derecho y motivado en hechos, y que la fundamentación y motivación guarden una relación lógica, necesaria y congruente.⁴¹

G) El recurso administrativo según la jurisprudencia

1. Poder Judicial de la Federación

En su bagaje jurisprudencial podemos encontrar como una idea central, que veremos se repite en los criterios del TFF, la de descartar la visión de los recursos administrativos como “trampas procesales”. Así tendríamos la tesis 42 del *Apéndice* de 1975, producida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito:

“RECURSOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDENCIA DE LOS. No siendo manifiesta la improcedencia de los recursos administrativos, aun siendo opinable la cuestión, las autoridades deben entrar al fondo de los asuntos que se les plantean, pues los recursos, juicios y medios de defensa en general, han sido creados para otorgar a los ciudadanos medios legales de facilitar la defensa de sus derechos, por lo que al examinar su procedencia, no deben ser tratados con un rigorismo que los convierta en trampas procesales que, en vez de facilitar, obstaculicen la defensa de tales derechos. La intención

⁴¹ *Cfr.* la tesis aislada “AUDIENCIA, GARANTÍA DE” del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII-enero, p. 153.

del legislador no debe estimarse como la de crear un laberinto en el que se extravían los afectados por resoluciones administrativas, sino como medios para lograr, en un estado de derecho, la solución legal de los conflictos y controversias.⁴²

En vías de consolidación de tener al recurso administrativo como un medio de defensa, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha generado una serie de criterios que lo definen:

- Los recursos administrativos son los distintos procedimientos establecidos en ley para obtener que la administración, en sede administrativa, revise un acto y lo confirme, modifique o revoque, cuya existencia se encuentre específicamente determinada en una ley y no en un reglamento.⁴³
- Los recursos administrativos fueron creados no para perjudicar a los particulares sino para darles oportunidad de defenderse de los actos irregulares de los órganos públicos, además de que, en nombre del principio de seguridad jurídica, la interposición de un recurso (salvo aquella optativa) constituye además de un derecho, una carga para los particulares quienes deben agotarlos si desean deducir sus defensas y evitar así los perjuicios propios de la institución de la preclusión.⁴⁴
- Las razones anteriores explican que un recurso no pueda ser calificado propiamente como una trampa procesal empleada por las autoridades en perjuicio de los gobernados, sobre todo cuando la procedencia de este medio de defensa se encuentra prevista en forma expresa y clara en la ley aplicable directamente a la materia, como ya lo había expresado la tesis de jurisprudencia del *Apéndice* de 1975.⁴⁵

⁴² *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975*, séptima época, Parte VI, p. 75.

⁴³ Tesis 724, con rubro "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD CUANDO DICHOS MEDIOS DE DEFENSA SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN UN REGLAMENTO ADMINISTRATIVO Y NO EN LA LEY QUE ÉSTE REGLAMENTA. ART. 23 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN" en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, Octava Época, t. III, Parte TCC, p. 536.

⁴⁴ Tesis "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. SU INTERPOSICIÓN SIGNIFICA PARA LOS PARTICULARES NO SOLAMENTE UN DERECHO, SINO TAMBIÉN UNA CARGA" en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. I-Segunda Parte-2, p. 578 (Amparo directo 1757/87. Servicio de Vigilancia TUMY, 19 de enero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos).

⁴⁵ *Loc. cit.*

2. Tribunal Fiscal de la Federación

En este órgano jurisdiccional es reiterada la posición de evitar que el recurso administrativo sea visto como "trampa procesal" por lo que no se aplicarán rigurosamente los requisitos para su interposición,⁴⁶ ya que "han sido creados para facilitar a los particulares las defensas de sus derechos y no para confundirlos y entorpecer esta defensa."⁴⁷

Es discutible la concepción de tener al recurso como una primera instancia, si entendemos al juicio ante el tribunal administrativo, sin embargo su finalidad, en el marco de la justicia administrativa, lo ha caracterizado el TFF como el medio de defensa del particular para que "pueda exponer los razonamientos que estime pertinentes para demostrar la ilicitud del acto de gobierno que lo afecta y así evitar en forma innecesaria la promoción de subsecuentes instancias que hagan lenta y poco eficaz la administración de justicia."⁴⁸

También es intermitente la posición jurisprudencial del TFF, respecto a la proscripción de las formalidades sacramentales en la interposición y en

⁴⁶ Tesis III-TASS-1170, con rubro "RECURSOS ADMINISTRATIVOS, AMPLITUD EN LA EXPRESIÓN DE LOS FORMULISMOS" en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, tercera época, Pleno, año II, núm. 21, septiembre 1989, p. 11 (Revisión núm. 2222/87, resuelta en sesión de 29 de agosto de 1989, por unanimidad de 7 votos. Magistrado Ponente: Alfonso Nava Negrete. Secretario: Lic. Mario Meléndez Aguilera). Sobre esta idea de las "trampas procesales", también *cf.* la tesis III-TASS-1187, con rubro "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. PARA SU TRAMITACIÓN DEBE ATENDERSE A SU VERDADERO CONTENIDO Y NO A SU DENOMINACIÓN" en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, tercera época, Pleno, año II, núm. 21, septiembre 1989, p. 18 (Revisión núm. 2030/86, resuelta en sesión de 6 de septiembre de 1989, por unanimidad de 9 votos. Magistrado Ponente: Francisco Ponce Gómez. Secretario: Lic. Avelino C. Toscano Toscano).

⁴⁷ Tesis: II-TASS-7890, con rubro "RECURSOS ADMINISTRATIVOS QUE CARECEN DE REQUISITOS FORMALS. DEBERÁN ADMITIRSE Y DARLES TRÁMITE", en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, segunda época, Pleno, año VII, núm. 69, septiembre 1985, p. 251 (Revisión núm. 669/84, resuelta en sesión de 17 de septiembre de 1985, por unanimidad de 8 votos. Magistrado Ponente: Alfonso Cortina Gutiérrez. Secretaria: Lic. Ma. del Carmen Arroyo Moreno. Su precedente fue la Revisión núm. 119/83, resuelta en sesión de 4 de octubre de 1984, por unanimidad de 6 votos. Magistrada Ponente: Silvia Eugenia Díaz Vega. Secretario: Lic. José Raymundo Rentería Hernández).

⁴⁸ Tesis: III-TASS-1513, con rubro "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. SU PROMOCIÓN DEBE ENTENDERSE COMO UN MEDIO DE DEFENSA", en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, tercera época, Pleno, año III, núm. 26, febrero 1990, p. 38 (Revisión núm. 2369/87. Resuelta en sesión de 21 de febrero de 1990, por unanimidad de 9 votos. Magistrado Ponente: José Antonio Quintero Becerra. Secretario: Lic. Mario Bernal Ladrón de Guevara).

el desarrollo y resolución de los recursos administrativos, a fin de evitar que queden como "instrumentos o medios inútiles de defensa".⁴⁹

Finalmente descuelga una vertiente interpretativa de los recursos administrativos favorable a los intereses de los particulares, como se aprecia en la siguiente tesis del Tribunal Fiscal:

"RECURSO ADMINISTRATIVO. SU PROCEDENCIA. Al promover una instancia de inconformidad en contra de alguna resolución, el particular afectado deberá interponer el recurso administrativo que se prevea en la ley que se haya invocado en el texto de dicha resolución, en el entendido de que si en ésta se invocan diversos ordenamientos legales de los que cada uno prevé un diferente recurso, el gobernado podrá optar por cualquiera de ellos, que mejor convenga a sus intereses."⁵⁰

III. EL RECURSO ADMINISTRATIVO EN EL ESQUEMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

A) El recurso como medio auxiliar de la jurisdicción administrativa

La justicia administrativa podemos ubicarla como uno de los medios de control sobre la administración pública, mismos que resultan de variadas formas con las cuales se trata de imponer límites a la actividad de los agen-

⁴⁹ Vid. las siguientes tesis: a) II-TASS-3145, con rubro "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. PARA SU PROCEDENCIA NO SON NECESARIOS FORMALISMOS" en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, segunda época, Pleno, año IV, núm. 22, octubre 1981, p. 472 (Revisión núm. 1505/80, resuelta en sesión de 14 de octubre de 1981, por mayoría de 6 votos y 1 con los resolutivos, Magistrado Ponente: Alfonso Nava Negrete y secretaria: Lic. Georgina Ponce Orozco); b) III-TASS-31, con rubro "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. NO DEBEN SUJETARSE A FÓRMULAS SACRAMENTALES" en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, tercera época, Pleno, año I, núm. 1, enero 1988, p. 26 (Revisión núm. 372/86, resuelta en sesión de 19 de enero de 1988, por unanimidad de 9 votos. Magistrado Ponente: Armando Díaz Olivares. Secretaria: Lic. Isabel Gómez Velázquez); y c) II-TASS-3029, con rubro "RECURSOS ADMINISTRATIVOS. SU PROCEDENCIA NO DEBE SUJETARSE A EXCESIVAS FORMALIDADES" en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, segunda época, Pleno, año IV, núm. 21, septiembre 1981, p. 353 (Revisión núm. 543/78. Resuelta en sesión de 25 de septiembre de 1981, por mayoría de 5 votos y 1 en contra. Magistrado Ponente: Francisco Xavier Cárdenas Durán. Secretario: Lic. Filiberto Méndez Gutiérrez).

⁵⁰ Tesis: III-TASS-300 en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, tercera época, Pleno, año I, núm. 6, junio 1988, p. 31 (Revisión núm. 1098/85. Resuelta en sesión de 14 de junio de 1988, por mayoría de 6 votos y 2 en contra. Magistrado Ponente: José Antonio Quintero Becerra. Secretario: Lic. Mario Bernal Ladrón de Guevara).

tes del poder ejecutivo. En la doctrina encontramos diversidad de criterios de clasificación de los mecanismos de control hacia la administración pública.⁵¹

A efecto de tener un marco conceptual que sirva para ubicar a los recursos administrativos dentro de la justicia administrativa, propondré un concepto de ésta y trazaré sus sectores. La justicia administrativa es el conjunto de medios jurídicos que están a disposición de los particulares, personas físicas o jurídicas, para tutelar su esfera jurídica, que comprende el conjunto de derechos e intereses legítimos, que puede resultar afectada por los actos u omisiones de las autoridades de la administración pública. Esos particulares adquieren la categoría específica de administrados derivada del género gobernado.

La justicia administrativa se compone de los medios auxiliares de la jurisdicción administrativa y de la jurisdicción administrativa en estricto sentido o contencioso-administrativo. Durante mucho tiempo se ha considerado que el término justicia administrativa sólo correspondía al control de la legalidad ejercido por los tribunales encargados de resolver los conflictos entre la administración pública y los administrados. Sin embargo, Antonio Carrillo Flores y Héctor Fix-Zamudio han ampliado esa formulación y sostienen que se debe adjudicar a todos los medios de defensa del particular frente a la actuación administrativa.⁵² En especial, la obra del Dr. Fix-Zamudio ha puesto énfasis en que la justicia administrativa también abarca al *ombudsman*, a la responsabilidad patrimonial del Estado, a las leyes de procedimiento administrativo y a las leyes para el control de la informática, englobándolos en un apartado denominado "medios auxiliares de la jurisdicción administrativa", cuyo objeto consiste en disminuir la carga de trabajo de los tribunales administrativos, a efecto de que puedan resolver de manera expedita los conflictos planteados por los administrados contra los actos administrativos.⁵³ Además se está demostrando que esos medios auxiliares también sirven para resolver cuestiones administrativas que difícilmente serían planteadas en la jurisdicción administrativa, por tratarse de intereses legítimos, difusos o simples, ya que en

⁵¹ Cfr. DE LA HUERTA-PORTILLO, Mario, "El control de la administración" en CORTIÑAS-PELÁEZ, León (dirección), *Introducción al derecho administrativo*, 1, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1994, pp. 291 a 319, y VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *op. cit.*, *supra* nota 17.

⁵² De manera implícita lo hizo CARRILLO FLORES, Antonio, *op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 9 a 28, y explícitamente FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 11, 12 y 21.

⁵³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *loc. cit.*

los tribunales predomina la protección de los intereses jurídicos de los particulares.⁵⁴

B) Los recursos administrativos en las leyes de procedimiento administrativo

Es notorio que la materia de los recursos administrativos forma parte de la temática de las leyes de procedimiento administrativo. En esta cuestión, las leyes uniformes deben erradicar los recursos dispersos en la legislación administrativa, a fin de establecer uno solo, que permita dar cumplimiento al doble fundamento garante tanto de la actividad administrativa como de los derechos e intereses de los administrados, a que hacen referencia los maestros Fix-Zamudio y Nava Negrete.⁵⁵

De esta manera, se proporciona un marco de certeza y seguridad, al señalar anticipadamente cada formalidad del procedimiento administrativo de tipo contencioso y con ello evitar dilaciones injustificadas, invocación arbitraria de disposiciones jurídicas como legislación supletoria, omisiones legales sobre requisitos de promociones, términos, notificaciones, pruebas, alegatos, impedimentos, suspensión y efectos de las resoluciones. Así, la autoridad queda sujeta a los principios de legalidad y seguridad jurídica, como el particular anticipa el desarrollo procedimental y se obliga a seguir las prescripciones que permitan llevar a cabo dicho desarrollo adjetivo en forma ordenada hacia un determinado fin.

Como quedó dicho, las leyes de procedimiento administrativo dejan un recurso común, con lo que se evita la proliferación asistemática y asimétrica de este medio de defensa. Carente de sistema porque unos recursos son ante la misma autoridad emisora del acto impugnado, otros son jerárquicos y otros más son jerárquicamente impropios; todos con distintas denominaciones, que a final de cuentas es lo de menos; inclusive hubo casos de recursos contra resoluciones de recurso (como en la abrogada Ley Federal de Aguas) o la multiplicidad de recursos cuando basta con uno solo (v. gr.:

⁵⁴ Cfr. PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "La justicia administrativa en la Constitución federal mexicana" en *Alegatos*, núm. 41, enero-abril de 1999, pp. 97 a 108.

⁵⁵ Respecto a los beneficios de las leyes uniformes de procedimiento administrativo, vid. PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "Los principios del procedimiento administrativo. El caso de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo" en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 5, 1999, pp. 315 a 320.

el vigente Código Financiero del Distrito Federal que establece tres recursos, perfectamente asimilables en uno solo, como en el Código Fiscal de la Federación). Asimétrica cuando algunos recursos son obligatorios y otros optativos; cuando unos tienen apoyo en la ley y otros en los reglamentos de ejecución; cuando los ordenamientos que regulan recursos son prolijos en detallar las formalidades procedimentales, mientras otros son escuetos en prescribir las fases del recurso; cuando en los ordenamientos de los recursos se prevé la suspensión como la medida cautelar, con mayores o menores requisitos que los señalados en la Ley de Amparo, y otros ordenamientos ni siquiera mencionan tal medida; o cuando se invocan infundadamente leyes procesales civiles o de otro ámbito en la misma materia (como ocurría con el Código Fiscal de la Federación en las leyes hacendarias locales).

La idea del recurso común implica una tarea de defoliación normativa, sin que se vea alterada por excepciones trastornadoras de esa idea incorporadas a la vida jurídica, por muy importantes que sean alegadas las distintas materias administrativas. Los antecedentes del recurso administrativo común están en el recurso de revocación del Código Fiscal de la Federación de 1938 (reforzado con el establecimiento de un solo recurso fiscal en el Código Tributario Federal a partir de los noventa), en las disposiciones del Código Administrativo del Estado de Chihuahua de 1974 y en las leyes orgánicas municipales que establecieron recursos comunes en dicha materia.

El planteamiento dominante en la doctrina para establecer un recurso común⁵⁶ se vio concretizado con la expedición de la LFPA,⁵⁷ donde surge el

⁵⁶ FRAGA, Gabino, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 257 a 262; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 47 y 48; *idem*, "La necesidad de una ley de procedimiento administrativo y de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en el Distrito Federal" en *Memoria El Colegio Nacional*, 1993, México, pp. 245 a 273; HAMDAN AMAD, Fauzi, "Necesidad de incorporar a nuestro sistema jurídico un Código Federal Administrativo y un Tribunal Federal de Justicia Administrativa" en vv. AA., *Estudios jurídicos en honor de Raúl F. Cárdenas*, México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 257 a 267; RUIZ MASSIEU, José Francisco, "El procedimiento administrativo y la experiencia mexicana" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 7, núm. 7, México, Escuela Libre de Derecho, 1983, pp. 281 a 297; OSORNIO CORRÉS, Francisco Javier, "Reflexiones sobre la conveniencia de codificar la legislación procesal administrativa" en *Reforma procesal. Estudios en memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1987, pp. 237 a 251; SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *El particular frente a la Administración*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1991; y PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "Notas sobre el procedimiento administrativo", *op. cit.*, *supra* nota 23.

⁵⁷ *Diario Oficial de la Federación* de 4 de agosto de 1994. Ya hay una considerable bibliografía: tres ediciones comentadas: ACOSTA ROMERO, Miguel, HERRÁN SALVATTI,

recurso de revisión (art. 83) y son derogados todos los recursos previstos en la legislación administrativa federal en las materias donde resultaba aplicable la nueva ley (segundo transitorio). En la iniciativa de la LFPA, presentada por el diputado Fauzi Handam Amad, se expone respecto al recurso único:

“El Título Cuarto está dedicado a los recursos administrativos, contemplándose como único recurso el de revisión, proponiéndose derogar todos los recursos administrativos contemplados en las diferentes leyes administrativas que regula esta iniciativa. Se optó por un único recurso, el de revisión, en virtud de que las causas que pueden dar lugar a su interposición comprenden todas las resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o dejen en estado de indefensión a los administrados, incluyendo los actos administrativos presuntos”.

Con propuesta del distinguido profesor de derecho administrativo de la Escuela Libre de Derecho se plasma uno de los principios de las leyes de procedimiento administrativo: el principio de unidad.⁵⁸

Mariano y VENEGAS HUERTA, Francisco Javier, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal comentadas*, México, Ed. Porrúa, 1996; LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo comentada*, México, Ed. Porrúa, 1996; y MANSILLÁ Y MEJÍA, María Elena, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*, México, Oxford, 1999. Además: ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 131 a 138; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Procedimiento administrativo federal. Segunda edición ampliada al estudio de la Ley de procedimiento administrativo del Distrito Federal*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Porrúa, 2000; NAVA NEGRETE, Alfonso, “Ley Federal de Procedimiento Administrativo (breves comentarios)” en SERRANO MIGALLÓN, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo García Máynez*, México, Ed. Porrúa, 1996, pp. 411 a 427; PÉREZ LÓPEZ, Miguel, *op. cit.*, *supra* nota 46; *idem*, “La Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Sus expectativas y secuelas” en VV. AA., *Los grandes problemas jurídicos. Recomendaciones y propuestas. Estudios jurídicos en memoria de José Francisco Ruiz Massieu*, México, Ed. Porrúa, 1995, pp. 291 a 308; VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 81 a 84, e *idem*, “Reflexiones sobre el procedimiento administrativo. A propósito de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo” en VV. AA., *Los grandes problemas jurídicos*, *op. cit.*, pp. 381 a 404.

⁵⁸ Como antecedente doctrinal de la LFPA, *cfr.* HAMDAN AMAD, Fauzi, “Necesidad de incorporar a nuestro sistema jurídico un Código Federal Administrativo y un Tribunal Federal de Justicia Administrativa” en VV. AA., *Estudios jurídicos en honor de Raúl F. Cárdenas*, México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 257 a 267.

El ordenamiento federal influyó decisivamente en la expedición de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal⁵⁹ y del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México,⁶⁰ este último de tipo totalizador que abarca a la materia tributaria, misma que está excluida en las leyes federal y distrital, y a los actos de las autoridades municipales y de los entes paraestatales locales y municipales mexiquenses. De esta manera se inició una sana política legislativa de eliminar recursos administrativos previstos legal y reglamentariamente, reduciendo el número de los recursos a sólo aquellas materias que los justifiquen.

En lo tocante, al recurso de revisión de la LFPA, Vázquez Alfaro dice, con justeza, que está llamado a ser el recurso de derecho común “que requiere el derecho administrativo mexicano.”⁶¹

C) La opción de los recursos administrativos

Esta es una cuestión preconizada por la doctrina administrativa y atacada desde algunos sectores de las administraciones públicas. Fix-Zamudio ha sido adalid de esta postura,⁶² precisamente a partir de la experiencia que ha demostrado la asunción de posturas tendentes a convertir a los recursos administrativos en “trampas” procedimentales para los administrados, a pesar de las admoniciones jurisprudenciales.

Cuando el recurso es obligatorio, el particular afectado debe agotarlo para, en caso de persistir la lesión a sus derechos, acudir posteriormente a la instancia jurisdiccional correspondiente en ejercicio de su derecho de acción. Ha sido común que en los órganos administrativos se asuma una actitud política de confirmar los actos impugnados mediante un recurso administrativo, a partir de una indebida concepción de la lealtad, simplemente por la consigna de no aceptar las impugnaciones de los gobernados o si en el órgano encargado de resolver el recurso se desconoce la técnica del derecho administrativo. Lo anterior no significa que forzosamente el afectado decida mejor impetrar a los tribunales competentes, en desmedro del recurso, sino permitirle una amplitud de su derecho a la defensa, pues si considera por el afectado que es mejor acudir al recurso, no sería sensato

⁵⁹ *Diario Oficial de la Federación* de 19 de diciembre de 1995.

⁶⁰ *Gaceta del Gobierno* de 7 de febrero de 1997.

⁶¹ VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 83.

⁶² FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 48 a 51.

vedarle la vía en sede administrativa, si considera que es provechoso para sus intereses, así como beneficiar, al mismo tiempo, la eficiencia y la legalidad de la función ejecutiva.

Como ya quedó expresado líneas arriba, en buena parte de las administraciones públicas del país se ha llegado a pensar que el recurso debería ser obligatorio, pues lo contrario violentaría la garantía de audiencia de la autoridad administrativa. Esta posición, además de ser discutible teóricamente, si tomamos en cuenta que las autoridades no serían sujetos activos de las garantías individuales, afianza las actitudes autoritarias de confirmación de los actos impugnados.

Ello justifica que la tendencia por la opción del recurso administrativo sea la dominante en las leyes de procedimiento administrativo, en las leyes tributarias y en las leyes de los tribunales de lo contencioso-administrativo. El antecedente lo ubicamos en la opción del recurso de revocación del Código Fiscal de la Federación y en el art. 28 de la primera Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (1971), salvo en la materia fiscal, excepción ya desaparecida en la nueva Ley de dicho tribunal (1995).

D) La expedición de la LFPA y sus dos reformas

La LFPA tuvo el mérito, entre otros, de uniformar a los recursos administrativos dispersos en la legislación aplicada por la administración pública federal. Los ámbitos de aplicación de la ley quedaron delimitados a lo orgánico (sólo el sector centralizado de la administración federal) y a lo material (con exclusión de las materias fiscal, financiera, electoral, responsabilidades de los servidores públicos, competencia económica y funciones constitucionales del Ministerio Público). Esto también trascendió al ámbito de aplicación del recurso de revisión. El citado recurso fue jerárquico: interpuesto ante la autoridad emisora y resuelto ante el superior jerárquico.

El recurso fue considerado como optativo, ante la disyunción de que fuese interpuesto "o intentar las vías judiciales correspondientes", señalándose impugnación de los actos de trámite (art. 84), plazo para interponer el recurso (art. 85), requisitos del escrito de interposición (art. 86), suspensión (art. 87), causales de desechamiento (art. 88), improcedencia de la vía administrativa (art. 89), causales de sobreseimiento del recurso (art. 90), efectos de la resolución (art. 91), principios de la resolución del recurso de revisión (art. 92), principio de estricto derecho (art. 93) e impugnación de negativa ficta del recurso (art. 94).

La LFPA tuvo una primera reforma, que afectó al recurso de revisión en cuanto a prever el supuesto de que si se combatía un acto administrativo de un titular de un órgano de la administración, este mismo sería el competente para resolver el recurso.⁶³ Con ello, el recurso de revisión sería resuelto por los superiores jerárquicos de los emisores y por los titulares ante la impugnación de los actos propios (reforma del segundo párrafo del art. 86). También se incorporó la figura de la prevención dentro de las disposiciones dedicadas a regular el procedimiento general que son aplicables al recurso, a efecto de que, en caso de faltar algún requisito en el escrito de interposición, se advierta al interesado para que subsane las omisiones en un término de cinco días, sino sería desechado el escrito inicial (art. 17-A) y que, salvo disposición expresa en contrario, los plazos para que la autoridad conteste una petición empezarían a correr al día hábil inmediato siguiente a la presentación del escrito correspondiente (art. 17-B). En cuanto a las notificaciones, se adicionó al art. 35 con un párrafo en donde se estableció que "salvo cuando exista impedimento jurídico para hacerlo, la resolución administrativa definitiva deberá notificarse al interesado por medio de correo certificado o mensajería, en ambos casos con acuse de recibo, siempre y cuando los solicitantes hayan adjuntado al promover el trámite el comprobante de pago del servicio respectivo."

La segunda reforma a la LFPA,⁶⁴ dedicada abundantemente a la mejora regulatoria, tuvo una particular incidencia para el recurso de revisión, en cuanto lo siguiente:

1. Ampliación de los ámbitos orgánico y material de la LFPA: se aplicará a los organismos descentralizados cuando ejerzan actos de autoridad, a los servicios que el Estado preste de manera exclusiva y a los contratos que los particulares sólo puedan celebrar con el mismo (segundo párrafo del art. 1).
2. Formalidades específicas respecto a documentación anexa a las promociones y a información necesaria para el desarrollo del procedimiento (art. 15-A).
3. Disminución del plazo para derivar la negativa ficta: de cuatro meses a tres, lo cual empata este supuesto de la LFPA con el del Código Fiscal Federal (art. 17).

⁶³ *Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 1996.

⁶⁴ *Diario Oficial de la Federación* de 19 de abril de 2000.

4. Detalles puntillosos en cuanto a la prevención (art. 17-A).
5. Una nueva redacción del art. 83, auspiciada por la Cámara de origen, contradictoria con el reformado segundo párrafo del art. 1, al restringir los alcances de la procedencia del recurso sólo contra los actos y resoluciones de la administración pública centralizada federal.

Para el momento en que el Ejecutivo Federal había enviado la iniciativa de lo que sería la segunda reforma de la LFPA, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia ya había aclarado la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, en caso de que el particular no optase por el recurso de revisión de la LFPA.

IV. LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA RESPECTO AL CARÁCTER OPTATIVO DEL RECURSO DE REVISIÓN DE LA LFPA: UN PASO MÁS HACIA EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del primer Circuito planteó una contradicción de tesis entre los criterios sustentados por dicho Tribunal y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del mismo Circuito ante la Segunda Sala del Máximo Tribunal nacional, para el efecto de determinar si la opción prevista en el art. 83 de la LFPA para acudir a las “vías judiciales correspondientes”, en vez de interponer el recurso de revisión, se trataba del juicio de amparo o el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación (TFF).

Sobre el particular, la Segunda Sala consideró que debería realizarse una interpretación literal, causal, teleológica y sistemática para relacionar el art. 83 de la LFPA con la fracción XIII del art. 11 de la Ley Orgánica del TFF, a fin de considerar que por “vías judiciales correspondientes” no debería entenderse como una vía de procedencia del juicio de amparo, 1) porque no se hace mención de dicho juicio y 2) si la finalidad del recurso de revisión es constatar el apego a la legalidad, mas no a la constitucionalidad, de los actos administrativos, entonces no hay afinidad entre el objeto del recurso de revisión y el del juicio de garantías. Entonces la Segunda Sala pasó a exponer cómo la evolución del TFF lo ha caracterizado como un órgano jurisdiccional que controla la legalidad de la actuación de la autoridad administrativa, por lo que resulta el idóneo para actualizar el supuesto de “vías judiciales correspondientes” previsto en el multicitado art. 83 de

la LFPA. De aquí, la Segunda Sala concluyó que con esta decisión se amplía la materia de conocimiento del TFF “acercando su ámbito de competencia aun más, a la de un auténtico tribunal federal de justicia administrativa.”

La sentencia dictada por la Segunda Sala generó la tesis de jurisprudencia 2a./139/99 que a continuación se transcribe:

“REVISIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA. EL ART. 83 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESTABLECE LA OPCIÓN DE IMPUGNAR LOS ACTOS QUE SE RIGEN POR TAL ORDENAMIENTO A TRAVÉS DE ESE RECURSO O MEDIANTE EL JUICIO SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN. De la interpretación literal y sistemática de lo dispuesto en los arts. 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 11, fracción XIII, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, así como de los antecedentes históricos que informan a este último numeral, se colige que al hacerse referencia en el primero de los preceptos mencionados a las “vías judiciales correspondientes” como instancia para impugnar los actos emitidos por las respectivas autoridades administrativas, el legislador tuvo la intención de aludir a un procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional, con independencia de que éste sea de naturaleza judicial, y cuyo objeto tenga afinidad con el recurso de revisión en sede administrativa, el cual se traduce en verificar que los actos de tales autoridades se apeguen a las diversas disposiciones aplicables; por otra parte, de lo establecido en el citado precepto de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, se deduce que a través de él se incluyó dentro del ámbito competencial del referido Tribunal el conocimiento de las controversias que surjan entre los gobernados y las autoridades administrativas cuya actuación se rige por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, sin que se condicionara la procedencia del juicio contencioso administrativo al agotamiento del citado recurso, máxime que la interposición de éste es optativa. En ese contexto, se impone concluir que los afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que se rijan por ese ordenamiento, que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, tienen la opción de impugnarlos a través del recurso de revisión en sede administrativa o mediante el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación; destacando que dentro de las vías judiciales correspondientes a que hizo referencia el legislador en el mencionado art. 83 no se encuentra el juicio de garantías dado que, en abono a lo anterior, constituye un principio derivado del diverso de supremacía constitucional que las hipótesis de procedencia de los medios de control de constitucionalidad de los actos de autoridad, únicamente pueden regularse en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

o en la ley reglamentaria que para desarrollar y pormenorizar esos medios emita el legislador ordinario.”

Con esta jurisprudencia se aclara la competencia del TFF, al tiempo de convertir al recurso de revisión en medio de impugnación común en sede administrativa.

V. LA TERCERA REFORMA DE LA LFPA

A) El procedimiento legislativo de la reforma

El 3 de abril del 2000, el Presidente de la República presentó a la Cámara de Diputados una iniciativa de reformas a la LFPA, donde se proponían cambios en materia de notificación de los actos administrativos (art. 37), de la presentación de promociones o solicitudes a través de medios de comunicación electrónica en los trámites de mejora regulatoria (art. 69-C) y del recurso de revisión (art. 83).⁶⁵ La iniciativa fue turnada a la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales para su dictamen.

En la exposición de motivos de la iniciativa es atendida parcialmente, sin mencionarla explícitamente, la jurisprudencia 2a./J 139/99, en cuanto a reconocer la confusión del término “vías judiciales”, por lo que “se considera pertinente sustituir el concepto judicial por el de jurisdiccional, en atención a que este último comprende ambas vías, las judiciales y las administrativas.”

También supera la inexplicable restricción contenida en el art. 83 de la LFPA, proveniente de la segunda reforma, por lo que se amplía la procedencia del recurso de revisión acorde con la expansión del ámbito de la ley que nos ocupa, para quedar así:

“Art. 83. Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda.

“En los casos de actos de autoridad de los organismos descentralizados federales, de los servicios que el Estado presta de manera exclusiva a través de dichos organismos y de los contratos que los particulares sólo pueden celebrar con aquellos, que no se refieran a las materias excluidas de la

⁶⁵ *Op. cit.*, supra nota 3.

aplicación de esta ley, el recurso de revisión previsto en el párrafo anterior también podrá interponerse en contra de actos y resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente.”

Además en el segundo transitorio se propone la derogación de las disposiciones que se opongan a lo establecido en el decreto de reformas, mientras que los recursos administrativos ante organismos descentralizados en trámite a la entrada en vigor de dicho decreto, serán resueltos conforme a la ley aplicable a la entrada en vigor.

La Comisión formuló su dictamen, que no cambió sustancialmente el contenido de la iniciativa, mismo que fue publicado en la *Gaceta Parlamentaria*⁶⁶ y sometido a discusión y votación de la Cámara, la que lo aprobó por 381 votos, con 5 abstenciones, en su sesión matutina del 29 de abril de 2000, turnándose a la colegisladora para continuar con el procedimiento legislativo. En la sesión vespertina del mismo día en el Senado de la República se dio lectura al dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación, primera, de Comercio y de Estudios Legislativos, primera, del proyecto de decreto de reforma de la LFPA, dispensándose la segunda lectura y sin discusión en lo general y lo particular, se pasó a recabar la votación, emitiéndose 53 votos en pro y 23 abstenciones.

Así, la tercera reforma a la LFPA se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de mayo de 2000.

B) Comentarios a la reforma

1. Ampliación orgánica del recurso de revisión

Es benéfica la enmienda propuesta sobre el recurso de revisión, cuando difunde los alcances de dicho medio de defensa a los nuevos ámbitos de aplicación de la LFPA (organismos descentralizados, servicios que el Estado preste de manera exclusiva y contratos administrativos), bajo el entendido, como se expone en la iniciativa, de que:

“...el recurso será aplicable a los actos de los organismos descentralizados que son regidos conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo-

⁶⁶ *Gaceta Parlamentaria* de 29 de abril de 2000, anexo, pp. 16 a 19.

vo. Evidentemente, el recurso de revisión será procedente sin perjuicio de mantener fuera del ámbito de aplicación de la ley las exclusiones ya previstas, entre otras, las relativas a las contribuciones y sus accesorios, que se seguirán rigiendo por las leyes específicas. De este modo, no podrá interponerse en contra de los organismos descentralizados que implique el cobro de alguna contribución.”

Estos casos son los del Instituto Mexicano del Seguro Social y del Instituto del Fondo para la Vivienda de los Trabajadores, calificados como organismos fiscales autónomos.

Aunque no se deben apartar en cuanto a la aplicación de las disposiciones de la LFPA y del ámbito de protección del recurso administrativo a los casos de imposición de multas —menos las de origen fiscal— y en materias excluidas de la LFPA, puesto que, conforme al Código Fiscal de la Federación, poseen la naturaleza jurídica de aprovechamientos.

Sin embargo, en el desarrollo del procedimiento legislativo fueron excluidos los recursos jerárquicamente impropios existentes en la legislación federal, respecto de actos de los órganos descentralizados (por ejemplo, el recurso previsto en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, mismo que procede contra actos de la Junta Directiva de dicho órgano y que es resuelto por la Procuraduría Fiscal de la Federación, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público). Por lo que, conforme a la disposición segunda transitoria, sólo subsistirán las formas del recurso jerárquico y del recurso resuelto por los titulares respecto de sus actos, ya que se derogaron todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en el decreto de reforma que nos ocupa, como serían las que establezcan recursos administrativos.

En el segundo transitorio del decreto publicado el 30 de mayo de 2000, se establece que los recursos administrativos en trámite ante organismos descentralizados a la entrada en vigor de dicho decreto serán resueltos conforme a la ley de la materia de que se trate, a efecto de proporcionar seguridad jurídica tanto a la administración pública como a los recurrentes.

2. Extensión material del recurso de revisión

La tercera reforma a la LFPA se engarza con las nuevas leyes de los contratos administrativos: la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados

con las mismas, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de enero de 2000. Las nuevas leyes deberán asumir al recurso de la LFPA como el medio de impugnación común en el ámbito interno de la administración Pública. Igualmente, y de acuerdo con la teleología expuesta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, con esto se extiende la jurisdicción del TFF para conocer de los conflictos suscitados en materia de los contratos previstos en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, tanto cuando se trata de dependencias de la administración centralizada como de los organismos descentralizados.

3. La consagración legal de la jurisprudencia de la Segunda Sala

De la tercera reforma destaca la adecuación parcial del art. 83 de la LFPA con la jurisprudencia 139/99 de la Segunda Sala de la Suprema Corte. Aunque la iniciativa y el dictamen de la tercera reforma reconocieron los positivos efectos de la interpretación jurisprudencial del texto original del art. 83 sobre las “vías judiciales”, hubiese sido preferible una mejor claridad del texto legislativo, señalando expresamente la competencia del TFF para resolver las impugnaciones contra los actos de la administración pública, si el gobernado afectado no decide agotar el recurso de revisión de la LFPA, para de esta manera allanar el camino hacia la transformación de dicho órgano jurisdiccional.

Han sido constantes las propuestas por transformar al TFF en un tribunal de competencia genérica, que abandonase su originaria y dominante competencia tributaria, así como su evolución hacia un taxativo cúmulo de facultades jurisdiccionales. Estas propuestas han sido de aliento académico⁶⁷ y de distinguidos magistrados fiscales,⁶⁸ que han culminado en una pública propuesta del TFF para su conversión en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, mismo que sería competente para dirimir las controversias entre la administración pública federal y los particulares, derivadas de resoluciones administrativas definitivas individuales o generales,

⁶⁷ CARRILLO FLORES, Antonio, *op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 264 y 265, y FIX-ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 132 y 133. Una visión panorámica de las propuestas es posible verla en VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *op. cit.*, *supra* nota 39.

⁶⁸ HEDUAN VIRUES, Dolores, “Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa” en VV. AA., *Estudios de derecho público contemporáneo*, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 127 a 140, y ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo, *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, Manuel Porrúa, 1977, pp. 354 a 359.

vías de hecho, contratos administrativos, responsabilidad administrativa y servicio civil de carrera.⁶⁹ Aun cuando la reforma de la LFPA que nos ocupa no plantea directamente la mutación del TFF, sí será asumida como el catalizador de la transformación de institucional del Tribunal.

Lamentablemente la reforma omitió referirse de forma expresa al TFF, para emplear el genérico término de “la vía jurisdiccional que corresponda”. Aun con el cambio legislativo, subsiste la argumentación desenvuelta por la Segunda Sala del máximo Tribunal, para justificar la procedencia del juicio de nulidad ante el TFF, en caso de abstención del agotamiento del recurso de la LFPA. Nada mejor que la claridad legal que evite cargas innecesarias de trabajo del máximo interprete judicial del país.

Por ello, parafraseando a don Antonio Carrillo Flores,⁷⁰ el recurso de revisión de la LFPA sería el vestíbulo de la jurisdicción administrativa, del Tribunal Fiscal de la Federación.

VI. CONCLUSIONES

De la anterior exposición se desprenden las siguientes conclusiones:

Primera. La doctrina ha desenvuelto un abundante número de definiciones sobre el recurso administrativo, destacándose la tendencia que lo ubica como un medio de defensa legal, cuyo objeto consiste en revisar el apego a la legalidad de un acto de la administración pública.

Segunda. El recurso administrativo es un procedimiento de la administración de naturaleza contenciosa, cuya resolución es un acto formal y materialmente administrativo, al que se exporta la técnica y la teleología del proceso: sigue los lineamientos del principio contencioso y resuelve una controversia planteada por un particular sobre la legalidad u oportunidad de un acto administrativo.

Tercera. La controversia objeto del recurso se caracteriza por ser un conflicto de interpretaciones respecto al apego a la legalidad del acto impugnado o sobre la oportunidad del mismo.

⁶⁹ Vid, el art. 11 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en *Congreso de Justicia Administrativa 1997. LXI Aniversario del Tribunal Fiscal de la Federación*, t. II, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1998, pp. 228 y 229.

⁷⁰ CARRILLO FLORES, Antonio, *op. cit.*, *supra* nota 18, p. 121.

Cuarta. El fundamento de los recursos administrativos es triple: a) proporcionan una oportunidad a la administración de corregir sus errores y afectaciones al régimen al que está sometida, b) son una forma de aplicación de las garantías de audiencia y legalidad, en favor de los gobernados, y c) están inscritos en los medios de control de la función administrativa.

Quinta. De los distintos criterios de clasificación de los recursos administrativos, hay tres que importa enfatizar por su trascendencia práctica: a) por el órgano que conoce del recurso, b) por su interposición y c) por su extensión material. En el primer criterio tendríamos a los recursos resueltos por la misma autoridad emisora del acto impugnado, los llamados jerárquicos y los jerárquicamente impropios. En el segundo aparecen los obligatorios y los optativos. En el tercero se encuentran el recurso común y los recursos especiales.

Sexta. Paulatinamente se han ido incorporando en la Constitución Federal mayores referencias sobre los recursos administrativos, aunque sus fundamentos más amplios se encuentran en la fracción IV del art. 107 y en las garantías de audiencia y legalidad de los artículos 14 y 16 de la ley fundamental.

Séptima. La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación sobre los recursos administrativos ha insistido en su apoyo en la ley y no en los reglamentos, mientras que el Pleno de la Sala Superior del TFF aboga por evitar el formalismo excesivo en el desarrollo adjetivo de los recursos, para evitar su conversión en “trampas procesales”.

Octava. El recurso administrativo es uno de los medios jurídicos puestos a disposición de los particulares para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, cuando resultan alterados por los actos administrativos. El recurso está inmerso en la mecánica de la justicia administrativa; puede ser la antesala del contencioso administrativo, que resalta cuando disminuye sustancialmente su número, para aumentar su eficacia; si aparece en la estructura de las leyes de procedimiento administrativo, como recurso común, y si es optativo.

Novena. El planteamiento de la interposición optativa del recurso se ha fortalecido por el desgaste del medio impugnativo cuando se toma obligatorio, pues desde diversos ámbitos administrativos han surgido criterios de confirmación a toda costa de los actos impugnados, con lo que vuelven desgastante —en lo económico y en lo personal—, tortuosa y formalista la defensa de los particulares. La interposición optativa de ninguna forma debe interpretarse como la proscripción del recurso, ya que se deja la decisión de interponerlo al gobernado afectado.

Décima. La LFPA es el paradigma del movimiento favorable por la ordenación uniforme del procedimiento por el que discurre la función administrativa, cuyos antecedentes los encontramos en el Código Fiscal de la Federación de 1938 y en el Código Administrativo del estado de Chihuahua de 1974, donde el recurso de revisión sustituyó a los recursos dispersos en la legislación administrativa, en las materias en que fuese aplicable la LFPA.

Décima primera. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, mediante una contradicción de tesis, que la vía jurisdiccional que podía seguir el particular en caso de no agotar el recurso de la LFPA era el juicio de nulidad ante el TFF, con lo que se ha fortalecido la propuesta doctrinal a favor de la erección del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, dotado de competencia genérica en la materia administrativa y tributaria federal.

Décima segunda. Las tres reformas introducidas a la LFPA se han ocupado de diversa manera del recurso de revisión: a) en 1996, abrir su faceta como recurso jerárquico; b) la primera reforma de 1999 restringió el ámbito orgánico de aplicación del recurso de revisión sólo a los actos de la administración centralizada, y c) la segunda reforma de 1999 supera la restricción antecedente para abrir la procedencia del recurso de revisión contra actos de autoridad de los organismos descentralizados y, sobre todo, traslada el criterio jurisprudencial al ámbito legal, por el que es ampliada la competencia del TFF.

Décima tercera. Tanto el criterio jurisprudencial como la reforma legal fortalecen el aparato de los medios de defensa de los particulares, además de propiciar la transformación de un tribunal que ha dado positivos resultados en la dificultada construcción del Estado de derecho en nuestro país, desde su fundación en 1936.

DEMOCRACIA Y LEY NATURAL DESDE EL IUSNATURALISMO CATÓLICO DE SUÁREZ

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Francisco Suárez: doctor piadoso y eximio*. III. *Poder del Estado y democracia*. IV. *Ley natural y conciencia; racionalidad e historia*. V. *Algunas notas sobre el derecho de resistencia en Suárez*.

I. INTRODUCCIÓN

En *Letras Libres* número 14, correspondiente a febrero 2000, Enrique Krauze publicó un artículo titulado “La ética católica y el espíritu de la democracia”; en el apartado que encabeza como “Entre Santo Tomás y Maquiavelo”, hace varias afirmaciones con relación a la filosofía jurídico-política de Francisco Suárez, las que, desde nuestro punto de vista, no corresponden con el pensamiento del jesuita granadino.

En las siguientes líneas expondremos algunos aspectos del pensamiento de Francisco Suárez (1548-1617) referentes a su concepción del poder del Estado, de la democracia, de la ley natural, del derecho de resistencia o revolución y de la relación que establece entre razón e historicidad en el derecho. Lo hacemos con el objeto de divulgar parte de su pensamiento que consideramos en muchos aspectos de interés para la actualidad, y de paso refutamos las afirmaciones de Krauze.

II. FRANCISCO SUÁREZ: DOCTOR PIADOSO Y EXIMIO

Suárez nació en Granada el 5 de enero de 1548 y murió en Lisboa el 24 de septiembre de 1617. Fue profesor en varios colegios de la Compañía de Jesús, en la cual había sido admitido en 1564; enseñó en los colegios de Se-

govia, Ávila, Valladolid, Roma y Alcalá. En 1597 fue solicitado por la Universidad de Coimbra, en Portugal, centro del conocimiento al que estuvo adscrito hasta el fin de su vida; en los primeros años (1597-1603) su actividad preponderante fue la enseñanza, y a partir de 1603 la redacción de sus libros ocupa la mayor parte de su tiempo. En los temas de filosofía del derecho y del Estado —como teólogo jurista— sus obras principales son: *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador (De Legibus)*, escrito en diez libros y publicado en Coimbra en 1612; y *Defensa de la Fe (Defensio Fidei)*, también publicada en Coimbra en 1613, que es un alegato impugnando la teoría del derecho divino de los reyes, sostenida principalmente por Jacobo I, rey de Inglaterra.

Suárez es llamado *Doctor Eximius ac Pius*, que “connota el sentido exacto de su vida y personalidad”,¹ dice Carlos Larrainzar; agrega que es doctor piadoso “porque la totalidad Suárez tiene un profundo sentido unitario, la vocación religiosa... *doctor piadoso* en doble sentido: respecto de su persona y del carácter de su obra.”² Y es doctor eximio “porque aparece como el hombre de la modernidad en quien resuena toda la sabiduría escolástica y autor de la obra más seria, rigurosa y completa que ofrece el pensamiento católico de la nueva época; un eminente teólogo que reúne en sí al moralista, al filósofo y al jurista.”³

El jesuita granadino es considerado el primer gran filósofo moderno y el último, más profundo y original de los escolásticos; es filósofo de la síntesis, en busca de una visión completa, integral, del ser humano. Luis Vela Sánchez opina del trabajo de Suárez diciendo: “equidistante del intelectualismo y del voluntarismo rígidos, síntesis armoniosa de entendimiento y voluntad, de objetivo y subjetivo, de ley y derecho, de norma y conciencia, de abstracto y concreto, de fijo y mudable, es modelo acabado para las actuales generaciones tan ávidas de encontrar el hombre íntegro y cabal”.⁴ Larrainzar dice que el profesor de Coimbra “es uno de los máximos pensadores escolásticos por su rigor sistemático, su hondura especulativa y su

¹ LARRAINZAR, Carlos, *Una introducción a Francisco Suárez*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1977. p. 36.

² *Idem supra*, p. 37.

³ *Idem supra*, p. 39.

⁴ Estudio preliminar, “Suárez, teólogo y filósofo del derecho”, en *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador* de Francisco Suárez, edición bilingüe de *Tractatus de Legibus, ac Deo Legislatore*, versión castellana de José Ramón Muñozguren, S. I., Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos. 1967. p. xv.

erudición histórica; constituye la base, no por negada menos evidente, del mundo moderno y un factor imprescindible para la comprensión de su filosofía.”⁵

III. PODER DEL ESTADO Y DEMOCRACIA

Enrique Krauze, siguiendo a Richard M. Morse, afirma que la tradición del “Estado patrimonial español” se arraiga en la doctrina neotomista representada sobre todo por Suárez.⁶

Pero no hay tal idea patrimonialista del Estado en Suárez; el teólogo jesuita, como dijimos, escribe su tratado de *Defensa de la Fe* en contra de la teoría del “derecho divino de los Reyes”, defendida en aquella época por Jacobo I de Inglaterra; en esa obra Suárez desarrolla una concepción democrática del poder, sosteniendo que el origen de la autoridad del gobernante está en el pueblo, que la concede por libre consentimiento, derivándose de allí los títulos legítimos de gobierno. Suárez es un filósofo político moderno, acentúa la libertad y desarrolla lo relativo al consenso político. Constituye la suya una concepción democrática del poder, de raíz comunitaria, no individualista ni estrictamente contractualista como el pensamiento posterior de fines del siglo XVII y del XVIII. Para Suárez el ser humano naturalmente libre es natural y necesariamente social y político.⁷

Esta temática de poder y democracia, que lleva implícita la de Estado y derecho, es resuelta en el iusnaturalismo clásico de manera muy interesante, especialmente por los teólogos juristas españoles del siglo XVI, como el dominico Francisco de Vitoria (1483?-1546) que es el autor más representativo de la Escuela de Salamanca y los jesuitas Juan de Mariana (1536-1624) y Francisco Suárez, a quienes, entre otros, consideramos nuestros autores básicos de la tradición hispanoamericana de defensa de los derechos humanos.

Vitoria, como profesor en Salamanca, tanto en la Universidad como en el Colegio de San Esteban de los dominicos, es seguidor de la filosofía de Santo Tomás de Aquino, la cual adapta a los nuevos tiempos que le tocan

⁵ LARRAINZAR, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

⁶ KRAUZE, Enrique, “La ética católica y el espíritu de la democracia”, en *Letras Libres*, núm. 14, México, febrero de 2000, p. 18.

⁷ Cfr. Francisco Suárez, *Defensa de la fe católica y apostólica contra los errores del anglicanismo*, edición bilingüe de *Defensio Fidei*, versión española de José Ramón Enguillor Muñozguren, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1971, lib. III, cap. VI.

vivir; además, recibió la influencia del nominalismo de sus maestros de la Universidad de París en donde había estudiado. Vitoria es un fiel filósofo tomista porque no acepta la metafísica nominalista ni el principio social individualista, sin embargo, se nota en su pensamiento filosófico, político y jurídico, la influencia nominalista.

Al hacer filosofía política, Vitoria desarrolla la línea de pensamiento tomista que ve a la comunidad política como una institución de derecho natural, autónoma en el ámbito de los fines temporales del hombre. Para Vitoria el poder reside originalmente en la comunidad. El gobierno debe estar sometido tanto al derecho natural como positivo, y debe buscar el bien común.

La idea de democracia es clara también en Vitoria: "Porque cada república puede nombrarse su señor, sin que para ello sea necesario el consentimiento de todos, sino que parece basta el de la mayor parte. Porque... en lo que pertenece al bien común de la república, tiene fuerza de ley, aun para los que la contradigan, todo aquello que determine la mayoría; de otra manera nada podía hacerse en utilidad de la república, pues es tan difícil que todos sean conformes y del mismo parecer."⁸

El jesuita Juan de Mariana es un tratadista de la monarquía. Llega a justificar el tiranicidio, si el monarca hace un ejercicio del poder en contra de los intereses del pueblo. Para ello se basa en una concepción democrática de la titularidad del propio poder. Considera que el poder reside originariamente en el pueblo, y el ejercicio del mismo es delegado a un príncipe que debe llevarlo a cabo en beneficio de ese propio pueblo.

Al igual que Suárez, su teoría democrática no es contractualista, a la manera de las concepciones individualistas de la Ilustración, sino comunitaria. La comunidad política no nace pactada, sino que es natural al hombre.

Censura severamente a las monarquías por sus prácticas devaluacionistas de la moneda. El rey no puede alterar el valor de la moneda sin contar con el consentimiento del pueblo. Supremacía del poder del pueblo sobre el poder del rey. Veamos algunos textos de este polémico jesuita:

Podrán los reyes, exigiéndolo las circunstancias, proponer nuevas leyes, interpretar y suavizar las antiguas, suplirlas en los casos en que sean insuficientes, mas nunca trastornarlas a su antojo, ni acomodarlo todo a sus

⁸ *Las elecciones jurídicas de Vitoria I*, Introducción y notas de Rafael Aguayo Spencer, México, Ed. Jus, 1947, pp. 177 y 178.

caprichos y a sus intereses... Un príncipe no dispone de mayor poder que el que tendría el pueblo entero si fuese el gobierno democrático... No debe, pues, creerse más dispensado de guardar sus leyes que al que lo estarían los individuos de todo el pueblo...⁹

Francisco Suárez, nutrido al igual que Mariana de la tradición democrática de los fueros comunales castellanos, tiene una concepción democrática del poder.

Gómez Robledo resume en los siguientes cuatro pasos el pensamiento suareciano sobre la potestad:

- 1) A ninguna persona, física o moral, le viene inmediatamente de Dios la potestad civil, por naturaleza o por donación graciosa;
- 2) sino al gobernante le viene la autoridad mediante el pueblo;
- 3) quien le concede por su libre consentimiento, derivándose de allí los títulos legítimos de gobierno; y
- 4) al hacer esa donación o traspaso, hay limitaciones en el poder; el gobernante que recibe la autoridad no puede usarla a su antojo; igualmente, el pueblo que la confiere no puede reasumirla a su capricho.¹⁰

En nuestro concepto es de singular importancia esta concepción de Suárez acerca del origen, justificación y ejercicio del poder. Constituye una concepción democrática del poder, de raíz comunitaria, no individualista, liberal, como el pensamiento posterior de la Ilustración.

Juan Carlos Scannone nos dice que Suárez es un filósofo político moderno, y su modernidad se muestra en la acentuación de la *libertad* "y, por eso, de la necesidad del *consenso* voluntario. Pero éste no presupone una antropología individualista de la libertad, que sólo ulteriormente se hace social por medio de un pacto. Por el contrario, el hombre naturalmente libre es asimismo natural y necesariamente social y político, aunque forma parte de esta o de otra comunidad política determinada en forma libre e histórica."¹¹

⁹ *Antología de Juan de Mariana*, Prólogo, selección y notas de Víctor Rico González, México, Ed. Secretaría de Educación Pública, Biblioteca Enciclopédica Popular, 1947, p. 49.

¹⁰ GÓMEZ ROBLEDO, Ignacio, *El origen del poder político según Francisco Suárez*, México, Ed. Jus, 1949, p. 143.

¹¹ CARLOS SCANNONE, Juan, "Lo social y lo político según Francisco Suárez. Hacia una lectura latinoamericana actual de la filosofía política de Suárez", en *Xipe Totek*, Revista de Filosofía y Ciencias Sociales, núm. 26, Guadalajara, Ed. Instituto Libre de Filosofía y Ciencias, A. C., y Centro de Reflexión y Acción Social, A. C., de los jesuitas, junio de 1998, p. 134.

Al sostener Suárez que una vez traspasado el poder a la persona del rey, "ese mismo poder le hace superior al reino que se lo dio" y al decir que ese gobernante "adquirió verdadero dominio de él",¹² pareciera que fundamenta una teoría patrimonialista del Estado, como sostiene Krauze. Sin embargo, vista la doctrina del poder en Suárez de una manera integral, es claro que el gobernante es depositario del poder y administrador del mismo, pero no propietario; el ejercicio del poder no lo concibe como la utilización de algo que le pertenece en cuanto que bien patrimonial. Gallegos Rocafull escribe:

Por no tener en cuenta que ni el pueblo abdica jamás radicalmente su soberanía, ni en el pacto de señorío intervienen las personas privadas, sino exclusivamente la comunidad, se le ha reprobado indebidamente a Suárez que asimile la institución de la monarquía a un contrato privado. Es verdad que en Suárez no hay ni puede haber nitidez y precisión que hoy tienen los conceptos jurídicos. Pero, aunque su terminología sea relativamente pobre, sus ideas van mucho más allá de sus palabras y ha de ser su espíritu lo que les dé su sentido exacto...¹³

De tal modo que *el* o *los* que ejerzan la soberanía son, utilice o no Suárez la palabra, "mandatarios o representantes"¹⁴ de la comunidad o pueblo. Escribe el filósofo de Granada:

...este poder, considerado en abstracto tal como viene del autor de la naturaleza como por natural consecuencia, no residen en una sola persona, ni en ninguna comunidad particular, ya sea ésta de aristócratas, ya sea de cualesquiera otros del pueblo; porque, por la naturaleza de las cosas, este poder sólo reside en la comunidad en cuanto que es necesario para su conservación y en cuanto que puede demostrarse por el dictamen de la razón natural.

Ahora bien, la razón natural sólo demuestra que es necesario en toda la comunidad y no en una sola persona o grupo.¹⁵

¹² SUÁREZ, *Tratado de las Leyes...* op. cit., lib. III, cap. IV, 6, p. 208.

¹³ GALLEGOS ROCAFULL, José M., *La doctrina política del P. Francisco Suárez*, Ed. Jus, México, 1948, pp. 99 y 100.

¹⁴ *Idem supra*, p. 100.

¹⁵ SUÁREZ, *Defensa de la Fe*, op. cit., lib. III, cap. II, 7, p. 219.

IV. LEY NATURAL Y CONCIENCIA; RACIONALIDAD E HISTORIA

Krauze afirma que en la concepción neotomista de Suárez, en cuanto a la política y al Estado, "hay predominio de la ley natural sobre los dictados de la conciencia".¹⁶ Sostenemos que el iusnaturalismo clásico —Suárez es uno de sus representantes— comienza por aceptar la naturaleza del ser humano siendo parte esencial de éste su conciencia; así que no se entiende la ley natural prescindiendo de la conciencia o por encima de ella, ya que es parte esencial o natural del ser humano.

Por otro lado Suárez, respecto de la relación entre ley humana y ley natural, dice que la primera es necesaria y útil por el hecho de que la segunda es general y sólo contiene ciertos principios evidentes de moral y, a lo sumo, se extiende a los que se siguen de ellos por deducción necesaria y evidente; por eso es necesario que la razón humana —agrega Suárez— establezca las normas para el buen gobierno y conservación de la comunidad humana. La ley natural o derecho natural, no es una ley acabada o completa ni en el pensamiento de Santo Tomás; mucho menos en Suárez, en donde juega un papel más amplio la subjetividad, esto es, precisamente, la razón y la conciencia humana.¹⁷

Con el objeto de reforzar nuestra afirmación en el sentido de la no oposición entre conciencia y ley natural, y cómo la primera no es abrogada por la segunda, conviene ver de qué modo Suárez resuelve la cuestión de la variabilidad o invariabilidad del derecho natural.

La resolución a la cuestión entraña una profundización en los binomios naturaleza-historia, razón-realidad social, ambos referidos al derecho.

En esta cuestión fundamental de filosofía jurídica que implica la superación del carácter estático del derecho natural, Suárez hace un tratamiento singular, aporta elementos para la construcción teórica del *iusnaturalismo histórico*. Recaséns Siches dice que la doctrina del profesor de Coimbra acerca de la invariabilidad que corresponda a la ley natural, es uno de los estudios de mayor profundidad en torno a ese muy discutido problema que versa sobre la amplitud del derecho natural, "su rigidez o flexibilidad, y la relación que guarda con los contenidos empíricos de la historia."¹⁸

¹⁶ KRAUZE, op. cit., p. 18.

¹⁷ SUÁREZ, *Tratado de las Leyes...* op. cit., lib. I, cap. III, 18, p. 19.

¹⁸ RECASÉNS SICHES, Luis, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, Ed. Jus, México, 1947, p. 149.

El jesuita granadino se pregunta si la ley natural es una sola, y dice que tres problemas pueden plantearse en este punto: si es una en cada hombre, si es una en todos los hombres y en todas partes y si es una en todos los tiempos y en cualquier situación de la naturaleza humana.¹⁹

Suárez responde que en cada hombre se dan muchos preceptos naturales, pero todos ellos forman un solo derecho natural; asimismo que la ley natural es una sola en todos los hombres y en todas partes; y la ley natural es también una sola en todos los tiempos y situaciones de naturaleza humana.²⁰

Para Suárez la ley natural tiene como principal carácter su unidad, que explica en dos sentidos:

1o. La ley natural manifiesta en la conciencia humana, forma una unidad a pesar de estar compuesta de multitud de preceptos, porque todos éstos constituyen un todo armónico, persiguen un mismo fin, proceden de un mismo autor y tienen una esencia común consistente en prohibir lo malo y mandar lo bueno.

2o. Es una para todos los hombres, en todos los tiempos y en todas partes: no es opinión subjetiva y casual, sino orden de principios objetivos.²¹

Ahora bien, como explica Recaséns, el carácter universal y absoluto de la ley natural no implica que ésta, a pesar de ser en sí invariable, mande y prohíba siempre lo mismo sin distinguir las circunstancias históricas concretas que son en sí variables.²²

La postura de Suárez está constituida por una reflexión racional-histórica. La razón y la historia dan la respuesta. El hecho de introducir el aspecto histórico en la teorización filosófica jurídica, es algo que no todo el iusnaturalismo ha intentado. Como el jesuita granadino sí lo ha hecho, es importante destacarlo, tanto porque se aparta del iusnaturalismo racionalista como porque da fundamentos al *iusnaturalismo histórico*. El iusnaturalismo no debe quedarse sólo en la razón, sino que debe partir de la naturaleza objetiva del ser humano y de la historia. *Ser en la historia*.

Para el profesor de Coimbra, ¿hasta qué punto las leyes humanas pueden modificar el derecho natural?

Para Suárez existen tres órdenes de preceptos naturales:

¹⁹ SUÁREZ, *Tratado de las Leyes...* op. cit., lib. II, cap. VIII, núm. 1, p. 133.

²⁰ *Idem supra*, lib. II, cap. VIII, núms. 2, 5 y 8.

²¹ Cfr. Recaséns, op. cit., p. 148.

²² *Idem supra*.

1o. Universalísimos: como haz el bien, no hagas el mal.

2o. Conclusiones inmediatas y totalmente unidas de modo intrínseco a tales principios, como los preceptos del Decálogo: "no matarás".

3o. Los separados de los principios universalísimos.²³

Recaséns Siches, nos explica:

Suárez sostiene expresamente que el derecho natural es en sí inmutable, lo cual no impide que un sector de sus preceptos pueda experimentar modificaciones en sus contenidos, mas no porque los principios racionales varíen, sino porque, transformándose la materia social a que se aplican, cambia también el precepto, lo cual está previsto ya en el sentido del mismo.²⁴

Son inmutables, entonces, los principios universalísimos y sus derivaciones necesarias, mediatas e inmediatas. Pero los otros pueden variar. El primer conjunto de principios constituye derecho natural perceptivo y el segundo derecho natural dominativo.

Otro modo de resolver la cuestión por Suárez, es con los siguientes razonamientos, estableciendo las tesis que a continuación se exponen:

Primera Tesis: *Ningún poder humano puede abrogar precepto alguno natural*. Digo, lo primero, que ningún poder humano, ni siquiera el pontificio, puede abrogar precepto alguno propiamente dicho de la ley natural, ni limitarlo en sí mismo y en un sentido propio, ni dispensar de él.

"Lo pruebo primeramente por lo dicho en el capítulo precedente, pues ha quedado demostrado que el derecho natural por su propia naturaleza es inmutable en sus preceptos; ahora bien, los hombres no pueden mudar lo que es inmutable. Confirmación y explicación: El derecho natural, en todos sus preceptos, es una de las propiedades naturales del hombre; ahora bien, el hombre no puede cambiar la naturaleza de las cosas."...

... 11. Segunda Tesis: *Los hombres pueden algunas veces dispensar de los preceptos de derecho natural que en su obligación depende del consentimiento de la voluntad humana*. Digo —lo segundo— que de los preceptos del derecho natural que en su obligación perceptiva dependen de un previo consentimiento de la voluntad humana y de la eficacia de ese consentimiento para hacer algo, pueden a veces los hombres dispensar, no directamente ni precisamente quitando la obligación de la ley natural, sino mediante una liberación por parte de la materia."...

²³ SUÁREZ, *Tratado de las Leyes...* op. cit., lib. II, cap. XV, núm. 2, p. 163.

²⁴ RECASÉNS, op. cit., p. 151.

...”... 12. Tercera Tesis: *El derecho humano puede cambiar la materia del derecho natural de tal manera que por razón de ese cambio varíe la obligación del derecho natural.* Digo —lo tercero— que el derecho humano —tanto el de gentes como el civil— pueden realizar tal cambio en la materia de la ley natural que por razón de ese cambio varíe también la obligación del derecho natural... La razón, finalmente, es que esta clase de cambio no se opone a la necesidad e inmutabilidad del derecho natural, y por otra parte es conveniente y muchas veces necesaria en función de los diversos cambios que acontecen en la vida humana”.

“Entendiendo las cosas así es aplicable a esto el conocido ejemplo de San Agustín de que, así como la medicina da unas recetas para los enfermos y otras para los sanos, unas para los fuertes y otras para los débiles, y sin embargo no por eso las reglas de la medicina cambian en sí mismas sino que se multiplican y ahora sirven unas y luego otras, así también el derecho natural, siendo el mismo, en tal ocasión manda una cosa y otra en otra, y ahora obliga y no antes o después —sin cambiar él— por razón del cambio de materia”.²⁵

Suárez resalta la importancia de las circunstancias o condiciones para la aplicación del derecho natural. Para él una misma acción puede ser de suyo mala unas veces y otras no, según las circunstancias o condiciones. Y pone el ejemplo de tomar lo ajeno, que unas veces es malo y otras veces es bueno, pero no en unas mismas circunstancias, que en este caso es la necesidad del que lleva a cabo la acción.²⁶ Al tratar de la *epiqueya* o *equidad*, el *Doctor Eximio* insiste en la importancia de las circunstancias históricas con relación a la ley natural y su aplicación; dice que los actos humanos, en su honestidad o malicia, dependen mucho de las circunstancias y ocasiones en que se obra. Sostiene que la ley natural, considerada en sí misma, prescribe una acción suponiendo que es mala. “Por eso, para entender el verdadero sentido de un precepto natural, es preciso investigar las condiciones y circunstancias en que la acción es mala o buena en sí misma, y esto es lo que se llama interpretación de un precepto natural en su verdadero sentido.”²⁷

En la obra iusfilosófica de Francisco Suárez tenemos, entonces, un fundamento desde el iusnaturalismo clásico, para pensar las condiciones his-

²⁵ SUÁREZ, *Tratado de las Leyes... op. cit.*, lib. II, cap. XIV, núms. 8, 11 y 12, pp. 156 y ss.

²⁶ Cfr. Suárez, *op. cit.*, lib. II, cap. XV, núm. 30, p. 172.

²⁷ SUÁREZ, *Tratado de las Leyes... op. cit.*, lib. II, cap. XVI, núm. 6, p. 175.

tóricas concretas en las que se pretende tenga vigencia el bien común, se cumpla la justicia y sean efectivos los derechos humanos.

Por otro lado, Francisco Suárez, fiel a la tradición iusnaturalista, niega el carácter de auténtico derecho, a aquel que es injusto. Nos dice: “¿Cuál es la propia y verdadera ley? Por eso, aunque a veces suelen designarse con el nombre de ley los preceptos o reglas injustas... hablando en sentido propio y absoluto, solamente puede llamarse ley, la que es medida de la rectitud sin más y, consiguientemente, sólo la que es regla recta y honesta.”²⁸

Después de establecer que una ley, que ha sido suficientemente promulgada, para el tiempo en que puede obligar, debe ser acatada y cumplida por los súbditos, señala tres excepciones, por las que moralmente, no se está obligado a obedecer la susodicha ley: 1o. Si se trata de una ley injusta; 2o. si aun no siendo injusta, es demasiado gravosa; y 3o. si de hecho la mayor parte del pueblo no observa la ley.

Respecto del primer supuesto excepcional nos dice: “Una es, si la ley es injusta; por más que ésta en realidad no es excepción, porque una ley injusta no es ley, sobre todo cuando es injusta por parte de la materia por mandar una cosa injusta... Cuando es injusta solamente respecto de los súbditos porque les impone una carga injusta aunque ellos puedan observarla sin pecado, tampoco entonces obliga a que se le acepte, tanto porque eso sobrepasa al poder del legislador como porque ninguno que sufra injusticia de parte de la ley puede quedar obligado a ella.”²⁹

“Otra excepción es, si la ley, aunque no injusta, sin embargo es demasiado dura o gravosa, y tal la juzga comúnmente el pueblo o comunidad. En ese caso parece verosímil que no obliga al pueblo a aceptarla...”³⁰

Y respecto de la tercera excepción, esto es, que la mayor parte del pueblo no observa la ley, hace una sabia salvedad: “Sin embargo, también en esto se requiere una gran moderación; de no ser así muchas leyes humanas no obligarían a los timoratos y justos porque no las observa la mayor parte de la comunidad, lo cual sería absurdísimo; así que esto sólo puede tener lugar cuando no sólo no observa la ley la mayor parte, sino además su observancia produce perturbación en la comunidad con peligro de sedición o de escándalo: entonces con razón quedarán excusados los particulares, porque ya tal observancia no es útil al bien común, y el

²⁸ *Idem supra*, lib. I, cap. I, 6, pp. 8 y 9.

²⁹ *Idem supra*, lib. III, cap. XX, 11, t. II, p. 281.

³⁰ *Idem supra*, núm. 12.

soberano mismo entonces estará obligado a retirar la ley, a lo menos para evitar mayores males.”³¹

V. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DERECHO DE RESISTENCIA EN SUÁREZ

El historiador Enrique Krauze afirma también que, según la teoría política de Suárez, el poder se *enajena* en el gobernante y es difícilmente revocable por medios pacíficos, siendo la insurrección el medio idóneo para quitar el poder.³²

Ante esto, reiteramos lo dicho, en el sentido de que el traspaso del poder de la comunidad al gobernante, la enajenación de esa potestad, lo es para que se ejerza en beneficio de la propia comunidad, como un mandato o representación. También insiste Gallegos Rocafull al sostener que, de acuerdo con Suárez, en virtud del “pacto que hace con su pueblo, el rey se convierte, tanto o más que su señor, en su ministro o servidor. Más bien que adquirir un derecho, asume una responsabilidad, que ha de pesarle como *carga personal*.”³³

Además debemos decir que tanto para Suárez como para los teólogos jesuitas contemporáneos a él, como Juan de Mariana, así como para Santo Tomás de Aquino, la insurrección como acto violento es planteada como la medida o remedio extremo, una vez agotados los otros recursos. Incluso Suárez habla de acuerdos públicos, por medio de asambleas del pueblo, para deponer al rey, lo que implica acciones políticas no violentas.

El *derecho de resistencia* o *derecho de revolución* ha sido reconocido desde antiguo por la tradición filosófica del iusnaturalismo de raíz cristiana,³⁴ y se traduce en el derecho que tienen los pueblos para liberarse de gobiernos tiránicos y/o sistemas sociales y jurídicos opresivos e injustos. Así, por ejemplo, Juan de Mariana escribía:

³¹ *Idem supra*, núm. 13.

³² KRAUZE, *op. cit.*, p. 18.

³³ GALLEGOS, *op. cit.*, p. 100.

³⁴ Como ejemplo ver: Tomás de Aquino, *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, México, Ed. Porrúa, Col. Sepan Cuántos... 1981; Juan de Mariana, *La tiranía y los derechos del pueblo*, Introducción, selección y notas de José Ma. Gallegos Rocafull, México, Ed. Secretaría de Educación Pública, Biblioteca Enciclopédica Popular, 1948; y Genaro María González, *Catolicismo y revolución*, México, Ed. Murguía, 1960.

Si el príncipe empero fuese tal o por derecho hereditario o por la voluntad del pueblo, creemos que ha de sufrírsele, a pesar de sus liviandades y sus vicios, mientras no desprecie esas mismas leyes que se le impusieron por condición cuando se le confirió el poder supremo. No hemos de mudar fácilmente de reyes, si no queremos incurrir en mayores males y provocar disturbios... Se les ha de sufrir lo más posible, pero no ya cuando trastorren la república, se apoderen de las riquezas de todos, menosprecien las leyes y la religión del reino, y tengan por virtud la soberbia, la audacia, la impiedad, la conculcación sistemática de todo lo más santo. Entonces es preciso pensar en la manera como podría destronársele, a fin de que no se agraven los males ni se venga una maldad con otra.³⁵

De la concepción democrática del poder por parte de Suárez y de su modo de entender las leyes, se colige el derecho de resistencia o de revolución, que el propio filósofo de la Compañía de Jesús desarrolla. Tomamos unos textos de su *Defensa de la Fe*, que consideramos de extraordinario interés.

Por tanto, si un rey legítimo gobierna tiránicamente y el reino no tiene ningún otro medio de defensa que expulsar y deponer al rey, el Estado en pleno, en el acuerdo público y común de las ciudades y de los próceres, podrá deponer al rey: lo primero, en virtud del derecho natural, por el cual es lícito rechazar la fuerza con la fuerza; y lo segundo, porque en el primer pacto con que el Estado transfirió su poder al rey, siempre se entiende que quedó exceptuado este caso, necesario para la propia conservación del Estado.³⁶

El mismo Suárez agrega que ese es el sentido en que se debe tomar lo que dice Santo Tomás, de que no es sedición hacer resistencia a un rey que gobierna tiránicamente, “si eso se hace con poder legítimo de la comunidad misma, y prudentemente, sin un perjuicio mayor del pueblo.”³⁷

VI. CERCANÍA Y ACTUALIDAD DE SUÁREZ

Hemos dicho que el pensamiento de Francisco Suárez forma parte de nuestra tradición teórica hispanoamericana de los derechos humanos, que tiene

³⁵ MARIANA, Juan de, *La tiranía y los derechos del pueblo*, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

³⁶ SUÁREZ, *Defensa de la Fe*, *op. cit.*, lib. VI, cap. IV, núm. 15, p. 721.

³⁷ *Idem supra*.

su fundamento en el iusnaturalismo clásico de tradición cristiana. Scannone incluso nos recuerda la influencia del filósofo jesuita en la independencia hispanoamericana: "América Latina, cuyo nacimiento a la emancipación política fue acunado por ideas suarezianas."³⁸

El propio filósofo argentino resalta la actualidad de Suárez para nosotros, en esa *materia pendiente* que tenemos las sociedades latinoamericanas de lograr una *democratización integral*.³⁹ Y propone para ello una "relectura crítica de Suárez, en diálogo con la filosofía política contemporánea" que lleve a una acción política encaminada al logro del bien común universal.⁴⁰ Esto porque en Suárez la democracia política y la participación del pueblo es fundamental; el propio Scannone escribe:

Suárez todavía tiene mucho que enseñamos, aunque debemos releer sus teorías a partir de nuevas situaciones. Entre aquellas he señalado más arriba la *concepción comunicativa de lo político y del poder* político; su énfasis puesto en el *infra- e infraestructura social y popular* de lo político y, por ende, en los elementos democráticos del poder y en el papel político del pueblo (sociedad civil); su sentido de *lo común, comunitario y consensuado*, aunque más no sea en forma de hechos y costumbres, como anterior a lo conflictivo y antagónico, que, sin embargo, no desconocía; su síntesis entre lo *racional y natural*, por un lado, y lo *libre e histórico*, por otro; su apertura a la dimensión política y jurídica *internacional* y su fundación del derecho de gentes, sin descuidar la sustentación social local y nacional de la constitución de lo político, etc.⁴¹

Suárez, entonces, no sólo no es el teórico del Estado patrimonialista, sino que ha inspirado y sigue inspirando a la democracia; una democracia no sólo formal sino también sustancial.

³⁸ SCANNONE, *op. cit.*, p. 170.

Sobre la influencia de las ideas de Suárez en los movimientos de independencia en nuestra América es muy importante la obra de Carlos Stoetzer, *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

En el caso de México es muy clara la influencia de Suárez y otros teólogos juristas españoles en los criollos que intentan la independencia jurídica a través del Ayuntamiento de la Ciudad de México en 1808 y en varios de los caudillos del movimiento armado.

³⁹ SCANNONE, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁰ *Idem supra.*, p. 171.

⁴¹ *Idem supra.*

MATRICES TEÓRICAS PARA REPENSAR UNA CRÍTICA DEL DERECHO

Antonio Carlos WOLKMER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El hombre y su trayectoria histórico política*. III. *Pedagogía y práctica de la libertad en Paulo Freire*. IV. *Educación concientizante y teoría jurídica crítica*.

I. INTRODUCCIÓN

Al finalizar el siglo XX, Brasil perdió a uno de sus más conocidos pedagogos: Paulo Freire. Al fallecer, el notable educador brasileño dejó una obra aclamada, no sólo en su país, sino también reconocida internacionalmente. Imbuido en una visión humanista y revolucionaria, construyó un proyecto de educación libertadora y un método de alfabetización centrado en la concientización, en el diálogo y en la transformación social.

II. EL HOMBRE Y SU TRAYECTORIA HISTÓRICO POLÍTICA

Paulo Freire nació el 19 de septiembre de 1921 en la ciudad de Recife, en donde hizo sus estudios secundarios. Se graduó en derecho, pero ejerció la abogacía por un breve periodo. Abandonó la profesión forense para asumir funciones de coordinación en el Departamento de Educación y Cultura del SESI (Servicio Social de la Industria), en Pernambuco. Entre 1946 y 1960 realizó las primeras investigaciones y la sistematización del método de alfabetización para adultos, alcanzando en 1961 resultados altamente positivos y notoriedad nacional. En ese entonces existían grandes proyectos para la utilización de sus programas de alfabetización en todo el país, cuan-

do el golpe militar de marzo de 1964 derribó al gobierno legal y democrático de João Goulart. Con la instauración del régimen dictatorial, el proyecto de Paulo Freire fue paralizado y dejado de lado. En la misma época estuvo preso durante 70 días, acusado de subversión y de disidencia política. Tales acontecimientos lo forzaron a exiliarse en la embajada de Bolivia, y más tarde a viajar a Chile, donde ejercería actividades de profesor y consultor de programas de enseñanza dentro del gobierno de Salvador Allende. En 1969 fue profesor de la Universidad de Harvard. En 1971 viajó a Ginebra en donde asumió la asesoría del Consejo Mundial de Iglesias, y creó el Instituto de Acción Cultural (IDAC), que operaría en proyectos culturales en diversos países, como Guinea Bissau, Tanzania, Angola y Mozambique.

Durante el tiempo que vivió fuera de Brasil obtuvo diversos premios por su actuación en el área de la educación, incluyendo uno de la propia UNESCO. Fue doctor Honoris Causa de varias universidades de Europa y de Norteamérica. Al regresar a Brasil después de su exilio, impartió cátedra en las universidades brasileñas, prosiguió con su producción de libros, dio conferencias y ocupó la jefatura de la Secretaría de Educación en la Municipalidad de San Pablo, bajo la administración de Luiza Erundina.

III. PEDAGOGÍA Y PRÁCTICA DE LA LIBERTAD EN PAULO FREIRE

Al hacer un breve examen de las ideas expuestas en sus libros: *Pedagogía del oprimido* y *Educación como práctica de la libertad*, podemos captar la fuerza de algunas definiciones centrales, por ejemplo: la humanización como negación de la opresión y de la dependencia, la estrategia de una pedagogía del oprimido, la verdadera educación como proceso de toma de conciencia, praxis de liberación y problema crítico dialógico. Como vemos, existe una interacción e interdependencia necesaria entre algunos conceptos fundamentales: humanización, concientización, liberación y educación crítica.

Para Paulo Freire, el reconocimiento de la opresión, de la injusticia y de la deshumanización de las sociedades latinoamericanas se construye en el primer momento concreto de comprensión y de ruptura con esta realidad histórico cultural. Esta constatación dolorosa de "sociedades cerradas" marcadas por una "cultura del silencio" conduce al compromiso histórico de su pueblo para superar la "situación límite" de marginalidad, explota-

ción e injusticia.¹ Se crean las condiciones para una opción radical de lucha y transformación de las sociedades mediante la práctica de la educación. Tal perspectiva se expresa en la medida en que la deshumanización no es una vocación histórica de los hombres, así como tampoco la exclusión y el orden injusto son condiciones naturales de la esencia humana. En verdad, la humanización es una vocación de los individuos, vocación que es constantemente "negada por las circunstancias reales de la historia. [...] En este sentido, el ser humano es la síntesis dialéctica de la opresión y de la lucha por libertad y justicia. La deshumanización, que es la situación real de la existencia humana, contiene las condiciones necesarias de su propia negación".² Por lo tanto, adquiere sentido la "lucha por la humanización, por el trabajo libre, por la desalienación, por la afirmación de los hombres como personas, como 'seres para sí' [...]".³ El esfuerzo histórico de los oprimidos es para liberarse de aquellos opresores que los explotan, violan y causan su negación. De aquí la necesidad que se impone, según Paulo Freire, para superar la situación opresora, mediante el reconocimiento de la exclusión y la instauración de una acción transformadora capaz de superar la totalidad de la deshumanización.

El cambio de la realidad actual y de la restauración de la dignidad histórica de los hombres será instrumentado por una "pedagogía del oprimido", forjada "con él, y no para él". De acuerdo con la visión de Paulo Freire, el oprimido "es un ser que no existe por sí mismo, él sólo existe en su opresor. Con todo, nada puede ser hecho si el oprimido no percibe la realidad de la opresión".⁴ Para Paulo Freire, se vuelve imperiosa una pedagogía que, partiendo de la opresión, convierta esta situación en "objeto de reflexión de los oprimidos, de lo cual resultará su ubicación necesaria en la lucha por su liberación [...]".⁵ Ante el problema de la "conciencia oprimida y de la conciencia opresora", surge el hombre nuevo que no será opresor ni "oprimido, sino hombre liberándose".⁶

¹ FREIRE, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, 6a. ed., Río de Janeiro, Paz e Terra, pp. 29-30. *Concientización: teoría y práctica de la liberación; una introducción al pensamiento de Paulo Freire*, 3a. ed., San Pablo, Moraes, 1980, p. 52.

² PELUSO, Luis Alberto, *El proyecto de modernidad en Brasil*, Campinas, Papirus, 1994, p. 41.

³ FREIRE, Paulo, *op. cit.*, p. 30.

⁴ PELUSO, Luis A., *op. cit.*, pp. 46-47.

⁵ FREIRE, Paulo, *op. cit.*, pp. 35 y 39.

⁶ *Ibid.*, p. 46.

Quiere decir que el “hombre nuevo” resultante de una exigencia radical y de la transformación objetiva, está íntimamente vinculado a un proceso de percepción crítico educativo y de abandono de la realidad mítica creada y desarrollada por la estructura dominante. Ésta es la afirmación de una “pedagogía del oprimido”, esencialmente humanista y libertadora, que comprende momentos diferentes. En el primero “los oprimidos van desnudando al mundo de la opresión y van comprometiéndose en la praxis con su transformación”; en el segundo, “transformada la realidad opresora, esta pedagogía deja de ser del oprimido y pasa a ser pedagogía de los hombres en proceso de permanente liberación”.⁷ La “pedagogía del oprimido” enfrenta y supera a la cultura oficial de dominación que está impregnada de una visión “bancaria”.

En la concepción “bancaria” de Paulo Freire, los hombres son vistos como seres de adaptación, de ajuste y de pasividad, auténticos depósitos de conocimientos y de transmisión del saber, que sofocan cualquier posibilidad de una conciencia crítica. Esta “cultura del silencio”, marcada por una concepción mecánica y compartimentada de la conciencia presente en los “hombres como seres vacíos a quien el mundo llena de contenidos”.⁸ Al contrario de la visión “bancaria” que sirve a la dominación y a la mistificación de la existencia, la educación problemática, que sirve a la liberación, se revela auténticamente reflexiva e ideológica, arrojándose como un continuo acto de desmitificación de la realidad.⁹ Es el antagonismo de dos concepciones pedagógicas: la primera conduce a una práctica “inmovilista” y “asistencialista” que niega el diálogo que inhibe la creatividad, mientras que la segunda, de cuño problemático, “parte exactamente del carácter histórico y de la historicidad de los hombres”.

Siendo así, la educación problemática, en la perspectiva de Paulo Freire, involucra “un esfuerzo permanente a través del cual los hombres van percibiendo, críticamente, cómo están siendo en el mundo “con el que y en el que, se encuentran”.

De allí se concluye que “la educación es un quehacer permanente. Permanente en razón de la inclusión de los hombres y del devenir de la realidad”.¹⁰

⁷ *Ibid.*, p. 44; *Concientización...* pp. 58-59.

⁸ FREIRE, Paulo, *Pedagogía...* p. 77; *Educación y cambio*, 21a. ed., Río de Janeiro, Paz e Terra, 1977, p. 38.

⁹ FREIRE, Paulo, *Pedagogía...* p. 77; *Concientización...* pp. 79-82.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 80-84.

□ La dialéctica del proceso educativo en el cual la alfabetización no es la repetición de las palabras o la percepción descriptiva, sino un descubrirse como sujeto, atraviesa una humanización interactuada por la toma de conciencia, praxis libertadora y el diálogo crítico.

La aprensión desmitificadora de la realidad y la toma de conciencia conduce a la concientización que, como dice Paulo Freire, envuelve un compromiso de sujetos haciendo y rehaciendo el mundo, su inserción crítica en la historia. La concientización implica una actitud humana crítica que siempre se renueva y jamás se agota, posibilitando la aproximación con la utopía. La utopía es igualmente comprendida como un compromiso histórico: no como un ideario irrealizable, sino como la “dialección de los actos de denunciar y anunciar, el acto de denunciar la estructura deshumanizante y de anunciar la estructura humanizante.[...] La concientización está evidentemente ligada a la utopía, implica utopía. Cuando más concientizados nos volvemos, más capacitados estamos para ser anunciadores y desanunciadores gracias al compromiso de transformación que asumimos”.¹¹

Todo esto sugiere que la verdadera humanización del mundo se efectiviza con la necesaria libertad de los seres humanos. Comentando el sentido de la praxis libertadora en la obra de Paulo Freire, Peluso señala que “es condición necesaria que el ser humano sea libre para dar a la realidad una dimensión histórica y de valor.[...] En el proceso de concientización, el ser humano se vuelve libre, humaniza el mundo”.¹² Parece claro, de este modo, que la concepción de libertad de Paulo Freire, está distanciada de formulaciones formales y abstractas del liberalismo individualista burgués,¹³ así como su noción de liberación está encarada como una lucha permanente contra las diversas formas de dominación.

El diálogo es otro momento significativo en el transcurso entre “concientización”, “praxis libertadora” y “proceso de alfabetización”. Inspirándose en Karl Jaspers, Paulo Freire escribe que el diálogo es el encuentro y la comunicación entre los hombres. Sin duda, el diálogo sobresale como la “dirección por la cual los hombres encuentran su significado como hombres; el diálogo es una necesidad existencial.[...]”. Es el momento en el cual la reflexión y la acción, inseparables de aquellos que dialogan, se

¹¹ FREIRE, Paulo, *Concientización...* pp. 26-29. *Educación y cambio*, p. 39

¹² PELUSO, Luis A., *El proyecto...* p. 39.

¹³ Cfr. WEFFORT, Francisco C., En: FREIRE, Paulo. *Educación como práctica de la libertad*, 22a. ed., Río de Janeiro: Paz e Terra, 1996, pp. 14-15.

orientan para el mundo que es necesario transformar y humanizar [...]. El diálogo no puede existir sin un profundo amor por el mundo y por los hombres. [...] El diálogo exige una fe inmensa en el hombre, fe en su poder de hacer y deshacer, de crear y recrear, fe en su vocación de ser más humano [...]"¹⁴ Por esto, el diálogo que instaura una pedagogía fundada en una nueva relación humana, en una relación horizontal nacida de matriz crítica que se nutre "de amor, de humildad, de esperanza, de fe, de confianza. Por esto sólo el diálogo comunica".¹⁵

Los diversos conceptos articulados por Paulo Freire componen un proyecto de política cultural libertadora, en el que la educación se presenta como "el proceso que hace al ser humano actuar y volverse conciente de su propia realidad. En este sentido, educación significa acción cultural para la humanización, o concientización, o liberación".¹⁶ En el fondo, lo que pretende Paulo Freire, imbuido de la praxis cultural ideológica, es la afirmación de una teoría de la acción para liberar a los oprimidos, construida en comunión del pueblo con los líderes revolucionarios, ya que el pueblo, estando agobiado y oprimido, no puede, solo, construir la teoría de su acción libertadora".¹⁷ Se hace evidente que la propuesta pedagógica de Paulo Freire se revela como un fuerte instrumento de cuño revolucionario que actúa íntima y permanentemente en el sentido de los cambios y de las transformaciones de la sociedad. Se trata de una propuesta metodológica que privilegia el diálogo, la participación, la formación de una conciencia crítica¹⁸ del mundo y una nueva relación entre los hombres.

De este modo, la educación es un proceso permanentemente "rehecho por la praxis", revelándose problemático, crítico y creativo.¹⁹

¹⁴ FREIRE, Paulo, *Concientización...* pp. 82-83.

¹⁵ FREIRE, Paulo, *Educación...* pp. 115-116.

¹⁶ PELUSO, Luis A., *El proyecto...* p. 39.

¹⁷ FREIRE, Paulo, *Pedagogía...* p. 217.

¹⁸ Al hablar de "conciencia crítica", importa destacar que Paulo Freire entiende por "crítico, aquel conocimiento que no es dogmático ni permanente, que existe en un continuo proceso de hacerse a sí mismo. Y siguiendo la tesis de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento crítico sería aquel relacionado con un cierto tipo de acción que resulta de la transformación de la realidad. Sólo una teoría crítica puede llevar a la liberación del ser humano, ya que no existe transformación de la realidad sin la liberación del ser humano". En: PELUSO, Luis A., *El proyecto...* p. 44.

¹⁹ PELUSO, Luis A., *op. cit.*, pp. 59-60; FREIRE, Paulo, *Concientización...* p. 81; *Pedagogía...* pp. 211-217.

IV. EDUCACIÓN CONCIENTIZADORA Y TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA

Para concluir este inventario de la educación concientizadora, debemos mencionar dos posibles reflexiones: la importancia de las ideas de Paulo Freire para repensar a las sociedades periféricas y dependientes de América Latina y a las posibilidades de introyectar sus contribuciones epistemológicas, de tenor crítico y antidogmático, en la investigación actual de la teoría, del saber y de la enseñanza del derecho.

La Teoría Crítica, como instrumento operante, expresa la toma de conciencia vinculada al proceso histórico social y a la superación de una realidad en constante transformación. De hecho, la Teoría Crítica surge como una formulación dinámica, superando los límites naturales de las teorías tradicionales, ya que se atiene apenas a describir lo que está establecido o a contemplar equidistantemente los fenómenos sociales y reales. Sus supuestos de racionalidad son "críticos" en la medida en que articulan, dialécticamente, la "teoría" con la "praxis", el pensamiento crítico con la acción estratégica.

La intención de la Teoría Crítica consiste en definir un proyecto que posibilite el cambio de la sociedad en función de un nuevo tipo de "sujeto histórico". Se trata de la emancipación del hombre de su condición de alienado, de su reconciliación con la naturaleza no represora y con el proceso histórico moldeado por él. La Teoría Crítica tiene el mérito de demostrar hasta qué punto los individuos están cosificados y moldeados por los determinismos históricos, pero no siempre están concientes de las inculcaciones hegemónicas ni de las falacias ilusorias del mundo oficial. La Teoría Crítica provoca la autoconciencia de los autores sociales que están en desventaja y que sufren las injusticias por parte de los sectores dominantes, de los grupos o elites privilegiadas. En este sentido, ideológicamente la Teoría Crítica tiene una formalización positiva en la medida en que se convierte en un proceso adecuado al esclarecimiento y a la emancipación, yendo al encuentro de los deseos, intereses y necesidades de los realmente excluidos.²⁰

Aunque se admita que puede ser fuente de ambigüedades, la categoría "crítica" aplicada al derecho puede ser comprendida en el sentido de no sólo despertar y emancipar un sujeto histórico, sumergidos en una norma-

²⁰ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, 2a. ed., San Pablo, Académica, 1995, pp. 15-24 y siguientes.

tividad sistémica, pero también discutir y redefinir el proceso de constitución de una legalidad dominante, injusta y opresora. En verdad, la "teoría crítica" aplicada al derecho pretende repensar, cuestionar y romper con la teoría dogmática lógico formal imperante en una época o en un determinado momento de la cultura jurídica de un país, propiciando las condiciones para el amplio proceso pedagógico de "esclarecimiento", "autoconciencia" y "emancipación". La Teoría Crítica del derecho no sólo analiza las condiciones del dogmatismo técnico formal y la pretensión científica del derecho oficial vigente, sino que, sobre todo, propone nuevos métodos de enseñanza y de investigación que conducen a la desmitificación y a la toma de conciencia de los actores jurídicos.²¹

Resumiendo, la perspectiva pedagógica de Paulo Freire puede constituirse en una rica vertiente de inspiración para la construcción, en sociedades marginales y explotadas, tanto de un pensamiento crítico en general, como de una cultura jurídica menos formalista y más democrática, participativa y humanística.

SECCIÓN MONOGRÁFICA

LA PROTECCIÓN CIVIL DE LA PERSONA HUMANA EN MÉXICO

APROXIMACIÓN A DOS INSTITUCIONES DEL DERECHO MEXICANO: DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y DAÑO MORAL

David CIENFUEGOS SALGADO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Persona, personalidad*. III. *Derechos de la personalidad*. A. *Naturaleza jurídica*. B. *Características*. C. *Antecedentes*. D. *Tendencias de la legislación comparada*. 1. *Pocas disposiciones expresas*. 2. *Reglamentación civil*. 3. *Reconocimiento y protección jurisprudencial*. E. *Normatividad en México*. 1. *Legislación federal*. 2. *Legislación estatal*. 3. *Legislación internacional*. 4. *Criterios jurisprudenciales*. F. *Clasificación*. IV. *El daño moral*. A. *Conceptos y definición de la responsabilidad civil*. B. *Daño y perjuicio*. C. *Reparación del daño*. D. *El daño moral*. E. *Legislación*. V. *Interpretación judicial*. VI. *Palabras finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Lo jurídico es un ámbito cambiante, dinámico por naturaleza. Y no podía ser de otra forma: es así puesto que depende del hombre.¹ Los juristas romanos, creadores-descubridores de un universo jurídico que perdura aún hoy, afirmaron que donde existe el hombre existe el derecho, como componente y presupuesto de la *societas*. Y siendo realidad esta afirmación, sólo queda destacar que la persona humana y su conducta es razón y desiderátum, objeto y sujeto del derecho.

¹ Sin entrar en detalle, la acepción hombre alude a la condición de ser humano, sin alusión particular al género.

El hombre a través del derecho regula su convivencia social, estableciendo mecanismos y normas que lo impelen a cumplir con los fines de la sociedad, y a su manera, preservar la existencia del hombre como especie natural. Los mecanismos son múltiples y van desde las sanciones corporales y pecuniarias, hasta la privación de derechos inalienables, políticos o de familia.

En el ámbito de la protección de la persona humana, se ha desarrollado un amplio esquema doctrinario y normativo. Así, en algunos países se encuentran normas que otorgan a la persona derechos de características especiales; se concibe al ser humano como depositario de ciertos derechos innatos, y su regulación parte del necesario obrar estatal. Algunos otros países no los contemplan, lo cual puede atribuirse lo mismo a sus modelos económicos que a sus sistemas políticos.

Estos derechos, contemplados desde el ámbito del derecho civil, son motivo de las presentes líneas. Y si bien se habla de derechos de la personalidad, cabe destacar que no es la única denominación que reciben.² En el sistema federal mexicano no se encuentran expresamente señalados, pero están en íntima relación con el tema del daño moral, por ello enmarcamos estas dos instituciones en el presente trabajo.

Desde 1982 el Código Civil federal (en lo sucesivo CCF) contempla la figura del daño moral. En términos generales podemos afirmar que el daño moral tutela civilmente ciertos bienes jurídicos, y surge cuando se produce una afectación a ellos. Los bienes protegidos se engloban en lo que comúnmente se conoce por la doctrina como derechos de la personalidad. Sin embargo, el CCF es omiso al referirse a ellos, entendiéndose como descripción limitativa tácita la expresada en el art. 1916 al definir el daño moral.

Como advertimos, en el presente trabajo se aborda la cuestión de los derechos de la personalidad y del tratamiento de que gozan en el sistema jurídico mexicano, haciendo especial referencia a la figura del daño moral contemplada en el CCF y en algunos códigos civiles (CC) locales. Aprovechamos esta ocasión para presentar y plantear las nuevas perspectivas en la materia a partir del análisis de las decisiones judiciales de los tribunales federales.

² Cabe destacar que se han utilizado otras denominaciones para hacer referencia a lo que ahora revisamos como derechos de la personalidad: derechos personalísimos, derechos básicamente personales, valores del hombre, derechos humanos subjetivos fundamentales, derechos de la individualidad, derechos esenciales de la persona, derechos de la propia persona, derechos sobre sí mismo, derechos innatos, derechos naturales, derechos individuales, derechos fundamentales, bienes de la personalidad, etcétera.

II. PERSONA, PERSONALIDAD

Persona es la denominación genérica dada a todos los individuos de la especie humana. Proviene del latín *persona*, -ae, de origen etrusco. En este último idioma significaba "máscara teatral", y en latín tenía originalmente el mismo significado, pasando después al de "personaje representado por el actor", debido a una evidente metonimia; finalmente pasó al lenguaje común en la acepción actual. Sus traducciones son: francés, *personne*; italiano, *persona*; portugués, *pessoa*; inglés, *person*; alemán, *person*.³

Es común afirmar que todos los seres humanos son personas, refiriéndose en este sentido al género humano, al hombre. Sin embargo, es evidente que las concepciones al respecto han variado. Primeramente debemos mencionar qué es el hombre o ser humano, para expresar luego qué debe entenderse por persona.

Si acudimos a un diccionario, encontramos que el concepto *hombre* hace referencia a un ser dotado de inteligencia y de un lenguaje articulado, clasificado entre los mamíferos del orden de los primates y caracterizado por su cerebro voluminoso, su posición vertical, pies y manos muy diferenciados.⁴ También es indicativo de la especie humana en general, diferenciándola de los organismos subhumanos (*homo sapiens*). La voz hombre proviene del latín *hominem*, acusativo de *homo*, que implica dos sentidos: hombre, ser humano, persona, y ser humano masculino, varón. El *ser humano*, en una concepción sociológica, es el hombre en su pura y general cualidad forma precisa en que se cristalizan los procesos vitales en un organismo dotado de actitudes espirituales, cuya ausencia es lo que caracteriza a los denominados organismos subhumanos.⁵

El derecho ha utilizado el concepto de persona para significar al sujeto ser humano. La filosofía tradicional recoge la definición dada por BOECIO: sustancia individual de naturaleza racional (*rationalis naturae individua substantia*).⁶ AUBRY Y RAU, al referirse a la persona, señalaron que todo ser humano que hubiere nacido vivo y fuere viable, es una persona.⁷ Más allá

³ COUTURE, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1983.

⁴ Voz "hombre", en GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón, *Pequeño Larousse ilustrado 1990*, México, Larousse, 1989, p. 547.

⁵ BUNZEL, Joseph H., voz "ser humano", en PRATT FAIRCHILD, Henry, ed., *Diccionario de sociología*, México, FCE, 1987, p. 272.

⁶ Vid. ADAME GODDARD, Jorge "Persona humana y persona jurídica", *Ars Iuris*, núm. 14, México, 1995, p. 15.

⁷ *Cours de droit civil français*, París, 1936, p. 305.

de las consideraciones teleológicas y teológicas del concepto, es preciso reconocer que el binomio derecho-persona es claro: el hombre crea el derecho. *Ibi homo, ibi ius*, dice la máxima latina. Finalmente, persona es cualquier miembro del género humano por su propia naturaleza y dignidad, a la que el derecho se limita a reconocerle tal condición. A partir de tal noción se desarrolla el concepto de capacidad jurídica, es decir, existe capacidad jurídica, una e igual para todos y cada uno de los individuos humanos, en cuanto se es persona, no se es persona porque se tenga capacidad jurídica.

De tales razonamientos puede advertirse que el ser persona implica ser titular de ciertos derechos y obligaciones, unos en forma natural y otros de manera obligada por la convivencia humana. Así, el hombre naturalmente posee ciertos atributos necesarios para su cabal desarrollo, y los posee por el hecho simple de ser persona, de haber nacido ser humano.⁸

Muchos autores, al establecer las diferencias entre derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas y bienes y derechos de la personalidad, afirman que los últimos son una conquista del siglo XIX. Los primeros permiten a la persona un mínimo de seguridad frente al Estado, y al conseguirse, es cuando las preocupaciones se desplazan al terreno de las relaciones entre iguales, las relaciones privadas. Quizá éste sea el mejor argumento para explicar por qué se han desarrollado ampliamente en algunos sistemas jurídicos y escasamente en otros.

Al mencionar a la protección civil nosotros hacemos referencia a la protección que encuentra la persona humana en los ordenamientos y órganos jurisdiccionales de naturaleza civil. Es decir, ubicamos esta protección no desde una perspectiva penal o administrativa o constitucional, aun cuando en ocasiones ésta se encuentra presente. Tal horizonte nos permitirá limitar las hipótesis en que subyace tal protección. No debe olvidarse que las normas constitucionales, penales y administrativas contemplan un amplio abani-

⁸ ADAME GODDARD, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill, 1998; *Naturaleza, persona y derechos humanos*, México, UNAM, 1996. También BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, Madrid, Montecorvo, 1976, pp. 195-209; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, Lima, INESLA, 1990; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, Porrúa, 1995; ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de la persona*, Barcelona, J. M. Bosch, 1998; BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, Dykinson, 1997; CEPEDA, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995; MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, t. II, México, Porrúa, 1987.

co de instituciones que protegen a la persona humana del actuar de particulares y de órganos y agentes estatales.

Ahora bien, en tanto limitación objetiva cabe reiterar que el ordenamiento civil sólo recientemente se ha ocupado de tal protección. Por ello, cuando revisemos la labor judicial en la materia encontraremos que las tesis aplicables son escasas, en especial desde 1983 cuando entran en vigor las reformas al ordenamiento civil federal.

III. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

El concepto *derechos de la personalidad* según Carbonnier es de origen germánico.⁹ La gran mayoría de los autores que abordan el tema han adoptado este concepto, sin embargo algunos también se refieren a derechos personalísimos o incluso derechos morales del ser humano. Líneas atrás hemos mencionado algunas de las denominaciones utilizadas para significar lo que nosotros abordaremos como derechos de la personalidad, en razón de ello no abordaremos cada concepto, limitándonos únicamente a hacer tal señalamiento.

La mayoría de los autores nacionales se refiere a *derechos de la personalidad*. Encontramos dos opiniones divergentes, en cuanto al concepto: Gutiérrez y González y Guitrón Fuentesvilla. Mientras Gutiérrez y González se refiere a ellos como *patrimonio moral*, equiparándolo al concepto *derechos de la personalidad*, Guitrón Fuentesvilla habla de *derechos humanos subjetivos fundamentales*. En general todos ubican su estudio en el apartado de las personas, y estos dos autores son los únicos que hacen aportaciones al tema en el campo del derecho mexicano. La gran mayoría se limita a tomar concepto y definición a partir de la experiencia en otros sistemas jurídicos: Francia, España o Estados Unidos.

Guitrón Fuentesvilla expone una visión personal en su trabajo *Los derechos humanos subjetivos fundamentales de la persona física jurídica*.¹⁰ De acuerdo con el autor, la denominación derechos humanos subjetivos fundamentales (DHSF) que sostiene es la correcta, "ya que la naturaleza jurídica de éstos, consiste en que son derechos subjetivos, humanos, fundamentales de la persona física jurídica", dividiéndolos en dos grupos: los de materia civil y familiar.

⁹ CARBONNIER, Jean, *Droit civil I*, París, 1971, p. 258.

¹⁰ En *Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991, pp. 635-664.

De acuerdo con tal concepción, los DHSF se caracterizan por una doble protección según se trate de unos u otros: civil y familiar. En el primer caso se protegería la integridad física y la integridad moral del ser humano; en el segundo, el aspecto familiar.

Por su parte, Gutiérrez y González¹¹ utiliza el término *patrimonio moral* para referirse a los derechos de la personalidad, los cuales define como los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.

Aquí, vale la pena recordar la posición asumida por el diputado Uribe Salas quien durante la discusión de la reforma al art. 1916 del CCF, manifestó que “lo más significativo es reconocer que el patrimonio de las personas tiene un importantísimo ámbito moral, que está formado por los derechos de la personalidad, y los derechos de la personalidad, como ya se dijo anteriormente, son variados porque pasan a ser los derechos subjetivos, y los derechos de la personalidad comprenden el honor, la honra, los sentimientos, la afección al cadáver, a los sentimientos de familia, etcétera”.¹² Aludiendo entre otros autores a Joaquín Díez, Mario Rotondi y Gutiérrez y González.¹³

A. Naturaleza jurídica

Para explicar la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad recurriremos a las teorías más comunes para, a partir de ellas, adoptar una postura acorde con el texto legal federal, sin olvidar las posiciones de los códigos locales. La dogmática jurídica ha sido pródiga para explicar la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, que hasta el momen-

¹¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, Porrúa, 1995, p. 743.

¹² *Proceso legislativo de la iniciativa presidencial de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1983, p. 41.

¹³ De los autores que inician a hablar del patrimonio moral tenemos la opinión de Lucien MARTÍN quien señala que es preferible hablar del concepto de patrimonio moral mejor que de derechos de la personalidad, que es una noción que no está acabada. “Le secret de la vie privée”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1959.

to sigue siendo cuestionable. Se destacan tres teorías que pretenden vislumbrar el contenido de esta institución jurídica: la del *ius in se ipsum* defendida, entre otros por Gómez de Améscua y Carnelutti; la *pluralista* representada por De Cupis y la *negativa*, defendida por De Castro. A continuación nos referiremos a ellas.¹⁴

La teoría del *ius in se ipsum* defendida por Gómez de Améscua y Samuel Stryck en el siglo XVII, habla de un derecho único de la persona sobre su propio cuerpo. Aquí se pretende y entiende que el hombre, como sujeto, como persona, tiene un derecho sobre sí mismo, sobre su cuerpo, en tanto es considerado como cosa. Existe un único derecho de goce del propio cuerpo, integrado tal derecho por diversas relaciones de utilidad, que no podrían considerarse constitutivos de otros tantos derechos de la personalidad.

La teoría *pluralista* considera que el objeto de los derechos de la personalidad está constituido por los modos de ser físicos y morales de la persona; “su característica principal es que se encuentra con la persona en una conexión estrechísima”. Para De Cupis la teoría tiene “importancia práctica, en cuanto lleva al intérprete a mantener la tutela jurídica del individuo humano en términos más razonables y ajustados al derecho positivo”.¹⁵

En la teoría *negativa*, se entiende que la “protección de la esfera de la personalidad debe utilizar, como figura central la del bien jurídico en lugar de la del derecho subjetivo”.¹⁶ Para abundar sobre el tema de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad remito a la bibliografía ya señalada en notas.

B. Características

De lo dicho hasta el momento puede apreciarse que la doctrina no ha sido uniforme al tratar los derechos de la personalidad, y esto ha repercutido en los ordenamientos y evolución legal de aquéllos. Podemos afirmar que la doctrina moderna coincide en otorgar a la figura de los derechos de la per-

¹⁴ Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia M. *Los bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, Trivium, 1985; ROGEL VIDE, Carlos *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1985; BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, Dykinson, 1997; y, FLORES, Elvia, “Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 221-222, México, 1998.

¹⁵ ROMERO COLOMA, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ *Idem*.

sonalidad tres caracteres: son innatos, personalísimos y extrapatrimoniales.¹⁷ Veamos cada uno de ellos.

Son *innatos* u *originarios* toda vez que pertenecen al hombre por el hecho simple de ser hombre, por razón de nacimiento, sin que para adquirirlos sea menester un modo o título legal de adquisición. Son *personalísimos* puesto que se está en presencia de derechos individuales, privados y absolutos. *Individuales*, porque sólo son propios de la persona física, del individuo.¹⁸ *Privados*, porque pertenecen al individuo en cuanto tal. *Absolutos*, porque son eficaces frente a todos, están dotados de eficacia *erga omnes*, como los derechos reales; respecto de ellos, existe un deber universal o general de respeto. Por último, son llamados *extrapatrimoniales* por considerarse fuera del comercio, esto es sumamente importante ya que todo el tratamiento jurídico privilegiado o de especial amparo que reciben estos derechos se justifica precisamente, por razón de la dignidad de la persona, que no puede ser objeto de tráfico jurídico.¹⁹

Esta última característica implica que los derechos de la personalidad son *irrenunciables* por su titular; son *inexpropiables e inembargables*, ya que al carecer de valor económico resultan inestimables e inútiles como objeto de expropiación o embargo: sólo tienen relevancia para su titular, no para los demás; son *imprescriptibles*, no pueden extinguirse por prescripción, sólo acaban con la muerte de su titular.²⁰

Otra enunciación de los caracteres de los derechos de la personalidad es la siguiente: son innatos, vitalicios, de objeto interior, inherentes, extrapatrimoniales, relativamente indisponibles, absolutos, privados y autónomos (además de necesarios y esenciales).²¹

¹⁷ Esta última característica choca con la idea que analizaremos más adelante, la cual considera a los derechos de la personalidad como un patrimonio *sui generis*, el patrimonio moral. En tal sentido GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ señala que los derechos de la personalidad deben considerarse en el ámbito patrimonial, y eludir ese estrecho, anticuado, caduco, anacrónico y poco jurídico concepto de que el patrimonio se reduce sólo a lo pecuniario. *El patrimonio*, p. 735.

¹⁸ Algunos autores consideran a la persona moral o jurídica como titular de un patrimonio moral susceptible de ser lesionado.

¹⁹ BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

²⁰ *Ibidem*, pp. 48-50.

²¹ Vid. SOTO BALTAZAR, Víctor Manuel y otros, "Los derechos personalísimos en el Código Civil del Perú, Bolivia, Chile, Paraguay, Argentina y España", *Revista Jurídica del Perú*, núms. 3-4, Lima, 1991, pp. 338-342.

A continuación revisaremos los antecedentes doctrinarios y legislativos en tratándose de los derechos de la personalidad, para finalmente referirnos al caso mexicano.

C. Antecedentes

El ser humano es depositario de ciertos derechos, bienes o atributos en tanto ser humano, que permiten su desarrollo psicosomático de manera cabal. Aunque a lo largo del tiempo, no ha sido uniforme tal consideración, atributos tales como el honor, la honra y la dignidad han figurado entre los objetos de mayor aprecio del hombre.

En la antigua Grecia, la acción de daños procedía, lo mismo por un daño ocasionado a la persona como por el causado al buen nombre o al patrimonio. Al respecto Bonet Ramón cita entre otros los casos en que existe un derecho a la inviolabilidad de la propia persona y al libre ejercicio de su propia actividad, como en el proceso intentado por Parmenonte contra Apaturio (oración contra Apaturio), quién le había impedido embarcarse; también destaca el derecho contra la usurpación del nombre (oración contra Beoto).²² De Castro se refiere a la llamada *dike kekegorias*, conocida por la oración de Lysias contra Theomnestos.²³

En Roma existía la *actio iniuriarum*, la cual era originada por "el desprecio de la personalidad ajena".²⁴ Bonet Ramón considera que las investigaciones de Ihering pusieron de manifiesto que en el derecho romano, la *vera rei aestimatio*, objeto de estimación del juez, había asegurado la protección y reparación del daño causado a lo que puede entenderse como incipientes derechos de la personalidad: el *afectus*, la *verecundi*, la *pietas*, la *voluptas*, la *amoenitas*, la *incommoditas*, etcétera.²⁵ Algunos autores expresan que existen textos de Cicerón en los que claramente puede advertirse una regulación sobre aspectos tales como la vida y el cuerpo, el honor, la libertad y hasta respecto al no sufrir injustificadamente dolor.

²² En el prólogo a la obra de SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de daños*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. xvi.

²³ CASTRO, Federico de, "Los llamados derechos de la personalidad", *Anuario de derecho civil XII-IV*, Madrid, 1959, p. 1240.

²⁴ *Idem*.

²⁵ En el prólogo a la obra de SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de daños*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. xx.

Asimismo en la Ley de las XII Tablas encontramos sanciones a quienes atentan contra el honor y fama: desde una sanción pecuniaria hasta la muerte.

Más tarde, serían teólogos los primeros que se ocupan de los bienes de la personalidad: Santo Tomás y sus seguidores, se refieren a la vida, la integridad, el honor y la fama, considerándolos en función del pecado, del delito y de la pena.²⁶ Así, la filosofía y la política serían los ámbitos en que se abordarían la protección y estudio de los derechos de la personalidad.

Los primeros escritos que abordan la cuestión de los derechos que tiene el hombre sobre sí mismo y oponibles a todos los demás, aparecen en el siglo XVII; se trata de dos obras filosóficas: *Tractatus de potestate in se ipsum* de Baltasar Gómez de Améscua publicado en 1604; de 1675 es *De iure hominis in se ipsum* de Samuel Stryck. En Gómez de Améscua se advierte un principio fundamental, de corte liberal: Todo está permitido al hombre, respecto de sí mismo, excepto aquéllo que le está expresamente prohibido por el derecho. Esta concepción serviría para que, el concepto e idea de persona y los derechos de la personalidad empezaran a escalar posiciones, pasando del plano meramente filosófico al plano programático.

Las escuelas naturales terminarán el siglo XVIII con importantes conquistas: las declaraciones de derechos, como un reconocimiento de los derechos que el hombre tiene por el simple hecho de haber nacido hombre. Aun no se contempla la protección civil, pero se ha iniciado una nueva etapa, la de los derechos fundamentales. Ahora el hombre es poseedor de ciertos bienes, mismos que no son otorgados por el príncipe o por el estado, únicamente le son reconocidos y respetados. Dos siglos después se advierte la insuficiencia práctica de las sanciones penales, para una protección satisfactoria de los derechos de la personalidad, así como el carácter más programático que eficaz de las declaraciones. Estas circunstancias motivan la reflexión e interés de los civilistas por los derechos de la personalidad.

Como mencionamos, la protección civil de los derechos de la personalidad es nueva, pues la mayor parte de la normatividad había sido de índole política o penal, siendo insuficiente para detener la afectación a tales bienes jurídicos. Es a partir del siglo XX cuando se inicia con la protección civil de lo que consideramos derechos de la personalidad y que entra en escena con la aceptación del daño moral.

²⁶ ROGEL VIDE, Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985, pp. 20 y ss.

En México, en el Código de 1870, la única disposición civil que establece lo que pudiera ser entendido como daño moral, es el art. 1471 reproducido en el CC de 1884: "Al fijar el valor y el deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercia parte del valor común de la cosa".

Es en España donde encontramos una evolución jurisprudencial en la materia de daño moral bien definida. García Serrano señala que pueden distinguirse tres etapas: en la primera no se admite la posibilidad de indemnizar pecuniariamente el daño moral; en la segunda se indemniza aquellos supuestos de daño moral en cuanto producen repercusiones de tipo patrimonial, más que el daño moral, lo que se sanciona es el patrimonial indirectamente causado. En la tercera fase se admite la indemnización de los daños morales puros, con independencia de las posibles repercusiones que de los mismos deriven, Su admisión se inspira, además, en criterios de amplitud.²⁷

La proyección jurisprudencial abriría las puertas a la emisión de normas de carácter civil, protectoras de los derechos de la personalidad. A mitad del siglo XX se inicia un auge en las legislaciones privatistas que aún no concluye.

El CC italiano de 1942 es de los primeros ordenamientos que reconocen los derechos de la personalidad, al señalar que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (art. 5). Asimismo dispone que cuando la imagen de una persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o publicación fuera permitida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de dicha persona o de dichos parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo siempre el resarcimiento de los daños (art. 10). Reformas legislativas posteriores autorizarían los implantes de riñón (1967), la recolección, conservación y distribución de sangre humana (1967), implantes de carácter terapéutico derivados de partes de cadáver (1968), parto de

²⁷ GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís, "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Anuario de derecho civil XXV-III*, Madrid, 1972, p. 815.

cadáveres de mujeres embarazadas (1975) y la interrupción del embarazo (1978).

En los fueros de los españoles del año 1945 no encontramos disposición expresa acerca de los derechos de la personalidad, sin embargo, la mayoría de los doctrinarios opinan que tales derechos están protegidos por el art. 1902 del Código Civil que expresa: "El que por acción u omisión cause daño a otros, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". A partir de esta disposición los tribunales españoles han elaborado una amplia jurisprudencia sobre los derechos de la personalidad.

Más tarde en 1978 en la Constitución española se establecen nuevos derechos y en 1982 la *Ley de protección civil sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familia y a la propia imagen*, se ocupa de reglamentar lo relativo a los derechos de la personalidad. Cabe destacar que son los textos españoles los que más han influido en el derecho mexicano. Y si se revisan los trabajos hemerográficos encontraremos que es referencia obligada, y en ocasiones única, la ley mencionada.

Otro ordenamiento que tenemos es la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades, de 1950. Aquí, se regula el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a ser regularmente juzgado, al respeto de la vida privada y familiar, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de expresión, a la libertad de reunión pacífica y de asociación, a la libertad de casarse y de fundar una familia, respecto a los bienes, a la instrucción, a la libre circulación, etcétera.

Grecia admitió en 1956 en su CC, un derecho general de la personalidad a través del art. 57 que disponía: "Quien fuese ilegalmente ofendido en su persona, tendrá derecho a ver cesar la ofensa inmediatamente, con la garantía de que no se reproduzca en el futuro".

En 1970 Francia reformó su CC estableciendo que cada uno tiene el respeto a su vida privada. Asimismo se señaló que los jueces pueden prescribir todas las medidas, tales como secuestro, embargo y otras, propias para impedir o cesar un atentado a la intimidad de la vida privada; tales medidas pueden ser ordenadas en caso de urgencia.

Por su parte, la constitución rusa de 1977 estableció el principio de que la ley ampara la intimidad de los ciudadanos, el secreto de la correspondencia, de las conversaciones telefónicas y de las comunicaciones telegráficas. El registro o incautación de la correspondencia son diligencias sumariales, que sólo pueden efectuarse después de la incoación de la causa criminal y cuando son imprescindibles para revelar el delito o localizar

al delincuente; pero también en este caso se necesita la autorización del fiscal o la decisión judicial.

En Perú, encontramos que siguiendo los lineamientos de la constitución política de 1979, el CC destaca la importancia de la persona humana. Este ordenamiento distingue entre derechos personales y los derechos personalísimos. Estos últimos son los que nosotros tratamos como derechos de la personalidad. Los derechos reconocidos por el CC son: El derecho a la libre disposición o de utilización de órganos o tejidos de seres humanos, la intimidad de la vida privada (art. 5), la imagen (art. 15), la voz (art. 15), la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género que tengan carácter confidencial (art. 16), los derechos del autor o del inventor, el nombre —que incluye los apellidos— (art. 19), el seudónimo, el domicilio (art. 33) y la capacidad de ejercicio.²⁸

Por su parte, la constitución colombiana de 1991 señala en su segundo numeral que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y creencias. El art. 15 establece que "todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el estado debe respetarlos y hacerlos respetar". El art. 16 señala el derecho de todas las personas "al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". El art. 21 garantiza el derecho a la honra.

D. Tendencias de la legislación comparada

En la actualidad la tendencia general en la doctrina y la legislación es la de reconsiderar el papel del hombre en relación con el derecho: ¿sigue ocupando un papel central o necesariamente será desplazado? Aunque la respuesta otorga respaldo a la primera posición, es importante advertir que la positivación de los derechos personales poco ayuda cuando no existe una cultura social al respecto. En tal sentido basta revisar las frías estadísticas para descubrir, no sin cierta tristeza, que la protección de la persona poco ha avanzado en la práctica: el hombre sigue siendo el lobo del hombre.

El espectro normativo permite apreciar el papel que merece para los sistemas jurídicos la persona y sus atributos esenciales.

²⁸ SOTO BALTAZAR, *op. cit.*, pp. 350-354.

1. Pocas disposiciones expresas

En gran parte de las legislaciones modernas no existe una apropiada regulación legislativa, encontrándose que generalmente la persona humana no goza de protección judicial con respecto a sus derechos o bienes de la personalidad.

Ejemplo de lo anterior lo constituyen las casi treinta entidades federativas mexicanas que carecen de mención alguna en sus ordenamientos civiles en relación con los derechos de la personalidad. Aún más, sin pretender demeritar la legislación federal encontramos incluso en el código civil federal que no hay mención expresa de los mismos.

Este sería también el caso de aquellos estados que reconocen a nivel constitucional la existencia de los derechos de la personalidad pero no cuentan con una adecuada reglamentación (o legislación secundaria) que haga efectivas tales disposiciones.

2. Reglamentación civil

En ocasiones lo relativo a los derechos de la personalidad se encuentra regulado en el ordenamiento civil. Dependiendo de la naturaleza jurídica atribuida, la norma se ubicará en el capítulo de personas o en el de obligaciones, o incluso podrá dársele un nuevo apartado independiente de los anteriores. Es importante reconocer que no basta que la legislación civil contemple la institución de los derechos de la personalidad, sino que es preciso que el sistema jurídico y político esté preparado para salvaguardar los bienes tutelados por la norma.

3. Reconocimiento y protección jurisprudencial

En otras ocasiones, la carta constitucional y el ordenamiento civil son omisos al considerar los derechos de la personalidad, y corresponde a los tribunales el reconocimiento y protección de los mismos a través de las decisiones judiciales, las cuales podrán o no constituir jurisprudencia obligatoria para los mismos tribunales o para otros.

E. Normatividad en México

Los derechos de la personalidad en México pueden encontrarse regulados en tres ámbitos: federal, local o internacional. Este último, en estricto sen-

tido, puede considerarse dentro del ámbito federal, sin embargo, para poner mayor énfasis en el mismo hemos decidido analizarlo de manera particular. Por otra parte, un principio consagrado constitucionalmente indica que una vez reconocida una institución a nivel federal, las legislaciones estatales no pueden contravenirla.

1. Legislación federal

El CCF al referirse al daño moral enumera los casos en que éste se produce. Como se ha mencionado la doctrina ha sido coincidente al considerar que el daño moral se produce por lesionarse los denominados derechos o bienes de la personalidad, patrimonio moral de la persona.

Es a partir de 1984 cuando el ordenamiento civil federal contempla la figura del daño moral y por ende, considera protegidos los derechos de la personalidad. Aunque no existe una referencia legislativa concreta, la doctrina nacional e incluso las decisiones judiciales han asentido en considerar como derechos de la personalidad los bienes que se vulneran para que surja el daño moral. Así, es el art. 1916, que al efecto es el que reproduce parte de los bienes y derechos que la doctrina coincide en denominar derechos de la personalidad, el que señala en su primer párrafo:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

En tal perspectiva encontramos que la legislación federal contempla como derechos de la personalidad: los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, así como la consideración que de sí mismo tienen los demás.

Aunque también valdría la pena preguntarse si la frase de "Se presumirá que hubo daño moral cuando se altere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas", entraña un reconocimiento a la libertad, integridad física y psíquica como componentes del patrimonio moral de la persona, o únicamente habla de la circunstancia material (y normativa) necesaria para la presunción del hipotético agravio moral y su indemnización correspondiente.

Vale la pena referirse también a lo preceptuado por el art. 143 que habla de la "reputación del prometido inocente", sin especificar qué debe entenderse por tal. No nos ocupamos en específico de esta disposición toda vez que la reputación aparece contenida en el art. 1916 en comentario.

2. Legislación estatal

Las legislaciones civiles estatales en su gran mayoría han omitido referencia alguna a los derechos de la personalidad, salvo los casos de los estados de Puebla, Quintana Roo, Tlaxcala, Chihuahua y Querétaro, a las que nos referiremos a continuación. Asimismo, haremos una breve referencia a la legislación penal del estado de Guerrero en materia de daño moral.

Puebla. En el CC de Puebla se destina un capítulo denominado "Derechos de la personalidad", que comprende los arts. 74 al 88 inclusive. De acuerdo con el texto legal son características de los derechos de la personalidad las siguientes: inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad, ingravabilidad. Asimismo pueden oponerse a las autoridades y a los particulares sin más límite que el derecho similar de estos últimos.

Se expresa que con relación a las personas individuales son ilícitos los hechos o actos que: 1) Dañen o puedan dañar la vida de ellas; 2) Restrinjan o puedan restringir, fuera de los casos permitidos por la ley, su libertad; 3) Lesionen o puedan lesionar la integridad física de las mismas; y 4) Lastimen el afecto, cualquiera que sea la causa de éste, que tengan ellas por otras personas o por un bien.

La protección dispensada por el CC local se extiende hasta límites no considerados, al menos expresamente, en el CCF. El art. 76 establece que toda persona tiene derecho a que se respete:

1. Su honor o reputación y, en su caso, el título profesional que haya adquirido;
2. Su presencia física;
3. El secreto epistolar, telefónico, profesional testamentario y de su vida privada.

Asimismo, se protege el derecho a la individualidad, o identidad personal por medio del nombre (art. 79), el derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra persona o para después de su

muerte, con fines terapéuticos, de enseñanza o de investigación (art. 80), derecho a la imagen (art. 82), derechos de convivencia (arts. 84 y 85).

Los derechos de convivencia son exigibles tanto a las autoridades como a los particulares, y comprenden según el CC:

Art. 85. Enunciativamente se consideran de convivencia, los siguientes derechos:

- a) De asistencia o ayuda en caso de accidente, sin perjuicio de lo que disponga el Código de Defensa Social.
- b) De entrar libremente en la casa habitación o lugar de trabajo, sin que lo impidan vehículos u objetos estacionados o colocados frente a la misma, aunque no haya aviso de prohibición en ese sentido.
- c) De que no se depositen desechos o desperdicios en el frente, o a los lados de la casa habitación, aunque no haya señal o prohibición en este sentido.
- d) A no ser perturbados constantemente con sonidos estridentes, estruendosos o cualquiera otro ruido molesto, o por la luz temporal de lámparas que impidan el trabajo o el reposo.
- e) A transitar libremente en calles, avenidas, bulevares y caminos públicos, salvo lo dispuesto por autoridad competente.

De acuerdo con el art. 86, la violación de los derechos de la personalidad, por actos de un particular o de una autoridad, es fuente de responsabilidad civil para el autor de esos actos, tanto por lo que hace al daño no económico, como al económico. Esta responsabilidad civil no exime al autor de la violación, de cualquiera otra sanción que le imponga la ley (art. 87), lo que deja a salvo la intervención de la autoridad ministerial investigadora para deslindar la probable comisión de delitos.

Es preciso destacar que el ordenamiento en comentario, considera sólo a las personas individuales como titulares de los derechos de la personalidad. Por otra parte, si se trata del honor, el respeto al secreto y a la imagen de los difuntos, se establece su protección en beneficio exclusivo de los deudos de éstos.

Asimismo se permite que los particulares acudan a los tribunales a exigir medidas "a fin de que cese la violación a los derechos de la personalidad que se esté realizando, si se efectúa por actos continuos o reiterados, o para evitar que se realice una amenaza de violación de esos mismos derechos" (art. 88).

En materia de daño moral este ordenamiento establece que "resulta de la violación de los derechos de la personalidad" (art. 1953), asimismo esta-

blece que "La indemnización por daño moral es independiente de la económica, se decretará aun cuando ésta no exista siempre que se cause aquel daño y no excederá del importe de un mil días del salario mínimo general" (art. 1995).

Quintana Roo. Por cuanto hace al estado de Quintana Roo encontramos que su CC, en términos similares al del estado de Puebla, dedica un capítulo al tema: el denominado "Derechos de la personalidad", que comprende los artículos 666 al 679 inclusive.

Cabe destacar por similitudes que se reproducen las características mencionadas en el art. 74 del CC de Puebla. El art. 667 reproduce el contenido del 75 poblano cambiando la expresión personas individuales por "personas físicas". Asimismo reproduce en el 668, 669, 670 y 671 los arts. 76, 77, 78 y 79 del CC poblano.

El derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra persona queda condicionado a que "tal disposición no ocasione una disminución permanente de la integridad corporal del disponente ni ponga en peligro su vida" (art. 672).

El CC quintanarroense expone en forma no muy clara un derecho a la imagen: pareciera entenderse como la posibilidad de que una persona distinta a la afectada, en este caso un familiar, puede acudir a exigir el cese de la violación, sin expresar que acude en representación de aquélla, o incluso pensarse que puede actuarse "oficiosamente", pues no se indica procedimiento o requisitos de procedibilidad:

Art. 64. Cuando la imagen de una persona o de su cónyuge, o persona que viva con ella como si fuera su cónyuge, sin serlo, sus ascendientes, descendientes, o colaterales dentro del cuarto grado se reproduzca o exponga sin un fin lícito, la autoridad judicial ordenará suspender la reproducción o exhibición, sin perjuicio de la responsabilidad del autor o autores de la reproducción o exhibición.

El art. 675 reproduce la redacción del 85 poblano relativa a los derechos de convivencia, eliminando el inciso e: "transitar libremente en calles, avenidas, bulevares y caminos públicos, salvo lo dispuesto por autoridad competente".

Establece similares disposiciones en materia de responsabilidad derivada de la violación a los derechos de la personalidad, y a diferencia del CC de Puebla, considera al daño no económico como daño moral:

Art. 677. La violación de los derechos de la personalidad puede producir daño moral y daño económico.

Tlaxcala. El CC de Tlaxcala hace referencia al patrimonio moral en la sección dedicada a la reparación del daño y de los perjuicios.

En el art. 1402 se establece que el daño es moral cuando el hecho ilícito perjudica a los componentes del patrimonio moral de la víctima. En tal sentido se consideran componentes del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara e integridad física de la persona misma.

En la enunciación anterior encontramos que parece equipararse el daño estético con el moral, siendo que gran parte de la doctrina considera a aquél como un daño de índole material más que moral.

De acuerdo con los numerales 1404 y 1405, la reparación del daño debe consistir en el pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral. La valoración del daño se hará por el juez. Es interesante, en materia de daño moral, lo dispuesto por el art. 1409, transcrito seguidamente:

El daño moral a que tengan derecho la víctima o sus beneficiarios será regulado por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta los componentes lesionados del patrimonio moral, según la enunciación contenida en el segundo párrafo del art. 1402. Si la lesión recayó sobre la integridad de la persona y el daño origina una lesión en la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el juez fijará el importe del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, así como el sexo, edad y condiciones de la persona. La indemnización por daño moral es independiente de la económica patrimonial, se decretará aun cuando ésta no exista, siempre que se cause aquel daño y en ningún caso podrá exceder de doscientos mil pesos.

La resolución del juez que fije el importe de la reparación del daño moral, será revisada de oficio por el superior, aunque no sea recurrida.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, prestigio, honor o buena reputación, puede el juez ordenar que la reparación de aquel daño se haga por publicación de la sentencia que condene a la reparación, en los medios informativos que él señale.

Se advierte que los tres CC mantienen un criterio que otorga cierta discrecionalidad a los juzgadores para determinar la existencia o no del daño moral, así como un discreto pero firme alejamiento de la doctrina que niega la indemnización del daño moral por la dificultad que entraña su

valoración pecuniaria. Esta posición es la sostenida por diversos autores que señalan que no es razón suficiente para no indemnizar, el hecho de no ser posible establecer un equivalente exacto.²⁹

Chihuahua y Querétaro. En el caso del estado de Chihuahua, encontramos que el art. 1801 reproduce el mismo sistema de daño moral contenido en el 1916 del CCF, haciendo leves modificaciones. Por cuanto hace al estado de Querétaro encontramos que los numerales 1781 al 1878 inclusive, reproducen al igual que el de Chihuahua las prescripciones del CCF, aunque separando la redacción. El tratamiento del daño moral en esta última entidad federativa ha sido considerado por Ochoa Olvera como un "ejemplo de la incompreensión de la figura del daño moral".

En el CC queretano encontramos una disposición que varía frente al CC de Chihuahua, pues se establece un tope para el caso de indemnización por daño moral: "dicho monto nunca excederá el importe de la indemnización por muerte" (art. 1782).

Guerrero. Aunque hemos tratado hasta el momento de referirnos a los ordenamientos civiles, es preciso traer a relación el código penal del estado de Guerrero que en reciente reforma³⁰ plantea la posibilidad de reclamar mediante vía penal la indemnización del daño moral ocasionado por delito, dejando sólo por excepción el conocimiento del litigio a los tribunales civiles. Según el art. 34 del mencionado ordenamiento la reparación del daño comprende la restitución de la cosa o el pago de la misma, la indemnización del daño material o legal y moral causado, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, y, "tratándose de los delitos comprendidos 'contra el servicio público, cometidos por los servidores públicos' abarcará además hasta dos tantos de la cosa o bienes obtenidos por el delito".

El art. 35 establece que la reparación de daños que deba ser hecha por el sentenciado tiene carácter de sanción pública y general para todos los delitos con el fin de coadyuvar al restablecimiento del orden jurídico alterado por el ilícito. Por su parte, el 36 establece la obligación del Ministerio Público para solicitar lo relativo a la reparación del daño y, por otra parte, la posibilidad de "coadyuvar con aquél el ofendido, sus derechohabientes o

representantes, quienes podrán proporcionarle al Ministerio Público o al juez, en el proceso *todos los datos de prueba conducentes a establecer la naturaleza y cuantía del daño* que se causó con su ejecución, así como de la capacidad económica del obligado a satisfacerla".

En el art. 37 se prevé que la reparación del daño que no pueda obtenerse ante el juez penal en virtud de no ejercicio de la acción penal, sobreseimiento, sentencia absolutoria o cualquier otra causa, podrá ser recurrida por la víctima u ofendido ante la jurisdicción civil, en los términos de la legislación correspondiente.

En el citado ordenamiento penal se entiende que el daño es moral cuando se vulneran aquellos valores éticos, sociales, psicológicos, incluso espirituales que imperen, de acuerdo con las costumbres, tradiciones, hábitos y usos de la región. Asimismo se establece que la indemnización del daño moral será fijada al prudente arbitrio del juez, tomando en consideración las características del delito, la gravedad del caso, las posibilidades económicas del obligado, lo establecido por el art. 56 del mismo ordenamiento (que se refiere a las condiciones que deben tomarse en cuenta para la individualización de la pena), la lesión moral sufrida por la víctima, las circunstancias personales de ésta, así como su educación o sensibilidad, afectos, tratamientos clínicos psiquiátricos y demás que tengan relación para la fijación del daño, según sean las causas y condiciones de la afectación en tiempo y forma. Asimismo se establece que si estos daños se ocasionaren en menores de edad, se ajustarán a las mismas reglas "más lo establecido por perito en la materia".

En términos generales estas son las referencias legislativas que encontramos en los estados mexicanos, lo que sirve para afirmar que los derechos de la personalidad y su protección aún tienen mucho camino que recorrer en los sistemas jurídicos estatales.

3. Legislación internacional

Por cuanto hace a la legislación internacional aplicable, la mayoría de los tratadistas consideran que el ordenamiento protector de la personalidad y los derechos inherentes a ella es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, específicamente en la redacción del art. 6 que establece: "Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica". Se afirma por algunos autores que del contenido de los arts. 25 al 30 se desprende un reconocimiento a los derechos de dignidad que comprenden los económicos y culturales.

²⁹ OLIVEIRA, Francisco Antonio de, "Do dano moral", *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, núm. 23, Sao Paulo, 1998, pp. 148-149.

³⁰ Véase Decreto número 282, de reformas, adiciones y derogaciones al Código Penal del estado de Guerrero, en *Periódico Oficial del Gobierno del estado de Guerrero*, año LXXX, núm. 33, 20 de abril de 1999.

Otro ordenamiento es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 1981, que dispone entre otros, una protección a los derechos de la personalidad. En específico su numeral 11, se refiere a la protección de la honra y de la dignidad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, en su correspondencia y de ataques ilegales a su honra o reputación.

Por supuesto, encontramos también otros ordenamientos de corte internacional que hacen referencia a algunos de los derechos de la personalidad, pero por ser éstos los más importantes y por encontrarse suscritos por nuestro país, hacemos referencia a ellos.

4. Criterios jurisprudenciales

Los tribunales en diversas decisiones han reconocido la existencia y protección de los derechos de la personalidad, aun cuando por regla general, aparecen vinculados con la figura del daño moral, puesto que esta figura es la que establece la protección de aquéllos.³¹

En nuestro sistema jurídico, encontramos en la jurisprudencia pocas expresiones sobre el concepto de derechos de la personalidad. Atribuimos tal fenómeno a la ausencia de tal concepto en las diversas legislaciones, y al escaso número de litigios por violación a los mismos. Para evitar el explayarnos en un punto que más adelante volveremos a tocar, en tratándose del daño moral, dejamos para el último apartado el análisis de los criterios judiciales mexicanos.

F. Clasificación

De acuerdo con los criterios sostenidos por la legislación y doctrina nacional, tenemos que los derechos de la personalidad aceptan varias clasifica-

³¹ Véase CIENFUEGOS SALGADO, David, "Responsabilidad civil por daño moral", *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 27, 1998, pp. 49-63.

ciones. En este apartado analizaremos la que nos ofrece la doctrina extranjera, representada por De Cupis y las que en el ámbito nacional exponen Guitrón Fuentesvilla y Gutiérrez y González, para posteriormente referirnos a la redacción del CCF, tratando de definir los conceptos ahí vertidos.

Clasificación propuesta por De Cupis. Este autor italiano, conocido por su obra en dos volúmenes *I diritti della personalità* considera que los derechos de la personalidad se comprenden en cinco grandes apartados: I) Derecho a la vida y a la integridad física; II) Derecho a la libertad; III) Derecho al honor y a la reserva; IV) Derecho a la identidad personal, y V) Derecho moral de autor (y del inventor). En el primer rubro aparecen el derecho a la vida, a la integridad física y el derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver. En el tercer rubro, se comprende el derecho al honor, a la reserva (el cual comprende, además de otras manifestaciones, el derecho a la imagen) y al secreto; en el cuarto apartado se comprende al nombre (también sobrenombre, seudónimo y los nombres extrapersonales), el título y el signo figurativo.³²

Clasificación propuesta por Guitrón Fuentesvilla. De acuerdo con este autor, y luego de sugerir su división en dos grupos: civiles y familiares, los DHSF o derechos de la personalidad comprenden:

- a) la protección física, material, externa o corpórea, dentro de la cual se encuentran: el derecho de protección de la vida, del cuerpo, de sus partes, de su integridad física, de la imagen y de la disposición del cuerpo y sus partes;
- b) la protección íntima, interna, moral o corpórea, que comprende: el derecho a la intimidad, de la integridad moral, de la dignidad humana, del honor, del secreto profesional, telefónico, telegráfico, epistolar y audiovisual; el derecho de la vida privada, de los derechos intelectuales o de autor y el de la voz; y,
- c) la protección póstuma de la persona física jurídica; así, se integran en esta protección: la del cadáver, el prestigio del muerto, de las reliquias, funerales y tumbas; los recuerdos de familia; la cremación y depósito de las cenizas, la exhumación y la donación o venta de las partes del cadáver.³³

³² Citado en GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *El patrimonio*, pp. 720-721.

³³ GUITRÓN FUENTEVIILLA, *op. cit.*, pp. 663-664.

Los primeros dos apartados comprenden los derechos de la personalidad, o DHSF, en "materia civil" y el último, en "materia familiar". Lamentablemente el autor en comentario no explicita el contenido de cada uno de ellos, limitándose a exponer su clasificación en los términos anotados. Sí apunta, por otra parte, a considerar los DHSF como derechos subjetivos, al argumentar que "hay un derecho subjetivo al permitir a su titular exigir el cumplimiento del derecho que él tiene para que sea respetada su integridad; y por otro lado, el deber jurídico de todo el mundo o de personas determinadas para que se cumplan, respetando esa integridad y, en caso contrario, surgirá una responsabilidad y como consecuencia una indemnización".³⁴ Considera este autor que son fundamentales por tenerlos todas las personas, aun cuando la tutela jurídica no ha sido totalmente definida. Otro aspecto que vale la pena destacar de estos DHSF es que aparecen reservados a la persona física jurídica, quedando por tanto fuera del alcance de las personas morales o colectivas.

Clasificación propuesta por Gutiérrez y González. Por su parte, y con un cimiento teórico más profundo y aportando más elementos para su discusión, Gutiérrez y González dedica un gran apartado de su obra *El patrimonio* al tema; asimismo su posición se aprecia en mejor magnitud en el *Proyecto de Código Civil de Nuevo León* en el cual se dedican varios artículos a los derechos de la personalidad.

Apoyado, según sus propias palabras, en las ideas de De Cupis y de Nerson, considera a los derechos de la personalidad dentro de tres amplios campos: a) Parte social pública; b) Parte afectiva y c) Parte físico somática. Esta división es la contemplada en el Anteproyecto del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León (1990), cuya referencia a los derechos de la personalidad comprende los arts. 32 al 74 inclusive.³⁵

La *parte social pública* comprende: 1) el derecho al honor o reputación; 2) el derecho al título profesional; 3) el derecho al secreto o a la reserva;³⁶ 4) el derecho al nombre; 5) el derecho a la presencia estética, y 6) los derechos de convivencia.³⁷

³⁴ GUITRÓN FUENTEVEILLA, *op. cit.*, p. 641.

³⁵ Vid. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *El patrimonio*, pp. 999 y ss.

³⁶ Aquí se comprenden los relativos a la reserva o secreto epistolar, domiciliario, telefónico, profesional, imagen y testamentario.

³⁷ Dentro de los derechos de convivencia encontramos los relativos al reposo nocturno, libre tránsito, acceso al hogar, limpieza de basura, ayuda en caso de accidente, salud por equilibrio ecológico y protección al ambiente.

La *parte afectiva* comprende los derechos de afección en dos grandes ámbitos: el familiar y el de amistad.

La *parte físico somática* comprende: 1) el derecho a la vida; 2) el derecho a la libertad; 3) el derecho a la integridad física; 4) los derechos ecológicos; 5) los derechos relacionados con el cuerpo humano,³⁸ y 6) los derechos sobre el cadáver.³⁹

En el Anteproyecto referido, se hace extensiva a la persona moral el goce de tales derechos "en lo que sea compatible con la naturaleza jurídica de ésta" (art. 32); y establece que "se podrá conferir protección a otros derechos de la personalidad no previstos en este Código en sus siguientes artículos, pero nunca podrá suprimir los que se reconocen en este ordenamiento". Este autor es el único de los consultados que se preocupa de establecer el contenido de cada una de las divisiones consideradas para los derechos de la personalidad.

Por cuanto hace a la redacción del CCF no encontramos una clasificación estricta de los derechos de la personalidad, sino que tenemos una simple enumeración de los bienes protegidos por la figura del daño moral: sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, asimismo se atiende a la consideración que de sí misma tienen los demás. De lo anotado, consideramos que el CCF atiende a la doble perspectiva manejada en la doctrina española: interna y externa, immanente o trascendente,⁴⁰ en tratándose del bien de la personalidad, el honor: "Desde el punto de vista interno, el honor es la propia estimación, la estimación que uno tiene de sí mismo. Desde la perspectiva externa, el honor es la estimación en que los otros nos tienen".

La idea de que el art. 1916 del CCF debe ser entendido más como un catálogo incompleto que como la expresión limitativa de los bienes protegidos por el daño moral, no goza de cabal aceptación.

Olivera Toro a este respecto escribió: "El art. 1916 multicitado señala algunas de las facultades que tutela el derecho de la personalidad, pero lo hace enunciativamente, sin considerar las que la ciencia o la técnica moderna incluyen en ese derecho; por ello consideramos que el daño moral debe comprender la vulneración social o familiar que afecta el poder o

³⁸ Aquí se comprenden los derechos de disposición total del cuerpo, los de disposición de partes del cuerpo y la disposición de accesiones del cuerpo.

³⁹ Comprende el derecho sobre el cadáver en sí y sobre partes separadas del cadáver.

⁴⁰ BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, p. 130.

situación que una persona tiene en el ámbito puramente personal. Igualmente deben incluirse, en forma genérica, las lesiones psicoafectivas, que tutela en forma amplia el derecho del que nos hemos ocupado, sin hacer enumeración de esas afecciones, para dejar amplio arbitrio al juzgador".⁴¹

En relación con los bienes que la legislación acepta expresamente proteger, en el art. 1916 del Código Civil, es de mencionar las anotaciones que Ochoa Olvera⁴² hace sobre afección, creencia, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos.

El *afecto* es la inclinación a alguna persona o cosa, es una pasión de ánimo, la protección jurídica recae en la conducta ilícita que tiene como fin dañar ese ánimo particular sobre determinada persona o cosa, y que al verse lesionado tal bien sufrirá una afectación de naturaleza moral (extrapatrimonial).

La *creencia* consiste en el firme sentimiento y conformidad con una cosa. Este bien comprende la naturaleza más subjetiva de la persona; le da completo crédito a algo, una idea, un pensamiento, que incluso servirá como guía en la vida diaria, al tenerse la certeza de que es válido, verdadero. En este caso, el agravio se presenta cuando la agresión recae sobre tales conceptos.

El *sentimiento* es entendido como un estado de ánimo, es el hecho de experimentar sensaciones producidas por causas internas o externas. Los sentimientos pueden ser de dolor o de placer, y el daño moral más bien se refiere a los sentimientos que causan un dolor moral. El autor en cita considera que la conducta ilícita que priva de sentimientos de placer puede constituir un agravio moral, ya que lo mismo se puede afectar a una persona causándole un dolor de manera directa, como indirectamente al privarlo de los sentimientos que le causan placer.

La *vida privada* es considerada como todos y cada uno de los actos particulares y personales del sujeto; aquí el adjetivo privado recalca el hecho de que se trata de actos relacionados con la familia, a la vista de pocos.

La *configuración y aspecto físico* están relacionados con la apariencia, con la forma de presentarse a la vista de las personas, como es la figura de un sujeto, así como su integridad personal. En este caso el daño moral se configura cuando una persona causa una lesión en el cuerpo de otra, que

⁴¹ OLIVERA TORO, Jorge, *El daño moral*, México, Themis, 1996, p. 41.

⁴² Vid. OCHOA OLVERA, Salvador, *La demanda por daño moral*, México, Montealto, 1996, pp. 41-46.

deje una cicatriz permanente causando un dolor moral, llamado por algunos autores daño estético.

El *decoro* está integrado por otros elementos: honor, respeto, circunspección, pureza, honestidad, recato, honra, estimación. Esta figura se basa en el principio de que a toda persona se le debe considerar como honorable, merecedora de respeto.

El *honor* es considerado como la cualidad moral que lleva a la persona a cumplir con un deber, haciendo que ésta sea merecedora de admiración y confianza en las relaciones sociales.

La *reputación* es la fama y crédito de que goza una persona. El autor en comento la aprecia en dos aspectos: el primero consiste en la opinión generalizada que de una persona se tiene en el medio social donde se desenvuelve, y la segunda consiste en lo sobresaliente o exitosa que es dicha persona en sus actividades. El agravio se configura cuando existe una conducta que tiene por fin lograr el descrédito o menosprecio de la persona.

Finalmente, apoyamos la posición de Gutiérrez y González, según la cual es evidente, de las clasificaciones, conceptos y definiciones analizadas, que el tema de los derechos de la personalidad es un tema de carácter cultural, puesto que el catálogo de tales derechos variará según el criterio y costumbres que priven en una colectividad humana, y también según cada época. Este catálogo se verá cada día afectado por el avance de las ciencias físicas y naturales.⁴³

Finalmente, debemos recordar, y no perder de vista, el hecho de que en otros sistemas jurídicos los derechos de la personalidad se "limitan" a tres elementos: honor, intimidad e imagen. Sin embargo, un análisis más cercano nos permitirá apreciar que la limitación cuantitativa no corresponde con la multiplicidad de abstracciones legales que incluye, por lo que finalmente, casi todos los bienes del patrimonio moral están a resguardo. Caso contrario ocurre, por ejemplo, en nuestra legislación, que expone limitativamente hasta nueve "derechos de la personalidad", siendo en la práctica nugatoria tal disposición. Igual sucede con la norma penal que en muchos países protege tales bienes jurídicos. Esto permite señalar que hace falta prever mecanismos jurisdiccionales (y por qué no, sociales) que permitan una cabal vigencia a los sistemas de protección legal de los derechos de la personalidad.

⁴³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *El patrimonio*, p. 738.

IV. EL DAÑO MORAL

El daño moral es un tema antiguo para los juristas, pero relativamente novedoso en nuestra legislación civil. El ser humano desde siempre ha concebido sentimientos de honor, de amor a la familia, a su presencia estética, de reputación, de privacidad, entre otros, y los juristas, también desde tiempos remotos, polemizaron sobre el problema de si el daño a estos valores era susceptible de resarcimiento. Aún hoy es posible encontrar autores que no reconocen la posibilidad de reparación del daño moral pues consideran que el daño que se realiza no se puede apreciar con los sentidos, y aun cuando se condene al pago de una suma de dinero por la obligación surgida al producir el daño moral, tal pago no desaparece el daño moral causado, pues éste no es valorable pecuniariamente, por ende, para estos autores, el dinero no puede repararlo.

En este apartado pretendemos ofrecer un panorama del daño moral a partir de su regulación legislativa, particularmente en el Código Civil del Distrito Federal (CCF). Asimismo se refiere en general a la responsabilidad civil, las figuras de daño y perjuicio y su reparación.

Debemos entender que la figura del daño moral aparece contemplada dentro de la responsabilidad civil, materia esta última a la cual parte de la doctrina europea denominó *derecho de daños* y que poco a poco ha arraigado en los sistemas jurídicos latinoamericanos. Antes de analizar la figura del daño moral nos ocuparemos de la responsabilidad civil y sus elementos característicos, lo que nos permitirá arribar al tema con mayor conocimiento de su naturaleza jurídica.

A. Concepto y definición de la responsabilidad civil

En su contexto etimológico la voz responsabilidad proviene de *respondere* que significa prometer, merecer, pagar. En un sentido más restringido, responsable significa el obligado a responder de algo o de alguien. El *Diccionario de la Real Academia Española* define la responsabilidad como deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal y como cargo u obligación moral que resulta para uno del posible error en cosa o asunto determinado. En el campo jurídico la responsabilidad se visualiza desde diferentes puntos, como se aprecia de las distintas definiciones que la doctrina consigna.

Villoro Toranzo⁴⁴ considera que se trata de una solución social construida con el fin de señalar a una persona para que dé cuenta de las consecuencias de determinados hechos o actos jurídicos.

Díaz Padrón⁴⁵ menciona que la responsabilidad es tan vieja como el hombre, y es una forma de causalidad, pudiendo decirse *lato sensu*, que es el lazo que ata inevitablemente al hombre con sus actos.

Kelsen⁴⁶ señala que la responsabilidad es la relación entre un individuo contra el cual un acto coercitivo es dirigido y el delito cometido por él o por alguien más.

Carnelutti define la responsabilidad como la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento vincula al hecho dañoso.⁴⁷

El *Diccionario jurídico mexicano* alude a diversos sentidos de la voz responsabilidad: a) como deberes de un cargo; b) como causa de un acontecimiento; c) como merecimiento, reacción, respuesta; y d) como capacidad mental. El tercer significado es el que recoge la dogmática jurídica: un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico es susceptible de ser sancionado. En este sentido la responsabilidad presupone un deber del cual debe responder el individuo; sin embargo no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con el orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quién debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación. La responsabilidad es, en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito). Uno tiene la obligación de no dañar, es responsable del daño el que tiene que pagar por él.

Borja Soriano⁴⁸ considera que la responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado.

⁴⁴ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1966, p. 351.

⁴⁵ DÍAZ PADRÓN, José A., *Responsabilidad criminal ante los tribunales*, México, América Nueva, 1955, p. 17.

⁴⁶ KELSEN, Hans, *The pure theory of law*, Los Ángeles, University of California Press, 1970, p. 123.

⁴⁷ Citado en MORELLO, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, Argentina, Abeledo Perrot, 1974, p. 10.

⁴⁸ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1996, p. 456.

Entre el responsable y la víctima surge un *vínculo de obligación*. El responsable o sea la persona contra quien el acto coactivo está dirigido (por hechos propios, de cosas que posea o de personas bajo su custodia), se convierte en deudor de la víctima, quien a su vez se convierte en su acreedor; surge así un derecho de crédito o derecho personal. Sin embargo, se trata de una obligación que ha surgido sin la voluntad del autor, ya que si bien el autor pudo desear causar el daño, no desearía nunca convertirse en deudor y aun en el extraño supuesto de que lo hubiera deseado, su voluntad no es la que lo obliga sino la ley.

Brevemente podemos señalar que los elementos presentes en la figura de la responsabilidad civil son: un daño, los hechos causantes, la causalidad y el carácter civil de la obligación. Más adelante, al ocuparnos del aspecto judicial habremos de retomar estos conceptos.

B. Daño y perjuicio

Daño es el menoscabo, deterioro, lesión; *dañar* es maltratar, estropear, perjudicar, lesionar. La voz proviene etimológicamente del latín *damnum*, daño, pérdida, multa, y del indoeuropeo *dap-no*, pérdida, gasto. En términos generales el daño es la lesión o menoscabo que experimenta una persona en bienes, cuerpo o alma, quien quiera que sea su causante y cual sea la causa, incluso inferida por el propio lesionado o acontecida sin intervención del hombre.⁴⁹

Nuestro Código Civil en el art. 2108 concibe al daño como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. En materia de responsabilidad jurídica hemos señalado que cuando una persona causa a otra un daño, ya sea intencionalmente, por descuido o negligencia, o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento, es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima sufra. En particular el mencionado art. 2108 se refiere al daño contractual que es el daño patrimonial, porque los bienes patrimoniales son los únicos susceptibles de contrato, ya que requieren estar en el comercio. Mientras que en Roma la ley Aquilia únicamente sancionaba el daño patrimonial; en la actualidad se comprenden en la responsabilidad civil las lesiones y la muerte, es decir, los daños corporales. Betti indica que la palabra daño técnicamente se refiere a la lesión patrimonial; sin

⁴⁹ FISCHER, Hans., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1982, p. 1.

embargo, resulta cómoda para designar también daño corporal a las lesiones inferidas al cuerpo humano y la privación de la vida de otra persona.

Para De Cupis *daño patrimonial* es el daño que afecta un interés relativo a un bien de la especie patrimonial, y bien patrimonial es cualquier bien capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material, tradicionalmente valuable en dinero. El daño no patrimonial no puede ser definido, agrega, más que en contraposición al de la patrimonialidad.

Por cuanto mira al bien lesionado, la afectación puede ser material, corporal y moral. La afectación material o patrimonial era el objeto de la ley Aquilia; la corporal era sancionada entre los romanos por otro delito que era la injuria; la moral recibía sanción bien por la injuria o por la ley Aquilia; es decir, había una satisfacción concomitante al daño patrimonial o una satisfacción por la injuria recibida. Para Turh, las lesiones causadas a la persona pueden inferir un daño en el patrimonio, daño que adopta por lo regular la forma de una garantía malograda, ya que el menoscabo que por la lesión sufren las energías de la persona suelen redundar en detrimento de su capacidad adquisitiva; y a este perjuicio puede unirse el daño patrimonial que supone el aumento de las necesidades materiales.

Suele hablarse también de daños *inmediatos* y *mediatos*. Los primeros se producen en forma instantánea o en un tiempo relativamente breve después de presentada la causa; los segundos se dan con bastante posterioridad.

Existe otra distinción: daños *directos* e *indirectos*. Los primeros son producidos por el suceso dañoso como causa eficiente; los segundos reciben su existencia de otra causa y el evento dañoso solamente es ocasión. Si un transeúnte, por presenciar un asesinato en la vía pública, sufre un síncope cardíaco y muere, esta consecuencia no es a cargo del homicida. Los directos son los reparables; los indirectos, por no tener tutela del derecho, no lo son.

Una última distinción radica entre los daños *ciertos* y los *incierto*s. Daño cierto es aquel cuya naturaleza se conoce bien en sí misma, en sus límites y contornos; al presentarse la demanda o al dictarse la sentencia se dispone de los elementos necesarios para su evaluación. Daño incierto es, por el contrario, aquel cuya naturaleza no se puede precisar por ser susceptible de permanecer igual o de agravarse después de presentada la demanda o de dictada la sentencia, en forma de merecer otra evaluación. Nos referimos a la lesión corporal que no se puede precisar en su verdadera dimensión y se ignora si permanecerá *in statu quo* o se agravará; podría llevar incluso a la muerte de la víctima. Las lesiones no deben permanecer o agravarse por culpa de la víctima, hecho de tercero, ni por caso fortuito o fuerza mayor,

porque el demandado no responde más que de su culpa; los actos extraños rompen el nexo de causalidad. Si no se puede precisar la naturaleza del daño en cuanto a su característica y duración, nuevos daños y perjuicios se causarán después de la demanda o de la sentencia. Decimos que en el momento de la demanda, porque la sentencia se basará en lo pedido, aunque hay legislaciones como la suiza, que otorgan poder discrecional al juzgador para dejar abierto el proceso por un término de dos años, hasta que el daño se haya reparado hasta sus últimas consecuencias.⁵⁰

Etimológicamente perjuicio es el daño o detrimento debido a una idea preconcebida (del latín *praejudicium*, idea o juicio formado con anticipación). El Código Civil, en su numeral 2109, señala que se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. En materia extracontractual es la ganancia no obtenida como consecuencia inmediata y directa del acto u omisión dañosa.

En materia de responsabilidad contractual, los códigos civiles distinguen claramente los efectos del incumplimiento, separando el concepto de daño entendido como "pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación" de la idea de perjuicio como privación de cualquiera ganancia lícita que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación". Esta distinción tiene su remoto origen en el procedimiento formulario del derecho romano (*intentio incerta*) que permitía al juez condenar al deudor en caso de incumplimiento, al pago del valor de la cosa que debía entregar el deudor. De esta manera el acreedor veía indirectamente satisfecho su interés a través del resarcimiento en dinero (*id quod interest*).

Más tarde la distinción entre daño y perjuicio llevó a los glosadores a distinguir entre el daño emergente y el lucro cesante. El perjuicio es el *lucrum cesans*; el daño es el *damnus emergens*. El daño o menoscabo patrimonial, en estricto sentido es objeto de reparación propiamente dicha y, el perjuicio, que alude a la falta de ganancia lícita que debía haber obtenido el acreedor, es materia de indemnización. De esta manera, el art. 1915 del Código Civil debe ser correctamente entendido en el sentido de que la responsabilidad civil comprende a elección del ofendido, el restablecimiento de los daños y además la indemnización de los perjuicios causados.⁵¹

⁵⁰ MOGUEL CABALLERO, Manuel, *La ley Aquilia y los derechos de la personalidad a la luz de los derechos romano, francés, italiano y suizo*, México, Tradición, 1983, pp. 63-66.

⁵¹ *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, Porrúa, 1995, p. 1679.

Como señala Rojina Villegas, la existencia de un daño es una condición *sine qua non* de la responsabilidad civil, pues es evidente que para que exista la obligación de reparar es necesario que se cause un daño.

Conforme al texto legal el daño moral, para ser exigible, debe ser consecuencia de un actuar ilícito. Esto no es general, porque también se prevé que sea causado por un riesgo creado o responsabilidad objetiva.

El hecho ilícito es definido por Gutiérrez y González como la "conducta humana culpable, por intención o por negligencia, que pugna con un deber jurídico *stricto sensu*, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio".⁵²

C. Reparación del daño

Hemos mencionado que cuando una persona causa a otra un daño, ya sea intencionalmente, por descuido o negligencia, o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento, es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima ha sufrido. Se dice que una persona es civilmente responsable, cuando alguien está obligado a reparar el daño material o moral que otro ha sufrido.⁵³

El daño produce un desequilibrio en el patrimonio de la víctima que debe reparar el autor del mismo. Entratándose del art. 1910 del código civil mexicano que contempla la reparación del daño patrimonial, y que también comprende el daño que cause afectación a la vida y a la integridad física, esta reparación se entiende necesaria porque la curación de las heridas y los gastos de defunción, en su caso, se reflejan en el patrimonio y causan perjuicios por la posible incapacidad para trabajar y obtener una remuneración adecuada o el caso extremo de dejar de percibirla.

La reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Por lo tanto, la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada, sea restablecida mediante la restitución si el daño se produjo por sustracción o despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruida o ha desaparecido. Sólo cuando la reparación o la sustitución no son posibles o cuando se trata de una lesión corporal o moral, la

⁵² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Personales teorías del "deber jurídico" y "unitaria de la responsabilidad civil"*, México, Porrúa, 1999, p. 37.

⁵³ *Ibidem*.

obligación se cubre por medio del pago de una indemnización en numerario, con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima. Ya no se trata entonces de restituir o de reparar, sino de resarcir a través de una indemnización en numerario con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima.

De Cupis define el resarcimiento como la prestación al afectado de un equivalente pecuniario, o sea de una suma de dinero correspondiente a la medida del daño, e indica que conforme a la historia de la legislación penal italiana, la reparación se acordaba para los daños no patrimoniales sustraídos al resarcimiento. En la práctica, el resarcimiento tendía a convertirse en una sola cosa con la reparación, y en realidad era solamente una cuestión de terminología.

Tanto la ley como la doctrina y nuestra jurisprudencia utilizan indistintamente “reparación”, “indemnización”, “resarcimiento”, “daños y perjuicios” para designar los siguientes conceptos: a) volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la producción del daño; b) pago de sólo daños; c) pago de perjuicios; d) pago de daños y perjuicios, y e) satisfacción moral.

Necesitamos aclarar cuál es el débito de la obligación para determinar el vocablo más adecuado que indique en qué consiste la responsabilidad. A consecuencia de la conducta dañosa, surge un deudor, un acreedor y la deuda que es el daño. Se desprende de la legislación que en los daños patrimoniales la obligación del deudor es volver las cosas al estado en que se encontraban antes de sufrir el daño, como si éste no se hubiese producido, lo que puede hacerse por el propio deudor o por otra persona, a expensas de aquél y con el consentimiento del acreedor. Ha lugar también al pago de los perjuicios que se hubieren causado; de no ser posible esto tiene cabida la obligación subrogada, el pago de un equivalente pecuniario, correspondiente a la medida del daño causado. Este equivalente comprende los daños y perjuicios causados.

Reparar es el vocablo adecuado para indicar la obligación primaria en los daños patrimoniales: volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la producción del daño. Resarcir es el cumplimiento de la obligación subrogada, el equivalente pecuniario de la obligación primaria. El principio que anima el resarcimiento es que no se trata de enriquecer a la víctima, sino de hacerle llegar una satisfacción justa por el daño recibido; principio válido no sólo para el juzgador, sino también para el legislador.

Indemnización es la reparación legal de un daño o perjuicio causado. Se considera como sinónimo el término compensación. *Indemnizar* es resar-

cir de un daño o perjuicio. Respecto de su etimología podemos señalar que procede del adjetivo *indemne* que significa sin daño, ileso, libre o exento de algún daño, que no ha sufrido daño, del latín *indemnis*, de in- no, sin y *dennis*, de *damnum*, daño. Con los anteriores elementos podemos aventurar que indemnizar es dejar sin daño, y por extensión reparar el probable daño causado. Otra acepción de *indemnización* señala que es el acuerdo mediante el cual se establece una compensación monetaria por un perjuicio o pérdida. En materia de seguros se utiliza para restaurar una porción financiera anterior a algún desastre o evento perjudicial de la empresa o persona física. Podemos mencionar también las figuras de indemnización laboral, agraria, de guerra, etcétera.

En materia de responsabilidad civil el CCF establece en el art. 1915: “La reparación de daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior; cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”. Como mencionamos un sector de la doctrina considera que este numeral debe ser entendido en el sentido de que la responsabilidad civil comprende a elección del ofendido, el restablecimiento de los daños y además la indemnización de los perjuicios causados. De esta manera, la noción de responsabilidad civil impone al responsable no sólo el deber de restituir o de reparar, sino además la obligación de indemnizar que surge no sólo por el hecho del incumplimiento de un contrato, sino también como consecuencia de todo daño que se cause por hechos ilícitos (culpa o dolo), por riesgo creado, que comprende la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

En materia de responsabilidad también se señala que si un deudor no cumple su obligación cuando y como debía, el acreedor tiene derecho a obtener una suma de dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido, de haberse cumplido efectiva y puntualmente la obligación, y que por consiguiente, lo indemnice del perjuicio causado por la falta de cumplimiento. Esta indemnización se llama daños y perjuicios o simplemente indemnización. La responsabilidad civil, además de importar la devolución de la cosa o su precio o la de ambos en su caso, importa la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios o, como se dice generalmente, la indemnización de daños y perjuicios. Esta indemnización en derecho francés, se designa por las palabras *dommages-intérêts*.⁵⁴

⁵⁴ BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 463.

Respecto de quien puede exigir tal indemnización, Borja Soriano señala que el código civil mexicano de 1884 responde a esta cuestión en su art. 1473 diciendo que la responsabilidad civil no puede exigirse sino por el que tiene el derecho de pedir el cumplimiento de la obligación. El código civil de 1928 no reprodujo este artículo; implícitamente existe en él la solución que resulta de aplicar los principios generales, así es que el derecho de exigir la indemnización no puede pertenecer sino a las personas que sufren el perjuicio. Así lo determina nuestro código vigente a propósito de la responsabilidad proveniente de los actos ilícitos.⁵⁵

D. El daño moral

Se entiende por daño moral la afectación de valores no apreciables en dinero. Frente al daño material como perjuicio patrimonial, los Mazeaud colocaron al daño moral en tanto perjuicio extrapatrimonial de carácter no económico. Savatier señaló como daño moral todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, pudiendo ser un sufrimiento físico, en cuyo caso la indemnización que lo compensa recibe el nombre de *pretium doloris*, o un sufrimiento moral de origen diverso, en el cual la víctima sufre principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, afecciones, etcétera.

A partir de tales consideraciones, se arriba al hecho de que generalmente el daño moral es concebido como el menoscabo en los sentimientos, el desmedro o deterioro que el agravio ha causado, los padecimientos físicos, los sufrimientos o las dificultades o molestias que son consecuencia del hecho perjudicial. Esta concepción implica la adopción del criterio que considera al ser humano, a la persona, como un mero factor de riqueza (carácter patrimonial) o sólo como víctima de dolor o sufrimiento (carácter extrapatrimonial).

Una postura más integral del daño moral es la que incluye, además del menoscabo físico y espiritual, la privación de posibilidades existenciales reflejadas en la conducta cultural, estética, sensitiva, sexual, intelectual, mismas que deben ser resarcibles.

Como advertiremos más adelante la protección jurisdiccional civil en el ordenamiento mexicano es limitativa y se incluye dentro de la primer pos-

⁵⁵ *Idem*, pp. 463-464.

tura. Esto sin olvidar que dentro del derecho positivo mexicano encontramos fundamentos para desarrollar el necesario y complejo conjunto de instituciones que protejan tales derechos, los llamados derechos de la personalidad. Lo anterior merced a la ratificación que ha hecho México de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica.

Nos referiremos a los bienes tutelados por el daño moral, después de señalar los preceptos normativos de este último.

E. Legislación

La reforma a los arts. 1916, 1916 bis y 2116 del Código Civil en diciembre de 1982 y nuevamente del art. 1916 en febrero de 1994, no instituyó por vez primera la figura del daño moral, puesto que con anterioridad el referido ordenamiento ya la citaba en sus numerales 143, 1916 y 2116. Así, el art. 143 señala:

El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del patrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente.

El numeral 1916 antes de la reforma establecía:

Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará al (sic) responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el art. 1928.

Por su parte el 2116 señala:

Al fijar el valor y el deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa.

Actualmente, la institución del daño moral se encuentra plasmada particularmente en dos preceptos del CCF: los arts. 1916 y 1916-bis. En el caso de las entidades federativas hacemos mención de los ordenamientos civiles de Tlaxcala, Quintana Roo y Puebla que incluyen disposiciones relativas a la figura en comento, y que ya fueron abordadas en el apartado precedente, cuando nos ocupamos de los derechos de la personalidad.

El art. 1916 del CCF señala:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al art. 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al art. 1928, ambas disposiciones del presente Código.

La acción de reparación no es transmisibile a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el

juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

El art. 1916-bis del mismo ordenamiento establece:

No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

De la lectura de los preceptos anteriores podemos distinguir que el daño moral es la afectación de los derechos de la personalidad, y así lo interpretó la Tercera Sala de la Suprema Corte en abril de 1987, al señalar que la referencia a "los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del derecho civil, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente 'contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación' (Exposición de motivos de la reforma legislativa)".⁵⁶

Como hemos adelantado en los apartados precedentes, los derechos de la personalidad, considerando los señalados en el CCF, encuentran protección jurídica en la figura del daño moral. En la tesis jurisprudencial citada líneas atrás, se habla de los derechos de la personalidad, concepto al que no

⁵⁶ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 228, p. 98. Rubro: DAÑO MORAL. SU REGULACIÓN.

alude la legislación civil, sin abundar en su configuración doctrinal o legislativa, entendiéndose que reserva para cada caso la interpretación respectiva.

V. INTERPRETACIÓN JUDICIAL

En la interpretación encontramos el resultado de la labor judicial encargada de desentrañar el significado de cada norma. Las decisiones judiciales vienen a constituir la expresión práctica del documento normativo, toda vez que dotan de significado a una norma determinada. En temas como los que ahora abordamos la interpretación judicial destaca porque nos otorga certidumbre acerca de lo que debe entenderse por tal o cual institución jurídica, sus alcances y finalidades.

Podemos afirmar que la jurisprudencia relativa a la reparación del daño moral y los derechos de la personalidad no ha sido escasa, sin embargo la mayoría se dio en ausencia de normas legales relativas al tema, por lo que la interpretación judicial posterior a la reforma de 1982 es limitada en cantidad.

Dividiremos este apartado final considerando las decisiones judiciales de acuerdo con su publicación en el *Semanario Judicial de la Federación*, a partir de la quinta época hasta llegar a las decisiones más recientes, de la novena época (abril de 2000).

Después de la transcripción de los rubros y textos de las tesis daremos una explicación de los casos resueltos, a efecto de ofrecer argumentos que expliquen la evolución de la figura del daño moral en el sistema jurídico mexicano.

Quinta Época⁵⁷

Es preciso señalar que en este periodo no existen normas legales específicas que permitieran presumir la aceptación en el sistema jurídico del daño moral. Salvo el referido a la reparación que compete al prometido ofendido

⁵⁷ Comprende del 1 de junio de 1917 al 30 de junio de 1957. Se integra por 132 tomos. Su ordenación se presenta en forma cronológica. Al final de cada tomo aparece publicado su índice.

Nota del autor: Los datos aquí expuestos aparecen bajo el rubro *Épocas* en las ediciones de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. No debe confundirse con la división que hace Ochoa Olvera sobre primera y segunda época, según se hayan dictado los criterios judiciales antes o después de la reforma de 1982.

no existe disposición expresa, aunque el 1916 habla de una reparación moral por la muerte del ser querido. Se menciona que se han omitido aquellas tesis que interpretan algún precepto de los códigos civiles estatales.

Destaca una tesis dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en noviembre de 1938 decidió:

DAÑO MORAL, PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR. Si se demandan dos indemnizaciones, una a consecuencia de daños materiales y la otra como indemnización moral, es claro que legalmente puede considerarse probado el monto de la reparación material y la acción para exigirla, pero no la relativa a la reparación moral, que para su existencia requiere la demostración del hecho ilícito por parte del demandado, según disposición expresa del art. 1916 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.⁵⁸

En este caso estamos en presencia de un criterio que aun hoy día sigue firme en algunas decisiones judiciales: para ser indemnizable el daño debe derivar de un hecho ilícito, siendo requisito indispensable probar tal carácter. Aquí la carga de la prueba es para el actor.

Conforme al modelo propuesto en el art. 1916 del CCF, los elementos de la responsabilidad civil son: a) la comisión de un daño; b) la culpa, y, c) la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.⁵⁹ En el apartado precedente nos hemos referido a éstos, por lo que únicamente señalaremos que el texto del art. 1916 fue: "Independientemente de los daños y perjuicios... Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el art. 1928".

Más tarde, en junio de 1953 la Primera Sala resolvió una tesis bajo el rubro REPARACIÓN DEL DAÑO MATERIAL Y MORAL, PROCEDENCIA DEL PAGO POR CONCEPTO DE. En ella se consideraba que el ofendido sólo puede promover restrictivamente el juicio de amparo, contra la resolución que se dicte respecto de la reparación del daño, y reclamar única y concretamente, puntos referentes a dicha reparación, es decir: su inconformidad por la absolución de dicha reparación cuando existía condena del inculpado; o, su objeción respecto de la cuantía de la reparación del daño.⁶⁰

⁵⁸ Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LVIII, p. 1953.

⁵⁹ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, t. III, México, Porrúa, 1997, p. 298.

⁶⁰ Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXXIX, p. 368.

Ese mismo año, en julio, la Sala Auxiliar dictó la tesis con el rubro REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, en la que consideró que “ciertamente es admisible que la muerte de una persona causa a sus familiares no sólo un daño económico constituido por lo que dejan de recibir de él materialmente, sino también un daño moral constituido por la pena que les produce su ausencia definitiva”, estableciendo que en el último supuesto el daño no es reparable a modo de que las cosas queden en el estado que tenían antes, sino que su reparación solamente se hace por vía de equivalencia, dando a los familiares una indemnización. Aclarando que ello no significa que una vida sea estimable en dinero.⁶¹

En agosto, también de 1953, la Sala Auxiliar estableció un nuevo criterio jurisprudencial relacionado con el daño moral, con el rubro REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL (RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA), en el que distingue entre la reparación que deriva del riesgo y la que deriva de un ilícito: en la primera sólo procede la indemnización por daños y perjuicios materiales, en la segunda procede además la reparación moral.⁶²

En diciembre de 1955 la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló la siguiente interpretación del entonces vigente art. 1916 del Código Civil:

DAÑOS Y PERJUICIOS, CONDENA AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN SÓLO PROCEDE CUANDO EL DAÑO SE HA PRODUCIDO SOBRE LAS PERSONAS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Los casos en que se autoriza el pago no sólo de los daños y perjuicios, sino, además, el de una indemnización, están referidos directa y únicamente a los daños causados por hechos ilícitos, y a ellos hace mérito expreso el art. 1916 del Código Civil del Distrito Federal cuando previene: “Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho”. Y por su naturaleza, la reparación moral que indica el precepto, se refiere sólo a los casos en que el daño se ha producido sobre las personas, no sobre las cosas.⁶³

Puede advertirse que la figura del daño moral no guarda ninguna relación en este momento con los denominados derechos de la personalidad.

⁶¹ Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXVII, p. 516.

⁶² Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXVII, p. 533.

⁶³ Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXVI, p. 748.

La doctrina en pocas ocasiones se había ocupado de tratar lo relativo al *pretium doloris*⁶⁴ y quizá por ello, no existía la preocupación de ahondar en la idea de un derecho a ver reparados los perjuicios morales.

Sexta Época⁶⁵

Si bien en esta época no hay legislación mexicana que expresamente se ocupe del daño moral o que regule los derechos de la personalidad, ya empiezan a conocerse en México las tendencias que permean el derecho privado en otros sistemas jurídicos. Por estas fechas, el actual Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ha consolidado de alguna manera el estudio del derecho comparado y ha permitido que los juristas nacionales conozcan y se interesen por las instituciones jurídicas extranjeras. De la época son diversas traducciones de obras jurídicas francesas, rusas e italianas.

En octubre de 1959, la Tercera Sala señala en una tesis con el rubro DAÑO MORAL. CONDICIÓN A QUE ESTÁ SUJETA LA REPARACIÓN, que “la reparación del daño moral está sujeta a una condición fundamental: los daños y perjuicios ocasionados a la víctima deben ser consecuencia de un hecho ilícito, y cuando esta condición no se produzca, resulta indebida la condena al pago del daño moral”.⁶⁶

Esta es una condición que habrá de retomarse en reiteradas ocasiones por los tribunales federales, hasta llegar a la inclusión del daño moral derivado de la responsabilidad civil objetiva o por riesgo, que se convierte en excepción a esta regla.

En septiembre de 1962, la Tercera Sala manifiesta, en la tesis con el rubro REPARACIÓN DEL DAÑO CIVIL. INDEMNIZACIÓN EN CASO DE MUERTE, algunos parámetros a considerar para el pago de la indemnización que corresponde a los familiares por la muerte. El contenido de la tesis es el siguiente:

⁶⁴ Borja Martínez en su *Bibliografía y tematizada de derecho civil mexicano (1821-1984)*, cita a José Diego Fernández, quien en 1906 escribió en el *Diario de Jurisprudencia* un artículo titulado “Indemnización por dolores”, destaca también la tesis profesional de Celso Ledesma y Labastida de 1932: *Justificación del resarcimiento de los daños morales*.

⁶⁵ Comprende del 1 de julio de 1957 al 15 de diciembre de 1968. Se integra por 138 volúmenes numerados con cifras romanas. Los volúmenes se componen de cinco partes editadas en cuadernos por separado (Pleno y Salas Numerarias).

⁶⁶ Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXX, Cuarta Parte, p. 152.

El art. 1915 del Código Civil establece que cuando el daño se causa a la persona y produzca la muerte, el monto de la indemnización, en cuyo pago deberá consistir la reparación del daño, se fijará aplicando lo que establece la Ley Federal del Trabajo, según las circunstancias de la víctima y tomando por base la utilidad o salario que perciba. Cuando la utilidad o salario exceda de \$25.00 diarios, no se toma en cuenta sino esa suma para fijar la indemnización. Si la víctima no percibía utilidad o salario o no pudiera determinarse éste, el pago se acordará tomando como base el salario mínimo. De tales normas, no se desprende como una correcta interpretación jurídica, la establecida por la autoridad responsable, en el sentido de que si la víctima del daño es una persona que percibía un salario, la indemnización debe fijarse aplicando como cuota el salario diario que percibía y que la indemnización se fijará aplicando como cuota la que correspondía a la utilidad que percibía la víctima cuando esta no fuera persona asalariada. Lo que una exacta aplicación de la Ley de referencia impone entender es que: la indemnización se fijará aplicando las cuotas que establece la Ley Federal del Trabajo, según las circunstancias de la víctima, tomando por base la utilidad o el salario que percibía, hasta el límite máximo de \$25.00 diarios, pero sin que impida que cuando la víctima, según sus circunstancias, haya percibido tanto salario como utilidades, en forma acumulativa, sólo deba tomarse en cuenta el salario y no la utilidad hasta el límite máximo, en que sumadas ambas percepciones no excedan de \$25.00 diarios. Lo que pretende la ley con las normas de referencia es que las indemnizaciones por daños que produzcan la muerte de una persona no alcancen una cuantía excesiva, que afecte hasta la vida económica del responsable por ese daño, sea persona física o jurídica. Esta conclusión se desprende sin dudas de los razonamientos aducidos al formularse la iniciativa del Decreto que reformó el art. 1915 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales y que a la letra dicen: "La disposición aludida establece que la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios. En la aplicación práctica de este precepto, han surgido graves dificultades en atención a que no fijándose en él reglas para su interpretación, esto es, bases firmes para determinar la cuantía de las indemnizaciones que hayan de cubrirse, los tribunales hacen una aplicación discrecional, ya sobre el cálculo de vida probable, ya sobre la presente capacidad productiva; alcanzándose con ello que en ocasiones, la indemnización es positivamente reducida, y en otros de una cuantía excesiva, que llega hasta a afectar la vida económica de las empresas. En nuestro sistema jurídico existen disposiciones concretas en las cuales se contienen reglas para los diversos casos que puedan presentarse; pero estas reglas que pertenecen a la esfera de leyes especiales

sólo pueden ser tomadas como base para las decisiones del Poder Judicial, cuando una ley así lo determine, razón por la cual se hace preciso adicionar al Código Civil en los términos que se proponen. Como en estos casos, es el daño y perjuicio material lo que debe indemnizarse, no ha lugar a tomarse en cuenta el daño moral, y, por esta circunstancia se propone, que cuando la víctima no perciba utilidad o salario o no puede determinarse éste, el pago se acordará tomando como base, el salario mínimo. Con el propósito de asegurar en lo posible, que las indemnizaciones beneficien efectivamente a la víctima o a sus familiares, se propone que los créditos por este concepto, sean intransferibles y que se cubran preferentemente en forma de pensión o pagos sucesivos". Lo anterior conduce a establecer que si la víctima del daño que produjo la muerte, percibía un salario y además obtenía como provecho o fruto de su trabajo, una utilidad por concepto de "propinas", que son cantidades de dinero con que se remunera un buen servicio, ambos ingresos deben tomarse en cuenta para fijar la indemnización con cuyo pago se reparará ese daño, en la inteligencia de que cuando sumados al salario y utilidades, excedan de \$25.00 diarios, no se tomará en cuenta sino esta cantidad.⁶⁷

Cabe destacar que la argumentación de la Sala del máximo tribunal mexicano se inclina a no considerar el daño moral causado con la muerte. Por ello, se señala que es únicamente el daño y perjuicio material lo que debe contemplar el monto de la indemnización. Este criterio cambiará más adelante al considerar no el daño causado a la víctima, al privarlo de la vida, lo cual suena hasta cierto punto absurdo, sino el causado a sus parientes y amigos por la pérdida del ser querido. Esta distinción motivará un nuevo criterio que habrá de destacarse al ocuparnos de las tesis dictadas en la novena época.

En el ámbito de protección de la reputación y prestigio comerciales, en dos resoluciones de 17 de agosto de 1966 la Tercera Sala de la Suprema Corte consideró que al revocarse la quiebra y comprobarse que el solicitante de la misma procedió con malicia, con injusticia notoria y negligencia grave, hay una obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan causado al fallido, con motivo de la sentencia declaratoria del concurso. La tesis en comento, dictada bajo el rubro QUIEBRA. EL SOLICITANTE DE LA QUIEBRA QUE SE REVOCA DEBE REPARAR EL DAÑO MORAL CAUSADO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 24 Y 25 DE LA LEY DE

⁶⁷ Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXIII, Cuarta Parte, p. 67.

QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS, EN RELACION AL ARTICULO 1849 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ), consideró que “entre los daños que se irrogan al comerciante figuran en forma preponderante los de carácter moral, como son el desprestigio ante los profesionales del comercio y en el mundo de los negocios, así como en la sociedad en general, la privación de su legitimación activa y pasiva para comparecer en juicio y por privársele de la posesión y de la administración de sus bienes”, por ello la interpretación de la legislación veracruzana permite que “independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho”.⁶⁸ En este último caso se advierte que la norma civil veracruzana limitaba la indemnización a modo de reparación moral, a la tercera parte de lo que importaba la responsabilidad civil. Una norma similar prevaleció en la mayoría de los ordenamientos civiles mexicanos hasta bien entrada la década de los ochenta.

En enero de 1968, la Tercera Sala reiteró el principio de que el daño moral no procede cuando se reclama la responsabilidad objetiva, puesto que la redacción del ordenamiento civil se refiere a la responsabilidad subjetiva o de la culpa, pues requiere que haya un hecho ilícito, excluyendo por tanto a la responsabilidad objetiva. El rubro de la tesis en la que se sostiene tal criterio fue: RESPONSABILIDAD OBJETIVA. DAÑO MORAL. IMPROCEDENCIA DE SU REPARACIÓN.⁶⁹

Si bien nos hemos propuesto señalar los casos más relevantes de la jurisprudencia dictada en materia civil, por considerarla como el ámbito natural del daño moral, no podemos obviar que en materia penal destacan algunos criterios emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que nos pueden aportar algunos indicios acerca de la importancia que empieza a adquirir la figura en estudio.

El citado órgano colegiado dictó en febrero dos resoluciones en las que sostuvo el criterio de que “sólo cuando se trate de fijar el monto de la reparación del daño moral debe atenderse a la capacidad económica del acusado, en tanto que, cuando dicha fijación se refiere al daño material

⁶⁸ Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CX, Cuarta Parte, p. 75.

⁶⁹ Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXVII, Cuarta Parte, p. 41. Cabe destacar que fungió como ponente de esta tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte el maestro Rafael Rojina Villegas.

debe atenderse al monto del mismo como aparezca probado en la causa”. El rubro de la tesis: DAÑO MORAL Y MATERIAL. FIJACIÓN DEL MONTO DE LA REPARACIÓN DEL.⁷⁰

Asimismo, en tratándose de la reparación del daño moral en los casos de delitos sexuales, la Primera Sala decidió, en dos resoluciones: agosto de 1964 y diciembre de 1965, que “la reparación del daño moral es una cuestión subjetiva que no es posible acreditar, ni mucho menos estimar su monto mediante elementos de prueba corpóreos, tangibles, comunes como los establecidos por la ley procesal; pero, tratándose de delitos sexuales, el daño moral debe considerarse probado, siendo facultad propia del juzgador apreciarlo según su prudente arbitrio, y, como consecuencia, la de imponer la sanción pecuniaria que estime adecuada por dicho concepto. El rubro de la tesis en la que se sostiene este criterio es: REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, FIJACIÓN DEL MONTO DE LA. DELITOS SEXUALES.⁷¹ En este mismo sentido la Primera Sala señaló en agosto de 1964 que en los casos de delitos sexuales, el daño moral debe considerarse probado, aun cuando no se aporte en este respecto elemento alguno de prueba en los autos, dado que va implícito en la consumación del acto carnal realizado en la persona de la víctima, quien indudablemente resiente perjuicios al ser lesionados su honor y dignidad. Y si bien en la tesis anterior se menciona que es facultad del juzgador determinar el monto de la indemnización, en esta tesis se aclara que quedará a “la prudente apreciación del juzgador, teniendo en cuenta la capacidad económica del acusado y las condiciones materiales de la ofendida”. El rubro de esta última tesis: DAÑO MORAL. SU PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES.⁷²

Destaca otro criterio, de septiembre de 1965, que vale la pena destacar, la tesis en cuestión es la siguiente:

PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. LENOCINIO. Para la cuantificación de la pena en el delito de lenocinio, no tienen importancia capital las sumas obtenidas por la explotación del cuerpo de la mujer, sino el daño moral que se causa a la sociedad.⁷³

Y es de destacar, por el hecho de que en su último párrafo hace referencia al “daño moral que se causa a la sociedad”. Consideramos que es des-

⁷⁰ Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CIV, Segunda Parte, p. 15.

⁷¹ Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CII, Segunda Parte, p. 40.

⁷² Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XC, Segunda Parte, p. 19.

⁷³ Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIX, Segunda Parte, p. 60.

afortunada la redacción, pues es imposible que la ficción *sociedad* pueda ser vulnerada moralmente por la realización de un delito, concepción muy de acuerdo con las tesis decimonónicas del ilícito.

Al concluir la sexta época seguimos advirtiendo la carencia de una protección civil de los derechos de la personalidad y los conceptos de perjuicio moral y daño moral constituyen expresiones inacabadas que adquirirán rango institucional hasta la reforma de 1982.

Séptima Época⁷⁴

Esta época habrá de caracterizarse por la aparición, con la reforma de 1982, de las figuras del daño moral y los derechos de la personalidad en el ordenamiento civil, así como los primeros momentos de interpretación de tales instituciones jurídicas. Es a partir de tal momento en que la protección civil de la persona empieza a tomar carta de naturalización en el sistema jurídico mexicano y mantendrá un impulso constante. Líneas atrás nos hemos ocupado de los matices legislativos, por lo que continuaremos con las reflexiones en torno a la producción jurisprudencial.

En septiembre de 1971 dictó la Sala Auxiliar una decisión en la que se ocupó nuevamente del monto de la reparación que correspondía por daño moral. Fácil de advertir es que éste constituyó uno de los temas que mayor polémica produjo en la labor jurisprudencial, y aún en la novena época la discusión acerca de la forma de resarcir el daño moral sigue estando presente en las decisiones de los tribunales federales. La tesis que nos interesa es la siguiente:

DAÑO MORAL, CUANTIFICACIÓN DEL. No estuvo en lo justo el tribunal *ad quem*, en un caso, en el razonamiento que lo condujo a fijar como importe del resarcimiento por daño moral la cifra equivalente a la doceava parte del importe de los daños y perjuicios sufridos. El art. 1849 del Código Civil del Estado de Veracruz, coincidente con el 1916 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, establece la potestad judicial para acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere, una indemnización a título de reparación moral, pero señala que dicha

⁷⁴ Comprende del primero de enero de 1969 al catorce de enero de 1988. Se integra por 228 volúmenes identificados con cifras arábigas. Por lo general los volúmenes están compuestos por siete partes y editados en cuadernos separados, correspondientes a Pleno, Salas (Penal, Administrativa, Civil y Laboral), Tribunales Colegiados y Sala Auxiliar.

indemnización no debe exceder de la tercera parte de la condena y debe ser equitativa. En otras palabras, el arbitrio del juez para cuantificar una condena de esta índole debe atender al criterio de equidad. Tradicionalmente la equidad es el resultado de la aplicación de la justicia al caso concreto, pero, por otra parte, la equidad supone, en todo juicio en el que haya necesidad de dictar condena por concepto de daño moral, que la parte condenada no sufra excesivamente con el detrimento de su patrimonio en beneficio del patrimonio del ofendido, puesto que mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, cuando existe sentencia condenatoria, con ella se satisfacen legalmente los daños y perjuicios sufridos por el ofendido. En el caso se observa que efectivamente el demandado produjo los daños y perjuicios y quedó afectado al pago de la responsabilidad civil correspondiente, lo cual implica que, mediante la ejecución de la sentencia condenatoria, el actor se resarcirá de los daños y perjuicios ocasionados por el demandado, y aunque sea cierto que el demandado haya actuado ilegalmente ocasionando los daños y perjuicios, ello no sería argumento suficiente para que se decretase una condena por daño moral que alcance el grado máximo permitido por la ley. Por otra parte, si resulta también evidente que la condena a la doceava parte de la responsabilidad civil por concepto de daño moral a la que haya llegado el tribunal responsable en la sentencia que dé origen a la queja, no satisface el invocado principio de equidad, en cuanto que el argumento esgrimido por el *ad quem* justifique la condena misma, más no su importe, que resulte bajo, dados los antecedentes legales del juicio debe señalarse que el criterio de equidad que debe presidir la cuantificación del daño moral ocasionado debe ser el de evitar un exceso en la condena por tal concepto, sin que por otra parte el demandado quede exonerado o sólo condenado a una cantidad ínfima. Atento lo anterior, si el tribunal responsable no hizo un uso prudente del arbitrio que le fue confiado, deberá resolver que la condena por concepto de daño moral causado debe ser la mitad del máximo autorizado en la ley, y como éste es el de la tercera parte del que importa la responsabilidad civil, en el presente caso la condena deberá quedar establecida en la sexta parte del importe de esa misma responsabilidad civil. Al no haberlo observado así, el tribunal responsable dejó de cumplir con la ejecutoria de amparo a la que debió dar cumplimiento.⁷⁵

Este criterio, basado en un razonamiento de equidad, seguramente influiría en los siguientes años para la fijación del monto indemnizatorio a otorgar a los ofendidos por la conducta ilícita.

⁷⁵ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIII, Séptima Parte, p. 23.

En junio de 1977, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó la siguiente tesis jurisprudencial:

PERJUICIOS MORALES. Si el alegato expuesto por el inconforme en contra del fallo recurrido es en el sentido de que los artículos del Código de Procedimientos Civiles reclamados en el amparo, al permitir la ejecución de una sentencia interdictal apelada sin sujeción a fianza, le ocasionan perjuicios de orden moral aun obteniendo un fallo favorable en la apelación, debe ser inatendido, por infundado, pues involucra en el ámbito jurídico una cuestión eminentemente subjetiva vinculada con la esfera axiológica, la que si bien no es ajena a la ciencia jurídica, la misma no puede ser tomada en cuenta, en tanto que los "perjuicios morales" no se encuentran protegidos ni pueden ser tasados por los preceptos de derecho positivo, con lo que sería suficiente para concluir que los preceptos que impugna no adolecen del vicio que se les atribuye, pues sostener la tesis del promovente sería tanto como admitir que ninguna resolución o auto (como el de *exequendo*) que lleven aparejada ejecución, pueden ejecutarse, porque ello se traduciría en la causación de un daño moral (cejaición y descrédito), no reparable ni apreciable en dinero.⁷⁶

Este criterio viene a definir los límites y alcances del concepto *perjuicios morales*, puesto que parece advertirse de la redacción de esta tesis, que los particulares aprovechan la ambigüedad del término para alegar algo que no existe.

En agosto de 1982, la Tercera Sala dictó el siguiente criterio que reitera el de 30 de octubre de 1959:

DAÑO MORAL, REPARACIÓN DEL. NUESTRA LEGISLACIÓN NO LA ADMITE SINO COMO PRESTACIÓN ACCESORIA DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES (LEGISLACIONES DEL ESTADO DE QUERÉTARO Y DEL DISTRITO FEDERAL). Aun cuando se acredite la comisión de actos ilícitos consistentes en publicaciones y fijación de avisos que afectan las buenas costumbres, las cuales no admiten que públicamente se desprestige a una persona, y que tales actos sean imputables a los demandados, quienes no contradijeron haberlos realizado; sin embargo, al no acreditarse la existencia de los daños y perjuicios, ni su cuantificación, no es posible la condena a título de reparación moral, en virtud de que nuestra legislación no admite tal reparación sino como una prestación accesoria de la reparación de daños y per-

⁷⁶ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 97-102, Primera Parte, p. 132.

juicios derivados de la responsabilidad civil por acto ilícito, con excepción del caso de la ruptura de esponsales que contempla el art. 143 del Código Civil de Querétaro, semejante al de igual número del Código Civil para el Distrito Federal. En efecto, el art. 1794 del Código Civil señalado en primer término, que de manera genérica sanciona al autor del acto ilícito que cause daños a otro, establece: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima"; el art. 1799, a su vez, dispone en su primer párrafo: "la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios...". De donde la reparación de que trata el primer precepto es de tipo pecuniario, pues si no pueden volverse las cosas al estado que guardaban antes de causarse el daño, la reparación por equivalencia se hace consistir en el pago de daños y perjuicios, los cuales tienen un carácter patrimonial por definición. Luego, el art. 1800 del Código Civil del Estado, dice textualmente: "Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil..." etc. De lo anterior se desprende que es cierto que en el derecho mexicano (iguales o semejantes disposiciones que las transcritas, existen en los Códigos Civiles del Distrito Federal y estados de la República) no se contempla la reparación del daño moral, en materia civil, sino como accesoria a la del daño patrimonial.⁷⁷

El aserto de la Sala de que el daño moral en el ordenamiento civil sólo es contemplado como una prestación accesoria vendría a ser modificado más tarde. El criterio, firme ya, señala que era preciso que se demostrara la causación de daños y perjuicios y en su momento la cuantificación de los mismos.

El 12 de noviembre de 1984, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó la siguiente tesis:

DAÑO MORAL, PROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN DEL, CONDICIONADA A LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. El texto del art. 1916 del Código Civil (anterior a la reforma publicada el 31 de diciembre de 1982 en el

⁷⁷ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 163-168, Cuarta Parte, p. 43.

Diario Oficial de la Federación) era del siguiente tenor: "Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el art. 1928". Como se ve, la segunda parte del precepto condicionaba la procedencia de la reclamación por concepto de daño moral al hecho de que se hubiera acreditado la responsabilidad civil, es decir, la reclamación por concepto de daños y/o perjuicios de carácter patrimonial. Consecuentemente, si en un caso en el que legalmente deba aplicarse dicha disposición, la actora no demuestra la reclamación principal, es correcto absolver también a la demandada respecto de la reclamación por concepto de daño moral.⁷⁸

En esta ocasión puede advertirse que se trata todavía de una interpretación del texto anterior del numeral citado del ordenamiento civil en materia de daño moral. Es una de las últimas interpretaciones del máximo tribunal en el sentido de condicionar el pago del daño moral a que hubiere procedido la reclamación de la responsabilidad civil. Es de advertirse que el ministro Jorge Olivera Toro disintió del sentido de esta tesis y así quedo expresado.

En abril de 1987, la Tercera Sala dictó la siguiente tesis, dentro de un juicio de amparo directo que produciría en total cinco criterios judiciales:

IRRETROACTIVIDAD DEL ART. 1916 DEL CÓDIGO CIVIL SI LA EXHIBICIÓN DE UNA PELÍCULA CON LA QUE SE CAUSA DAÑO MORAL SE HACE DESPUÉS DE QUE INICIÓ SU VIGENCIA. No se aplica en forma retroactiva el art. 1916 del Código Civil para el Distrito Federal que regula el daño moral y su reparación económica, cuando si bien el contrato antecedente de una película se firma con anterioridad a la fecha en que entró en vigor y la filmación ubica los hechos en una época también anterior, la película que ocasiona el daño moral cuya reparación económica se demanda, es autorizada para ser exhibida y la exhibición se realiza cuando ya estaba vigente el precepto, o sea con posterioridad al 1o. de enero de 1983 (*Diario Oficial* de 31 de diciembre de 1982) toda vez que es con la exhibición de la cinta cinematográfica con la que se causa el daño moral, concretando la lesión al bien jurídico tutelado y al honor.⁷⁹

⁷⁸ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 193-198, Cuarta Parte, p. 137.

⁷⁹ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 217-228, Cuarta Parte, p. 166.

En esta ocasión, el ponente fue el ministro Jorge Olivera Toro, destacando el hecho de que la labor hermenéutica concluyó con la consideración de que la exhibición de una cinta cinematográfica concreta la lesión al bien jurídico tutelado (la tesis es omisa respecto del bien) y al honor. El mismo órgano colegiado dictó en la fecha el siguiente criterio:

DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO. Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.⁸⁰

En ese mismo amparo, se dictó uno de los criterios más relevantes de la séptima época, por la Tercera Sala, el cual es:

DAÑO MORAL. SU REGULACIÓN. El art. 1916 reformado del Código Civil para el Distrito Federal, señala que los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del derecho civil, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente "contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación" (Exposición de motivos de la reforma legislativa).⁸¹

La relevancia del anterior criterio se advierte al momento de que se decide que los bienes y derechos enunciados en el art. 1916 del Código Civil del Distrito Federal, en tratándose del daño moral, son *los llamados derechos de la personalidad*. Por vez primera se reconoce su regulación y pro-

⁸⁰ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 217-228, Cuarta Parte, p. 98.

⁸¹ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 217-228, Cuarta Parte, p. 98.

tección en el sistema jurídico mexicano; sobre las tesis derivadas del amparo directo 8339/86 Jorge Olivera Toro escribió una monografía a la que se ha aludido líneas atrás. El cuarto criterio dictado en el mencionado amparo directo es:

DAÑO MORAL. CONDENA PENAL. NO PUEDE DAR LUGAR A CONSIDERAR QUE SE CARECE DE BUENA REPUTACIÓN. Para el efecto de determinar si se causa daño moral a una persona al distorsionar su vida en una película, no puede admitirse que carezca de buena reputación en consideración de que había sido sometida a enjuiciamiento penal y resultado con la sentencia condenatoria que había causado estado toda vez que es indudable que en nuestro sistema jurídico la persona que compurga una pena no puede seguir a través del tiempo cargando con resabios de esa pena, porque se estaría contrariando el art. 22 constitucional, en la parte relativa a la prohibición de penas trascendentales y sería tanto como aseverar que alguien que recibió una sentencia, continuara compurgándola, quedando estigmatizada por el resto de su vida y perdiendo todos sus derechos.⁸²

La quinta interpretación es una atribución casuística de la realización de un acto ilícito provocador del daño moral:

DAÑO MORAL, CASO EN QUE SE CAUSA. Acorde al art. 1916 reformado del Código Civil para el Distrito Federal, se causa un daño moral cuando se distorsiona la versión que una persona autoriza, para publicarla con respecto a su vida, al atribuirle actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores de la sociedad; causándole un dolor cierto y actual a consecuencia del desprestigio y al quedar expuesta a las críticas de la sociedad.⁸³

Las tesis mencionadas, por ser dictadas en un mismo caso, de alguna manera señalan ya los senderos que habrán de ser transitados por las subsecuentes interpretaciones judiciales, y marcan en definitiva la inclusión de la institución del daño moral en el sistema jurídico mexicano, así como la relación que guardan los derechos de la personalidad con el ordenamiento civil y que tantas críticas ha merecido por parte de la doctrina nacional.

Aunque mencionamos que se buscaría abordar, principalmente, las interpretaciones derivadas de la legislación civil, no queremos obviar una

⁸² Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 217-228, Cuarta Parte, p. 97.

⁸³ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 217-228, Cuarta Parte, p. 97.

tesis que destaca por la aceptación del resarcimiento del dolor causado por la muerte de un ser querido. El criterio fue sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL A LA MADRE DE LA VÍCTIMA. Si está acreditado el parentesco de la madre de la víctima, a través del acta de nacimiento de ésta, debe atenderse el criterio de esta H. Sala, contenido en su Jurisprudencia 270, visible a fojas 589, del Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, que bajo el rubro: "REPARACIÓN DEL DAÑO, PROCEDENCIA DE LA", establece: "Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido". En consecuencia *es procedente cubrir el daño moral causado a la madre de la víctima, partiendo de la idea de que dicho daño lo constituye el sufrimiento y el dolor de perder a su hijo*, que debe ser reparado en la medida que lo estime el juzgador de instancia, tomando en cuenta lo que sobre el particular disponen los arts. 29, 31 y relativos del Código Penal y 1916 y 3o. del Código Civil, ambos del Distrito Federal.⁸⁴

Consideramos que con lo hasta aquí reseñado empieza a advertirse el incremento en el trabajo de los tribunales en relación a la interpretación de la figura del daño moral y de los derechos de la personalidad.

*Octava Época*⁸⁵

Durante la época que se analiza empieza a realizarse la interpretación de la figura del daño moral en las legislaciones estatales que ya lo han incorporado. Destaca el hecho de que las preocupaciones presentes en los diversos criterios giran en torno a la demostración y cuantificación del daño moral sufrido, así como los elementos formales atinentes al proceso civil.

El Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito señaló en la tesis DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN, como interpretación del art. 1916 que son dos los

⁸⁴ Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 115-120, Segunda Parte, p. 95.

⁸⁵ Comprende del quince de enero de 1988 al tres de febrero de 1995. Se integra por quince tomos identificados con números romanos. Hasta el t. VI la publicación fue semestral, a partir del t. VII la publicación es mensual; cada tomo se integra con las publicaciones de un semestre.

elementos del daño moral: un daño causado y un actuar ilícito que lo provoca. Esta consideración es similar a la que se maneja para el caso del art. 1910 del Código Civil en tanto requiere que se demuestre la causación de un daño y que tal daño sea atribuible a una conducta ilícita.⁸⁶

Aunque en estricta interpretación de la redacción que correspondía al 1916 del CCF, el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, al ocuparse de la normativa mexicana, señaló en mayo de 1993 la improcedencia de la reparación del daño moral, pues se adujo que en el dispositivo correspondiente no existe obligación del “juzgador a condenar por reparación moral, pues al decir ‘puede acordar’, se está en presencia de una facultad; consecuentemente, si la responsable estimó la improcedencia de esa prestación, al considerar que sólo operaba tratándose de acciones derivadas de un hecho ilícito dicha consideración no puede estimarse violatoria de garantías”,⁸⁷

Por su parte, en junio de 1994, el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito ha establecido la siguiente tesis en relación con la autonomía de la figura del daño moral, en estrecha relación con el contenido del art. 1916 del CCF antes de la reforma de 1982:

DAÑO MORAL. ES ACCESORIO A LA EXISTENCIA DEL DAÑO MATERIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA). Los arts. 1807 y 1813 del Código Civil para el Estado de Coahuila, señalan respectivamente, que el que obrando ilícitamente, o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos de que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o de negligencia inexcusable de la víctima; y de que, independientemente de los daños y perjuicios que se originan, el juez puede acreditar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquélla muere, una indemnización a título de reparación moral que no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. De lo anterior resulta que la acción para reclamar una reparación moral de manera autónoma es improcedente, ya que no puede sustentar la reclamación de exigir la reparación moral, sin la acreditación del daño material, pues el primero de los preceptos se refiere al “daño”, lo que debe ser atendido como el material, por aludir el otro precepto al daño moral; de ahí que ese daño moral sólo es concebido en la codificación civil de mérito en

⁸⁶ Octava Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 85, enero de 1995, p. 65. Tesis: I.5o.C. J/39

⁸⁷ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, noviembre, p. 421.

forma accesoria al daño material; por tanto, el incumplimiento al respeto de la vida privada como a sus consecuencias mediante publicaciones periódicas ofensivas, debe quedar establecido en una ley secundaria que regule debida y correctamente ese derecho público subjetivo, estableciendo según fuese el caso, la procedencia de una acción autónoma de reparación del daño moral; sin que implique lo anterior, antinomia con el art. 7 constitucional que consigna como una garantía constitucional el respeto a la vida privada, ya que es en el ordenamiento sustantivo civil mencionado en donde debe consignarse la forma en que debe hacerse exigible la acción correspondiente.⁸⁸

Esta posición se ve robustecida por la tesis dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Séptimo Circuito, bajo el rubro DAÑO MORAL, ES ACCESORIO CASUÍSTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). En la tesis en comento el tribunal federal consideró que “el daño moral no está contemplado en el Código Civil para el Estado de Veracruz sino como accesorio *casuístico* de la responsabilidad civil, pues así se infiere del contenido del art. 1849 del citado código, cuando condiciona la procedencia de esta reclamación por concepto de daño moral al hecho de que se hubiera demostrado la responsabilidad civil, es decir, la reclamación por concepto de daños y/o perjuicios de carácter patrimonial, de tal suerte que si no se acredita ésta no puede existir aquélla”.⁸⁹

La posición contraria, y acorde con el texto actual del art. 1916, es la que considera el daño moral como una figura autónoma, es decir, no dependiente del daño material. Así, el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito ha considerado, en tesis emitida en agosto de 1990:

DAÑO MORAL. SU PAGO ES INDEPENDIENTE DE QUE SE HUBIERA DEMOSTRADO O NO QUE SE CAUSARON DAÑOS Y PERJUICIOS. El texto del art. 1916 del Código Civil es claro al establecer, en lo conducente, que: “Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en res-

⁸⁸ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XV, enero, p. 213. Tesis: VIII.1o. 49 C.

⁸⁹ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, julio, p. 191. Tesis: VII.2o.C. 19 C.

ponsabilidad contractual, como extracontractual". De lo que se sigue que no es necesario demostrar previamente que se causaron daños y perjuicios para que pueda ser procedente el concepto de daño moral.⁹⁰

En igual sentido se pronunció en octubre de 1992 el Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, al emitir la siguiente tesis:

DAÑO MORAL. SU PAGO ES INDEPENDIENTE DE QUE SE HUBIERE DEMOSTRADO O NO QUE SE CAUSARON DAÑOS Y PERJUICIOS. El texto del art. 1745 del Código Civil para el Estado de México es claro al establecer, en lo conducente, que "independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho...". De lo que se sigue que no es necesario demostrar previamente que se causaron daños y perjuicios para que pueda ser procedente el pago de daño moral.⁹¹

Es evidente que esta posición, que debe ser considerada correcta y definitiva, aleja ya de la doctrina nacional la idea de subordinar la indemnización del daño moral a la idea del daño material. Es de hacerse notar que hubo de transcurrir casi una década desde la modificación del ordenamiento legislativo para que tal concepción arraigue en la práctica judicial federal.

En relación con los hechos que pudieran confundirse con aquellos generadores de daño moral, la interpretación de los tribunales federales ha sido en el sentido de no considerar a la denuncia de hechos (probablemente delictivos) como causante del daño moral. Dos tesis ilustran esta hipótesis. La primera, dictada en agosto de 1990, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito señala:

DAÑO MORAL. LA DENUNCIA DE HECHOS ANTE LAS AUTORIDADES CORRESPONDIENTES QUE PUDIERAN CONSTITUIR UN DELITO NO IMPLICA LA CAUSACIÓN DEL, POR LA AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL. No puede estimarse ilícita la conducta de una empresa denunciante de probables hechos delictivos al señalar como posible autor de éstos a un empleado, pues ello sólo implica la aportación de datos para determinar su presunta responsabilidad, lo que constituye el ejercicio del derecho de acudir a las autoridades correspondientes para la defensa de su patrimonio, no pudiendo, por

ende, constituir esa conducta un hecho ilícito en términos del art. 1910 del Código Civil; de suerte que si las autoridades consideran que hay elementos para decretar la orden de aprehensión y formal prisión del presunto responsable, tal actitud ya no es imputable a la denunciante de los hechos y, por consiguiente, no debe responder del supuesto daño moral que se diga del causado, por la circunstancia de que se hubiere revocado el auto de formal prisión.⁹²

La segunda tesis, de abril de 1994, dictada por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito reitera:

DAÑO MORAL NO CONFIGURADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO). LA DENUNCIA DE HECHOS ANTE LAS AUTORIDADES CORRESPONDIENTES QUE PUDIERAN CONSTITUIR UN DELITO NO IMPLICA LA CAUSACIÓN DEL, POR AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL. No puede considerarse antijurídica la conducta de un denunciante de probables hechos delictivos al señalar como posible autor de éstos a determinada persona, pues ello sólo implica la aportación de datos para determinar su presunta responsabilidad, lo que constituye el ejercicio del derecho de acudir a las autoridades correspondientes para la defensa de su patrimonio, no pudiendo, por ende, constituir esa conducta un hecho delictivo en términos del art. 1781 del Código Civil para el Estado de Querétaro; por lo que si las autoridades consideran que hay elementos para decretar la orden de aprehensión y formal prisión del presunto responsable, tal decisión ya no es imputable al denunciante de los hechos y, por consiguiente, no debe responder del supuesto daño moral que se diga causado, por la circunstancia de que se hubiera revocado el auto de formal prisión.⁹³

Por cuanto hace a la fijación del monto de la reparación del daño moral, son de considerar los siguientes criterios:

En noviembre de 1989, el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, consideró en la tesis DAÑO MORAL. FIJACIÓN DEL "que el monto de la reparación del daño moral debe ser fijado por el juzgador de instancia de manera potestativa, y sólo debe atender a los derechos lesionados, al grado de la responsabilidad, a la situación económica del responsable y de la víctima, así como de las demás circunstancias del caso".⁹⁴

⁹² Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, Segunda Parte-1, p. 125.

⁹³ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, septiembre, p. 301. Tesis: XXII. 8 C.

⁹⁴ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, julio, p. 527.

⁹⁰ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, Segunda Parte-1, p. 126.

⁹¹ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XI, abril, p. 237.

En febrero de 1991, el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, dictó el siguiente criterio jurisprudencial:

DAÑO MORAL. FUNDAMENTACIÓN DE SU CUANTIFICACIÓN. A diferencia de los daños y perjuicios de naturaleza material causado según las circunstancias a que se aluden en el art. 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, que deben repararse a elección de la víctima u ofendido restableciendo el estado de cosas que tenían antes de la causación del daño cuando ello sea posible o en el pago en dinero equivalente a los daños y perjuicios causados o bien, en la hipótesis de que el daño recaiga en las personas y produzca la muerte o incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo que dispone la Ley Federal del Trabajo en su parte relativa, porque así lo dispone expresamente el segundo párrafo del art. 1915 de dicho ordenamiento sustantivo, la reparación del daño moral que define e instituye el primer párrafo del art. 1916 del Código Civil citado, debe hacerse de acuerdo con las prevenciones contenidas en los diversos párrafos de dicho artículo y, específicamente, en lo que concierne al monto de la indemnización, de acuerdo con la disposición contenida en el cuarto párrafo de dicho artículo. La anterior determinación se fundamenta en la naturaleza inmaterial del daño moral que es diferente a los daños o perjuicios derivados de lo que la doctrina y la ley denominan responsabilidad objetiva. Por eso la ley estableció la procedencia de la indemnización pecuniaria tratándose de la causación de los daños morales, independientemente de las circunstancias de que se hayan causado o no daños materiales, es decir, instituyó la autonomía del daño moral a que se ha hecho referencia.⁹⁵

En junio de 1991, el Primer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, estableció en la tesis DAÑO MORAL. ELEMENTOS PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN, que “conforme al art. 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, la indemnización debe determinarse por el órgano jurisdiccional tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica tanto del responsable como de la víctima, y las demás circunstancias del caso. De modo que no es una limitante para el juzgador el salario devengado por la víctima del daño, ni puede tenerse como única base para determinar la indemnización”.⁹⁶

⁹⁵ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, abril, p. 169. Tesis: I.3o.C. 346 C.

⁹⁶ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, enero, p. 197.

En diciembre de 1993, por unanimidad de votos, el Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito consideró, en la tesis DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS PARA DETERMINAR SU MONTO, TRATÁNDOSE DE DERECHOS DE AUTOR, que para determinar el monto de la condena por concepto de reparación del daño moral, debe atenderse a lo dispuesto por el art. 1916, cuarto párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal de aplicación supletoria a la Ley Federal de Derechos de Autor. Se señala que la eliminación del porcentaje límite antes regulado en ese numeral para la reparación del daño moral, no implicaba la existencia de una laguna en la ley; sino que “el espíritu o la intención del legislador fue, que el juzgador conforme a los elementos que debía observar establecidos en el numeral mencionado, determinará discrecionalmente y conforme a su arbitrio el monto según el caso concreto al que debía ascender la reparación del daño moral, eliminando con ello el límite de la condena antes regulado, lo que es justificable en razón de que atendiendo a cada caso específico puede ocurrir que el daño moral causado a una persona sea mayor al daño material”.⁹⁷

En la misma fecha y en el mismo juicio constitucional, el Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito consideró, en la tesis DAÑO MORAL. EN LA DETERMINACIÓN DE SU MONTO, TRATÁNDOSE DE DERECHOS DE AUTOR, LA AUTORIDAD JUDICIAL DEBE RESPETAR EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y NO PUEDE REBASAR EL LÍMITE DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES, que “si bien es cierto que el juzgador debe atender a los casos concretos para determinar el monto de la condena respectiva la cual puede ser mayor o menor según sea la importancia de los derechos lesionados, a la condena por daño material”, esta determinación siempre será “en acatamiento al principio de congruencia en el dictado de las resoluciones judiciales contenido en el art. 81 del Código de Procedimientos Civiles citado y por el cual, la autoridad judicial no puede rebasar el límite de las pretensiones de las partes fijado en los escritos de demanda y contestación de la misma, aun cuando considere que la reparación del daño deba ser mayor por las circunstancias del supuesto específico, pues si bien, la autoridad tomando en consideración el arbitrio judicial que le confiere la ley para determinar el monto de la reparación del daño, puede condenar a una cantidad inferior a la que reclame el actor del juicio por tal concepto, también es que en un orden ascendente la condena no puede ser mayor a la

⁹⁷ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, marzo, p. 339. Tesis: I.8o.C. 35 C.

que expresamente se reclamó, pues se rebasaría la pretensión del actor a la que se circunscribió la litis en ese aspecto".⁹⁸

Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, consideró en la tesis REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, FIJACIÓN DEL MONTO DE LA,⁹⁹ que para determinar el monto a cubrir por concepto de reparación del daño moral, es requisito indispensable valorar la capacidad económica del sentenciado... y cuando no se atiende tal presupuesto, procede conceder el amparo para que se estudie y valore la capacidad económica del sentenciado".¹⁰⁰

Sobre el particular, el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, consideró en la tesis REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL. FIJACIÓN DEL MONTO DE LA, que "la reparación del daño constituye una pena pública y debe imponerse de oficio al sentenciado; sin embargo, las lesiones causadas a la víctima del delito pueden constituir daño de carácter moral y económico, pues con motivo de ellas, sufre quebranto en su salud por cuyo motivo necesita atención médica para sanar, lo cual ocasiona perjuicio en su patrimonio, pues tiene que hacer gastos, pero respecto a la primera cuestión, no es dable determinar su monto, cuando no está acreditada la capacidad económica del sentenciado requisito *sine qua non* para su procedencia y en cuanto al aspecto de tipo económico, debe atenderse a las constancias existentes en autos y cuando no estén demostrados tales elementos, es improcedente la condena a su pago".¹⁰¹ Esta interpretación es de carácter penal.

En sentido contrario, el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito señaló:

REPARACIÓN DEL DAÑO MATERIAL, NO DEBE TOMARSE EN CUENTA LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL INculpADO PARA FIJAR LA. La capacidad económica del obligado a la reparación del daño, sólo es de tomarse en cuenta para fijar el monto o del daño moral, pues la reparación del daño material causado a la víctima, nunca debe ser inferior al perjuicio material que haya sufrido en cualquiera de los casos previstos por la ley, así sea el total estado de insolvencia del inculpado, ya que de considerarse rígidamente esta circunstancia, la reparación del daño como pena pública dejaría de ser aplicable en todos los casos de insolvencia del responsable del ilícito.¹⁰²

⁹⁸ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, marzo, p. 339.

⁹⁹ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, enero, p. 197.

¹⁰⁰ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, enero, p. 302.

¹⁰¹ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XI, mayo, p. 390.

¹⁰² Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VIII, julio, p. 205.

Igual decisión tomó el Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, al considerar en la tesis REPARACIÓN DEL DAÑO. CAPACIDAD ECONÓMICA DEL OBLIGADO, que "para hacer la condena a la reparación del daño, no es necesario que previamente se acredite la capacidad económica del obligado a pagarla, pues esto último sólo debe tenerse en cuenta para la fijación del monto del daño moral, pero no para indemnizar del daño material a la víctima del delito".¹⁰³

En materia de prescripción, en enero de 1992, el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, decidió en la tesis DAÑO MORAL, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DEL, que "si con motivo de la producción, filmación y exhibición de una película, se demanda el pago de daños y perjuicios por la afectación a una persona en su vida privada, en su intimidad y afectos, la prescripción que contra aquél se oponga como excepción debe computarse, en términos de lo dispuesto por el art. 1934 del Código Civil, a partir de la fecha en que se dejó de exhibir en las salas cinematográficas y no al momento en que se inició el rodaje de la misma, porque tales actos llevan en sí una relación de causalidad existente entre la conducta y el resultado, en tanto se generó una serie de condiciones positivas, concurrentes en la producción del daño, dándose en esa forma un nexo natural entre la conducta asumida por la productora y la exhibición del film".¹⁰⁴

Más tarde, en octubre de 1994, el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, en la tesis bajo el rubro DAÑO MORAL. PRESCRIPCIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE, POR CONTAGIO DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH O HIV O SIDA) señalaría que "ante la imposibilidad material y legal para determinar la fecha exacta en que se produce el contagio del virus de inmunodeficiencia humana (VIH O HIV O SIDA), esto es, en la que se ocasiona el daño a que se refiere el art. 1934 del Código Civil, debe estarse a aquélla en que el demandante tenga conocimiento de que se le causó esa afectación, lo que servirá de base para determinar a partir de qué momento comienza a correr el término para la prescripción de la acción de indemnización de daño moral por contagio, prevista en el art. 1916 del mismo ordenamiento legal invocado".¹⁰⁵

¹⁰³ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, Segunda Parte-2, p. 595.

¹⁰⁴ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IX, abril, p. 473. Tesis: I-30.C. 440 C.

¹⁰⁵ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XV, enero, p. 214. Tesis: I.60.C. 154 C.

Finalmente, son de comentar dos tesis de la octava época que se ocupan casuísticamente de la causación del daño moral por culpa *in vigilando* en tratándose de instituciones hospitalarias, así como de la vía idónea para exigir la responsabilidad civil por daño moral de los servidores públicos de alguna entidad federativa (en el supuesto que la legislación civil contemple tal institución).

La primera tesis fue dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, en los términos siguientes:

DAÑO MORAL. SU REPARACIÓN EN CASO DE ROBO DE UN RECIÉN NACIDO DE UN CENTRO DE HOSPITALIZACIÓN DONDE SE ENCONTRABA. El robo de un infante cometido en un centro hospitalario por una persona ajena a éste, no se puede catalogar, de acuerdo a la doctrina civilista como caso fortuito o de fuerza mayor, puesto que no entraña un acontecimiento imprevisible e insuperable o bien que siendo previsible no se haya podido evitar. Trátase de un suceso perfectamente previsible dada la naturaleza de las actividades de la empresa y, por ello mismo, susceptible de evitar su realización. La conducta delictiva del robo de un menor, concebida como tal, es decir, en forma aislada, no responsabiliza a la empresa, en lo penal, pero de allí no se sigue que civilmente sea irresponsable, pues es diferente el concepto de ilicitud en el ámbito del derecho penal que en el civil; por tanto, la conducta omisiva como ilícita, si en el sanatorio bajo cuyo cuidado estaba el bebé robado, pudo y debió prevenir acontecimientos como el referido, ya que la responsabilidad civil a su cargo derivada del contrato innominado relativo a la atención a la madre del bebé para que alumbrara allí, no se limita a la atención médica o clínica sino también al cuidado y vigilancia personal de los niños recién nacidos mientras permanezcan internados. La razón de ello estriba en que las pacientes no están en condiciones físicas de cuidar a sus respectivos hijos, quedando de esa manera colmados los requisitos que exige el segundo párrafo del art. 1916 bis del Código Civil, referente a la ilicitud de la conducta de la demandada y a la comprobación del daño moral que directamente hubiere causado la conducta ilícita, pues en este caso, el daño moral objetivado se traduce en el robo del infante del que deriva el sufrimiento también de índole moral, el que, por lo demás, no es necesario ni factible demostrarse mediante ningún medio de convicción, si se considera que cualquier persona sufriría inconmensurablemente si llegase a padecer el robo de su hijo recién nacido, y tal daño deriva directamente de la negligencia de la institución, quedando así establecido el nexo causal que hay entre la conducta omisiva y el resultado o efecto que con-

siste en el robo del bebé, pues si la demandada no hubiese incurrido en las omisiones de que se trata no hubiera acontecido dicho robo.¹⁰⁶

La segunda tesis en mención, dictada en abril de 1990 por el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, establece:

DAÑO MORAL. COMPETENCIA PARA LA DEMANDA INTERPUESTA CONTRA FUNCIONARIOS ESTATALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Cuando las prestaciones reclamadas por el actor, no las hace derivar de la relación laboral, sino del hecho de haber estado privado de su libertad a virtud del ejercicio de la acción penal efectuado en su contra por la demandada, esto es, no se demanda el pago de prestaciones de naturaleza laboral, sino de unas vinculadas con el hecho de que se haya ejercitado acción penal en su contra, sin ser responsable de un delito y a causa de ello, dejó de percibir su salario por el tiempo de su detención, tuvo que contratar los servicios de un abogado y fue objeto de descrédito, lo cual le causó un daño moral y fundó la acción en la responsabilidad civil de los funcionarios del Estado, prevista en el art. 1757 del Código Civil que dispone: "El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por los funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado", es competente el Poder Judicial del Estado de México, para conocer de este negocio, conforme a lo dispuesto en el art. 2o. de la Ley Orgánica de esta institución que dispone: "Corresponde a los Tribunales de Justicia del Estado en los términos de la Constitución Política Local, la facultad de aplicar leyes en asuntos civiles y penales del fuero común, lo mismo que en los asuntos del orden federal, en los casos en que expresamente los ordenamientos legales de esta materia les confieran jurisdicción".¹⁰⁷

Por supuesto, existen otras tesis aplicables a la legislación civil que merecen ser analizadas, pero que dejamos para otra ocasión, al igual que algunas referidas a la materia penal.¹⁰⁸ Baste señalar que los criterios men-

¹⁰⁶ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, abril, p. 169.

¹⁰⁷ Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, Segunda Parte-2, p. 503.

¹⁰⁸ Por ejemplo, merecen ser materia de otro ensayo, las tesis bajo los siguientes rubros: reparación del daño en caso de muerte. Para calcular el monto debe aplicarse el art. 502 de la Ley Federal del Trabajo por remisión expresa de lo dispuesto en el numeral 1915 del Código Civil para el Distrito Federal aplicable en toda la República en materia

cionados en las líneas que anteceden muestran ya la preocupación de los tribunales federales en materia de protección civil de la persona humana.

Novena Época¹⁰⁹

En este periodo encontramos algunas decisiones judiciales relevantes, otras en cambio, se encargan de reiterar lo advertido en anteriores épocas. Destaca el siguiente criterio, dictado en marzo de 1995 por el Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito:

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y REPARACIÓN POR DAÑO MORAL, NO SON ACCIONES CONTRADICTORIAS Y PUEDEN COEXISTIR VÁLIDAMENTE EN EL MISMO PROCEDIMIENTO. Si bien es cierto que la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1913 del Código Civil para el Distrito Federal no requiere para la procedencia de la acción correspondiente la realización de una conducta ilícita, y de que en contraposición el daño moral que refiere el numeral 1916 del propio cuerpo normativo sí exige la realización de un hecho u omisión ilícito para que opere el resarcimiento respectivo, no lo es menos que el ejercicio conjunto de tales acciones no se contraponen y pueden válidamente coexistir en el mismo procedimiento, en virtud de que no existe obstáculo ni se incurre en incongruencia legal alguna por el hecho de que se demande la indemnización del daño por concepto de la responsabilidad civil objetiva al haberse usado sustancias o instrumentos peligrosos, así como por el daño moral ocasionado en la configuración y aspectos físicos de una persona por la realización de una conducta ilícita, pues lo que no está permitido según jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenida en la publicada en la página dos mil seiscientos setenta y dos, de la Segunda Parte del último *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* de rubro: "RESPONSABILIDAD OBJETIVA. NO IMPLICA LA REPARACIÓN MORAL." es que con motivo de la actualización de la responsabilidad objetiva, como consecuencia se considere ilícito el daño correspondiente y por ende también se condene a la reparación por daño

federal, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, segunda parte-2, p. 674; reparación del daño, improcedencia de la condena tratándose del delito de abandono de familiares, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XI, enero, p. 321; reparación del daño material. si el monto de éste se encuentra debidamente acreditado en autor, es innecesario atender a la capacidad económica del obligado para fijar la (legislación del estado de Chiapas), *Semanario Judicial de la Federación*, t. XV, enero, p. 301.

¹⁰⁹ Comprende del cuatro de febrero de 1995 a la fecha. La publicación es mensual; se conjuntan las publicaciones del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*.

moral, pero no que ambas acciones se ejerciten al mismo tiempo y, probados los elementos que las integran, proceda la indemnización respecto de cada una de ellas; tan es así que el segundo párrafo del art. 1916 del Código Civil, en la parte conducente, dispone "...Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al art. 1913...". (I.8o.C.10 C)¹¹⁰

Esta tesis reitera los criterios de que la indemnización del daño moral procede en tratándose de la responsabilidad civil objetiva o derivada del uso de sustancias o instrumentos peligrosos. Tal concepción se reafirma con la tesis emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito que en interpretación de la legislación duranguense, señaló en febrero de 1996:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA CIVIL. NO IMPLICA LA REPARACIÓN MORAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE DURANGO). A diferencia de lo dispuesto en el art. 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, el art. 1800 del similar ordenamiento legal para el estado de Durango, sólo impone la obligación de reparar el daño moral cuando se trata de hechos ilícitos, no así si se está en el caso de una responsabilidad objetiva, en la que para la indemnización no se requiere la existencia de un delito o la ejecución de un acto civilmente ilícito, por lo que es aplicable para la interpretación del art. 1800 citado, la tesis de jurisprudencia número 1649, que bajo el rubro: "RESPONSABILIDAD OBJETIVA. NO IMPLICA LA REPARACIÓN MORAL", aparece publicada en la página 2672, de la Segunda Parte del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988*, que se refiere al Código Civil para el Distrito Federal, antes de la reforma de su art. 1916, correlativo en su redacción anterior al 1800 del Código Civil del Estado de Durango. (VIII.2o.19 C)¹¹¹

En marzo de 1995, el Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, reiteró el criterio que en octubre de 1994 había sostenido el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, relativo a determinar a partir de qué momento comienza a correr el término para la prescripción de la acción de la indemnización del daño moral por contagio. Esta tesis aparece bajo el rubro DAÑO MORAL. PRESCRIPCIÓN PARA EJER-

¹¹⁰ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. I, mayo de 1995, p. 401.

¹¹¹ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. III, marzo de 1996, p. 1014.

CITAR LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR CONTAGIO DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH O HIV O SIDA). (I.8o.C.11 C)¹¹²

También en marzo de 1995, se señala por el mismo Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito:

DAÑO MORAL. NO ES NECESARIO QUE SU CAUSANTE SEA CONSCIENTE DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO Y LAS CONSECUENCIAS DEL MISMO, PARA QUE PUEDA IMPUTÁRSELE SU CAUSACIÓN. No es cierto que para que a un sujeto pueda imputársele la causación de un daño moral, resulte necesario que sea consciente de la ejecución del acto y las consecuencias del mismo, habida cuenta de que los arts. 1916 y 1916 bis en ningún momento exigen como requisito de la acción respectiva la mencionada imputabilidad, sino que sólo prevén la causación de un daño, que éste sea consecuencia de un hecho u omisión ilícitos, y que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos. (I.8o.C.9 C)¹¹³

En tratándose del daño moral causado por la difusión de información, el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, estableció en febrero de 1996, por unanimidad de votos, el siguiente criterio relativo al alcance que tendrá la publicación de la sentencia como sanción civil:

DAÑO MORAL. LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA QUE CONDENA A RESARCIR EL, SÓLO PROCEDE EN AQUELLOS CASOS EN QUE SE HA MENOSCABADO O MANCILLADO EL HONOR DE LA PERSONA AFECTADA. Acorde con lo preceptuado por el art. 1916, último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que si bien es cierto que se establece como medida idónea de un resarcimiento moral, la publicación de la sentencia que condena a una persona física o moral que resulte responsable de un daño causado; también lo es que esa sanción sólo es procedente en aquellos casos en que el daño moral afecta a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, toda vez que es en esa circunstancia en que el espíritu del legislador, quiso que a través de los medios de información, se diera una reparación natural, por ejemplo, de un honor menoscabado, como lo es una difamación, etcétera, pretendiendo con ello compensar de alguna manera el mal causado, con el ánimo de que por medio de una divulgación,

¹¹² Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. I, mayo de 1995, p. 355.

¹¹³ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. I, mayo de 1995, p. 355.

se anule alguna noticia propalada o no; pero no así cuando el detrimento se ocasiona en el aspecto físico, a más de otros males inmateriales de difícil evaluación. (I.6o.C.42 C)¹¹⁴

El mismo Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, en noviembre de 1996, y relacionando el daño moral con el ejercicio de las libertades de opinión y expresión señaló:

DAÑO MORAL, NO SE ESTÁ OBLIGADO A LA REPARACIÓN DEL, CUANDO SE EJERCEN LOS DERECHOS DE OPINIÓN, CRÍTICA Y EXPRESIÓN DE LAS IDEAS A QUE ALUDE EL ART. 60 CONSTITUCIONAL. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del art. 1916 bis, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que no se está obligado a la reparación del daño moral, cuando se ejercen los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas, en los términos del art. 6o. constitucional. (I.6o.C.88 C)¹¹⁵

En enero de 1997, el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito reiteró el criterio sostenido en agosto de 1990 por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito y en abril de 1994 por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito:

DAÑO MORAL. LA DENUNCIA DE HECHOS QUE PUDIERAN CONSTITUIR UN DELITO, FORMULADA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, NO IMPLICA UN DAÑO NI UN HECHO ILÍCITO PARA CONFIGURARLO. No puede considerarse ilegal la conducta de un denunciante de probables hechos delictivos, al señalar como posible autor a determinada persona, pues esta actitud sólo implica la aportación de datos para determinar su presunta responsabilidad, lo que se traduce en la facultad que aquél tiene de acudir a las autoridades indagadoras, por lo que esta postura *per se*, no puede provocar un daño ni constituye un hecho ilícito, en términos de los arts. 1916 y 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, de tal manera que si las autoridades investigadoras estiman que no existen elementos para ejercitar la acción penal, esta decisión no puede depararle perjuicios al denunciante, el que no tiene por qué responder del supuesto daño moral que se le impute por este concepto, al

¹¹⁴ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. III, marzo de 1996, p. 911.

¹¹⁵ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. IV, diciembre de 1996, p. 385.

no surtirse los elementos que actualicen la acción resarcitoria relativa a esta figura jurídica. (I.6o.C.94 C)¹¹⁶

Resulta de trascendencia la siguiente tesis adoptada en marzo de 2000 por el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, al decidir sobre el daño causado con la publicación de información que no fue confirmada y que repercutía en evidente descrédito de la víctima:

DAÑO MORAL. PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS QUE LO CAUSAN. El art. 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, dispone que por daño moral se entiende la alteración profunda que la víctima sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, reputación, honor, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito; por su parte el diverso numeral 1830 del ordenamiento legal en cita, establece que es ilícito, el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. En ese orden de ideas, para no incurrir en alguna de las hipótesis contenidas en tales preceptos legales, los medios de comunicación impresa, están obligados a corroborar la veracidad de las notas informativas que pretendan publicar, es decir, deben verificar que aquello que van a hacer del conocimiento público se apegue a la realidad, para estar en aptitud de publicar una información objetiva y veraz, y no afectar el honor y reputación de las personas, causándoles un demérito en su prestigio, lo que de acuerdo con el art. 1o de la Ley de Imprenta vigente, constituye un ataque a la vida privada, única limitante a la libertad de expresión, prevista en los numerales 6o y 7o de la Constitución Federal; en consecuencia, dichos medios deben ajustar a la verdad sus notas informativas, cuidando además los términos que emplean al redactarlas, atendiendo a que no debe ser justificante que quien hace una publicación ignore el significado jurídico del término empleado, puesto que el desconocimiento de la ley no puede servir de excusa para un medio de comunicación que se presume cuenta con especialistas y profesionales en la labor informativa.

En esta decisión hay un principio evidente de protección a la persona, en tanto se protege la imagen que de sí mismo tienen los demás. Expresamente se advierte que los bienes protegidos en este caso son el honor y la

¹¹⁶ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. v, febrero de 1997, p. 725.

reputación de las personas, y también interesa destacar la afirmación de que quien publica debe conocer lo que está poniendo al alcance de los lectores, pues se rechaza que la ignorancia, en el caso que motivó la tesis en comento, del significado jurídico del término empleado pueda ser argumento o excusa de un medio de comunicación, toda vez que se presume la existencia de una asesoría o consejo editorial.

Aunque lo anterior puede verse como un ataque a la libertad de imprenta, lo único que hace es reiterar los límites constitucionales y legales que la misma tiene. En tal orden de ideas vale más interpretarse como una elegante defensa de la vida privada y honor de los ciudadanos mexicano, en ocasiones manejados al arbitrio de los medios de comunicación masiva.

Resulta interesante destacar por otra parte la tesis sostenida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, que señaló:

DAÑO MORAL, PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN EN DINERO COMO REPARACIÓN DEL, INDEPENDIEMENTE DEL TIPO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL QUE HAYA DERIVADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El art. 1801 del Código Civil del Estado de Chihuahua, prevé en relación con la reparación del daño moral, que cuando un hecho u omisión ilícitos produzca un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual, así como que igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva; de lo expuesto con anterioridad es factible deducir, que en el citado numeral se establece la procedencia de una indemnización en dinero, sea cualesquiera de las clases de responsabilidad que dieren lugar a ese tipo de daño, esto es, la objetiva o de riesgo creado o bien, la derivada de hecho ilícito, pues no otra cosa se deduce cuando en dicho precepto se expresa "igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al art. 1798"; de ahí que independientemente de que el daño moral hubiere surgido como consecuencia de un hecho ilícito o por el uso de los mencionados aparatos, instrumentos o sustancias a que se refiere el mencionado art. 1798, el responsable deberá pagar una indemnización en dinero a quien corresponda recibir la misma, a no ser que se demuestre, como lo refiere el último numeral citado, que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. (XVII.1o.14 C)¹¹⁷

¹¹⁷ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación*, marzo 2000, p. 980.

En esta decisión cabe advertir el criterio, durante mucho tiempo sostenido por la doctrina, de que el dolor, el daño moral, no tenía precio, ya que dada su especial naturaleza no podía ser cuantificado. Ciertamente es difícil coincidir en el valor que pudiera darse a la vida de un familiar o amigo, o cuánto es suficiente para resarcir el dolor causado a una madre que ve sufrir a su hijo o esposo; o el que origina la pérdida de una cosa con un alto valor estimativo.

Cabe también señalar que se advierte en este criterio judicial la distinción de tres tipos de responsabilidad, no expresamente mencionados por la legislación civil: contractual, extracontractual y objetiva o por riesgo creado. Conforme a la interpretación realizada, de estos tipos de responsabilidad pudiera derivarse un daño moral.

Este mismo Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito señaló respecto de lo que ha sido llamado por la doctrina daño por “pérdida de chance”, lo siguiente:

DAÑO MORAL. LOS PADRES DEL MENOR FALLECIDO TIENEN LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR SU REPARACIÓN, CUANDO FORMULAN ESA RECLAMACIÓN POR LA AFECTACIÓN SUFRIDA EN LO PERSONAL CON MOTIVO DE LA MUERTE DE AQUÉL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El art. 1801 del Código Civil del Estado de Chihuahua define al daño moral como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás; luego, y dados los términos de esa definición legal, es claro que la pérdida de un hijo afecta moralmente y de manera directa a los padres de este último; por tanto, es evidente que los padres del menor fallecido poseen legitimación para reclamar ese daño moral que sufrieron en lo que a sus personas corresponde, con la defunción de su hijo, pues además de sufrir el daño afectivo que en sí mismo implica una pérdida de esa naturaleza, también implica la pérdida de un posible soporte económico que recibirían de dicho menor de haber éste continuado con vida; distinta situación sería, si los padres reclamaren sustancialmente la reparación del daño sufrido directamente por su menor hijo con motivo de haber perdido la vida este último, ya que en esta hipótesis pudiera considerarse, que la legitimación para reclamar ese tipo de daño, corresponde a la sucesión del menor, por tratarse de un derecho que ingresó al patrimonio de éste; lo anterior se estima de esa manera, pues una hipótesis es el que los padres reclamen el daño moral que sufrieron ellos en su persona, con la muerte de un hijo, pues en este caso la reparación que se busca con este tipo de reclamación va enfocada al daño moral sufrido por

ellos en lo personal, por lo que si éstos buscan ese tipo de reparación, es claro que están legitimados para ello, dado que no reclaman la reparación del daño sufrido directamente por el hijo por el hecho de la defunción, sino el daño sufrido por ellos con la pérdida de este último; mientras que distinto caso resulta cuando se reclama el daño sufrido directamente por el hijo con la privación de su vida, ya que en esta hipótesis podría llegar a considerarse que a quien correspondería hacer efectivo el derecho a la reparación de ese daño, sería a la sucesión del menor fallecido, en tanto que pudiera también estimarse que ese derecho ingresó a la masa hereditaria de esa sucesión. (XVII.10.13 C)¹¹⁸

Para concluir este apartado dedicado a la novena época, y saliendo del ámbito civil, vale la pena mencionar tres criterios sobre daño moral dictados por los tribunales federales en materia penal. El primero de ellos, bajo el rubro DAÑO MORAL EN EL PROCESO PENAL. DEBE ESTAR ACREDITADO PARA QUE PROCEDA LA CONDENA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA), señala que conforme al ordenamiento penal “la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. Esta última constituye pena pública... y ... abarca la restitución de la cosa obtenida o su valor comercial, como su indemnización del daño material o moral y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados”. En tal sentido se menciona que la reparación del daño se exigirá de oficio por el Ministerio Público determinando su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso” y considera “inconscuso que no puede condenar al pago de la reparación del daño moral, cuando no se rindió ninguna prueba tendente a demostrar su existencia, con motivo del delito del ilícito cometido”. (VI.P.J/2)¹¹⁹

La segunda tesis en materia penal, bajo el rubro REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL. CONDENA. PAGO DE, DEBE ATENDERSE CAPACIDAD ECONÓMICA, dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Penal y Administrativa del Segundo Circuito, señala que “aunque en la sentencia de primer grado no se haya precisado que se trataba de un daño moral por la naturaleza de los delitos cometidos, y la circunstancia de que para la cuantificación del monto del daño causado se remite a la legislación laboral, ello no implica que deba desatenderse a la capacidad económica del sentenciado por estar expresamente determinado en el art. 32 del Código Penal para el Es-

¹¹⁸ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación*, marzo 2000, pp. 979-980.

¹¹⁹ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación*, febrero 2000, p. 926.

tado de México. De ahí que para la reparación del daño moral en cuanto a su pago debe atenderse a la capacidad económica del obligado a ello y si no quedó acreditada tal capacidad, la condena al pago de daño moral es ilegal". (II.2o.P.A.1 P)¹²⁰

Si recordamos, el criterio judicial ha sido dispar en tratándose de la capacidad económica del obligado y de la víctima como factor decisivo en la condena al pago del daño moral en materia civil.

La última interpretación, dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Penal del Segundo Circuito, bajo el rubro REPARACIÓN DEL DAÑO. PARA SU CUANTIFICACIÓN EN MATERIA FEDERAL DEBE ACUDIRSE A LA LEGISLACIÓN LABORAL, señala que "si bien es cierto que por su naturaleza tanto el daño moral como el material son autónomos, también lo es que su reparación constituye pena pública y que en términos de lo dispuesto por el art. 399, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales, dicha reparación debe abarcar ambos aspectos. Pero como en la legislación sustantiva no se prevé expresamente la forma en que deberá cuantificarse el monto de tales daños, debe acudir al mencionado dispositivo del código adjetivo penal federal, que remite a la Ley Federal del Trabajo para efectos de garantizar el monto de la reparación del daño cuando se trata de delitos que afectan la vida o la integridad corporal". (I.2o.P.54 P)¹²¹

Es evidente que el tema no se agota en estas líneas, que tienen por objeto mostrar en mínima parte lo abundante de su tratamiento y lo inexplorado del mismo. Los nuevos paradigmas en materia de protección del individuo y el avance de los derechos humanos seguramente replantearán la cuestión. En este momento, la situación del daño moral en la jurisprudencia mexicana ha sido expuesta de manera breve en este trabajo.

VI. PALABRAS FINALES

El tratamiento de la persona, y los problemas con ella vinculados, es fragmentario en el derecho mexicano, puesto que las concepciones de persona que se tienen en el ámbito civil, constitucional y penal dificultan una visión integral de la misma. Se hace así necesario un nuevo enfoque, o va-

¹²⁰ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. II, julio de 1995, p. 269.

¹²¹ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. VII, mayo de 1998, p. 1063.

rios, que atiendan la posición central de la persona en el ordenamiento jurídico.

Nuestro sistema jurídico es de corte positivista, y aun cuando se ha ganado terreno con la aplicación y proyección de los criterios judiciales, el hecho de encontrarse limitado por el principio de la relatividad de la sentencia, nos orilla a pensar que quizá sea necesario elevar a nivel constitucional la institución de los derechos de la personalidad, a efecto de que las normas estatales contemplen y regulen a los mismos y se establezcan los mecanismos procesales, civiles o penales, para la satisfacción de las víctimas en casos de vulneración ilegítima.

Incluso, sin necesidad de recurrir a la incorporación constitucional puede pensarse en la interpretación derivada del hecho de que el art. 6o establece que la manifestación de ideas tendrá por límite la moral y los derechos de terceros, así como en el caso de que provoque algún delito o perturbe el orden público; en el 7o la libertad de escribir y publicar pone por límites la vida privada, la moral y la paz pública; en el art. 14 se prevé la protección de la vida, de la libertad, propiedades, posesiones y derechos; asimismo, el art. 16 protege la injerencia en los ámbitos de la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; el mismo numeral 16 establece la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. El art. 20 prevé la reparación del daño causado por algún delito. El art. 24 garantiza la libertad de creencias.

Por si todo lo anterior no bastara, el art. 133 eleva al carácter de norma suprema el texto de los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados por el Ejecutivo federal con aprobación del Senado. Con tal bagaje constitucional es seguro que la inclusión saldría sobrando. Y es que en la actualidad la protección dispensada a los bienes de la personalidad, tanto en el derecho civil, como penal, garantizan su protección ante hechos dañosos.

Pero si se considerara necesaria y se lograra, la aceptación constitucional expresa de los derechos de la personalidad, deberá originar en la legislación civil disposiciones a través de las cuales se establezcan enunciativamente, aunque quizá no limitativamente, el contenido de cada uno de los derechos o bienes protegidos. La norma civil debe ser, no queda duda, la encargada de satisfacer la exigencia de protección y reparación de los derechos de la personalidad.

Es nuestra idea que el sistema jurídico mexicano se enriquecerá de esta manera, pues el establecimiento de tales disposiciones provocará la con-

cientización de todos los hombres y mujeres, acerca de la revaloración de su dignidad personal, frente al Estado y frente a sus iguales. Es lamentable que en nuestra cultura esté arraigada una visión que preferencia el actuar del Estado frente a la salvaguarda de los derechos fundamentales del hombre. No es que se haya olvidado del papel de la ley (constitución, ley, reglamento, código, etcétera) como límite al actuar del Estado, sino que se ha relajado tal principio.

Por otra parte, de frente a la posibilidad de que se emita un nuevo código civil, específico para el Distrito Federal, es importante que se regule de manera adecuada lo relativo a los derechos de la personalidad, pues recordemos que en no pocas ocasiones el obrar legislativo de la capital de la República incide en el de las entidades federativas.

El derecho, y sobre todo el que conocemos como derecho privado tiene que atender a una función prioritaria de nuestro tiempo: la tutela de la persona. Por ello, retomamos la frase de Irti, un prestigiado profesor italiano, quien señala: "El civilista es un intelectual militante para la defensa del individuo",¹²² y nosotros agregamos, esta defensa será la mejor, cuando podamos determinar con claridad qué es lo que estamos defendiendo, es decir, contestar cabalmente y de manera (casi) definitiva la interrogante: qué son los derechos de la personalidad y el daño moral, instituciones que se encuentran en plena evolución en el sistema jurídico mexicano.

¹²² ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de, "El derecho de la persona en Europa hoy", *Estudios de Deusto*, núm. 44/2, Bilbao, 1996, p. 30.

SOBRE EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Rodrigo LABARDINI*

No great improvements in the lot of mankind are possible, until a great change takes place in the fundamental constitution of their modes of thought.**

It is often stressed that the idea of human rights is of recent origin, and that this is enough to dismiss its claims to timeless validity. In its contemporary form, the doctrine is certainly new, though it is arguable that it is a modern version of the natural law theory, whose origins we can trace back at least to the Stoic culture. There is no substantial difference between proclaiming "the right to life" and stating that natural law forbids killing. Much as the concept may have been elaborated in the philosophy of the Enlightenment in its conflict with Christianity, the notion of the immutable rights of individuals goes back to the Christian belief in the autonomous status and irreplaceable value of the human personality.***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La naturaleza de los derechos humanos*. III. *El contenido de los derechos humanos*. IV. *La justificación de los derechos humanos*. V. *El fundamento de la idea de los derechos humanos*. A. *Los orígenes*. B. *La tesis naturalista*. C. *La tesis del acuerdo social*.

* Las opiniones expresadas son de carácter estrictamente personal y no deberán entenderse que necesariamente reflejan las de las instituciones con las que se encuentra vinculado.

** John Stuart Mill, *Autobiografía* (1873), cap. 7.

*** Leszek Kolakowski, *Modernity on Endless Trial*, 1990, p. 214.

D. *El hombre como agente (moral)*. E. *Sobre quiénes detentan derechos humanos*. VI. *Las críticas a la teoría natural y al acuerdo social*. A. *El utilitarismo*. B. *Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos*. C. *El escepticismo sobre los derechos humanos*. D. *La política como fundamento de los derechos humanos*. VII. *La función internacional de los derechos humanos*. A. *Derechos humanos y soberanía*. B. *Derechos humanos como agenda mundial*. C. *Derechos humanos como estándar internacional*. D. *Derechos humanos como movimiento internacional*. VIII. *La función nacional de los derechos humanos*. IX. *Comentarios finales*. X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN¹

Pocos días pasan sin que los derechos humanos sean noticia en el mundo. Constantemente sabemos de ellos en radio, prensa o televisión, así como en conversaciones cotidianas. Los conceptos mismos de “derechos humanos”, y de “violación (grave o no) de los derechos humanos” (y la consecuente importante carga moral de reprobación) han adquirido cada vez mayor aceptación y son constantemente usados por personas o grupos de diferentes comunidades y sociedades y la población en general. Las diversas orientaciones políticas de quienes esgrimen dichos conceptos (muchas veces opuestas entre sí), así como sus ideologías, aluden a los estándares morales más elevados que gobiernos e individuos por igual deben procurar respetar y promover.

La idea de “derechos humanos” cuenta ya con alas propias. Ha encontrado su propio nicho en el mundo y constantemente se nos recuerda de su importancia. Está directamente vinculada con dos problemas fundamenta-

¹ A fin de facilitar la lectura y evitar constantes repeticiones de los distintos instrumentos internacionales 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, Carta de Banjul: Carta Africana sobre Derechos del Hombre y los Pueblos, CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos [Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales], DADDH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDP: Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos [Declaración de Algeria], PDCP: Pacto de Derechos Cíviles y Políticos, PDESC: Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PSS: Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

les de nuestros tiempos:² democracia y paz.³ Valga recordar que la DUDH señala en su primer considerando que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Cotidianamente escuchamos sobre actos realizados por individuos en defensa de sus derechos humanos: ciudadanos inermes enfrentando tanques y grupos militares en distintas regiones del orbe, monjes protestando porque sus costumbres son perturbadas por extranjeros, protestas por desapariciones forzadas, víctimas kurdas de ataques químicos iraquíes mostrando sus lesiones a Médicos por los Derechos Humanos.⁴ El hecho de que crecientemente, y que cada vez de manera más normal y rutinaria, clasificamos dichos actos como un problema de derechos humanos no sólo nos vuelve a todos filósofos morales sino que también muestra que nos acercamos al siglo XXI con un concepto que moldeará las aspiraciones mundiales.

Así, los derechos humanos pueden estar siendo utilizados (que no su esencia) para cumplir con diversas agendas políticas, sociales, culturales, internacionales o morales. (Esto podría apuntar a que al emitir un juicio sobre conductas ajenas, puede sólo buscarse la mera reprobación o censura moral, o bien puede pretenderse sentar las bases para intervenir directa o indirectamente en terceras comunidades y así justificar las acciones que se adoptan para acallar la conciencia de quienes exponen las violaciones. En otras palabras, ¿es el concepto de “derechos humanos” un argumento político frente a los “otros”?)

El ingenio y la capacidad del ser humano no tienen límites. Bien orientados habrán de superar cualquier objetivo que se propongan. Desdichadamente, este potencial en ocasiones se desvía y con el tiempo se han desarrollado nuevos métodos y formas más eficaces para causar daño a otros

² El reconocimiento y la protección de los derechos humanos son la fundación sobre la que descansan las instituciones democráticas. La paz es un prerequisite para la efectiva protección de los derechos humanos en los Estados y el sistema internacional. Cfr. Norberto BOBBIO, *I diritti dell'uomo, oggi*, en *ATTI DELL'ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI*, vol. CCCLXXXVIII, no. IX, serie 2 (1991), pp. 55-64, reproducido como *Human Rights Today* en Norberto BOBBIO, *THE AGE OF RIGHTS*, Polity Press, Cambridge, 1996, pp. 61-72.

³ Recuérdese a Marco Tulio CICERÓN: *Silent enim leges inter arma* (las leyes se encuentran silentes en tiempos de guerra), en *Pro Milone*, cap. 11.

⁴ *Physicians for Human Rights*.

seres humanos. Entre actos de tortura utilizados en la historia podemos mencionar la flagelación, las quemaduras de piel por cigarrillos o líquidos o ácidos hirvientes y la extracción de uñas. Otros involucran el temor de las víctimas, como la inmersión prolongada de la cabeza en líquidos (los errores de cálculo siendo fatales) y la celebración de ejecuciones falsas. Unas más usan elementos modernos, incluso designándolas con motes, como "El Esclavo Negro" (sentar y amarrar a la víctima en un aparato que al ser conectado inserta en el ano un artefacto metálico previamente calentado al rojo vivo) o "La Alfombra Mágica" (amarrar a la víctima a una madera con forma de silueta humana y golpear o aplicar electricidad sobre todo el cuerpo).⁵ De igual manera leemos de personas severamente golpeadas en sus genitales, donde el agresor manifiesta una convicción sin par por vejar y lastimar a su víctima, haciendo gala de su "oficio" y capacidad de tortura.⁶

La repulsión que sentimos ante la descripción de hechos tan brutales es muchas veces el comienzo para comprender qué son los derechos humanos. Frente a torturas, ejecuciones extrajudiciales, detenciones y prisión arbitrarias, actos tan moralmente reprobables, parece que se comete un acto perverso al intentar averiguar por qué los seres humanos no deben ser víctimas de tales ultrajes. Y, sin embargo, al redactar los textos internacionales de derechos humanos frecuentemente se ha estimado necesario especificar que varios de los derechos consignados no pueden ser objeto de derogación en cualesquiera circunstancias. Los derechos humanos inderogables⁷ (derecho a la vida, prohibición de tortura y castigos crueles, inhumanos y degradantes, prohibición de esclavitud y no-retroactividad de la ley)⁸ son expresión de la intención por definir un mínimo básico y esencial, incluso en términos de derecho positivo (nacional e internacional), para fomentar el respeto a la persona y dignidad humanas.

⁵ HUMANA, Charles, *Surveying Human Rights In Third World Affairs*, en THIRD WORLD AFFAIRS, 1985, Third World Foundation, Londres, 1985, p. 135.

⁶ "I am determined ... to destroy your manhood, those dirty testicles that make you feel like a small bull. ... If you are alive tomorrow morning", shouted the captain self assuredly, 'then we don't know our job'. Tshenuwani Simon FARISANI, DIARY FROM A SOUTH AFRICAN PRISON, Fortress Press, Filadelfia, 1987.

⁷ *Droits intangibles o non-derogable rights*.

⁸ Estos derechos se encuentran consignados, entre otros, en los artículos 4-PDCH (en relación con los artículos 6, 7, 8, 11, 15, 16 y 18), 15-CEDH (en relación con los arts. 2, 3, 4 y 7), 27-CADH (en relación con los arts. 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18), 4 del Protocolo 7 de la CEDH, 2 de la Convención ONU contra la Tortura, y el art. 3 común de las Convenciones de Ginebra.

Frecuentemente indicamos que dichos actos se encuentran prohibidos por ley. Pero si la ley (o práctica social) permitiera o tolerara dichos actos, ¿qué podría argüirse en su contra? ¿Podemos apelar a estándares éticos superiores para juzgar a gobiernos e individuos por igual?⁹ ¿Son los derechos humanos esos estándares éticos superiores con los que juzgamos a otros (o los elementos para acallar el dolor ante injurias ajenas, que sufren una o varias personas)?

Pese a algunas opiniones disidentes,¹⁰ observamos con frecuencia que se considera una premisa del discurso de derechos humanos que se trata de derechos universales, es decir, que toda persona goza de ellos por igual sin importar la época o sociedad en que se desarrolle y que las personas normalmente disfrutan de esas facultades por virtud de su humanidad, por ser seres humanos.¹¹ Punto distinto es si son absolutos,¹² es decir, si todos o sólo algunos admiten limitaciones en su ejercicio.¹³

⁹ Recuérdese que Sófocles en sus tragedias *Antígona* y *Ajax*, destaca que por encima de las leyes de los hombres están las leyes de los dioses. En *Ajax*, leemos que Odiseo dice a Agamenón (sobre el entierro del enemigo): "Escuchad entonces. No lancéis el cuerpo de este valiente hombre sin enterrar; no seáis tan duros en nombre de los dioses. La venganza no os debe gobernar tanto que pisotéis el derecho. ... estaría mal en hacerle daño; al actuar así [no enterrando al enemigo] no lo estarían injuriando, sino a las leyes de los dioses. Es rastrero injuriar a un valiente que yace muerto, aun cuando hubiera sido tu enemigo". *Ajax*, en Mortimer ADLER (editor en jefe), GREAT BOOKS OF THE WESTERN WORLD, t. 4, AESCHYLUS — SOPHOCLES — EURIPIDES — ARISTOPHANES, Enciclopedia Británica, Chicago, 1990, pp. 189-194 (traducción del autor) [t.a.]. *Antígona* rechaza las leyes de los hombres indicando: "Para mí no fue Zeus quien dictó esa orden. ... Ni tampoco pensé que tus órdenes fueran tan imperativas que tú, un hombre mortal, pudieras atropellar las leyes no escritas e infalibles de los dioses". *Antígona*, en ADLER, *op. cit.*, p. 164 [t.a.].

¹⁰ Cfr. LINDHOLT, Lone, QUESTIONING THE UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS, Ashgate, Dartmouth, 1997. La mayoría de los argumentos esgrimidos son de corte relativista cultural y social (ver *infra* el apartado Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos).

¹¹ Cfr. HENKIN, Louis, *The Age of Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1990, pp. 1-10. "Traditionally, human rights have been thought of as those ethical rights every human being must possess simply because he or she is human". Carl WELLMAN, *A New Conception of Human Rights*, en E. Kamenka y A. S. Tay (editores), HUMAN RIGHTS, St. Martin's Press, Nueva York, 1978.

¹² La conclusión de Michael PERRY (THE IDEA OF HUMAN RIGHTS, FOUR INQUIRIES, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 87-106) es mixta: "aun cuando ningún derecho humano es, como derecho moral, absoluto, algunos derechos humanos, como derechos subjetivos internacionales, deben ser —y, felizmente, son— absolutos", p. 106 [t.a.].

¹³ La terminación o suspensión de un tratado por incumplimiento no se aplica a la protección de la persona en tratados humanitarios. Art. 60, Convención de Viena sobre el

Desafortunadamente, pese a la recurrente alusión a “derechos humanos”, difícilmente se entiende con cabalidad su significado y por qué resultan ser tan importantes en la sociedad contemporánea, sobre todo en el pensamiento occidental.¹⁴ Adicionalmente, no podemos negar que el término “derechos humanos” puede ser utilizado con fines diversos (pero que no por ello los derechos humanos pierden su esencia).

El presente trabajo es el primero de cuatro¹⁵ para intentar definir si los particulares, las personas físicas como tales (sin estar envueltas de un aura de carácter público o autoridad), pueden violar derechos humanos. Ello surge porque la figura de la autoridad es un elemento recurrente en toda discusión sobre derechos humanos y su violación.¹⁶ Constantemente se le exige que repare injusticias (realizadas por comisión u omisión suya o de terceros), y moral y políticamente se le reprueba por cometer actos moralmente reprobables, por no impedirlos o no repararlos. Pese a ello, si los derechos humanos son universales y todo ser humano los posee, se violan no por una acción (u omisión) de la autoridad, sino por situaciones creadas por cualquier persona, pública o privada, física o moral, legalmente reconocida o no. “Los derechos humanos de la persona a libertad y bienestar se violan seguramente en igual medida, aunque posiblemente de manera menos poderosa e irrevocable, si uno es secuestrado y detenido para pedir rescate, que si estuviera uno sujeto a aprisionamiento injusto; y la tortura por una persona física privada infringe los derechos humanos de una persona tanto como la tortura cometida por un agente del Estado.”¹⁷

Derecho de los Tratados [1969] y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales [1986]. Por otra parte, sobre derechos inderogables véase Daniel Prémont, Christian Stenersen, Isabelle Oseredczuk (editores), DROITS INTANGIBLES ET ÉTATS D'EXCEPTION / NON-DEROGABLE RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY, Association de consultants internationaux en droits de l'homme, Établissements Émile Bruylant, Bruselas, 1996.

¹⁴ Como lenguaje fundamental de un sistema jurídico, político y moral, “derecho” surge y es asociado primordialmente con la tradición del liberalismo occidental. Cfr. Charles TAYLOR, *Human Rights: The Legal Culture*, en UNESCO, PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS, 1986, pp. 49 y siguientes, y Henry STEINER y Philip ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 187.

¹⁵ Forma parte los trabajos de investigación realizados en el marco del Programa de Maestría en Derecho de la Universidad Iberoamericana.

¹⁶ Ver Karl KLARE, *Legal Theory and Democratic Reconstruction*, 25 UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA LAW REVIEW 69 (1991), pp. 97 y siguientes.

¹⁷ Alan GEWIRTH, *The Basis and Content of Human Rights*, en Roland Pennock y John Chapman (editores), NOMOS XXIII: HUMAN RIGHTS, New York University Press, Nueva York, 1981, pp. 119-147, reproducido en Morton Winston, THE PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS, Wadsworth Publishing Company, Belmont, California, 1989, pp. 195-196 [t.a.].

II. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Expresar que el ser humano goza de derechos naturales significa definir dos pilares sobre la relación del individuo con la sociedad. Primero, al destacar a la persona frente a la sociedad y el Estado (u organización política), hace que las relaciones políticas y sociales no sean exclusivamente vistas desde la óptica gubernamental. Segundo, subraya que los derechos anteceden, en importancia (y jerarquía), a los deberes y obligaciones en las relaciones jurídicas, morales y sociales (aunque no por ello se implica la eliminación del deber).¹⁸

Generalmente entendemos que “derecho humano” significa un tipo de “derecho moral”¹⁹ universal que pertenece por igual a todos los seres humanos por el simple hecho de que *son* seres humanos.²⁰ Aquí, distinguimos “derecho moral”²¹ de un derecho subjetivo.²² Éste es la facultad del sujeto con personalidad jurídica; facultad que se encuentra reconocida, protegida y exigible (incluso compulsivamente) conforme al orden jurídico vigente.

Un derecho moral es “(1) el fundamento racional de una reclamación justificada (2) de que el disfrute actual de una sustancia (3) requiere estar socialmente garantizado contra las amenazas normales”.²³ Si bien las relaciones jurídicas normalmente reflejan contenidos morales, los “derechos morales” generalmente no están protegidos por el derecho.²⁴ Sin embargo,

¹⁸ Cfr. BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 2.

¹⁹ “...los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho”, FERNÁNDEZ, Eusebio, TEORÍA DE LA JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, Ed. Debate, Madrid, 1984, p. 107.

²⁰ WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 7.

²¹ Cfr. Eusebio FERNÁNDEZ, *Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos*, en Javier MUGUERZA, EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS, Ed. Debate, Madrid, 1989, pp. 155-162.

²² Cfr. Roberto VERNENGO, *Los derechos humanos y sus fundamentos éticos*, y Alfonso RUIZ MIGUEL, *Los derechos humanos como derechos morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 327-343 y 321-326, respectivamente.

²³ SHUE, Henry, BASIC RIGHTS: SUBSISTENCE, AFFLUENCE AND U.S. FOREIGN POLICY, Princeton University Press, 1980, cap. 1 [t.a.].

²⁴ Recuérdese que existen cuatro tipos de normas: religiosa, social, moral y jurídica. Si bien en ocasiones reflejan el mismo contenido y prescriben la misma conducta, no son idénticas. Cfr. Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, LECCIONES DE FILOSOFÍA DE DERECHO, UNAM, México, 1986, pp. 65-133.

el que no exista recurso jurídico para exigir una prestación u obligación moral, no significa que esta última no exista, ni que faltan mecanismos sociales para lograr su cumplimiento o reparación. De igual forma, tampoco quiere decir que los "derechos morales" carecen de cualidades imperativas u obligatorias. De hecho, los "derechos morales" expresan exigencias y restricciones morales a la acción (u omisión) de terceros.

Se afirma que existe un derecho cuando el bienestar de alguna persona amerita que otra persona esté obligada frente a ella.²⁵ Igualmente, se poseen derechos cuando se puede reclamar algo de alguien; relación definida (en términos jurídicos) por la legislación o (en términos morales) por principios de conciencia.²⁶ En este contexto, los derechos requieren al menos de cuatro elementos: contenido (el bien objeto de reclamo), un poseedor (quien goza del derecho), un destinatario (el obligado) y una fuente de validación (medio o entorno para exigir el reclamo).²⁷

Un derecho humano es un reclamo moral que cuenta además con un adecuado reconocimiento social.²⁸ En otras palabras, "derecho" es un reclamo y derecho moral que ha alcanzado cierta validación social: derechos (jurídicos) consignados en un sistema jurídico, o derechos humanos, que se reflejan en una opinión ampliamente difundida o asentada por el orden internacional.²⁹

Todo derecho surge en condiciones históricas específicas.³⁰ Son reclamos que han sido históricamente moldeados, formulados, concedidos o acatados por personas. En este sentido, podemos señalar un patrón evoluti-

²⁵ "X has a right" if and only if X can have rights, and other things being equal, an aspect of X's well being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty". RAZ, Joseph, *On the Nature of Rights*, en 93 *Mind* 194-214 (1984).

²⁶ FEINBERG, Joel, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, en William Blakstone (editor), *PHILOSOPHY AND ENVIRONMENTAL CRISIS*, University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1974.

²⁷ Estos elementos corresponden, *grosso modo*, a los datos formales y reales que detalla PRECIADO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, *supra* nota 24, pp. 120-133.

²⁸ En este orden de ideas, un reclamo moral que carezca de sistema social (de validación) en que se le reconozca, podrá ser un reclamo legítimo, incluso moralmente condescendido, pero que no logra calificar como "derecho humano". Cfr. Rex MARTIN, *Human Rights and Civil Rights*, en *PHILOSOPHICAL STUDIES*, 31, núm. 4 (1980), pp. 391-403.

²⁹ KAMENKA, Eugene, *Human Rights, Peoples' Rights*, en James Crawford (editor), *THE RIGHTS OF PEOPLES*, 1988, p. 127.

³⁰ Miguel VILLORO TORANZO define derecho como un "sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica". INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, Ed. Porrúa, México, 1980, 4a ed., p. 127 (énfasis añadido).

vo de los derechos.³¹ Inicialmente se acepta que una necesidad o bien humano requiere de un patrón social (un referente) para su protección. El reclamo es convalidado por los dictados de conciencia de la población o un subgrupo (generalmente minoritario). Posteriormente, dichos reclamos, o en alguna forma "derechos adquiridos" en virtud de la reiterada exigencia, adquieren reconocimiento y aceptación social en la medida en que más personas del grupo social consideran que se trata de una exigencia moralmente válida porque el interés que promueve sirve para proteger, en última instancia, un interés y/o un valor. Luego pueden surgir movimientos sociales o políticos con el propósito explícito de reconocer y proteger dichos reclamos y terminar con lo que la población crecientemente considera una violación del incipiente "derecho". Para estos efectos, se instituyen los mecanismos y procedimientos necesarios para su protección. En este sentido, se considera que los derechos humanos son "un aglomerado de libertades éticas, reclamaciones, facultades e inmunidades que en conjunto constituyen un sistema de autonomía ética que el individuo posee como ser humano frente al Estado".³² Sólo hasta que la reclamación alcanza esta última etapa es que se convierte en derecho positivo.³³ Así, los derechos humanos aparecen como "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales *deben ser* reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".³⁴

³¹ "Claims are needs and demands in movement, and there is a continuous transformation, as a society advances [toward greater abundance] of economic and social claims into civil and political rights and not all countries or all claims are by any means at the same stage in the process". J. E. S. FAWCETT, *The International Protection of Human Rights*, en D. D. Raphael (editor), *POLITICAL THEORY AND THE RIGHTS OF MAN*, The Indiana University Press, Bloomington, Indiana (1967), pp. 125 y 128, citado en FEINBERG, *op. cit.*, *supra* nota 26.

³² WELLMAN, *op. cit.*, *supra* nota 11 [t.a.].

³³ Cfr. MARTIN, *op. cit.*, *supra* nota 28. Una limitación a lo anterior consiste en que pareciera que el destinatario principal (o único) de los derechos humanos son las instituciones gubernamentales. Véase MARTIN, *op. cit.*, WELLMAN, *op. cit.*, *supra* nota 11, y Louis HENKIN, *International Human Rights as "Rights"*, en 1 *Cardozo Law Review* 425 (1979), reproducido en HENKIN, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 31-41, y en Winston, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 129-145.

³⁴ Antonio Pérez Luño, DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, citado por Muguerza, *La alternativa del disenso*, en Muguerza, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 20-21 (énfasis en el original). Exigencias que Muguerza precisa son de carácter moral que pasarán a ser denominadas "derechos humanos" "una vez superada la reválida de su reconocimiento jurídico", p. 24.

De esta forma, vemos por qué los derechos (y en especial los “derechos humanos”) funcionan en el discurso político como elementos que vencen otras consideraciones.³⁵ Dado que las instituciones gubernamentales formulan y enmarcan las políticas sociales para promover el bienestar general (para maximizar el bien común o para satisfacer las preferencias de la *mayoría*),³⁶ nada parecería obstar para que la dignidad e igualdad de individuos o grupos minoritarios fueran sacrificados en aras del bien general o las preferencias mayoritarias. En este sentido, los derechos humanos funcionan como ases (o “triumfos”)³⁷ que impiden que la mera consideración de utilidad social baste para sobrepasar a los individuos y a los derechos individuales. Sin embargo, no por ello, los derechos humanos son absolutos y no pueden ser superados en cualesquiera circunstancias.³⁸

El problema radica entonces en determinar cuál es el derecho que debe prevalecer. Esta disyuntiva surge cuando los derechos son reconocidos por el sistema social, y en especial por la autoridad, así como al momento de su instrumentación. Pero, ¿cuáles deben ser los derechos que la autoridad reconozca? ¿Qué bienes e intereses deben proteger los derechos humanos? Un serio problema contemporáneo consiste en determinar cuál debe ser (o es) el contenido de los derechos humanos.

III. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho es una relación social,³⁹ y “no existe un Rubicón entre derecho y moralidad”.⁴⁰ Puede considerarse que los derechos humanos constituyen

³⁵ En forma similar a los “triumfos” (“trumps” en inglés) en juegos de naipes. Ronald DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978.

³⁶ Los derechos humanos “son la instancia legitimadora de los programas políticos”, Victoria CAMPS, *El descubrimiento de los derechos humanos*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 111.

³⁷ *Cfr. supra* nota 35.

³⁸ Los conflictos entre derechos específicos así como entre derechos e importantes intereses sociales tampoco serían fáciles de resolver. Valga recordar el dolor y dilema de Orestes: “... my murder of my mother was, I admit, a crime. But in another sense, since, by killing her, I avenged my father, there was no crime at all. ... What else could I have done? I had two duties, two clear choices, both of them conflicting. ... What could I do? Or was he competent to command a murder, but now incompetent to purge the guilt?”. Eurípides, *Orestes*, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 564-565.

³⁹ PRECIADO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, *supra* nota 24.

⁴⁰ BROWNLIE, Ian, *Causes of Action in the Law of Nations*, 50 *BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW* 13, 40 (1979) [t.a.].

el pináculo de la cima moral y/o jurídica.⁴¹ Sin tener una clara jerarquía entre sí, el derecho internacional ha reconocido algunos como inderogables.⁴²

Actualmente hablamos de una gran cantidad de derechos: a la salud, a la educación, al trabajo, etc. Igualmente nos referimos a derechos de padres respecto a sus hijos y viceversa, de creyentes y no creyentes, etc. Cómo decidir cuáles son los derechos que deben protegerse y qué medidas utilizar para determinar cuáles son más urgentes, son definiciones esenciales en todo sistema jurídico.

Al redactar la DUDH, individuos y gobiernos se enfrentaron a un dilema que históricamente no había surgido. En las constituciones y legislaciones internas, el propósito fue manifestar la expresión de los valores políticos fundamentales y los principios morales de una sociedad o Estado específicos, en tanto que reglas de gobierno de un Estado soberano. En 1947, la ONU encargó a la UNESCO elaborar una declaración *internacional* que reflejara un concepto de derechos humanos que lograra dar cabida a las diferentes creencias políticas, sistemas económicos y culturas de los Estados miembros de la ONU. La UNESCO estableció al efecto el Comité sobre Principios Filosóficos de los Derechos del Hombre. El Comité indicó que “una declaración internacional de derechos humanos debe ser la expresión de fe que debe mantenerse al igual que un programa de acciones a realizar”. El Comité no intentó resolver las diferencias filosóficas ni tampoco quiso llegar a un consenso doctrinal sobre derechos humanos, sino que procuró “descubrir los medios intelectuales para llegar a un acuerdo sobre derechos fundamentales y evitar las dificultades que pudieran surgir en la instrumentación”.⁴³ El Comité señaló que por razones prácticas, las definiciones de “derechos”, “libertad” y “democracia” debían utilizar términos intencionalmente ambiguos.

En la DUDH encontramos reflejadas diferentes orientaciones políticas.⁴⁴ En el modelo de Karel Vasak⁴⁵ se identifican las tres generaciones

⁴¹ *Cfr.* Theodor MERON, *On A Hierarchy of International Human Rights*, 80 *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 1 (1986).

⁴² *Cfr.* PRÉMONT, STENERSEN y OSEREDCZUK, *op. cit.*, *supra* nota 13.

⁴³ UNESCO, *HUMAN RIGHTS: COMMENTS AND INTERPRETATIONS*, A. Wingate, Londres, 1949, citado en WINSTON, *op. cit.*, *supra* 17, pp. 16-17 [t.a.].

⁴⁴ Una de las primeras objeciones que surgieron fue considerar que un instrumento internacional de derechos humanos, representaría una violación de la soberanía nacional.

⁴⁵ *A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, UNESCO COURIER (Nov. 1977), pp. 29-32.

(acumulativas) de derechos humanos:⁴⁶ 1) derechos civiles y políticos, con origen en el siglo XIX, que subrayan la prioridad de las libertades y facultades del individuo que le protegen de toda interferencia gubernamental,⁴⁷ 2) derechos económicos, sociales y culturales,⁴⁸ que surgen en este siglo,⁴⁹ y que destacan que los derechos tienen como propósito el proporcionar a los individuos los medios para evitar que sean privados de las necesidades materiales para sobrevivir,⁵⁰ y 3) derechos de solidaridad mundial,⁵¹ que nacen en las postrimerías del siglo XX, y que están referidos a derechos grupales y derechos de los pueblos.⁵²

Una de las preocupaciones al redactar la DUDH (y para estos propósitos la DADDH y la DUDP), fue tratar de encontrar una fórmula sobre la idea de derechos humanos que pudiera ser aceptable como universal, y no simplemente una expresión de derechos concebida en términos de los valores prevaletentes en los países de Europa Occidental y América.⁵³ La influencia de la sociedad sobre los individuos es innegable. Por ello, se ha considerado que los derechos de los seres humanos deben basarse en que la

⁴⁶ Cfr. asimismo Diego URIBE VARGAS, *LA TROISIÈME GÉNÉRATION DES DROITS DE L'HOMME ET LA PAIX*, Coopérative et d'Édition Mutualiste, París, 1985; Luis Miguel DÍAZ MÜLLER, *AMÉRICA LATINA, RELACIONES INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS*, FCE, México, 1986.

⁴⁷ Esta concepción de derechos humanos está basada en la doctrina liberal de los derechos del hombre que concibe a la persona como una entidad autónoma que posee derechos individuales.

⁴⁸ El PDESC y el PSS se encuentran entre los ejemplos internacionales más desarrollados.

⁴⁹ Sin embargo, C. J. FRIEDRICH muestra que algunos derechos económicos y sociales fueron conocidos en la Ilustración. Cita a Turgot y Robespierre refiriéndose al derecho al trabajo y presenta expresiones aludiendo a un derecho a la educación. *Rights, Liberties, Freedoms: A Reappraisal*, AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW, núm. LVII, 4 (Dic. 1963), en WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 128.

⁵⁰ Esta visión, basada en el marxismo, rechaza la previa y determina que no existen "derechos naturales" previos y en forma independiente a la sociedad, sino que es el Estado el que concede los derechos a sus ciudadanos.

⁵¹ Libre autodeterminación (económica y política), patrimonio común de la humanidad, preservación del medio ambiente y paz nacional e internacional.

⁵² Prescribe que los derechos no son posesión natural de los individuos ni son históricamente condicionados por los Estados. Derivan, más bien, de la relación entre individuos y las culturas en que se encuentran inmersos. Coloca gran énfasis en la relación del individuo con los grupos comunitarios tradicionalmente definidos y los "derechos" de estos grupos a una autodeterminación cultural.

⁵³ La consecuente vaguedad conceptual es el precio de la universalidad del acuerdo alcanzado sobre derechos humanos; precio que redundará en la dificultad de ponerlo en práctica.

personalidad del individuo sólo puede desarrollarse en los términos de su cultura social y, por tanto, que el respeto a las diferencias culturales debe ser un lineamiento esencial al formular cualquier declaración de derechos.⁵⁴ En otras palabras, los estándares y valores éticos son relativos a la cultura a la que pertenecen y, por tanto, pretender juzgar los valores de una cultura frente a los de otra, resulta contraproducente y mina la validez de la idea de los derechos humanos universales.

Admitir que existe una pluralidad de valores y concepciones morales básicos, así como el reconocimiento de una variedad de estos bienes e intereses protegidos por los derechos humanos ha derivado en una sorprendente proliferación en el número de derechos humanos.⁵⁵ Este crecimiento ha sido criticado indicando que el resultado es debilitar y minar la efectiva protección de lo que realmente son los "derechos humanos".⁵⁶ Al efecto se proponen cuatro medidas para determinar lo que realmente debe ser un "derecho humano": 1) realización (no puede haber derecho si no existe posibilidad de proporcionarlo), 2) legislables, 3) verdaderamente universales (no restringidos a un sector de la población [v. gr., personas empleadas]), y 4) protección de un bien con valor intrínseco (y no algo deseable pero utópico).⁵⁷

En este proceso, los instrumentos internacionales representan un movimiento internacional para intentar asegurar que todos los individuos gocen

⁵⁴ "...man is free only when he lives as his society defines freedom, that his rights are those he recognizes as a member of his society...". American Anthropological Association, *Statement on Human Rights*, 49 AMERICAN ANTHROPOLOGIST 539 (1947).

⁵⁵ Debido al incremento de bienes considerados dignos de protección (no sólo religión, pensamiento, expresión, sino derechos civiles y políticos que requieren intervención directa por el Estado), al extender el número de beneficiarios (incluyendo no solamente a los seres humanos [como familia, minorías religiosas y étnicas, sino incluso el derecho de supervivencia de generaciones futuras, derechos de animales y del medio ambiente]), y porque la persona no es vista más como un ente abstracto, sino crecientemente en su situación concreta en la sociedad (sexo, edad, condición física). Cfr. Norberto BOBBIO, *Diritti dell'uomo e società*, en SOCIOLOGIA DEL DIRITTO, vol. XXVI (1989), pp. 15-27, reproducido en BOBBIO, *THE AGE OF RIGHTS*, *supra* nota 2, pp. 47-60.

⁵⁶ CRANSTON, Maurice, *Human Rights, Real and Supposed*, en D. D. Raphael (editor), *POLITICAL THEORY AND THE RIGHTS OF MAN*, Indiana University Press, Bloomington, Indiana, 1967, pp. 43-53.

⁵⁷ Como observamos, prácticamente todos estos parámetros tienen como referente implícito el que puedan verse ejecutados en la realidad. De donde, más parece que la realidad determinaría la naturaleza humana, o, en su defecto, las concepciones políticas que los representantes internacionales adoptan.

de ciertos bienes jurídicos en los sistemas jurídicos de sus sociedades. La falta de cumplimiento expone al Estado a críticas internacionales y, en casos extremos, a sanciones políticas y económicas.⁵⁸

En algunos sectores existe discusión sobre exactamente qué es a lo que se han comprometido los Estados signatarios al suscribir acuerdos⁵⁹ y declaraciones⁶⁰ internacionales de derechos humanos. Al efecto se destacan las siguientes tres posibilidades: 1) surgimiento de derechos y obligaciones entre Estados, donde los individuos sólo son beneficiarios casuales de los derechos humanos, 2) creación de derechos en beneficio de los individuos para recurrir a organismos internacionales en defensa de sus derechos, y 3) creación por los Estados de derechos humanos otorgándoles el carácter positivo de valores independientes.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es posible que no exista una visión sobre los derechos humanos que sea mejor o más adecuada que otra. Cada una es válida en su marco referencial, en especial para la sociedad que la sostiene. En consecuencia, la actitud frente a opiniones divergentes a la nuestra, debiera ser una de apertura,⁶¹ sin que ello derive necesariamente en tolerancias normativas (o respeto

⁵⁸ V. gr., Sudáfrica en el caso del *apartheid*.

⁵⁹ HENKIN, *op. cit.*, *supra* 33.

⁶⁰ Se reconoce generalmente que las declaraciones internacionales no tienen carácter jurídico ni dan lugar a derechos y obligaciones exigibles conforme a derecho internacional. La opinión de la Oficina de Asuntos Jurídicos del ECOSOC es que una declaración es "un instrumento formal y solemne adecuado a ocasiones en que se enuncian principios de suma importancia y carácter perenne". Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos, Secretaría de las Naciones Unidas, 34 UNESCOR, Supp. (núm. 8) 15, UN doc. E/CN.4/L.610, 2 de abril de 1962. Sin embargo, más adelante la misma opinión indica que "teniendo en cuenta la mayor solemnidad y significado de una 'declaración', puede considerarse que el órgano que la aprueba abriga mayores esperanzas de que los Miembros de la Comunidad Internacional habrán de respetarla. En consecuencia, la declaración puede llegar a ser reconocida, por el uso, como un instrumento que establece normas obligatorias para los Estados". Cfr. asimismo Jorge CASTAÑEDA, VALOR JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES DE LAS NACIONES UNIDAS, El Colegio de México, México, 1967.

⁶¹ La actitud no debe ser una de mera tolerancia, que parece implicar una superioridad de un agente frente al otro. En la apertura se supera la tolerancia para convertirnos en seres iguales a nuestros congéneres, de otros grupos, sociedades, culturas y civilizaciones (y, si fuera factible, incluso de eras distintas).

irrestringido a legislaciones extranjeras) cuando se prescribiera por mandato de ley actos genocidas⁶² o de lesa humanidad.⁶³

Existen diferentes teorías para justificar los derechos humanos: convencionalista,⁶⁴ prudencialista,⁶⁵ deontológica,⁶⁶ utilitarista,⁶⁷ interdependentista⁶⁸ y religiosas;⁶⁹ todas ellas enfrentadas al escepticismo.⁷⁰

La tesis convencionalista sostiene que si bien lo justo (lo correcto) no necesariamente es lo que la población dice que sea ni que los referentes morales de un grupo social están exentos de crítica, es indudable que la moral tiene sustento en convencionalismos sociales.⁷¹ En otras palabras, las normas morales (incluyendo las contenidas en los derechos humanos), surgen mediante procesos de "negociación implícita" entre individuos y grupos en toda sociedad.⁷² Sin embargo, esta tesis no limita, ni considera im-

⁶² Cfr. Ian KERSHAW, *The Extinction of Human Rights in Nazi Germany*, en Olwen Hufton (ed.), HISTORICAL CHANGE & HUMAN RIGHTS, Basic Books, Nueva York, 1995, pp. 217-246.

⁶³ El 17 de julio de 1998, después de cinco semanas de discusión y negociación entre representantes gubernamentales y con la participación de organizaciones no gubernamentales, se adoptó en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, Documento A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones (México incluido). La misión de dicho tribunal consiste en procesar a personas acusadas por los crímenes internacionales más graves: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión.

⁶⁴ Las normas morales incorporadas en los derechos humanos existen, al igual que otras normas sociales, sólo por costumbre o convencionalismos sociales.

⁶⁵ Los individuos celebran variaciones de acuerdos sociales mediante los cuales se crean derechos para avanzar su interés propio.

⁶⁶ Principalmente derivado de las ideas filosóficas de Immanuel KANT (1724-1804), sostiene que los derechos humanos están basados en la característica universal de la naturaleza humana.

⁶⁷ Las normas morales contenidas en los derechos humanos representan reglas importantes y prioritarias para normar el comportamiento humano y cuyo cumplimiento promueve a largo plazo la mayor felicidad para la mayoría de la población.

⁶⁸ Los derechos básicos a la libertad, la seguridad y el bienestar son necesarios y de ellos depende el goce y disfrute de los demás derechos.

⁶⁹ Los derechos humanos están basados en el carácter sagrado de la vida humana.

⁷⁰ Duda que cualquier aproximación filosófica pueda satisfactoriamente proporcionar una sólida justificación para la idea de los derechos humanos.

⁷¹ Cfr. Gilbert HARMAN, *Moral Relativism As a Foundation for Natural Rights*, en 4 JOURNAL OF LIBERTARIAN STUDIES (1980), pp. 367-371.

⁷² Mediante el consenso de la comunidad y sus individuos sobre patrones y conductas se logra el reconocimiento moral y social de los derechos humanos. Consenso que se alcanza mediante una comunicación plena y por vía de la argumentación cooperativa. Véanse las múltiples discusiones de estudiosos españoles en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21.

plicito, que las circunstancias en que se lleva a cabo la "negociación" deban ser justas o que permitan a todas las personas igual oportunidad para participar en dicha "negociación". De igual forma, ello no significa que no existan (y tampoco precluye) principios universales para determinar lo que las convenciones morales deban ser.⁷³

La tesis prudencialista enfatiza que los individuos participan en variedades de acuerdos sociales en que los derechos son creados a fin de promover intereses sociales.⁷⁴ En este sentido, se sostendría que sería razonable que los individuos acepten y cumplan con normas que incorporan a los derechos humanos porque al hacerlo estarían protegiendo sus propios intereses fundamentales en el largo plazo.⁷⁵

La propuesta deontológica deriva principalmente de la filosofía de Immanuel Kant. Contrasta con la posición convencionalista al sostener que los derechos humanos están fundados en la característica universal de la naturaleza humana, *ergo*, no pueden estar basados en convencionalismos sociales. Basándose en las tres fórmulas de Ulpiano,⁷⁶ Kant señala que los hombres no deben considerarse medios sino fines en sí mismos,⁷⁷ no debe causarse daño a persona alguna incluso bajo situaciones de necesidad,⁷⁸ y

⁷³ Por el contrario, se ha buscado la fundamentación de los derechos desde el disenso: "acerca de los derechos humanos, quizá vaya siendo hora de reparar en que la fenomenología histórica de la *lucha política* por la conquista de estos últimos, bajo cualquiera de sus modalidades conocidas, ha tenido bastante más que ver con el 'disenso' de individuos y grupos de individuos respecto de un consenso antecedente —de ordinario plasmado en la legislación vigente— que les negaba esa su pretendida condición de sujetos de derechos". MUGUERZA, *Carta a Gregorio Peces-Barba*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 17 (énfasis añadido).

⁷⁴ WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 24.

⁷⁵ Las opiniones de HARMAN, *op. cit.*, *supra* nota 71, combinan convencionalismos sociales con una orientación prudencialista.

⁷⁶ *Honeste vive, neminem laede y suum cuique tribue* (vivir honestamente, causar daño a nadie y dar a cada quien lo suyo).

⁷⁷ "Now I say: man and generally any rational being *exists* as an end in himself, *not merely as a means* to be arbitrarily used by this or that will, but in all his actions, whether they concern himself or other rational beings, must be always regarded at the same time as an end". FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE METAPHYSIC OF MORALS, 2a sección, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 9, t. 39, KANT, p. 271 (énfasis en el original). Asimismo, "Do not make thyself a mere means for the use of others, but be to them likewise an end", THE SCIENCE OF RIGHT, en *ibidem*, pp. 400-401.

⁷⁸ "Do no wrong to any one, even if thou shouldst be under the necessity, in observing this duty, to cease from all connection with others and to avoid all society", *ibidem*, p. 401.

hay que dar a cada quien lo que le corresponde.⁷⁹ En su opinión, los derechos se dividen en naturales y positivos. Aquéllos descansan en principios racionales puros *a priori*, y éstos en derechos establecidos en reglas derivadas de la voluntad del legislador; donde un derecho innato es el que por derecho pertenece a cada uno por naturaleza, independiente de cualquier experiencia o acto jurídicos, y derecho adquirido el que se funda en dichos actos jurídicos.⁸⁰

La orientación utilitarista intenta mostrar que las normas morales incorporando derechos humanos representan reglas de alta prioridad para regular el comportamiento humano y cuya observancia general promueve la mayor felicidad para el mayor número de personas en el largo plazo. La postura deriva de las consideraciones de John Stuart Mill y Jeremy Bentham.⁸¹ El utilitarismo desecha las tradiciones religiosas y convenciones sociales en favor de considerar el bienestar o felicidad humanos como el foco central para toda evaluación moral. Los hechos no son derecho u obligatorios por su carácter inherente o los motivos subyacentes, ni por su relación con los dictados divinos o sociales, sino por la cantidad general de bienestar humano (o sensible)⁸² que sean capaces de generar.⁸³

En la tesis interdependentista,⁸⁴ un elemento esencial del derecho es no sólo el adecuado reconocimiento social, sino también su apropiada instrumentación y ejecución.⁸⁵ Pero esto no significa que nunca deberá ocurrir alguna violación de derechos humanos (meta presumiblemente imposible de alcanzar en toda sociedad), sino que deben haberse adoptado medidas para prevenir violaciones de derecho y que los individuos que se sientan afectados tengan a su alcance recursos para apelar (y exigir) que la sociedad repare (o corrija) el daño. Ello requiere de obras positivas (acciones) y

⁷⁹ "Enter, if wrong cannot be avoided, into a society with others in which every one may have secured to him what is his own", *loc. cit.* (énfasis en el original).

⁸⁰ *Loc. cit.*

⁸¹ *Vid infra* notas 152 y siguientes.

⁸² *Sentient.*

⁸³ *Cfr.* Michael SLOTE, *Utilitarianism*, en Ted HONDERICH, THE OXFORD COMPANION TO PHILOSOPHY, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 890-892. Esperanza GUIJÁN, *Una justificación utilitarista de los derechos humanos*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 185-194, considera a la ética utilitarista no sólo la justificación más apropiada, sino la éticamente más satisfactoria y pertinente.

⁸⁴ *Cfr.* SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 23.

⁸⁵ "A proclamation of a right is not the fulfillment of a right". SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 23.

negativas (omisiones).⁸⁶ Al describir tres derechos básicos (de seguridad,⁸⁷ de libertad⁸⁸ y de subsistencia),⁸⁹ se niega que pueda existir una prelación entre ellos, porque cada uno de los derechos básicos⁹⁰ es necesario para el ejercicio de todos los demás derechos.⁹¹ El esquema muestra que las concepciones ofrecidas por países desarrollados (subrayando libertades individuales) y países en desarrollo (enfaticando la importancia de la seguridad económica, o subsistencia en general)⁹² son correctas en cuanto consideran sus preocupaciones deben recibir mayor prioridad, pero que ambas visiones se equivocan al concebir que sólo sus intereses deben recibir el mayor peso.

Otros estiman que las justificaciones seculares, como las anteriores, para afirmar la dignidad humana son insuficientes, y que los derechos humanos realmente se basan en consideraciones religiosas, por lo que fundan su existencia en el carácter sagrado de la vida humana y otras doctrinas morales asociadas con el judaísmo, el cristianismo y otras religiones.⁹³ En este concepto, afirmar el carácter sagrado, o valioso en sí mismo, del ser humano es ineludiblemente religioso; donde la convicción sobre los derechos humanos está envuelta de una cosmovisión religiosa en la que el mundo

⁸⁶ Obligaciones de dar y hacer, y no hacer, respectivamente. Tales son los tres tipos de obligaciones que existen. Manuel BORJA SORIANO, *TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*, Ed. Porrúa, 10a. ed., México, 1985, pp. 68-76.

⁸⁷ Incluye los tradicionales derechos civiles y políticos, como el no ser objeto de tortura u homicidio.

⁸⁸ Incluyendo la libertad de pensamiento, opinión, religión, expresión y participación política.

⁸⁹ Incorporando los derechos de la 2a y 3a generación, relacionados con la protección del medio ambiente, derecho a una vida digna y decorosa, etc. Henry SHUE, *Security and Subsistence*, reproducido en WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 152-171. Respecto a las tres generaciones de derechos humanos, *cfr. supra*, notas 45 y 46.

⁹⁰ "The structure of the argument that a specific right is basic may be outlined as follows, provided we are careful about what is meant by 'necessary': 1. Everyone has a right to something. 2. Some other things are necessary for enjoying the first thing as a right, whatever the first thing is. 3. Therefore, everyone also has rights to the other things that are necessary for enjoying the first as a right". SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 89, p. 164.

⁹¹ "The absence of any of these basic rights is sufficient normally to allow the thwarting of the enjoyment of any other rights", SHUE, *ibidem*.

⁹² SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 89, pp. 152-171.

⁹³ Una excelente exposición es la de PERRY, *op. cit.*, *supra* nota 12, pp. 11-41, también reproducido como *Is the Idea of Human Rights Ineliminably Religious?*, en Austin Sarat y Thomas Kearns (editores), *LEGAL RIGHTS*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan, 1997, pp. 205-262. *Cfr.* asimismo Jean MARQUISET, *LOS DERECHOS NATURALES*, Colección ¿Qué sé?, núm. 37, Oikos-Tau, Barcelona, 1971, con una exposición fundada más en argumentos morales-espirituales.

entero tiene un sentido último en un esquema ordenado, conforme a la religión, de todas las cosas.

Sin aludir a referentes expresamente religiosos, los grandes instrumentos internacionales de derechos humanos parecen reflejar una tal convicción y fe sobre los derechos humanos. La DUDH se refiere en su preámbulo al "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" y señala que "los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana". El PDCP y el PDESC repiten las expresiones de la DUDH sobre "la dignidad inherente a la persona humana".⁹⁴ La Declaración de Viena y el Programa de Acción adoptado⁹⁵ el 25 de junio de 1993 por la Conferencia de la ONU sobre Derechos Humanos reafirma dicho lenguaje e insiste en que "todos los derechos humanos derivan de la dignidad y el valor inherente de la persona humana". La DADDH y la CADH mencionan que los pueblos americanos han reconocido la dignidad del individuo, ya que en sus respectivos preámbulos manifiestan que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". En forma similar, la Carta (africana de) Banjul señala en su preámbulo que "los derechos humanos fundamentales nacen de los atributos del ser humano". En este sentido se sostiene que el culto de los derechos humanos actual sustituye el lugar que antes tuvo la religión, los mandamientos y la revelación divina.⁹⁶

Así, la idea de derechos humanos que informa a los anteriores instrumentos internacionales de derechos humanos (y muchos otros) es que, en parte, existe algo acerca de cada y todo ser humano por simplemente ser un ser humano, por lo que algunas cosas deben hacerse a todo ser humano y que otras cosas no deben hacerse a todo ser humano.⁹⁷ En expresión de algunos, la única forma consistente de hablar sobre derechos humanos, con estos referentes sobre la dignidad humana y el valor intrínseco de la persona humana, no es más que "ineliminablemente" en términos religiosos.⁹⁸

⁹⁴ Preámbulo de ambos documentos.

⁹⁵ Por representantes de 172 países en Viena.

⁹⁶ CAMPS, Victoria, *op. cit.*, *supra* nota 36.

⁹⁷ O por lo menos, que ciertas cosas deben no hacerse a todo ser humano en determinadas circunstancias y que otras cosas deben hacerse a todo ser humano en determinadas circunstancias. *Cfr.* PERRY, *op. cit.*, *supra* nota 12, pp. 11-41.

⁹⁸ PERRY, *op. cit.*, *supra* nota 12, pp. 11-41.

V. EL FUNDAMENTO DE LA IDEA DE LOS DERECHOS HUMANOS⁹⁹

La idea de "derechos humanos" es de relativa reciente acuñación.¹⁰⁰ "No puede haber duda de que los derechos humanos son una de las grandes invenciones de nuestra civilización",¹⁰¹ o bien se les considera como el culto o "descubrimiento" de nuestros tiempos.¹⁰² La proclamación de derechos humanos representa un parteaguas histórico,¹⁰³ no sólo por su trascendencia social, sino por ser el producto acumulado de los esfuerzos humanos de todas las épocas para promover y respetar la dignidad humana.¹⁰⁴

⁹⁹ Sobre el desarrollo histórico del derecho natural véase Morton HORWITZ, *Natural Law and Natural Rights*, en SARAT y KEARNS, *op. cit.*, *supra* nota 93, pp. 39-52, Gregorio PECES-BARBA, Liborio HIERRO, Santiago ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO y Ángel LLAMAS, *DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS*, Ed. Debate, Madrid, 1987, Micheline Ishay (editor), *THE HUMAN RIGHTS READER*, Routledge, Nueva York, 1997, Richard MCKEON, *Philosophy and History in the Development of Human Rights*, en Howard Kiefer y Milton Munitz (editores), *ETHICS AND SOCIAL JUSTICE*, State University of New York Press, Albany, NY, 1968, pp. 300-323, Richard TUCK, *NATURAL RIGHTS THEORIES: THEIR ORIGIN AND DEVELOPMENT*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, Kenneth Minoque, *The History of the Idea of Human Rights*, en Walter LaQueur y Barry Rubin (editores), *THE HUMAN RIGHTS READER*, New American Library, Nueva York, 1977, pp. 3-17, M. P. GOLDING, *The Concept of Rights: An Historical Sketch*, en B. Bandman y E. Bandman (editores), *BIOETHICS AND HUMAN RIGHTS*, Little & Brown, Boston, 1978, pp. 44-50.

¹⁰⁰ "... the actual concept of human rights, ..., is particular and modern, representing a radical rupture from the many status-based, nonegalitarian, and hierarchical societies of the past and present ... Human rights are a modern concept now universally applicable in principle because of the social evolution of the entire world toward state societies". Rhoda HOWARD, *Dignity, Community, and Human Rights*, en Abdullah Ahmed An-Na'im (editor), *HUMAN RIGHTS IN CROSS CULTURAL PERSPECTIVES: A QUEST FOR CONSENSUS*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1991, p. 81 (énfasis en el original).

¹⁰¹ NINO, C. S., *ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS*, Paidós Studio, Buenos Aires, 1984, p. 13. Si bien el autor se refiere a los derechos humanos como una "invención", creemos más apropiado que se trata de una "innovación" conceptual. Adicionalmente, habría que acotar la referencia a nuestra civilización, por los problemas que presenta el relativismo cultural. *Cfr. infra* el apartado Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos.

¹⁰² *Cfr.* Victoria CAMPS, *op. cit.*, *supra* nota 36, pp. 111-117.

¹⁰³ BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 65-66.

¹⁰⁴ *Ex. gr.*, el derecho a trabajo remunerado encuentra un esbozo desde el año 1501 en la *Instrucción de los Reyes Católicos a Nicolás de Ovando*, Gobernador de las Indias (16/IX/1501). Rodrigo LABARDINI, *Antecedentes de Derechos Humanos: siglos XV-XVII*, en *JURÍDICA*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 29, 1999 (en prensa). Adicionalmente véase la descripción de la evolución histórica que hace Héctor GONZÁLEZ URIBE, *Fundamentación Filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?*, *JURÍDICA*, núm. 19, 1988-1989, pp. 325 y siguientes.

La DUDH constituye el mejor ejemplo la acumulación de esfuerzos en la historia; es "la mayor prueba histórica que haya existido nunca de un *consensus omnium gentium*, esto es, de un efectivo consenso universal acerca de un determinado *sistema de valores*: a saber, el sistema de los derechos humanos."¹⁰⁵

No fue sencillo llegar a dicho acuerdo internacional. Sólo se logró hasta 1948. Previamente, los derechos humanos se encontraban bajo la autoridad exclusiva de los Estados, los que ejercieron control total sobre sus ciudadanos. Si los individuos ocasionalmente adquirían alguna relevancia internacional, era como simples "objetos" o, cuando mucho, "beneficiarios" de tratados.¹⁰⁶

Recientemente, los Estados han comenzado a permitir que las personas individuales jueguen un papel (menor) en la comunidad internacional. Después de la Primera Guerra Mundial, el Pacto de la Sociedad de las Naciones (sdN) puso de relieve el principio de la primacía de la dignidad humana sobre los intereses de los Estados en diversas esferas. En el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se facultó a organizaciones de trabajadores y empleadores a exigir a los Estados el cumplimiento de las Convenciones de la OIT. Esto se acompañó con importantes avances logrados en la sdN en materia de protección de minorías.¹⁰⁷ En ambos casos, el fundamento residía en que al protegerse en los instrumentos internacionales a trabajadores (y empleadores), así como a minorías, debían sus representantes estar facultados para activar la maquinaria internacional. Adicionalmente, dado que los respectivos tratados no contemplaban obligaciones sinalagmáticas¹⁰⁸ sino obligaciones *erga omnes*,¹⁰⁹ y cuyo resul-

¹⁰⁵ MUGUERZA, *La alternativa del disenso*, *supra* nota 34, p. 32 (énfasis en el original).

¹⁰⁶ De carácter comercial, relativos a aspectos de navegación o convenciones sobre el trato que debe prestarse a extranjeros. De igual forma, los individuos constituían el punto de referencia entre los Estados, como en el caso de la regla de derecho internacional consuetudinario permitiendo a los Estados a ejercer su derecho de protección diplomática cuando un nacional suyo resultaba afectado negativamente en el exterior.

¹⁰⁷ Boutros BOUTROS-GHALI (introducción), *LAS NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1945-1995*, ONU, Nueva York, 1995, p. 5. Esta obra es una excelente fuente para consultar el texto de instrumentos internacionales de derechos humanos en el marco de la ONU.

¹⁰⁸ Obligaciones recíprocas y bilaterales, en donde las partes manifiestan su consentimiento a compromisos mutuos, obligándose uno con el otro.

¹⁰⁹ La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso *Barcelona Traction [Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (2a fase)]*, CIJ REC. (1970) 3, párrafos 33 y 34] distinguió entre obligaciones que los Estados han asumi-

tado sólo afectaría al Estado que hubiera incumplido, de no haberse facultado a dichos representantes, ningún Estado habría tenido oportunidad de protestar, se habrían hecho nugatorios los derechos contemplados y los tratados se habrían convertido en letra muerta.¹¹⁰

Después de la Segunda Guerra Mundial, los principios de la OIT, y los derechos humanos en general, fueron solemnemente reafirmados y la maquinaria de su instrumentación gradualmente fortalecida. Los tratados sobre minorías fueron reemplazados por convenciones de derechos humanos, que dejaron de proteger a grupos de individuos para proteger a los individuos mismos. Algunos incluso contemplaron la posibilidad de que los individuos pudieran exigir y demandar a los Estados por posible incumplimiento en foros internacionales.¹¹¹

A. Los orígenes

En la Biblia y las obras griegas no hay una mención explícita a “derechos humanos”, al igual que en los antiguos escritos de la filosofía de la India, China y otras grandes culturas.¹¹² Lo que hoy denominamos “derechos humanos” fue referido en la época de la Ilustración (Locke y Rousseau) como “derechos naturales” y en el siglo XVIII como “derechos del hombre”, lo cual encuentra sus raíces en la doctrina escolástica del derecho

do entre sí de las que deben cumplir respecto a la comunidad internacional en su conjunto. La CIJ indicó que las últimas “por su propia naturaleza ... conciernen a todos los Estados. Vista la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*” [t.a.]. La Corte ejemplificó el punto y señaló que tales obligaciones derivan de principios y reglas relativas a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección respecto de la esclavitud y de la discriminación racial.

¹¹⁰ Los representantes de las minorías tenían derecho a someter peticiones ante la SDN, cuando consideraban que los Estados habían incumplido sus obligaciones. Los resultados y beneficios prácticos, sin embargo, fueron muy pobres. Antonio CASSESE, *INTERNATIONAL LAW IN A DIVIDED WORLD*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 99-103.

¹¹¹ *Ex. gr.*, la CADH y la CEDH establecieron las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos que cuentan con jurisdicción sobre quejas en materia de derechos humanos (si bien sujeto a que el Estado respectivo reconozca dicha jurisdicción [arts. 62 y 46, respectivamente]). La Corte Penal Internacional, *supra* nota 63, contempla jurisdicción incluso en casos en que un Estado no hubiera aceptado su jurisdicción.

¹¹² *Cfr.* Rodrigo LABARDINI, *Orígenes y antecedentes de derechos humanos hasta el siglo XV*, en *JURÍDICA*, Anuario del Depto. de Derecho de la Univ. Iberoamericana, núm. 19, 1988-1989, UIA, México, pp. 287-324.

natural, y ésta a su vez en algunas expresiones de Aristóteles, los estoicos y las enseñanzas morales judeo-cristianas.¹¹³

Aristóteles indica que, en los asuntos políticos, la justicia habrá de “encontrarse entre hombres que comparten una vida común a fin de que su asociación les proporcione autosuficiencia, y quienes son libres e iguales... Pues la justicia sólo existe entre hombres cuyas relaciones mutuas están gobernadas por el derecho; y el derecho existe para los hombres entre quienes existe injusticia”.¹¹⁴ Si bien Aristóteles justifica la esclavitud,¹¹⁵ estima que entre las personas consideradas como iguales, la justicia está determinada por la naturaleza y los fines universales de la sociedad humana, de forma que “es justo por naturaleza aquello que tiene la misma fuerza en todas partes y no existe por lo que las personas consideren”.¹¹⁶ En consecuencia, debido a que la naturaleza humana es universal existe una constitución que por naturaleza es la mejor en todas partes.¹¹⁷

B. La tesis naturalista

La idea del “derecho natural” tuvo bastante influencia entre los estoicos y la escolástica cristiana. Santo Tomás de Aquino (1224-1274) consideraba que el “derecho natural” es aquél del cual “todos están conscientes y por el cual todas las personas reconocen en sí mismas lo que está bien y lo que está mal” y en el que Dios instituye capacidades e inclinaciones naturales en todas las personas.¹¹⁸

¹¹³ En adición a las fuentes señaladas en la nota 99, *cfr.* Imre SZABO, *Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores* en Karel Vasak (editor general), *LAS DIMENSIONES INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS*, Ed. del Serbal, y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Barcelona, 1984, vol. I, pp. 36-74.

¹¹⁴ *Ética Nicomaquea*, libro V, capítulo 6, 1134a, 25-31, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 9, t. 8, ARISTOTLE II, p. 382 [t.a.].

¹¹⁵ “Es evidente que unos hombres son libres por naturaleza y otros esclavos, y que para éstos la esclavitud es una cosa justa y conveniente”, *Política*, libro I, capítulo 5, 1255a, 1-5, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 114, p. 448 [t.a.].

¹¹⁶ *Ética Nicomaquea*, libro V, capítulo 7, 1134b, 18-20, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 114, p. 382 [t.a.].

¹¹⁷ *Ibidem*, 1135a, 4-5, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 114, p. 382 [t.a.].

¹¹⁸ *Tratado sobre la Ley*, Cuestión XLI, art. 2, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 9, t. 18, AQUINAS II, p. 208 [t.a.].

Quizá quien utilizó por primera vez el término “derecho” (*ius*) en forma aproximada al concepto moderno, fue William de Ockham (1290-1349),¹¹⁹ quien considera que el “derecho natural” es un “poder” personal para ceñirse a la correcta razón, sin necesidad de pacto o acuerdo.¹²⁰ Posteriormente, Pico Della Mirandola (1463-1494) rechaza el concepto aristotélico de una naturaleza humana fija y eterna, y afirma que la esencia del hombre consiste en su libre voluntad y capacidad de raciocinio para moldear su propio destino.¹²¹

De estos elementos se observa cierta continuidad entre las tesis naturalistas y las recientes formulaciones de derechos humanos, caracterizadas¹²² por: elaboración de una lista de derechos específicos (cuyos contenidos varían pese a derivar de las características universales del hombre), adjudicación de los derechos sólo a seres humanos (con la implicación de que todo ser humano, por su capacidad de raciocinio, posee derechos), definición de que tales derechos son propiedad de seres humanos racionales y que por tratarse de derechos *naturales* (o del hombre en su estado natural), derivan de la naturaleza misma y no de la sociedad o de la historia.

Recurriendo a la doctrina del derecho natural se originó en los siglos XVII y XVIII con una visión individualista de la sociedad.¹²³ Evolucionó, y con ella la designación de los derechos reclamados. Dos factores influyeron para esto: 1) el romanticismo mostró la dimensión nacional del hombre, haciéndolo ver como un ser cultural que desarrolla su humanidad a través del lenguaje y el conjunto de conocimientos expresados en su respectiva cultura, y 2) desde entonces, gradualmente se ha ido incorporando

¹¹⁹ “It may be that our conception of human rights might have been different from what it is. In any event, it is admittedly a conception that came into being at a certain time (somewhere between Ockham and Hobbes) and has had a different history (natural rights theory, the eighteenth-century declarations, nineteenth-century criticisms, human rights theory and practice today).” MARTIN, *op. cit.*, *supra* nota 28.

¹²⁰ Cfr. GOLDING, *op. cit.*, *supra* nota 99.

¹²¹ WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 3-4.

¹²² SIDORSKY, David, *Contemporary Reinterpretations of the Concept of Human Rights*, en Sidorsky (editor), *ESSAYS ON HUMAN RIGHTS* (1979), pp. 89 y siguientes.

¹²³ Se estima que, a pesar de que el individualismo (*vis-à-vis* el comunitarismo o los derechos de la sociedad y mayoría frente al individuo) tuvo dificultades para afianzarse debido a que se le consideraba el instigador de la desunión, el desacuerdo y el rompimiento del orden establecido, es a partir de Locke que la doctrina del derecho natural presupone un concepto individualista de la sociedad y del Estado. N. BOBBIO, *Derechos del hombre y filosofía de la historia*, en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (1988-1989), Universidad Complutense, Madrid, reproducido en *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 32-46.

la idea de que el pleno desarrollo del hombre se logra estando éste inmerso en la comunidad.¹²⁴

C. La tesis del acuerdo social

La noción de los “derechos naturales” no alcanzó amplia aceptación sino hasta los trabajos de los grandes pensadores de la Ilustración, como Hobbes, Locke y Rousseau. Conforme a éstos, los seres humanos poseen ciertos derechos inherentes, “naturales”, en un hipotético estado de la naturaleza, *previos* a la formación del Estado. Los poderes legítimos de la autoridad derivan, mediante un contrato o acuerdo social, de dichos derechos naturales, que consecuentemente anteceden a la autoridad y sus posibilidades de acción. Al combinar la idea del derecho natural con la teoría del contrato social, la noción de los derechos naturales surgió como un presupuesto necesario de la teoría del Estado y definió tanto los orígenes como los límites de toda facultad gubernamental legítima.

Para Hobbes, el “derecho de la naturaleza” incluye el derecho a la autopreservación que, a diferencia de otras situaciones en el estado de la naturaleza, no puede ser intercambiado por seguridad bajo un soberano en la sociedad civil.¹²⁵ Locke señala que el estado de la naturaleza¹²⁶ es “un estado de libertad perfecta para ordenar las acciones [de una persona] y disponer de las posesiones [de esa persona] ...como uno estime oportuno..., y un Estado también de igualdad, en el que todo el poder y jurisdicción son recíprocos, sin que uno tenga más que otro...”.¹²⁷ Para Locke, todos los hombres eran iguales y libres al principio.¹²⁸ Libremente se unieron en sociedad mediante un pacto. Así surge el Estado, cuya misión es defender el bien común, y establecer y hacer cumplir las leyes,¹²⁹ y garan-

¹²⁴ TAYLOR, *op. cit.*, *supra* nota 14.

¹²⁵ Cfr. WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 121.

¹²⁶ “El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que obliga a todos; y la razón, la cual es esta ley, enseña a toda la humanidad, apenas ésta la consulta, que, siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, en su salud, en su libertad y en su propiedad.” Citado en Guillermo FRAILE, *HISTORIA DE LA FILOSOFÍA*, t. III, *DEL HUMANISMO A LA ILUSTRACIÓN*, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica, Madrid, 1966, 2a edición, p. 784.

¹²⁷ SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT, cap. 2, 10, 4.

¹²⁸ BOBBIO estima que a partir de Locke la doctrina del derecho natural presupone un concepto individualista de la sociedad y del Estado. Cfr. *supra* nota 123.

¹²⁹ Que deben dirigirse al bien común del pueblo, ser iguales para todos y no variar en casos particulares.

tizar la libertad y los derechos naturales de los individuos. A diferencia de Locke, que defendió la esclavitud, Rousseau arguye que ningún hombre tiene facultades para "alienar" su propia libertad natural ni la de sus hijos ya que "...ellos han nacido libres; su libertad les pertenece, y nadie tiene derecho a disponer de ella, excepto ellos mismos".¹³⁰

Jefferson adopta dichas tesis y declara que una verdad evidente en sí misma es la de los derechos naturales y que no sólo era permisible sino moralmente necesario derrocar las tiranías que violaran estos principios de "justicia y equidad natural". Estas ideas fueron incorporadas en la Declaración de Independencia estadounidense.¹³¹ De manera similar, los autores de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) aseveran que los derechos de "libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión" son "naturales, inalienables y sagrados".

D. El hombre como agente (moral)

Se ha pretendido justificar los derechos humanos a partir de las características del obrar humano, de sus acciones como agente (moral), presuponiendo nociones sobre la igualdad y dignidad humanas.¹³² En este esquema, el fundamento de las normas morales universales (los derechos humanos) se encuentra en las condiciones necesarias próximas a la actividad humana. El ser humano al obrar, considera, como agente humano, que son buenas sus acciones intencionales (aquéllas que tienen un propósito) de conformidad con los criterios (no necesariamente morales) que utilizó para decidir las y ejecutarlas. Por ello, la libertad y bienestar del agente se transforman de "bienes necesarios" a "derechos" (como una necesidad normativa), extendiendo el argumento para ser aplicable a todo agente, a todo ser humano,¹³³ ergo, los derechos humanos.

¹³⁰ EL CONTRATO SOCIAL, en LAQUEUR y RUBIN, *op. cit.*, *supra* nota 99, p. 70.

¹³¹ "We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness", 18 de enero de 1777.

¹³² Considerando como "moralidad" "un conjunto de requisitos categóricos obligatorios para acciones que se dirigen, parcialmente al menos, a cada agente factual o prospectivo, y que pretenden avanzar los intereses, especialmente los intereses más importantes, de otras personas o beneficiarios diferentes o en adición al agente o de quien los expresa". GEWIRTH, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 185 [t.a.].

¹³³ GEWIRTH, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 185-186.

Esta argumentación parte de los datos de la naturaleza humana: se trata de seres racionales y con capacidad de actuar con un propósito definido, dependientes del Principio de Consistencia Genérica (PCG),¹³⁴ que prescribe que el agente (moral) debe actuar de conformidad con los derechos genéricos de todos los beneficiarios, incluido el propio agente, o de lo contrario se genera una situación de autocontradicción. En términos más simples puede concebirse como no hacer a otro lo que no se quiere que se haga a uno.

Sin embargo, aun cuando todo agente efectivamente posea dichas calidades (racionalidad, voluntad y libertad para actuar con un propósito), no logra demostrar que por el hecho de poseer dichas calidades, el agente tiene derechos. Por otra parte, si algún agente no fuere racional,¹³⁵ cometiera acrasia,¹³⁶ o actuara en desacuerdo con el conjunto racional de referentes de otro agente, ¿significaría que el primero perdió sus derechos o los tuvo de origen? Pese a que los actos de una persona pudieran afectar negativamente a otra, la agraviada (debido a su moralidad y el PCG) al estar obligada frente a quien agravia, pero, ¿sin atender aspectos lógicos, morales o sociales?¹³⁷

E. Sobre quiénes detentan derechos humanos

Una de las cuestiones que más perplejidad ha causado recientemente es definir quiénes detentan derechos humanos. Varias de las argumentaciones que hemos visto son "teorías tipo-C",¹³⁸ que buscan identificar

¹³⁴ "Principle of Genric Consistency".

¹³⁵ V. gr., personas en estado de interdicción.

¹³⁶ Teniendo la posibilidad de escoger rumbos, deliberadamente tomar el peor. Para una breve discusión, véase HONDERICH, *op. cit.*, *supra* nota 83, pp. 19-20 y 230.

¹³⁷ "Morality cannot be legislated but behavior can be regulated. Judicial decrees may not change the heart, but they can restrain the heartless." Martín Luther King, Jr., STRENGTH TO LOVE.

¹³⁸ Se trata de teorías que pretenden identificar una característica o capacidad "C" que: 1) pertenece a todos los miembros de un grupo de seres que detentan el derecho "D", 2) no pertenece a quienes no detentan el derecho "D", y 3) funciona como el fundamento racional para atribuir el derecho "D" a seres que tienen la característica o capacidad "C". El esquema puede ser criticado porque 1) excluye a individuos que intuitivamente deberían detentar el derecho "D" (ex. gr., si se pretendiera fundar la libertad de expresión en inteligencia elevada, lo que podría excluir a seres humanos que no la tuvieran), 2) incluye a individuos que intuitivamente no deberían poseer "D" (v. gr., pudiendo hacer que el derecho a la vida dependiera del hecho de estar vivo, lo que incluiría plantas y animales),

una cualidad, característica o capacidad específica ("C") que permite a un grupo de seres detentar un derecho ("D"). En este sentido, se ha argüido que los seres humanos detentan cuatro derechos inalienables (derechos a la vida, a la libertad individual, al trato benigno y a la satisfacción de las necesidades básicas) debido a la capacidad humana de actuar como agentes morales.¹³⁹ La capacidad moral deviene en la esencia para fundar los derechos humanos, los cuales a su vez permitirían a las sociedades morales funcionar y a los agentes morales desarrollarse. En otras palabras, se fundamentan los derechos humanos en la capacidad humana, incluso potencial,¹⁴⁰ de deliberar y actuar como un agente moralmente responsable.

Los derechos humanos no se poseen de igual forma que se tiene un brazo o se tienen sentimientos.¹⁴¹ Cada agente (moral) debe aceptar que todos los agentes (actuales o posibles),¹⁴² tienen derecho (o justificadas reclamaciones) a las condiciones necesarias para llevar a cabo acciones (y acciones exitosas en general). Conforme al principio de proporcionalidad,¹⁴³ los agentes deben reconocer que cuando los seres humanos poseen "en menor grado las capacidades prácticas para participar en agencia [moral] ... también poseen los correspondientes derechos en menor grado".¹⁴⁴

y 3) el vínculo entre "C" y "D" puede ser inapropiado o ininteligible para establecer el fundamento racional para atribuir "D" a un individuo (v. gr., argüir que poseer pulgar oponible [que todos los humanos poseen] equivale a dicho fundamento, sin que se explique por qué dicha habilidad física es una valiosa característica intrínseca que permitiría sustentar el derecho a la vida). Cfr. WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 32-37.

¹³⁹ MEYERS, Diane, *Possession of Inalienable Rights*, en *Inalienable Rights: A Defense*, Columbia University Press, Nueva York, 1985, pp. 115-141.

¹⁴⁰ En contra se arguye que si bien, en general, todo ser humano tiene capacidad de actuar moralmente, no todos los seres humanos gozan de dicha capacidad en el mismo grado; v. gr., niños y adultos que sufren de condiciones (físicas y mentales) que les impiden funcionar como agentes moralmente responsables. (Recordemos que en términos legales, los menores de edad e interdictos tienen limitada su capacidad jurídica de ejercicio.) Meyers responde que dichos seres humanos tienen el *potencial* de actuar como agentes morales responsables. Cfr. *op. cit.*, *supra* nota 139.

¹⁴¹ GEWIRTH, Alan, *Why There Are Human Rights*, SOCIAL THEORY AND PRACTICE, vol. 11, núm. 2 (verano de 1984), pp. 235-248.

¹⁴² Recuérdese el derecho de supervivencia de generaciones futuras mencionado por BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 55, y FEINBERG, *op. cit.*, *supra* nota 26.

¹⁴³ GEWIRTH, *op. cit.*, *supra* nota 141.

¹⁴⁴ GEWIRTH, *op. cit.*, *supra* nota 141 [t.a.].

VI. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA NATURAL Y AL ACUERDO SOCIAL

El éxito durante el siglo XVIII del fenómeno político de la teoría del derecho natural ha provocado diversas reacciones en contra desde el siglo XIX. Jeremy Bentham rechazó la declaración francesa como un disparate y afirmó que no existen derechos previos al establecimiento de la autoridad y del gobierno.¹⁴⁵ Bentham temía que hablar libremente de "derechos naturales" elevaría los deseos de insurrección o anarquía a un nivel virtuoso y que recoger dichos "derechos" en instrumentos constitucionales "esclavizaría" a las futuras generaciones y condicionaría a éstas a los deseos de sus ancestros.¹⁴⁶

Otro tipo de crítica provino de Mary Wollstonecraft (1759-1797), quien reaccionó contra las limitaciones impuestas a los derechos naturales al sólo aplicarse a hombres y no a mujeres. Wollstonecraft consideraba al raciocinio como una característica universal humana, en la cual se basan la dignidad humana y los derechos humanos. En consecuencia, si las mujeres también son criaturas racionales, debían gozar de los mismos derechos que los varones.¹⁴⁷

Otra fuerte crítica a la idea de los derechos naturales provino de Karl Marx y Frederick Engels, quienes la consideraron como un producto histórico, cuya creación requirió condiciones históricas definidas, lo que a su vez presupone un largo desarrollo histórico. Por ello, la idea de los "derechos naturales" "es cualquier cosa excepto una verdad eterna".¹⁴⁸

Actualmente la doctrina de los derechos naturales es criticada por una variedad de autores, incluyendo utilitaristas, conservadores, marxistas y

¹⁴⁵ "How stands the truth of things? ... that there are no such things as Natural Rights. No such things as rights anterior to the establishment of government. No such things as Natural Rights opposed to, and in contra-distinction to, legal rights. Natural Rights is simple nonsense." Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies*, citado en James O'Toole, *Natural Rights*, en THE GREAT IDEAS TODAY, 1998, Enciclopedia Británica, 1998, p. 182, *Vid infra* notas 152 y siguientes.

¹⁴⁶ Recuérdese el derecho de supervivencia de generaciones futuras mencionado por BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 55, y FEINBERG, *op. cit.*, *supra* nota 26.

¹⁴⁷ Wollstonecraft fue satirizada por Thomas TAYLOR en su *Vindication of the Rights of Brutes*, indicando que conforme al mismo argumento debían extenderse los derechos naturales a los animales, conclusión que consideraba absurda. Cfr. WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 121, p. 5.

¹⁴⁸ ENGELS, Federico, *Anti-Duhring*, en Howard Selsam y Harry Martel (editores), *READER IN MARXIST PHILOSOPHY*, International Publishers, Nueva York, 1963, p. 260. No debe olvidarse que las ideas de Marx y Engels fueron convertidas bajo Lenin en realidad política con la revolución bolchevique de 1917.

relativistas culturales y morales. Entre las objeciones esgrimidas (varias de ellas envueltas en la indeterminación de los derechos humanos)¹⁴⁹ se encuentran:¹⁵⁰

1. No hay forma de probar la existencia de tales derechos (¿cómo puede uno presumir que conoce la voluntad divina?).
2. Los derechos naturales no pueden ser compulsivamente realizados (no existe poder terreno encargado de garantizar los derechos otorgados por Dios).
3. La doctrina deriva de una confusión subjetiva entre lo que las personas sienten que *debe ser* (derecho natural) con lo que *es* (derecho positivo).
4. Los derechos naturales son ilimitados y arbitrarios (un cheque en blanco librado contra la sociedad).
5. Los derechos son resultado de un lugar (Occidente) y tiempo (la Ilustración) específicos y, ergo, no son universales.¹⁵¹
6. La idea de derechos naturales es absoluta y, por tanto, potencialmente tiránica porque seguramente se impondrán a quienes no creen en ellos.

A. El utilitarismo

Una voz que fuertemente criticó la idea de derechos inherentes fue Jeremy Bentham (1748-1832).¹⁵² Para él, se trataba de una falacia anárquica: los derechos naturales han incluido el derecho divino de los reyes, la inferioridad natural de esclavos y mujeres, así como el derecho inherente que los terratenientes tienen a la propiedad. Concebía a los derechos naturales como un obstáculo al progreso económico y social. Para Bentham, los derechos

¹⁴⁹ Ver *infra* notas 183 y siguientes.

¹⁵⁰ Cfr. O'TOOLE, *op. cit.*, *supra* nota 145, pp. 183-185.

¹⁵¹ Ver *infra* el apartado Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos, así como Bilhari KAUSIKAN, *Asia's Different Standard*, 92 FOREIGN POLICY 24 (1993), Oficina de Información del Consejo de Estado, HUMAN RIGHTS IN CHINA, Beijing, 1991, reproducido parcialmente en STEINER y ALSTON, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 233-234, Yash GHAI, *Human Rights and Governance: The Asia Debate*, 15 AUSTRALIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 1 (1994), y Jack DONNELLY, UNIVERSAL HUMAN RIGHTS IN THEORY AND PRACTICE, 1989, pp. 118 y siguientes.

¹⁵² Originalmente respaldó a la revolución francesa, aunque después se opuso a ella y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

dependen del gobierno y son fijados por ley.¹⁵³ Bentham contemplaba el bien social en términos de utilidad, orientada a incrementar la felicidad total y maximizar el mayor bien para el mayor número de individuos. Por ello, "los derechos naturales simplemente son un disparate; derechos naturales e imprescriptibles, un disparate retórico, un disparate en zancos".¹⁵⁴

Algunos autores consideran que el utilitarismo se opone al concepto de derechos,¹⁵⁵ ya que éstos no tendrían consideraciones de utilidad social.¹⁵⁶ El utilitarismo desecha las tradiciones religiosas y convenciones sociales en favor de considerar el bienestar o felicidad humanos como el foco central para toda evaluación moral. Los hechos no son legales u obligatorios por su carácter inherente o los motivos subyacentes, ni por su relación con los dictados divinos o sociales, sino por la cantidad general de bienestar humano (o sensible)¹⁵⁷ que sean capaces de generar.¹⁵⁸

Actualmente pretende distinguirse entre utilidad de "actos" y utilidad de "normas".¹⁵⁹ Aquélla define la bondad o maldad de las acciones en razón de si pueden producir la mayor felicidad posible al mayor número de personas posibles. En la segunda, se invoca el principio de la mayor felicidad para justificar normas y reglas morales cuyo cumplimiento tiendan a maximizar el bienestar general de la sociedad.

B. Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos

Una interrogante importante en el contexto político internacional es tratar de definir si un sistema de derechos subjetivos puede tener igual relevancia en culturas (políticas) que no atribuyen la misma importancia fundamental a la libertad del individuo o de diferentes grupos sociales. Se trata del

¹⁵³ "Right is the child of law: from real laws come real rights, but from imaginary law, from 'laws of nature', come imaginary rights", citado en CRANSTON, *op. cit.*, *supra* nota 56.

¹⁵⁴ Citado en Louis HENKIN, Gerald NEUMAN, Diane ORENTLICHER, David LEEBRON, HUMAN RIGHTS, Foundation Press, Nueva York, N.Y., 1999, p. 50 [t.a.]. Cfr. O'TOOLE, *op. cit.*, *supra* nota 145.

¹⁵⁵ HENKIN *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 154, p. 41.

¹⁵⁶ DWORKIN, *op. cit.*, *supra* nota 35.

¹⁵⁷ En inglés: *Sentient*.

¹⁵⁸ Cfr. Michael SLOTE, *Utilitarianism*, en HONDERICH, *op. cit.*, *supra* nota 83, pp. 890-892.

¹⁵⁹ David LYONS, *Human Rights and the General Welfare*, en PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS, 6, núm. 2 (invierno de 1977), Princeton University Press.

debate sobre el carácter "universal" o "relativo" de los derechos humanos, lo que a su vez se relaciona con el carácter "absoluto" o "contingente" de los derechos reconocidos.

Los argumentos universalistas sostienen que los derechos humanos internacionales como igualdad, seguridad física o libertades de expresión y religión son y deben ser los mismos en todo lugar, dado que las personas los poseen¹⁶⁰ por el simple hecho de ser seres humanos.¹⁶¹ Esto se aplica, por lo menos al contenido y sustancia de los derechos humanos,¹⁶² ya que incluso los propios universalistas aceptan que muchos derechos básicos (como derecho al debido proceso legal) son instrumentados o realizados en forma diferente en razón de las distintas culturas.¹⁶³

Los proponentes del relativismo cultural¹⁶⁴ indican que los derechos y normas morales se encuentran codificados y dependen, por tanto, del contexto cultural.¹⁶⁵ El argumento relativista va más allá de la diversidad cultural y concluye de ésta una importante consecuencia: no es posible acordar o hallar idea trascendente o transcultural alguna¹⁶⁶ y, por tanto, ninguna

¹⁶⁰ "Human rights adhere to the human being by virtue of being human, and for no other reason ...". HOWARD, *op. cit.*, *supra* nota 100 (énfasis en el original).

¹⁶¹ "Human rights are rights held simply by virtue of being a human person. They are part and parcel of the integrity and dignity of the human being. They are thus rights that cannot be given or withdrawn at will by any domestic legal system." Rosalyn HIGGINS, *PROBLEMS & PROCESS, INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT*, Oxford University Press, Nueva York, 2a reimpression de la 1a ed., 1996, p. 96.

¹⁶² "... we believe that the idea of human dignity involves a complex notion of the individual. It includes recognition of a distinct personal identity, reflecting individual autonomy and responsibility. It also embraces a recognition that the individual self is a part of larger collectivities and that they, too, must be considered in the meaning of the inherent dignity of the person ...". Oscar SCHACHTER, *Human Dignity As A Normative Concept*, 11 *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 848 (1983).

¹⁶³ Los procedimientos jurídicos difieren entre sociedades, tradiciones jurídicas y costumbres sociales. En unas se requiere un jurado, en otras se trata de legislación escrita, en otras más se contemplan usos y costumbres sociales. *Cfr.* STEINER y ALSTON, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 192-255.

¹⁶⁴ Surge ante el problema de no hallar normas transculturalmente válidas. Elvin HATCH, *CULTURE AND MORALITY: THE RELATIVITY OF VALUES IN ANTHROPOLOGY*, Columbia University Press, 1983.

¹⁶⁵ Donde "cultura" es un término amplio y puede abarcar desde tradiciones y costumbres indígenas hasta incluir ideologías religiosas y políticas, así como estructuras institucionales.

¹⁶⁶ "No hay valores transculturales, por la simple razón de que un valor sólo existe como tal en un determinado contexto cultural". PANNIKAR, *Is the Notion of Human Rights a Western Concept?*, 120 *Diogenes* 75 (1982) [t.a.].

cultura se encuentra justificada para intentar imponer a otras sus propias ideas.¹⁶⁷

En este punto, el relativismo contradice la premisa universal del movimiento internacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁶⁸ Para el relativista, estos instrumentos y la pretensión a la universalidad son ejemplos de arrogancia o imperialismo cultural de Occidente.¹⁶⁹

C. El escepticismo sobre los derechos humanos

Debido a que décadas y siglos han transcurrido sin lograr definir qué son los derechos humanos, así como las dificultades que muestra el debate universalismo-relativismo cultural, hay quienes como Alasdair MacIntyre¹⁷⁰ consideran que ningún esfuerzo ha podido ofrecer razones suficientes para fundamentar la creencia en los derechos humanos, y que todos los esfuerzos por buscar una fundamentación contundente han sido un fracaso. MacIntyre considera que existen dos argumentaciones principales al tratar este problema: el utilitarista (o teleológico)¹⁷¹ que pretende derivar normas morales a partir de bienes humanos (como la felicidad y el placer) mientras que el kantiano (o deontológico)¹⁷² procura fundamentar las normas morales en los requisitos de la razón práctica,¹⁷³ y en la característica universal de la naturaleza humana.

¹⁶⁷ Respecto a la relación entre derecho internacional público y la tradición religiosa musulmana, se sugiere que la reconciliación entre ambos se haga mediante una reinterpretación de la tradición religiosa y no en la identificación de valores transculturales entre diferentes sistemas. Abdullah Ahmed An-Na'im, *Human Rights in the Muslim World*, 3 *HARVARD HUMAN RIGHTS JOURNAL* 13 (1990).

¹⁶⁸ Los instrumentos internacionales de derechos humanos son, en general, de carácter universalista. La DUDH, el PDCP y el PDESC aluden a los derechos de toda persona y de todas las personas, sin incluir una mención explícita a variaciones culturales. La DADDH y la CADH reiteran lo anterior en el ámbito regional americano. Sin embargo, la DUDP y otros instrumentos regionales sí mencionan las variaciones culturales.

¹⁶⁹ *Cfr.* LINDHOLT, *op. cit.*, *supra* nota 10. Por contra, Fernando TESÓN, *International Human Rights and Cultural Relativism*, *VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 25, núm. 4 (1985), pp. 869-898, critica vigorosamente al relativismo cultural.

¹⁷⁰ *Some Consequences of the Failure of the Enlightenment Project*, en A. MACINTYRE, *AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THEORY*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1981, pp. 61-69, reproducido en WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 172-180.

¹⁷¹ Incluyendo entre sus exponentes a Jeremy Bentham y John Stuart Mill. *Cfr. supra* notas 155 a 159.

¹⁷² *Cfr. supra* notas 76 a 80.

¹⁷³ Aludiendo a Alan GEWIRTH, *REASON AND MORALITY*, 1978.

MacIntyre arguye que el esquema utilitarista ha fracasado porque los fines del placer y la felicidad son demasiado polimórficos para poder proporcionar una verdadera orientación sobre el contenido específico de los derechos humanos, o para aportar un método confiable que determine las prioridades y pesos de derechos específicos. “Hay demasiados tipos de actividades que se disfrutan, demasiadas formas en que se alcanza la felicidad ... Pues los diferentes placeres y las diferentes felicidades son en amplio grado inconmensurables; no existen escalas para medir su calidad o cantidad”,¹⁷⁴ por lo que no es posible recurrir a criterios de placer para decidir qué acción tomar o qué conducta adoptar.

Frente al argumento deontológico, MacIntyre cuestiona el silogismo de que los agentes que pueden tener propósitos¹⁷⁵ o que requieren (o desean) libertad y bienestar para funcionar adecuada y exitosamente como agentes sociales *tienen, por ese mismo hecho, derecho* a dichos bienes.¹⁷⁶ En otras palabras, para MacIntyre, carente de un entorno social, el reclamar derechos equivale a presentar un cheque para pago en un sistema social que no cuenta con la institución de la moneda.¹⁷⁷

Ante ello, concluye que suponer la existencia de derechos humanos es una conjetura que carece de fundamento racional. “No hay derechos humanos, y la creencia en ellos es una con brujas y unicornios”.¹⁷⁸ En consecuencia, derechos humanos es una ficción moral que cumple útiles propósitos en polémicas, protestas y manifestaciones políticas (ya que sirven para dejar registrados nuestros valores, inclinaciones y juicios morales, así como para revelar y desenmascarar ante la sociedad una situación [de presumible injusticia o repudio personal]), pero que no se trata de verdades morales que puedan demostrarse. Por ello, “es fácil entender por qué la *protesta* [social] se convierte en una característica moral que distingue a la era moderna, y por qué la *indignación* es la emoción moderna predominante”.¹⁷⁹

¹⁷⁴ *Op. cit., supra* nota 170, p. 174 [t.a.].

¹⁷⁵ “Purposive agents”, implicando voluntad y libertad en dichos agentes.

¹⁷⁶ “Since the agent regards as necessary goods the freedom and well-being that constitute the generic features of his successful action, he logically must also hold that he has rights to these generic features and he implicitly makes a corresponding rights-claim”. Alan GEWIRTH, *op. cit., supra* nota 173, p. 63.

¹⁷⁷ “Lacking any such social form, the making of a claim to a right would be like presenting a check for payment in a social order that lacked the institution of money”, *op. cit., supra* nota 170, p. 177.

¹⁷⁸ *Op. cit., supra* nota 170, p. 178 [t.a.].

¹⁷⁹ *Op. cit., supra* nota 170, p. 179 (énfasis en el original) [t.a.]. MACINTYRE señala que, en la antigüedad, “protesta” significaba dar cuenta, ser testigo de algo y como ofre-

Respecto a quiénes poseen derechos humanos, se aduce que para fundamentar los derechos humanos nunca podrá encontrarse una cualidad o característica empírica que genéricamente pueda aplicarse a todos los individuos (o “teorías tipo-C”);¹⁸⁰ ya que siempre habrá casos en que al menos algunos de ellos carecerán de dicha cualidad.¹⁸¹ En cuyo caso, se presentarían dos posibilidades: a) la posesión o ausencia de la característica “C” realmente no es determinante (regresando entonces a sólo aspectos biológicos [ex. gr., pertenencia a la especie *homo sapiens sapiens*]), o b) algunos individuos no tienen derechos humanos porque carecen de la cualidad “C” (lo que amenaza minar el “atractivo” del concepto de derechos humanos, o la idea de que “todo ser humano posee [estos derechos], sin importar las cualidades [o circunstancias] contingentes que puedan ocurrir”).¹⁸²

Otra crítica radica en la denominada indeterminación de los derechos humanos.¹⁸³ El discurso de derechos humanos pretende ofrecer criterios políticos para evaluar instituciones y prácticas sociales a fin de resolver el conflicto social.¹⁸⁴ Un problema consiste en que los conceptos de derechos humanos son formulados en términos de alta abstracción. Por ello, debido a que tienden a ser muy elásticos y proclives a interpretación, es posible darles múltiples significados, incluso inconsistentes.¹⁸⁵ Lo que puede explicarse porque los derechos resultan “contradictorios internamente”,¹⁸⁶ ya que al igual que el discurso jurídico, la teoría de derechos es una arena donde se enfrentan concepciones diversas sobre justicia y libertad. Los derechos se invocan para proteger al individuo de la acción del Estado,

cimiento de lealtad, pero que actualmente se ha convertido en un fenómeno social negativo que recurrentemente ocurre como reacción a la presunta invasión de los *derechos* de alguien en favor del *beneficio* o *utilidad* de un tercero. *Loc. cit.*

¹⁸⁰ *Cfr. supra* nota 138.

¹⁸¹ HUSAK, Douglas, *Why There Are No Human Rights*, SOCIAL THEORY AND PRACTICE, vol. 11, núm. 2 (verano de 1984), pp. 125-141.

¹⁸² *Cfr. HUSAK, op. cit., supra* nota 181 [t.a.].

¹⁸³ *Cfr.* la exposición que al respecto hace KLARE, *op. cit., supra* nota 16.

¹⁸⁴ *Cfr. infra* notas 225 a 229, sobre los derechos humanos como estándar internacional.

¹⁸⁵ *V. gr.*, el derecho de expresión es utilizado para permitir manifestar las ideas que uno profese y críticas a la autoridad; sin embargo, se limita cuando se invade la esfera ajena o para evitar la distorsión de procesos electorales restringiendo el número de contribuciones que empresas pudieran hacer. En el primer caso se utiliza para romper jerarquías y permitir el debate. En el segundo se refuerza el mecanismo instituido. Cuando un valor es vago, equívoco y ambivalente, sirve igual para justificar una posición, que la posición contraria. Véase CAMPS, *op. cit., supra* nota 36.

¹⁸⁶ KLARE, *op. cit., supra* nota 16.

pero igualmente se invocan para exigir la acción del Estado para proteger al individuo (de otros grupos o personas más poderosas).

Por otra parte, los instrumentos internacionales invariablemente se refieren a restricciones al poder del Estado en su actuar frente al individuo.¹⁸⁷ La concepción generalizada muestra que los derechos representan barreras al poder público en defensa del individuo. Ante esto, se cuestiona la universalidad de los derechos humanos, ya que se deja de lado muchas otras formas en que la libertad del hombre puede negarse por métodos de dominación privada, incluyendo jerarquías de clase, raza, género.¹⁸⁸

D. La política como fundamento de los derechos humanos

Algunos autores prefieren obviar el problema del fundamento de los derechos humanos. Mencionan que "El problema fundamental relativo a los derechos humanos en la actualidad no es tanto cómo justificarlos, sino cómo protegerlos. El problema es político, no filosófico".¹⁸⁹ De igual manera se estima que, después de la II Guerra Mundial, los derechos humanos no son obra de filósofos, sino de políticos¹⁹⁰ y ciudadanos, y sólo hasta ahora están los filósofos tratando de ofrecer alguna justificación.¹⁹¹

En la sociedad política moderna puede observarse que las opiniones que las personas tienen sobre cuál debe ser la conducta política apropiada frecuentemente están separadas de sus opiniones doctrinales, de tal forma que, a pesar de las diferencias doctrinales, pueden acordar los principios

¹⁸⁷ U obligando al Estado a ejercer su poder para crear condiciones de bienestar.

¹⁸⁸ Cfr. *infra* nota 202.

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto, *L'illusion du fondement absolu*, en LE FONDAMENT DES DROITS DE L'HOMME, La Nueva Italia, Florencia, 1966, pp. 3-9, reproducido como *On the Fundamental Principles of Human Rights*, en BOBBIO, THE AGE OF RIGHTS, pp. 3-11, p. 10 [l.a.]. Vale destacar el debate que esta opinión ha generado entre varios estudiosos españoles, sea aceptándola, modificándola u ofreciendo algunas ideas en contrario (cfr. José María GONZÁLEZ GARCÍA, *Fundamento de los derechos humanos*, J. MUGUERZA, *La alternativa del disenso*, y Francisco PUY, *¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 179-184, 19-56, y 289-302, respectivamente).

¹⁹⁰ La existencia de los derechos humanos es un artículo de fe "reafirmado" por "los pueblos de las Naciones Unidas" en la DUDH. "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres;" Quinto considerando, DUDH.

¹⁹¹ HENKIN, *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 6.

básicos que deben gobernar su vida política.¹⁹² Adicionalmente, en la DUDH se reflejan diferentes orientaciones políticas y se procuró encontrar una fórmula que pudiera ser aceptada como universal y no como una expresión de los derechos concebidos en términos de los valores de Occidente.¹⁹³

Lo anterior, además de confirmar el carácter histórico de los derechos humanos, manifiesta la gran importancia que los aspectos políticos tienen en la definición y promoción actual de los derechos humanos. Considérese que varios Estados, al evaluar si suscriben instrumentos internacionales de derechos humanos (y en general materias de desarrollo progresivo o programáticas), determinan el beneficio político, económico y prestigio que les acarrearán.¹⁹⁴

VII. LA FUNCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Durante un prolongado periodo, los Estados ejercieron total control sobre sus ciudadanos y consecuentemente dominaron la esfera de sus derechos humanos.¹⁹⁵ Si los individuos ocasionalmente adquirirían alguna relevancia internacional, era como simples "objetos" o, cuando mucho, "beneficiarios" de tratados.

Recientemente, los Estados han comenzado a permitir que las personas individuales jueguen un papel (menor) en la comunidad internacional. Sin embargo, algunas de las limitaciones que se encuentran son:¹⁹⁶ 1) los individuos sólo cuentan con derechos procedimentales,¹⁹⁷ 2) el derecho es concedido (y definido) por un tratado,¹⁹⁸ 3) no todos los Estados parte en un tratado han aceptado ser responsabilizados de sus actos u omisiones frente a los individuos, y 4) los mecanismos establecidos difieren sustancialmente

¹⁹² Véase Peter JONES, *International Human Rights: Philosophical or Political?*, en Simon Caney, David George y Peter Jones (editores), National Rights, International Obligations, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, pp. 187-204.

¹⁹³ Cfr. *supra*, texto que acompaña a las notas 53 y 54.

¹⁹⁴ La capacidad política y económica de cumplir con los acuerdos siendo una variable menos importante.

¹⁹⁵ Cfr. *supra* notas 99 a 111.

¹⁹⁶ CASSESE, *op. cit.*, *supra* nota 110.

¹⁹⁷ Para iniciar alguna averiguación a fin de determinar si los Estados han violado el acuerdo internacional que detalla los derechos sustantivos que benefician a la persona. Dicha posibilidad normalmente se acompaña de una queja.

¹⁹⁸ Consecuentemente sólo existe respecto de cuestiones bastante definidas (*ex. gr.*, relaciones laborales), aunque en términos abstractos para dar cabida a las distintas tradiciones jurídicas y sociales presentes en la comunidad internacional.

de los recursos establecidos en derecho interno. Pese a estas deficiencias, no debe subestimarse la importancia de la (pequeña) presencia del individuo en el escenario internacional: 1) puede presentar peticiones a los órganos internacionales sin importar su nacionalidad, 2) están presentes en foros internacionales, pese a consideraciones soberanas del Estado,¹⁹⁹ y 3) en la mayoría de los casos, los Estados que han aceptado jurisdicción de órganos internacionales, han respetado sus decisiones y sentencias.

En el discurso actual, definido principalmente por políticos y diplomáticos, se utiliza la expresión “derechos humanos” con dos propósitos principales. Primero, para tratar de afirmar que las normas o estándares universales resultan aplicables a toda sociedad humana.²⁰⁰ Segundo, para afirmar que todos los individuos, en virtud de ser seres humanos, gozan de derechos morales que ninguna sociedad y ningún Estado pueden negar.²⁰¹ Al efecto, recordemos que los sistemas de derechos subjetivos, nacional o internacional, tienen dos efectos: 1) establecer límites a la acción de los gobiernos y de las decisiones colectivas, ofreciendo un mínimo de protección a individuos y grupos específicos, y 2) ofrecer al individuo y a grupos específicos la posibilidad de reparar un daño y ofrecerles un margen de libertad con la imposición de dichos límites.²⁰² El carácter político de los derechos humanos parece estar reforzado porque normalmente se entienden referidos casi exclusivamente en relación con la autoridad y como una barrera entre la persona y el Estado.²⁰³

El término “derechos humanos internacionales” es concebido como un código verbal, un referente de la comunicación,²⁰⁴ para aludir a diversas

¹⁹⁹ Ante las dificultades del Estado para privarse de sus prerrogativas soberanas y regular la vida interior del Estado.

²⁰⁰ Lo que tiene su origen en las antiguas ideas de justicia universal y las nociones medievales del derecho natural.

²⁰¹ Lo que tiene su origen en las teorías del derecho natural de los siglos XVII y XVIII.

²⁰² Cfr. TAYLOR, *op. cit.*, *supra* nota 14, y KLARE, *op. cit.*, *supra* nota 16.

²⁰³ Para MARTIN, *op. cit.*, *supra* nota 28, los derechos humanos requieren como un componente esencial la presencia de los gobiernos. Para que haya derechos humanos es necesaria la presencia de derechos subjetivos y un sistema jurídico, en el que, si bien los derechos humanos son generales, muchos son “restringidos” (o, añadiríamos, “específicos”). Son oponibles a todos, pero sólo son exigibles ante unos cuantos y resultan viables para unos cuantos. MARTIN continúa diciendo que aún cuando sean oponibles a todos, la mayoría de los derechos humanos requiere (o implica) la presencia de las instituciones en una sociedad organizada políticamente; ergo, la presencia del gobierno se vuelve esencial y fundamental.

²⁰⁴ Cfr. Richard Pierre Claude y Burns Weston (editores), *HUMAN RIGHTS IN THE WORLD COMMUNITY, ISSUES AND ACTION*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2a impresión en rústica de la 2a ed., 1995, pp. 2-14.

iniciativas, que día con día se expanden cada vez más, y en forma cada vez más acelerada: 1) un ataque al concepto tradicional de la soberanía de los Estados, 2) una agenda para fijar metas en los temas de la política mundial, 3) un estándar para evaluar el comportamiento nacional y, por tanto, juzgar su legitimidad política, y 4) un movimiento de grupos e individuos que trasciende fronteras nacionales.

A. Derechos humanos y soberanía

El derecho internacional busca preservar la paz mundial y al efecto ha establecido gran cantidad de doctrinas, principios y reglas. Muchos de ellos han sido alterados, enmendados e incluso desechados en su significado por los derechos humanos internacionales. Por ejemplo, la doctrina clásica de soberanía de los Estados, y su corolario sobre la no intervención se ven amenazados con los derechos humanos; ¿es acaso una intervención inapropiada el que un Estado critique la situación de derechos humanos de otro?

Sir Hersch Lauterpacht estima que en la segunda mitad del siglo XX se observa que el Estado soberano cede lugar a la “soberanía de la humanidad”. Así, “...el reconocimiento de estos derechos [los derechos humanos fundamentales] constituye un freno al nacionalismo exclusivo y agresivo, que es el obstáculo, tanto consciente como involuntario, a la idea de una comunidad global bajo el régimen del derecho”.²⁰⁵ Los derechos humanos surgen claramente como un legítimo tema de interés internacional al término de la Segunda Guerra Mundial, el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.²⁰⁶

Por cuanto hace a la restricción a la doctrina clásica de soberanía, pareciera cierto que “No puede hablarse más, a finales del siglo XX, que el Estado puede tratar a sus propios ciudadanos como guste, sin ser responsable frente a la comunidad internacional. Internacionalmente, no puede decirse más que ‘el rey no puede cometer mal alguno’”.²⁰⁷

²⁰⁵ INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS, Garland, Nueva York, 1973, p. 47 [t.a.].

²⁰⁶ Véase Burns Weston, *Human Rights*, en ENCICLOPEDIA BRITÁNICA, Macropedia, t. 20, Geomorphic-Immunity, 15a ed., 1991, pp. 656-664.

²⁰⁷ CLAUDE y WESTON, *supra* nota 204, p. 5 [t.a.]. Por contra “it is an inescapable fact that one state’s treatment of its citizens is of little interest to other states”. WATSON, *Legal Theory, Efficacy and Validity in the Development of Human Rights Norms in International Law*, 1979 UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW FORUM 609, pp. 619. Vale destacar, sin embargo, que WATSON alude a “intereses” y no a “derechos”.

B. Derechos humanos como agenda mundial

Los derechos humanos internacionales se han vuelto comprensivos y han alcanzado la calidad de ser la política pública preferida por el mundo. Son la legitimación de todo programa público.²⁰⁸ Proporcionan el marco mundial sobre la dignidad humana.²⁰⁹ Las tradicionales exigencias por respeto,²¹⁰ por poder,²¹¹ y por riqueza²¹² se ven acompañadas actualmente por aquéllas relativas a educación,²¹³ bienestar,²¹⁴ afectos,²¹⁵ rectitud²¹⁶ y habilidades.²¹⁷ En contraste con este esquema de ocho valores, encontramos uno reducido a sólo tres, derivados de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad; las denominadas tres generaciones de derechos humanos.²¹⁸

Se observa que los Estados no son más los únicos actores significativos en las relaciones internacionales.²¹⁹ Se recurre a variables políticas y cultu-

²⁰⁸ Ver *supra* nota 36.

²⁰⁹ Myres MCDUGAL, Harold LASSWELL y LUNG-CHU CHEN, instan a facilitar el desarrollo de una política global para explorar los valores que "cada vez más insistentemente se expresan en crecientes demandas comunes ... de personas en todos los lugares" y consecuentemente proporcionar la lista de acciones y temas de estudio de los derechos humanos internacionales. *HUMAN RIGHTS AND WORLD PUBLIC ORDER: THE BASIC POLICIES OF AN INTERNATIONAL LAW OF HUMAN DIGNITY*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1980, p. 90 [t.a.].

²¹⁰ P. ej., la no discriminación.

²¹¹ Exigiendo mayor participación política.

²¹² Incluyendo la acumulación y empleo de riqueza con propósitos productivos.

²¹³ Incluyendo el acceso y disfrute de conocimiento e información.

²¹⁴ Incluyendo la supervivencia de individuos y grupos en las distintas comunidades.

²¹⁵ Como la libertad de dar y recibir la lealtad de grupos a quienes uno elija.

²¹⁶ Donde con responsabilidad pueda actuarse en provecho de la comunidad.

²¹⁷ Para mejorar los talentos propios y superar condiciones físicas y discapacidades.

²¹⁸ Ver *supra* notas 45 a 52.

²¹⁹ Véanse los interesantes esquemas de "lógicas normativas" que sirven para explicar los derechos humanos en el contexto internacional, que presenta Richard FALK, *Theoretical Foundations of Human Rights*, en *HUMAN RIGHTS AND STATE SOVEREIGNTY*, Holmes and Meier, Nueva York, 1981, pp. 33-62. "Lógica estatista": los derechos humanos sólo son de interés internacional cuando un Estado lo ha aceptado. "Lógica hegemónica": derechos humanos establecidos y defendidos por el hegemón. "Lógica naturalista": los derechos humanos son derechos inherentes a la naturaleza humana. "Lógica supranacionalista": si bien los Estados definen los derechos humanos, es la comunidad supranacional la que los promueve. "Lógica transnacional": aceptando la legitimidad estatal, los derechos humanos son de interés de cualquier persona o grupo (incluyendo no gubernamentales) en el mundo. "Lógica populista": la legitimidad es del orden mundial, no estatal, y los derechos humanos son promovidos por cualquier persona o grupo (incluyendo no gubernamentales) en el mundo.

rales para explicar o limitar la universalidad de los derechos humanos. Otros rechazan la validez de dichas variables. Pero distinguir entre sociedades con retórica sobre derechos humanos universales es propenso a generar escepticismo y frustración.²²⁰

Una consecuencia política de apoyarse en el relativismo cultural es que fácilmente puede proporcionar sustento a sistemas tiránicos y despóticos para justificar prácticas abusivas en virtud de la sanción histórica de las costumbres locales. En la búsqueda del consenso,²²¹ los conceptos occidentales universalizantes pueden servir (y han sido utilizados) como herramienta para la penetración colonial,²²² o bien para impedir la aplicación internacional de los derechos humanos.²²³ Y, sin embargo, dicho relativismo cultural no constituye un fundamento adecuado para justificar la no observancia de los derechos humanos.²²⁴ Intencional o involuntariamente, el relativismo cultural exhibe fuertes tonos discriminatorios y consecuentemente rechaza toda convención, pacto o declaración internacional de derechos humanos.

Los párrafos previos muestran que los derechos humanos son esgrimidos para convalidar o denunciar diversas situaciones en los Estados, para justificar o criticar la inclusión o exclusión de derechos y sus beneficiarios (varias de las propuestas o denuncias pueden pretender mejorar las condiciones sociales en una o más sociedades, pero también satisfacen agendas y prioridades diversas).

C. Derechos humanos como estándar internacional

Los derechos humanos internacionales igualmente pueden ser utilizados como un estándar para evaluar el comportamiento nacional. "[El] desarro-

²²⁰ "The cultural patterns, ideological underpinnings and developmental goals of non-Western and socialist states are markedly at variance with the prescriptions of the Universal Declaration of Human Rights. Efforts to improve the Declaration as it currently stands not only reflect a moral chauvinism and ethnocentric bias but are also bound to fail", Adamantia Pollis y Peter Schwab, *Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability*, en *HUMAN RIGHTS: CULTURAL AND IDEOLOGICAL PERSPECTIVES*, Praeger, Nueva York, 1979, p. 37.

²²¹ Cfr. Javier MUGUERZA, *La alternativa del disenso*, *supra* nota 34.

²²² Cfr. AN-NA'IM, *op. cit.*, *supra* nota 100.

²²³ SAKAMOTO, Yoshikazu, *Human Rights Are Universal*, UNESCO COURIER 6 (agosto-septiembre, 1982), pp. 19-22.

²²⁴ TESÓN, Fernando, *International Human Rights and Cultural Relativism*, VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 25, núm. 4 (1985), pp. 869-898.

llo del derecho internacional positivo sobre los derechos humanos ha sido inspirado, entre otros factores, por el deseo de establecer un sistema global para la promoción y protección de los derechos humanos".²²⁵ Los grandes documentos de derechos humanos internacionales (entre otros, DUDH, DADDH, PDCP, PDESC, CADH, CEDH) representan los primeros grandes avances de un largo peregrinar. En el actual esquema de compromisos internacionales que los Estados han adquirido, resulta relativamente fácil señalar cuándo no se ha cumplido total o parcialmente con una obligación.

No por ello, y sin que constituya un relativismo cultural, deben invocarse los derechos humanos internacionales para pretender la imposición de un conjunto de valores en detrimento de otros.²²⁶ Igualmente, también debemos ser escépticos de la sabiduría popular que pregona que los derechos humanos internacionalmente prescritos son comunes a todas las tradiciones culturales y adaptables a la gran variedad de sistemas y estructuras sociales.²²⁷ Más bien, los estándares reconocidos en convenciones, declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos reflejan el consenso entre Estados sobre la existencia de ciertos derechos mínimos que individuos y grupos deben gozar en sus respectivas jurisdicciones.²²⁸

En este esquema, pareciera que la función actual de la teoría de los derechos humanos, a diferencia de la doctrina del derecho natural, no es como principio de legitimación al interior de un Estado nacional. Se ha convertido en un esfuerzo por desarrollar estándares que evalúan progresos alcanzados en materia de derechos individuales en el contexto de la comunidad internacional.²²⁹

²²⁵ VAN BOVEN, Theodor, *Estudio del derecho internacional positivo sobre derechos humanos*, en VASAK, *op. cit.*, *supra* nota 113, vol. I, p. 137.

²²⁶ El art. XXIX de la CADH dispone que la Convención no puede ser interpretada de forma que los derechos reconocidos puedan ser limitados más allá de lo previsto por la propia Convención.

²²⁷ Rhoda HOWARD y Jack DONNELLY, *Human Dignity, Human Rights, and Political Regimes*, 80 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 801 (1986). Véase también el contraargumento, en Nell MITCHELL, *Liberalism, Human Rights and Human Dignity*, 81 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 921 (1987). *Cfr.* asimismo, *supra*, el apartado sobre Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos.

²²⁸ "Although human rights are not defined and the character of the undertakings may be uncertain, later instruments, resolutions, and practices, in particular the Universal Declaration and its aftermath, have realized and concretized the original, inchoate undertakings in the Charter." HENKIN, *op. cit.*, *supra* nota 33.

²²⁹ SIDORSKY, *op. cit.*, *supra* nota 122.

D. Derechos humanos como movimiento internacional

Los derechos humanos han sido, en gran medida, "una réplica a las preocupaciones políticas o sociales de carácter urgente y general".²³⁰ Respuesta que ha sido promovida por múltiples organizaciones (gubernamentales y otros), más como un movimiento de "derechos humanos" que de "deberes humanos", buscando preservar las consideraciones individuales por encima de las de la comunidad.²³¹ Amnistía Internacional, Medecins sans frontieres, son tan sólo unos ejemplos de este movimiento internacional. Muchos otros grupos han proliferado en todas partes del mundo.

Lo anterior muestra que los derechos humanos internacionales cuentan con una comunidad global atenta a cualquier acto u omisión, si bien generalmente sólo enfocada a la esfera pública. Por otra parte, manifiesta una nueva perspectiva en las relaciones internacionales. Mayor énfasis en actores no gubernamentales, acompañado de un creciente rechazo a la participación casi exclusiva del Estado y organizaciones internacionales en las relaciones internacionales.

VIII. LA FUNCIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La doctrina de los derechos humanos históricamente surgió como un elemento indispensable en la lucha contra la tiranía, si no por otras cosas, porque se carecía de argumentos más convincentes.²³² En la actualidad se sigue utilizando el término "derechos humanos" para avanzar logros sociales que de otra forma parecen difíciles de conseguir, sea porque la sociedad no cuenta con los recursos jurídicos necesarios, no han sido establecidos, o

²³⁰ VAN BOVEN, *op. cit.*, *supra* nota 225, p. 138.

²³¹ En el judaísmo, el menor no se emancipa al alcanzar la madurez, sino que se vuelve persona jurídica cuando adquiere obligaciones. *Cfr.* Robert COVER, *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, 5 JOURNAL OF LAW AND RELIGION 65 (1987). La enseñanza de la obligación social se observa también en el pueblo Gikuyu de Kenya. Jomo KENYATTA, *FACING MOUNT KENYA: THE TRIBAL LIFE OF THE GIKUYU* (1965). Asimismo, *cfr.* BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 128, LINDHOLT, *op. cit.*, *supra* nota 10, y STEINER y ALSTON, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 166-192.

²³² Durante la revolución americana, el Rey había declarado como rebeldes a Hamilton, Madison y compañía, por violar las leyes inglesas; acusación indudablemente cierta. El único recurso que quedaba a los colonos americanos era recurrir a leyes de orden superior: las leyes de la naturaleza y de la naturaleza divina. *Cfr.* O'TOOLE, *op. cit.*, *supra* nota 145, pp. 182-185.

no se encuentran igualmente disponibles y accesibles al grueso de la población. Sin embargo, se ha argumentado que el establecimiento en algunas sociedades de sistemas judiciales que limitan las facultades y posibilidades de acción de la autoridad, no buscaba promover los derechos subjetivos ni defender al individuo frente al Estado, sino que, por el contrario, se trataba de un mecanismo para judicialmente sancionar la orden y acción del Ejecutivo; en esencia, para proporcionar mayor apoyo institucional a la orden oficialmente sancionada y construir un Estado más efectivo, más centralizado y más intrusivo en la esfera privada.²³³

En el curso de la historia dos temas son recurrentes: dignidad humana y libertad. Ambos conceptos no han significado lo mismo en diferentes épocas. En las primeras sociedades, poco secularizadas, observamos ya ciertas valorizaciones con precedentes (*lato sensu*) de las garantías jurídicas consagradas. Constantemente es reiterado el aspecto procesal referido a la justiciabilidad de los sujetos.²³⁴ Cerca del siglo XV se encuentran expresiones que anuncian el tránsito hacia la modernidad. Son letras próximas a lo que actualmente se concibe como derechos humanos.²³⁵ Como hemos indicado en otra parte,²³⁶ en los primeros textos históricos se avizora una incipiente preocupación por la persona individual, que busca fijar la norma por escrito para que pueda perdurar. Más adelante, en la Edad Media, se denota una barrera al poder de las autoridades,²³⁷ y se intenta corregir las desviaciones ocurridas.²³⁸ Posteriormente, se esgrime el derecho natural para enfrentarse a la arbitrariedad de las autoridades,²³⁹ esfuerzo que continúa hasta el presente siglo. Ante ello, podemos ver por qué en los derechos humanos “se trata de derechos que no quedan sujetos al regateo

²³³ Cfr. Nathan BROWN, *THE RULE OF LAW IN THE ARAB WORLD. COURTS IN EGYPT AND THE GULF*, Cambridge University Press, Reino Unido, 1997.

²³⁴ Derechos de la primera generación. Ver, *supra* notas 45 y 46.

²³⁵ Como acertadamente se ha mencionado, el lapso previo al siglo XV “es mucho más de la filosofía que del derecho positivo”. PECES-BARBA *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 99, p. 20.

²³⁶ LABARDINI, *op. cit.*, *supra* nota 112.

²³⁷ Al fijar límites a la acción gubernamental y ofreciendo posibilidades de resarcir daños sufridos. Cfr. *supra* nota 202.

²³⁸ Los individuos son sujetos de las facultades consagradas pero como parte de un agregado social, gremial o estamental. Las normas son recogidas como costumbres y prácticas de ciertos sectores sociales y no como medidas precautorias para normar actos futuros. LABARDINI, *op. cit.*, *supra* nota 112.

²³⁹ Cfr. O'TOOLE, *op. cit.*, *supra* nota 145, pp. 182-185.

político ni al cálculo de los intereses sociales; constituyen para sus titulares triunfos frente al gobierno ...son derechos sustraídos al arbitrio de los poderes políticos constituidos”.²⁴⁰

IX. COMENTARIOS FINALES

Podemos identificar dos concepciones principales de derechos. Una, sustancialmente de la tradición occidental, sobre derechos subjetivos de la persona. Otra, considerándolos como objetivos sociales que no deben ser abandonados. Aquélla se concentrará en la capacidad del individuo para determinar la forma en que la sociedad (el Estado) debe actuar frente a la persona (y por tanto preocupada por derecho a la vida, a la libertad de expresión, al debido proceso legal y similares); en tanto la segunda procura un código de derechos sociales que serán alcanzados por la acción de la comunidad (empleo, ingreso mínimo, educación y similares).²⁴¹

El pensamiento sobre “derechos humanos”, y “derechos” en general, predominantemente se ha preocupado por la relación entre el individuo y el Estado. Tradicionalmente se ha concebido que los derechos humanos se erigen como barreras entre el individuo y el Estado.²⁴² No cabe duda que en una sociedad justa se requieren de dichas protecciones. Sin embargo, la libertad del hombre puede igualmente ser invadida o nulificada por la acción de entes no públicos, lo que corresponde a la esfera privada de la persona. Las declaraciones de derechos humanos invariablemente se refieren a restricciones al poder público y, por tanto, dejan de lado muchas otras formas de dominación privada (incluyendo, entre otras, jerarquías entre clases, razas, género, entre otras).

El individuo siempre está situado en una comunidad. Su creencia y opinión individuales tienen relevancia en el diálogo para definir el consenso sobre normas (morales, sociales, políticas y jurídicas), acuerdo que se encuentra abierto en el tiempo, a través del cual, mientras unos valores se consolidan, otros evolucionan. La idea del consenso implica la del disenso; si existe éste es porque hubo consenso previo y viceversa. La lucha histórica por los derechos humanos puede ser entendida como el disenso frente a

²⁴⁰ DELGADO PINTO, José, *La función de los derechos humanos en un régimen democrático*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 136-137 (énfasis añadido).

²⁴¹ TAYLOR, *op. cit.*, *supra* nota 14.

²⁴² Cfr. *supra* texto que acompaña a la nota 202.

situaciones de negación de los valores aceptados o rechazo de ellos. De esta forma, los valores se sitúan en el tiempo en un proceso dialéctico, se proyectan en el futuro y se aceptan por generaciones futuras.²⁴³

Sin recurrir al lecho de Procasto,²⁴⁴ consideramos que el concepto actualmente en uso de derechos humanos es un concepto e instrumento político,²⁴⁵ de contenido moral, revestido de formas pseudojurídicas, para avanzar conquistas sociales.²⁴⁶

Los derechos humanos “aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho”.²⁴⁷ Así, se erigen en la base racional de un reclamo justificado de que el goce y disfrute de una sustancia debe estar socialmente garantizado contra los riesgos normales.²⁴⁸

Los derechos humanos son utilizados frecuentemente para solicitar la incorporación de nuevos derechos, la exigibilidad de los ya reconocidos, la actualización de los ya instituidos. Es un proceso constante que queda en manos de los legisladores.²⁴⁹

Los términos “derechos humanos” y “derecho” no son más definibles en su significado, ni menos sujetos a interpretaciones varias y disputas entre Estados, que cualquier otro concepto moral, político o jurídico,

²⁴³ “Los valores así considerados no aparecen en un momento determinado, sino que son el resultado de una evolución comunicativa basada, principalmente en las necesidades humanas y proyectada en el tiempo”. RAFAEL DE ASÍS ROIG, *Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 72.

²⁴⁴ También llamado Polypemón, se trataba de un ladrón, muerto por Teseo, que tenía un lecho de hierro en el que obligaba a sus víctimas a acostarse en él, estirando o cortando sus miembros para que ajustaran al tamaño del lecho. THE NEW ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, vol. 9, Otter-Rethimnon, Micropedia, Enciclopedia Británica, Chicago, 1991, 15a ed., p. 718.

²⁴⁵ “If the processes of concretizing rights concepts and of resolving rights conflicts beyond the traditional discourse of rights onto the terrain of social theory and political philosophy, it follows that rights rhetoric must be politicized in order to serve as a foundation for legal reconstruction.” KLARE, *op. cit.*, *supra* nota 16.

²⁴⁶ “Contemporary human rights law ... is idealistic, not merely political, in motivation, although in legal principle the obligations and the principal remedies run to other states, not the victim”. HENKIN, *op. cit.*, *supra* nota 33.

²⁴⁷ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *supra* nota 19, p. 107.

²⁴⁸ SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 23.

²⁴⁹ Cfr. BOBBIO, THE AGE OF RIGHTS, *supra* nota 2.

como pueden ser “propiedad”, “soberanía”, “consentimiento” o “seguridad nacional”.²⁵⁰

Cuando se declara que ha ocurrido una “violación de derechos humanos” muchas veces no se quiere significar, no se quiere transmitir que un “derecho” (positivo) ha sido transgredido o incumplido. Parece más bien que, en términos morales (y conforme a los criterios y referentes morales de quien expone la violación), se reprueba (severamente) una conducta ajena, subrayando implícitamente que las acciones, u omisiones, que se destacan (porque se escoge no resaltar otras), resultan inaceptables en la cosmovisión de ese individuo que reclama y consecuentemente igualmente deben ser reprobadas (y reparadas) por aquellos a quienes se critica. En otras palabras, las consignas de derechos humanos, y de su violación o respeto, son la manifestación y el registro histórico del rechazo a la percepción de una injusticia. La denuncia de esa injusticia puede responder a múltiples motivos, no necesariamente relacionados directamente con el bienestar de uno o varias personas.

Las declaraciones de derechos humanos representan sistemas de valores que pueden fundarse²⁵¹ en varias formas: datos objetivos de la naturaleza humana, verdades evidentes por sí mismas, religión y consenso (social o político).²⁵² Pero la adopción de textos internacionales (y nacionales) es el resultado muchas veces de una negociación entre grupos opuestos, unos defendiendo y otros minando el *statu quo*, unas posiciones producto del consenso y otras resultado del disenso. Toda definición de derecho surge en condiciones históricas específicas, y son promovidos por movimientos sociales o políticos²⁵³ (nacionales e internacionales).²⁵⁴ Pueden representar iniciativas para acallar dolor de conciencia de algunas personas y muchas veces fungen como “ases” o “triumfos”²⁵⁵ que vencen otras consideracio-

²⁵⁰ “Derecho” es usado con diferente sentido cuando aludimos a un derecho humano, un derecho jurídico, un derecho moral o un derecho social. Cfr. MARTIN, *op. cit.*, *supra* nota 28.

²⁵¹ BOBBIO, *Presente e avvenir dei diritti dell'uomo*, reproducido como *Human Rights Now and in the Future*, en BOBBIO, THE AGE OF RIGHTS, *supra* nota 2, pp. 12-31.

²⁵² MUGUERZA, *La alternativa del disenso*, *supra* nota 34, p. 31, critica, sin embargo, que la naturaleza humana puede ser concebida de múltiples formas y que recurrir a verdades autoevidentes no resulta más promisorio debido a que lo evidente en una época puede no serlo en otra.

²⁵³ Ver *supra* notas 30 a 34.

²⁵⁴ Cfr. *supra* el apartado Derechos humanos como movimiento internacional.

²⁵⁵ Cfr. *supra* notas 35 a 38.

nes. Sin embargo, y es importante resaltarlo, no por ello, los derechos humanos son absolutos y no pueden ser superados por otros derechos o valores en determinadas circunstancias.²⁵⁶

Estadistas y políticos se refieren a reclamos²⁵⁷ o exigencias cuando aluden a las necesidades naturales y a carencias que los seres humanos padecen cuando existen recursos limitados (que se destinan a múltiples y diversos propósitos). Al haber recursos limitados, resulta imposible proveer los bienes respectivos que en lo individual y en grupo se demandan. Al insistir en hablar de estas necesidades en términos de "derecho", y que no se trata de simples reclamos,²⁵⁸ se avanza por la idea de que el "derecho" consiste en tener título a un bien, pero no que ello constituya una reclamación dirigida contra una persona en particular y definida, puesto que en condiciones de escasez y limitaciones de recursos, puede no haber individuos (o grupos) que puedan realmente proporcionar dicho bien y que tengan la obligación de proporcionarlo a quienes (realmente o por demandarlo) necesiten de él.²⁵⁹

En este contexto, podemos considerar como un principio y un valor moral, en la comunidad internacional, el que todas las necesidades humanas deben reconocerse como reclamaciones dignas de ser apoyadas y debidamente tomadas en cuenta, aun cuando, en muchos casos, no puedan ser tratadas ni atendidas cabalmente, ni como fundamento suficiente para imponer obligación en alguien más para su cumplimiento. Los instrumentos internacionales, como el PSS,²⁶⁰ aluden a la obligación de cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales hasta el límite de los recursos disponibles.

²⁵⁶ Cfr. *supra* nota 12 y 13.

²⁵⁷ Donde los derechos no son simples reclamos; han sido reconocidos por un orden social. Cfr. *supra* notas 25 a 29.

²⁵⁸ Victoria CAMPS, *op. cit.*, *supra* nota 36, sostiene que el culto de los derechos humanos actual sustituye el lugar que antes tuvo la religión, los mandamientos y la revelación divina.

²⁵⁹ Quienes avanzan la idea de las necesidades humanas como derechos humanos, más parecen promover la atención (y resolución) de dichas necesidades que de verdaderos derechos.

²⁶⁰ 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". Art. 1-PSS. "Desarrollo" que parece estar restringido a aspectos exclusivamente económicos, sin comprender otras facetas cualitativas de la vida de los Estados, v. gr., cultura, sociedad, etc.

La anterior descripción podría explicar los derechos humanos "esenciales" como los derechos económicos y sociales,²⁶¹ v. gr.: "vacaciones periódicas pagadas".²⁶² Si bien es deseable extender a todo ser humano los derechos que más se puedan, incluidos los económicos, sociales y culturales, se trata más bien de un proceso de socialización de las aspiraciones político-sociales y no como un problema de derechos universales de todo ser humano.²⁶³ Si los derechos humanos requieren de la posibilidad de su realización física,²⁶⁴ parece ello significar que si se carece de recursos, no habría violación; incluso si se contara con recursos podría no haber transgresión debido a que los recursos son limitados y podría argüirse que existen otros derechos con mayor prioridad.²⁶⁵ ¿Se encuentra la sociedad obligada a reunir mayores recursos y contar con suficiente disponibilidad? ¿Qué ocurre con quienes viven en sociedades que cuentan con mayores recursos? En otras palabras, ¿quién está obligado a cumplir y hacer cumplir los derechos humanos?

²⁶¹ En el contexto del PSS, 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 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. OEA/Ser.G, CP/CAJP-622/85 add. 6, 18 de agosto de 1986. La Corte Interamericana originalmente expresó la misma posición, 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. OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2, 26 junio 1986.

²⁶² Art. 24, DUDH. CRANSTON, *op. cit.*, *supra* nota 56, considera que los derechos económicos, sociales y culturales realmente no son derechos humanos porque no son actuales (no pueden ser exigidos hoy día por todos los individuos ni ante todos los obligados), no son fácilmente legibles (por lo que no pueden ser definidos y exigidos) y porque no son derecho positivo.

²⁶³ En adición, la vaguedad conceptual es el precio de la universalidad del acuerdo que busca satisfacer orientaciones y tradiciones jurídicas y morales de muy distintas sociedades. Esta situación dificulta poner en práctica el consenso al que se llegó. Cuando un valor es vago, equívoco y ambivalente, sirve igual para justificar una posición, que la posición contraria. Véase CAMPS, *op. cit.*, *supra* nota 36.

²⁶⁴ CRANSTON, *op. cit.*, *supra* nota 56, ofrece tres pruebas para definir la autenticidad de un derecho humano: 1) practicabilidad (exigencia sólo de lo físicamente posible), 2) se trata de un derecho moral universal genuino (no perteneciente a una clase de personas o aplicables en determinadas situaciones), y 3) importancia sin parangón del derecho. Sin embargo, sus argumentos apuntan a considerar que las consideraciones fundamentales de los derechos humanos radican en su incorporación al derecho positivo y en lo físicamente realizable; lo que haría nugatoria toda exigencia o reclamación moral.

²⁶⁵ Sólo en el plano abstracto conviven sin problemas los derechos consignados en las declaraciones de derechos humanos. Los problemas surgen cuando todos y cada uno de los sujetos de derechos exigen que éstos sean respetados.

Cuando en derecho internacional (y en los sistemas nacionales) se habla de derechos humanos, muchas veces se alude a la exigencia, planteada en decálogos políticos, de que son reales y efectivos derechos. Es decir, que tienen presencia actual y real. Sin embargo, se trata más bien de la manifestación pública de la intención de alcanzar la aspiración de que se satisfarán todas las necesidades humanas. En consecuencia, se exige su ratificación como las determinantes de las aspiraciones presentes y que funjan como guías y orientaciones para las políticas presentes.

Vale subrayar que esta expresión se realiza en términos por demás fuertes al acompañarse de una sorprendente carga moral, al señalar concomitantemente la convicción de que dichas reclamaciones (o derechos humanos) deben ser reconocidas y aceptadas por los Estados, aquí y ahora (o como mínimo, como derechos potenciales). En otras palabras, argüir una violación de un derecho humano tiene mayor reprobación moral que decir que se cometió un delito o se incumplió con la legislación.

X. CONCLUSIONES

La idea de los derechos humanos es tan explosiva, tan revolucionaria, que aún necesita de tiempo para ser completamente asimilada en las comunidades nacional e internacional. En última instancia, los derechos humanos internacionales significan que el Estado ha dejado de ser el único ente que posee derechos. El individuo tiene ahora posibilidad de recurrir al derecho internacional público para presentar reclamos en defensa de sus derechos, de sus derechos humanos.²⁶⁶ Aún más explosivo es el hecho de que los individuos pueden, bajo derecho internacional público, reclamar actos contra sus propios Estados.

Si bien la universalidad de la naturaleza humana es un concepto que data de épocas muy antiguas,²⁶⁷ la transformación de esa idea filosófica en ins-

²⁶⁶ *Ex. gr.*, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁶⁷ "Es cierto que en todas las épocas de la humanidad ha existido y se puede hablar de un sentido de justicia. Pero existe un consenso generalizado a la hora de considerar que los derechos humanos, tal como han sido conceptualizados hoy, tienen un origen inusnaturalista, y surgen como contrarréplica al absolutismo exigiendo toda una serie de garantías civiles, políticas y procesales sobre la base de argumentaciones de índole contractualista". Ignacio ARA PINILLA, *Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 58.

tuciones políticas sólo ocurre en tiempos modernos. Ello genera nuevas relaciones entre gobernados y gobernantes, así como en las relaciones entre los propios gobernados. Su primera expresión fueron las declaraciones de derechos humanos al final del siglo XVIII. Fue en ese momento que "una nueva forma de organización política ha sido creada ..., una que no es un gobierno de leyes ..., sino un gobierno de hombres y leyes juntos, de hombres que hacen leyes y leyes que se encuentran restringidas por derechos individuales preexistentes que las leyes mismas no pueden infringir".²⁶⁸ Los derechos humanos son concebidos generalmente como el estándar moral fundamental por el cual se evalúa la actividad gubernamental (pero que debiera igualmente evaluar las acciones de los individuos). Lo anterior es evidenciado por el gran número de declaraciones, tratados e instrumentos internacionales que se encuentran en vigor en derecho internacional.²⁶⁹

Existen diferentes teorías para justificar o negar los derechos humanos: convencionalista,²⁷⁰ prudencialista,²⁷¹ deontológica,²⁷² utilitarista,²⁷³ interdependentista²⁷⁴ y religiosas;²⁷⁵ todas ellas enfrentadas al escepticismo²⁷⁶ y a la crítica por su indeterminación.²⁷⁷ En el siglo XVIII, los proponentes

²⁶⁸ BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 64 [t.a.].

²⁶⁹ *Cfr.* WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 6.

²⁷⁰ Las normas morales incorporadas en los derechos humanos existen, al igual que otras normas sociales, sólo por costumbre o convencionalismos sociales. *Cfr. supra* nota 71.

²⁷¹ Los individuos celebran variaciones de acuerdos sociales mediante los cuales se crean derechos para avanzar su interés propio. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 74 y 75.

²⁷² Principalmente derivado de las ideas filosóficas de Immanuel KANT (1724-1804), sostiene que los derechos humanos están basados en la característica universal de la naturaleza humana. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 76 a 80.

²⁷³ Las normas morales contenidas en los derechos humanos representan reglas importantes y prioritarias para normar el comportamiento humano y cuyo cumplimiento promueve a largo plazo la mayor felicidad para la mayoría de la población. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 82 y 83.

²⁷⁴ Los derechos básicos a la libertad, la seguridad y el bienestar son necesarios para el goce y disfrute de los demás derechos. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 84 a 92.

²⁷⁵ Los derechos humanos están basados en el carácter sagrado de la vida humana. *Cfr. supra* texto que acompaña a la nota 93.

²⁷⁶ Duda que cualquier aproximación filosófica pueda satisfactoriamente proporcionar una sólida justificación para la idea de los derechos humanos. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 170 a 182.

²⁷⁷ Los derechos humanos son formulados en términos abstractos que en ocasiones son de difícil concreción. *Cfr. supra* notas 183 a 185.

de derechos naturales aseveraban su dicho en verdades autoevidentes.²⁷⁸ En el siglo XX, los horrores del nacional-socialismo y de actos genocidas derrumbaron los fundamentos absolutos del positivismo jurídico. Algunos han apelado a esquemas intuicionistas,²⁷⁹ y otros sostienen que no puede demostrarse la existencia de derechos humanos.²⁸⁰ Otros responden que de esto no puede concluirse que no existen.²⁸¹ Lo cual es cierto. Sin embargo, lo mismo puede afirmarse de fantasmas y unicornios.

Con el surgimiento del movimiento internacional de derechos humanos, utilizando el lenguaje de “derechos” asociados a moralidad y derecho, se acompaña con la búsqueda por justificaciones morales, jurídicas, sociales y políticas.²⁸² Resurge el derecho natural y los derechos naturales, modificando esquemas previos. El utilitarismo de Bentham²⁸³ hubo de contemplar salvaguardas contra la posibilidad de que las mayorías en una sociedad fueran a sacrificar tanto a individuos como a minorías a cambio del “mayor bien para el mayor número” de personas, tal como lo definiera la mayoría.²⁸⁴ Los derechos debían tomarse en serio.²⁸⁵ Políticos y filósofos aceptaron la idea de los derechos, especialmente fundados en principios de libertad e igualdad, divididos en la característica de “derechos” de los derechos de bienestar y otros derechos sociales y económicos.²⁸⁶ Las principales justificaciones de derechos buscaron apoyarse en nociones de justicia²⁸⁷ (aunque ésa puede tener una visión más política que doctrinal).²⁸⁸ Con el mismo propósito, otros exploraron diversas disciplinas sociales.²⁸⁹

²⁷⁸ V. gr., Jefferson, siguiendo las enseñanzas de Locke, Montesquieu, Voltaire y Rousseau, *vid supra* nota 131.

²⁷⁹ Como Michael Dummett. El intuicionismo señala que el hecho de que algo no sea demostrable o refutable, no significa que su negación sea cierta. Cfr. HONDERICH, *op. cit.*, *supra* nota 83, pp. 415-416. Vale destacar, sin embargo, que los filósofos parecen recurrir a la “intuición” cuando el argumento esgrimido parece tener algunas fallas.

²⁸⁰ Cfr. *supra* el apartado El escepticismo sobre los derechos humanos.

²⁸¹ DWORKIN, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 81.

²⁸² Cfr. *supra* el apartado La justificación de los derechos humanos.

²⁸³ *Vid supra* notas 152 y siguientes.

²⁸⁴ Cfr. H. L. A. Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUMBIA LAW REVIEW 828 (1979).

²⁸⁵ Cfr. Dworkin, *op. cit.*, *supra* nota 35.

²⁸⁶ El PDESC y el PSS son excelentes ejemplos.

²⁸⁷ RAWLS, John, *TEORÍA DE LA JUSTICIA*, Fondo de Cultura Económica, México, 1a reimpresión de la 2a ed., 1997.

²⁸⁸ Cfr. *supra* nota 192.

²⁸⁹ Jerome Shestack describe los fundamentos de las teorías modernas de derechos humanos en: 1) derechos naturales, 2) utilidad, 3) justicia, 4) reacciones frente a la injusticia, 5) dignidad y 6) igualdad de respeto y atención. Cfr. *The Philosophic Foundations*

Generalmente entendemos que “derecho humano” significa un tipo de “derecho moral” universal que pertenece por igual a todos los seres humanos por el simple hecho de que *son* seres humanos.²⁹⁰ Distinguimos “derecho moral” de un derecho subjetivo, que consiste en la facultad exigible (incluso compulsivamente) conforme al orden jurídico vigente.²⁹¹

En otro lugar indiqué²⁹² compartir opinión con el profesor Hübner Gallo en el sentido que si bien se ha difundido la expresión de “derechos humanos”, la misma es redundante ya que todo derecho necesariamente debe ser humano.²⁹³ Sin embargo, a la luz de lo analizado, pareciera que no es tan clara esta situación. Varias argumentaciones mantienen esquemas de “teorías tipo-C”, que buscan identificar una cualidad, característica o capacidad específica (“C”) que permite a un grupo de seres detentar un derecho (“D”).²⁹⁴ Aun cuando los argumentos para justificar los derechos humanos son variados,²⁹⁵ creemos que realmente resultan complementarios entre sí, dado que parecen converger en que algunos derechos humanos deben considerarse como básicos y fundamentales. Cada persona puede legítimamente reclamarlos y exigir que su libertad, seguridad personal y acceso a medios para el bienestar personal son bienes cuyo uso y disfrute deben estar protegidos por la sociedad. En principio, la agencia moral del individuo puede resultar un parámetro más adecuado; lo que será necesario explorar con mayor detalle.

Observamos que actualmente se ponen demasiadas esperanzas en la proclamación formal de un documento nacional o internacional, de una am-

of Human Rights, 20 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 6 (1998), y *The Jurisprudence of Human Rights*, en Theodor Meron (editor), HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW: LEGAL AND POLICY ISSUES (1984), pp. 69 y siguientes.

²⁹⁰ Un derecho humano es “an ethical right of the individual as a human being vis-à-vis the state”. WELLMAN, *op. cit.*, *supra* nota 11.

²⁹¹ Cfr. *supra* notas 21 y 22.

²⁹² Rodrigo LABARDINI, Javier Ramón BRITO MONCADA y Miguel Ángel GONZÁLEZ FÉLIX, *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, t. I, núm. 4, 1988, México, pp. 115-179.

²⁹³ “Con mayor propiedad filosófica y jurídica se ha hablado de los ‘derechos innatos’ o ‘congénitos’ o ‘derechos fundamentales de la persona humana’”. Jorge Iván HÜBNER GALLO, PANORAMA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 1.

²⁹⁴ Cfr. *supra* nota 138.

²⁹⁵ V. gr., SHUE, GEWIRTH y LYONS. Cfr. *supra* el apartado La justificación de los derechos humanos.

plia lista de presuntos derechos humanos. En otras palabras, se utiliza el término "para albergar pretensiones de justicia", por lo que "cabe la sospecha ... de que asistimos a una extensión indebida de la noción de derechos humanos, que en ocasiones deviene una categoría ideológico-positiva, respetable en ciertos ámbitos de la actividad social, pero inservible para la teoría jurídica por falta de perfiles definidos".²⁹⁶

El análisis filosófico se complementa con los análisis político, jurídico, moral y sociológico. Unos necesitan de los otros. Evidenciando la necesidad de la interdisciplinariedad para el estudio de los derechos humanos, es que surgen confrontaciones entre derechos humanos cuando en la práctica aparecen otras variables no estrictamente éticas: políticas, económicas, culturales o sociales. Dichas pugnas pueden derivar la búsqueda de agendas políticas, limitaciones en recursos o acciones disponibles para satisfacer las distintas necesidades humanas que se han exigido, y a que los derechos humanos no son absolutos y sí admiten limitaciones en determinadas circunstancias. Adicionalmente, el choque puede darse por tratarse de reclamos que se encuentran en conflicto entre sí.²⁹⁷

Debemos proceder de las acciones individuales a las medidas institucionales que conllevan a la aplicación jurídica y la realización política de los derechos humanos. Si bien es en el contexto político (y moral) en el que más acostumbrados nos encontramos al hablar de derechos humanos, debemos subrayar que un aspecto central de todas las relaciones interpersonales son los derechos y obligaciones que todos tenemos con los demás (y con uno mismo). "Los derechos humanos de la persona, libertad y bienestar, se violan seguramente en igual medida, aunque posiblemente de manera menos poderosa e irrevocable, si uno es secuestrado y detenido para pedir rescate, que si estuviera uno sujeto a aprisionamiento injusto; y la tortura por una persona física privada infringe los derechos humanos de una persona tanto como la tortura cometida por un agente del Estado."²⁹⁸

Hace falta una profunda transformación no sólo de las instituciones gubernamentales, sino también de entidades privadas y de las prácticas sociales para lograr el respeto a los derechos humanos. Esto requiere de cambios importantes en las consideraciones políticas, en la distribución de recursos

²⁹⁶ Delgado Pinto, *op. cit.*, supra nota 240, p. 135.

²⁹⁷ Procurando que el derecho prevalezca incluso frente a reclamos o disposiciones contradictorios. Ver *supra* nota 38.

²⁹⁸ GEWIRTH, *op. cit.*, supra nota 17, pp. 195-196 [t.a.].

y en el acceso a medios y recursos jurídicos para reparar un presunto daño; todos envueltos de la certeza de que el uso de los medios instituidos realmente pueden ser efectivos.

Notes From A Poem That Can Never Be Written
Margaret Atwood²⁹⁹

The facts of this world seen clearly
are seen through tears;
why tell me then
there is something wrong with my eyes?

To see clearly and without flinching,
without turning away,
this is agony, the eyes taped open
two inches from the sun.

What is it you see then?
Is it a bad dream, a hallucination?
Is it a vision?
What is it you hear?

The razor across the eyeball
is a detail from an old film.
It is also a truth.
Witness is what you must bear.

²⁹⁹ En Arthur Miller (introducción), *THOUGHTS ON HUMAN DIGNITY AND FREEDOM*, Amnesty International, Universe Publishing, 1991, Nueva York, p. 38.

DERECHOS HUMANOS, PRODUCCIÓN Y REPRODUCCIÓN DE LA VIDA HUMANA Y TRABAJO VIVO

David SÁNCHEZ RUBIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La visión generacional de los derechos humanos y la tradición latinoamericana*. III. *Razón, vida y límites de la acción*. A. *Sujeto actuante*. B. *Sujeto práctico y condiciones materiales*. C. *El arte de lo posible y sus límites desde la vida*. IV. *Una ética de la liberación*. V. *El trabajo vivo*. A. *El trabajo vivo como derecho*. B. *El derecho al trabajo en el lenguaje tecnológico*.

I. INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de la globalización dominado por la ideología neoliberal y el despreocupado impacto de las nuevas tecnologías sobre la naturaleza y el ser humano, tanto el incremento de las desigualdades sociales y las discriminaciones culturales junto con el empeoramiento de las condiciones de vida de, al menos, dos tercios de la humanidad, provocan situaciones donde muchas son las personas que no tienen posibilidades para sobrevivir o hacerlo con un mínimo de dignidad. Ya no sólo se trata de denunciar la carencia de bienes necesarios para poder edificar proyectos de vida, sino también destacar los descarados procesos de precarización que la acción humana, representada por el trabajo, está sufriendo como principal medio generador de múltiples opciones de vida.

Se presenta como necesaria la elaboración de una ética universal edificada sobre la condición de los excluidos o las víctimas de la nueva fase del sistema económico capitalista. Ellos son quienes principalmente están sufriendo los efectos negativos de su desarrollo. Esta ética, teniendo como

referente una sociedad en la que todos quepan sin excepciones, también tiene que estar volcada en la defensa de la vida y, además, debe proporcionar elementos con los que poder enfrentarnos a las situaciones de muerte y de eliminación tanto intencional como no intencional de los seres humanos concretos.

En este trabajo se abordarán algunos de los planteamientos que, principalmente, dos representantes del Pensamiento Latinoamericano de la Liberación hacen con relación al principio de producción y reproducción de la vida humana. Además, desde su prioridad ética y axiológica se describe el papel que el concepto del trabajo posee como principal medio con el que se satisfacen las necesidades humanas. En concreto se analizan y exponen los criterios que tanto el economista y filósofo alemán Franz Hinkelammert, exponente cualificado de la Teoría de la Dependencia, como el filósofo y teólogo argentino Enrique Dussel, máximo valedor de la Filosofía de la Liberación, desarrollan para reivindicar el protagonismo que la vida del ser humano tiene frente a cualquier clase o tipo de mediación o institución. Asimismo, se profundizará en la concepción que este último autor defiende sobre la idea de trabajo vivo a partir del principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana.

II. LA VISIÓN GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRADICIÓN LATINOAMERICANA

Una forma común y doctrinalmente reconocida a la hora de clasificar y definir los derechos humanos es aquella que parte de una visión generacional, con ciertas dosis de linealidad y etapismos, que los considera como una categoría histórica que ha ido surgiendo en contextos concretos y como resultado de la lucha y la confluencia de determinados intereses. Desde esta perspectiva hasta nuestros días son tres —o incluso cuatro— las generaciones de derechos originadas y desarrolladas.¹

Los derechos de primera generación son aquellos derechos individuales y civiles que aparecen con el tránsito a la modernidad, positivizados institucionalmente como consecuencia de los logros conseguidos por la

¹ Véase MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*, Egido Editorial, Zaragoza, 1997, pp. 174 y ss.

burguesía en su lucha por el reconocimiento de un espacio de libertad y no injerencia frente al poder del estado.

Los derechos de segunda generación, los económicos, sociales y culturales son el resultado de la lucha del movimiento obrero durante el siglo XIX, organizado contra el estado y las clases dominantes, consciente de la desigual distribución de la riqueza frente al reconocimiento formal de los derechos individuales. Ahora sí se exige un comportamiento positivo de los poderes públicos para hacer real y efectivo su disfrute.

En el siglo actual, se habla de una nueva categoría de derechos, los de tercera generación, categoría heterogénea y sin perfiles claros, acordes a las nuevas exigencias que aparecen con el desarrollo de las nuevas tecnologías y al redimensionamiento que éstas han provocado sobre las relaciones del hombre tanto con sus congéneres así como con la naturaleza y, también, con su marco o contexto de convivencia.² El derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al medioambiente y/o a la calidad de vida y la libertad informática, son algunos de ellos.

Desde un enfoque de la fundamentación de los derechos humanos, se señala que los derechos de primera generación tuvieron como valor guía la libertad, mientras que los de segunda generación a la igualdad y es la solidaridad el principio que sobre todo inspira a la última generación. Pues bien, entendidos los derechos humanos como procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana,³ en cualquier contexto cultural siempre han aparecido grupos humanos que se han levantado y han resistido frente a distintas y diversas expresiones del poder. Se trata de múltiples luchas de resistencia con vidas efímeras o más o menos duraderas, cuyas reivindicaciones han tenido finales dispares, con mayores o menores logros y éxitos con distintos grados de objetización e institucionalización. Cualquier expresión popular frente a cualquier manifestación del poder que coarta y ahoga algún aspecto de la dignidad humana en permanente proceso de construcción, ha sido y puede ser un foco importante que tenga algo que aportar a la idea de derechos humanos.

² Véase PÉREZ LUÑO, Antonio E., "Tercera generación de derechos humanos", en *Los derechos humanos, una reflexión interdisciplinar*, ETEA, Córdoba, 1995, pp. 110 y ss.

³ Ver HERRERA FLORES, Joaquín, "Presupuestos básicos para educar en Derechos Humanos. El 'Diamante ético'", en *Andalucía educativa*, suplemento núm. 16, septiembre, 1999.

Desde hace bastante tiempo, sobre todo en el contexto latinoamericano, existe una tradición tanto filosófica como teológica de raíz cristiana, que fundamenta la lucha por los derechos humanos teniendo como principal referente el principio o valor guía de la vida humana, construida históricamente en torno a la figura de sujetos corporales concretos y necesitados, los pobres, las víctimas o los oprimidos de cualquier orden social, económico y/o político existente.⁴ Principio de vida que, junto al concepto liberación, interrelacionan sin rechazarlos, al resto de valores o principios como son la libertad, la igualdad y la solidaridad.⁵

A continuación analizaremos algunos de los elementos y de los razonamientos éticos y filosóficos que pueden deducirse de esta concepción liberacionista, siguiendo, como ya hemos dicho, la obra de Franz Hinkelammert y Enrique Dussel.

III. RAZÓN, VIDA HUMANA Y LÍMITES DE LA ACCIÓN

La razón posee unos anhelos que la impulsan siempre a ir hacia delante y la incitan a la consecución de determinados fines que son, a la vez, sus límites. El uso puro de la razón es el medio para poder acercarnos a ellos, pero posee una incapacidad para darles respuestas, de ahí que sea su uso práctico la salida ante la imposibilidad de obtenerlas y, superar de esta manera, los límites. La razón, por tanto, no se explica por sí misma, sino desde

⁴ Es una corriente doctrinal cimentada en la tradición mosaica y en la alianza del pueblo judío con Dios, apadrinada desde el siglo XVI por Bartolomé de Las Casas, Alonso de Veracruz y Antonio de Montesinos. Sus orígenes se encuentran en la tradición cristiana reflejada en los textos bíblicos, en concreto, en el concepto hebreo de mispat que alude a la defensa que los jueces hacen a favor de los débiles y desheredados. Está vertida en la *defensa del pobre desde la fe*. El mandato "Ama a tu prójimo como a ti mismo" la resumiría. El mismo Gustavo Gutiérrez dice estar edificada sobre unas bases *teológicas*, aunque también hay bases filosóficas. Véase su *En busca de los pobres de Jesucristo*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1993, pp. 29-30 y 77; también BETANCOURT, Fernet, "Reflexiones en torno a la significación de la filosofía y la teología latinoamericanas de la liberación", en *América Latina. Historia y destino. Homenaje a Leopoldo Zea*, t. III, UAEM, Toluca, 1993, pp. 245 y ss.; y DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El uso alternativo del derecho en Bartolomé de las Casas*, UAA, Aguascalientes, 1991, pp. 174 y ss.; del mismo autor, *Alonso de la Veracruz: amparo de los indios*, UAA, Aguascalientes, 1998, pp. 91 y ss.; F. HINKELAMMERT, *El grito del sujeto*, DEI, San José, 1998.

⁵ En este sentido, véase DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998; y SÁNCHEZ RUBIO, David, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999.

fuera, a través de su uso.⁶ Siguiendo este razonamiento, Hinkelammert parte de la premisa de que el pensamiento permanentemente aspira a trascender y abarcar la totalidad de la realidad y lo hace utilizando conceptos universales. El hecho de que se acuda a ellos demuestra los límites con los que el sujeto cognoscente se encuentra al no poder conocer toda la realidad. Necesitamos de los conceptos universales para suplir esa carencia y son como una muleta de apoyo y un instrumento de búsqueda con el que intentamos abarcar lo infinito.⁷

Esto se comprueba con los marcos categoriales de las ciencias empíricas. Paradójicamente, mientras que los casos que podemos observar y experimentar son limitados, cuando usamos los conceptos universales hacemos referencia a todos, designamos con ellos a un número ilimitado, por lo que *el conjunto de los casos observables constituye una parcialidad en relación a la cual el concepto universal designa una totalidad desconocida. Luego el concepto universal trasciende cualquier conjunto de casos observables*. Observamos menos casos que todos los que abstracta y universalmente acaparamos. La conclusión es que como sujetos cognoscentes no podemos acceder con un conocimiento directo a la totalidad de los hechos, tenemos que trascender la realidad mediante los conceptos universales. La limitación de nuestro conocimiento nos obliga a utilizarlos.

Nos damos cuenta que la realidad trasciende a la experiencia y a la teoría. Como aspiramos a su totalidad y la imaginamos, creamos categorías universales para intentar conocerla completamente, pero estamos limitados por el número de hechos concretos que podemos observar.⁸ Si no tuviéramos esta imposibilidad, los conceptos universales no harían falta. Es un hecho objetivo producido por la subjetividad humana el que aspiremos a la totalidad pese a nuestros límites y, por tanto, que la realidad nos trascienda en última instancia, mas no el pensamiento.

A. Sujeto actuante

Avanzando un poco más con el razonamiento de Hinkelammert, el sujeto puramente cognoscente no accede a la realidad empírica como tal, directa-

⁶ Ver la "Doctrina trascendental del método" de la *Crítica a la razón pura*, de KANT, Immanuelle, pp. 571 y ss., 13a ed., Alfaguara-Santillana, Madrid, 1997.

⁷ *Crítica a la razón utópica*, DEI, San José, 1984, pp. 231 y ss.

⁸ *Idem*, pp. 233 y 234.

mente, sino como sujeto actuante, por el hecho de que antes interviene sobre ella con determinados fines, convirtiéndola en el objeto de conocimiento de las ciencias empíricas. De esta actuación surgen los principios de imposibilidad. Con ellos se construyen las teorías generales de las ciencias empíricas y se remarca su carácter antropocéntrico. Es el ser humano como realizador, no como observador el que las determina. *En cuanto el hombre desarrolla finalidades más allá de lo inmediatamente dado, puede experimentar límites de la imposibilidad, y por tanto, categorías de pensamiento derivadas de ellos.*⁹

Las teorías generales las formulamos a partir de los principios de imposibilidad de la acción humana. Por tanto, el sujeto actuante trasciende también al sujeto cognoscente. Éste es *el nombre de la capacidad reflexiva del sujeto actuante que reflexiona sus capacidades de acción por medio de conceptos universales.*¹⁰

A partir de esto, la actitud del sujeto de la tecnología, de las ciencias empíricas o naturales es la de quien actúa reflexivamente en la naturaleza y aspira a la totalidad de la realidad estando imposibilitado para lograrlo. Se dirige al mundo exterior en función de fines de la acción más allá de cualquier limitación, pero al chocar por su actuación con los límites, con las imposibilidades expresadas en términos de principios de imposibilidad, reflexiona en el ámbito de los fines tecnológicamente posibles y utiliza tanto los conceptos universales como los procesos tecnológicos infinitos para anticipar la realidad y transformarla en empiria. La nueva conclusión es que no sólo la realidad trasciende a la experiencia, sino también *el sujeto actuante trasciende al sujeto cognoscente y transforma la realidad en empiria.*¹¹ En este caso, los márgenes de posibilidad vienen marcados por la capacidad tecnológica.

B. Sujeto práctico, vida humana y condiciones materiales

Pero existen más dimensiones del sujeto. Una de ellas es la del sujeto práctico. Si el sujeto reflexivo y actuante de las ciencias empíricas o técnicas se enfrenta al conjunto de todos los fines técnicamente posibles y le es indiferente cual elige, siendo arbitraria su elección, la situación cambia

⁹ *Idem*, p. 231.

¹⁰ *Idem*, p. 237.

¹¹ *Idem*.

cuando hay escasez de medios para realizarlos. Siempre hay un condicionante material de posibilidad para la elección de fines. Nos encontramos con el ámbito de la economía y del producto social que obligan a tener en cuenta el hecho de que no todo lo tecnológicamente posible es prácticamente realizable. Todos los fines posibles poseen condiciones materiales de posibilidad cuyo universo es el producto social de la economía. Ningún proyecto puede realizarse si no es materialmente posible. El tamaño del producto social de los medios materiales marcará, por tanto, los límites de la elección.

La ciencia empírica nada puede decirnos sobre los fines que debemos elegir. Sólo sabemos que la elección hay que realizarla en el marco de bienes escasos marcados por el producto social. Pero para elegir, para concebir bienes y encaminarse hacia ellos, hay que vivir. El sujeto práctico sólo actúa si es un sujeto vivo. *Hay que vivir para poder concebir fines y encaminarse hacia ellos.*¹² No obstante, para vivir se necesitan fines específicos con los que conformar y permitir las condiciones materiales de la posibilidad de vivir. La vida es una precondition para poder elegir objetivos y también un proyecto que hay que ir manteniendo y posibilitando por medio de la elección y el desarrollo de esos objetivos. *La vida no es un fin, sino el modo de realidad del sujeto que abre el ámbito desde donde se ponen los fines.*¹³

En oposición a muchas de las teorías económicas actuales, la relación medio-fin no es únicamente una relación de carácter formal, sino que está subordinada a la vida del sujeto. Sólo si éste está vivo, el ser humano puede proyectar y realizar fines. Aquí llegamos al criterio que Hinkelammert denomina de factibilidad, con el que se nos indica que no todos los fines concebibles técnicamente y realizables materialmente según un cálculo, son también realizables. Sólo lo son aquellos que se integran en algún proyecto de vida. Realizar objetivos que quedan fuera de este marco es una decisión a favor de la muerte y del suicidio. En virtud de la racionalidad reproductiva no hay elección neutral de los fines, porque éstos son los vehículos de la vida del sujeto que los persigue realizando su propio proyecto de vida.¹⁴

¹² *Idem*, p. 239.

¹³ Ver E. DUSSEL, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 262

¹⁴ HINKELAMMERT, op. cit., p. 240

No hay que olvidar que el ser humano siempre existe en sociedad, es un ser social, que está interrelacionado con sus semejantes. Desde este punto de vista, los fines y los proyectos de vida aparecen en el marco de las relaciones sociales de una sociedad concreta. Pues bien, según el acceso que se tenga a los bienes o medios materiales, a la división social del trabajo y a la distribución de los ingresos, las posibilidades de vivir serán más o menos amplias. Es aquí donde aparece el problema de la posibilidad de explotación y dominación. A través del manejo de la distribución de los medios materiales de vida se establecen los niveles de integración o exclusión social. Si son unos pocos quienes los acaparan y concentran, se destruye la posibilidad de vida de muchos.¹⁵ En este nivel hay que situar el marco desde donde cuestionar la legitimidad o ilegitimidad de un orden social.

El sujeto práctico se encuentra limitado por las condiciones materiales que reduce el ámbito de los fines que puede realizar. Para poder elegir bienes y encaminarse hacia ellos, hay que vivir. Pero *para vivir, hay que poder vivir*. Este poder vivir siempre viene marcado por un criterio de jerarquización necesaria de los fines.

Según Hinkelammert, la combinación que permite llevar a cabo un proyecto de vida, se realiza ajustándolo a sus condiciones naturales, que vienen marcadas por las necesidades. Hay que dirigir los fines a la satisfacción de las necesidades. De esta manera, el conjunto de la acción se mantiene en el marco de algún proyecto de vida. La naturaleza humana permanece con la satisfacción de sus necesidades, cuya lógica está inserta en el círculo natural de la vida. Cualquier elección de los fines gira en torno a ellas porque el que se satisfagan o no, posibilitan la vida o la muerte. Un proyecto de vida que no asegura los alimentos, una casa o vestido con los que satisfacer el hambre, guardarse del frío, etc., y que es ajeno a su vínculo integrado con la naturaleza, nunca podrá realizarse o está abocado a su destrucción.¹⁶

¹⁵ *Idem*, pp. 239-240.

¹⁶ Las necesidades no sólo son materiales, sino también espirituales, *no obstante, la corporeidad de la necesidad es la parte menos sustituible en cualquier satisfacción de las necesidades. Aunque existan diferencias muy grandes en la expresión de esta necesidad. Ver Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, DEI, 1995, San José, p. 286.

Sobre el circuito natural de la vida del sujeto, HINKELAMMERT piensa que existe una especie de *metabolismo entre el sujeto humano como ser natural y la naturaleza circundante y dada*. Dice: *como parte de la naturaleza es sujeto, esto es, proyecta fines para realizarlos mediante medios adecuados, integrando estos fines en términos de una racionalidad reproductiva en su propio circuito natural de vida. Idem*, p. 285.

Las necesidades humanas son la urgencia humana de vivir en un circuito natural de vida, por tanto, trascienden a la elección de los fines. Es su criterio de orientación. El sujeto no es libre para elegir, sino libre para satisfacer sus necesidades.¹⁷

Aquí reside la diferencia frente al criterio de toda la construcción de la economía capitalista y toda la teoría económica neoclásica y neoliberal, basado en el concepto de preferencias o gustos. Para ellos, los proyectos de vida no se construyen en torno a criterios de factibilidad, y reducen al ser humano a un sujeto práctico limitado a elegir fines con una neutralidad valorativa que provoca la negación de la legitimidad de cualquier proyecto de vida. Si *la satisfacción de las necesidades, hace posible la vida, la satisfacción de las preferencias, la hace agradable. Pero para poder ser agradable, antes tiene que ser posible*.¹⁸

Un proyecto de vida al gusto de cada cual, se desarrolla sabiéndose que la elección, la libertad de elegir según lo que más agrade, se puede realizar porque primero deriva y está subordinada a la satisfacción de las necesidades. Y es en función de éstas como hay que enfocar el problema de la dominación y explotación, porque si sólo hablamos de preferencias, el problema se invisibiliza. El marco de referencia es la vida real, que es el principio de organización de la sociedad. La liberación se situará en lograr posibilidades de vida. Según la posición y el acceso que se tengan con relación a los medios de producción, los proyectos de vida serán mayores o menores.

C. El arte de lo posible y sus límites desde la vida

De la misma forma que aspiramos a la totalidad de la realidad, elaboramos proyectos de sociedades ideales, pensadas en función de una ordenación adecuada de las relaciones humanas. La voluntad pura siempre aspira a lo mejor, a lo perfecto. Construimos utopías con las que elaboramos mundos futuros y abstractos mientras modificamos la realidad social en función de ellos. Para llegar a ese nivel armónico y sin fisuras, se modela la sociedad según criterios derivados de algunas leyes sociales.

Sobre estos esquemas se ha construido, por ejemplo, el pensamiento de la Ilustración y su idea de progreso infinito que tarde o temprano, se dice, será beneficioso para todos. Paradójicamente a través de esos imaginarios,

¹⁷ *Cfr. Crítica la razón...*, pp. 240-241.

¹⁸ *Idem*.

que son imposibles de alcanzar en su plenitud real pero no pensada, podemos darnos cuenta del marco de lo que sí es posible. Todo *posible existe en referencia a una plenitud imposible, en relación a la cual es experimentado y argumentado el marco de lo posible*.¹⁹ El error aparece cuando, en virtud de esas abstracciones imposibles, sacrificamos y destruimos no sólo nuestra realidad, sino las vidas de todos los sujetos que le otorgan significado. Con la ilusión de perseguir y realizar lo ideal e imposible, desvirtuamos, sin darnos cuenta, la persecución y realización de lo que sí es posible.

Por esto es necesario articular lo posible y lo imposible en virtud del criterio de factibilidad, de la vida del sujeto. Ignorar este dato provoca situaciones en las que en función de construcciones perfectas, como sucede con los supuestos de conocimiento perfecto y con la velocidad infinita de reacción a factores de producción que se expresan en términos de mercado o estado, se olvida que son conceptos trascendentales a la luz de los cuales se puede actuar pero hacia los cuales no se puede progresar. Hay que evitar la absolutización de estas ilusiones para que no distorsione la realidad y se haga caso omiso de los sujetos.

Franz Hinkelammert intenta este reto situándonos en el mismo tema que Carlos Marx destacó con relación al problema del fetichismo y a la destrucción a la que llevaba la sociedad burguesa. El capitalismo, al estar basado en un progreso sin fin desencadenado por la abstracción de las relaciones mercantiles, sacrificaba y destruía a la vida humana. El de Tréveris argumentaba con fuerza sobre el irrealismo de una determinada política, no por razones morales o éticas, sino por razones de posibilidad de la sociedad misma. La ley de la pauperización señalaba que el mercado y sus efectos no-intencionales se desarrollaba entrópicamente destruyendo a los sujetos que lo generaron. El capitalismo iba en contra de la propia vida y por ello se trataba de una sociedad irreal por sus consecuencias. No era éste un problema de juicios de valor, sino de posibilidades, de juicios sobre medios y fines porque sólo podía ser posible aquel orden social que no aniquilara la vida humana. Este criterio, desde entonces, empieza a marcar lo que es o no es realizable en el ámbito de la política.²⁰ Gracias a los

¹⁹ *Idem*, pp. 21 y 26-27.

²⁰ *Idem*, pp. 22-23. Por consiguiente, MARX rechaza que la transformación de la sociedad capitalista sea un asunto de valores o juicios de valores, sino que es estrictamente una cuestión de juicios sobre medios y fines. Una racionalidad con arreglo a valores no exige la transformación, en tanto que una racionalidad con arreglo a fines sí la exige.

avisos y a la construcción crítica de Marx, los análisis de una sociedad podrían centrarse en si se ajustan o no se ajustan en su estructura a las necesidades de la reproducción de la vida humana real y concreta. Sobre estos esquemas se construye el pensamiento social sobre leyes de lo posible, de relaciones medios-fines, no de exigencias éticas, cuyo límite viene trazado por la reproducción de la vida. *Antes que cualquier juicio ético aparece el juicio fáctico que nos dice que algo puede ser éticamente obligatorio, sólo si también es factible*. El deber no precede al poder, le sigue.²¹

El criterio de factibilidad junto a la racionalidad reproductiva, son los parámetros sobre los que Hinkelammert elabora su pensamiento y denuncia tanto aquellas situaciones en la que aparecen víctimas, como las teorías cuyo razonamiento provocan la anulación de los seres humanos sacrificándolos en virtud de un sistema, un orden social o una norma. No es el mismo criterio que el de la racionalidad económica del pensamiento neoclásico elaborado, sobre todo, por Adam Smith y Max Weber.²²

Para éste, el concepto de acción racional concibe a la acción como lineal, como una simple articulación secuencial entre medios y fines. La relación más racional se define en virtud del menor número de medios empleados para lograr fines determinados. La eficiencia, en cambio, se refiere al juicio de los costos de los medios utilizados. Se cuantifica monetariamente, se mide en precios. La relación medio-fin se transforma en la relación costos de producción-precio del producto. El mercado se convierte en el foro de lucha por la competencia y es la instancia donde se decide lo que es o no es eficiente y lo que hay que producir y lo que no. La competitividad y la eficiencia se transforman en los valores supremos que deciden sobre la validez del resto de valores. Sólo los que aumentan la competitividad son afirmados. De valores supremos pasan a ser criterios de validez, apareciendo como si no fueran valores. Son ellos los que designan los que sí lo son, por eso la teoría de la acción racional, no realiza juicios éticos.

La formulación dada por Max Weber es la que reduce la ciencia empírica exclusivamente a juicios sobre racionalidad medio-fin para darle neutralidad valórica. Se trata de una racionalidad formal, no material, centrada en juicios de hecho. La racionalidad con arreglo a valores o material ya se sale fuera de su ámbito. *De esta forma, la teoría de la acción racional, que*

²¹ *Idem*.

²² *Cultura de la esperanza... op. cit.*, pp. 275-277.

reduce la racionalidad de la acción a la relación medio-fin, es totalizada hacia el campo epistemológico y de la metodología de las ciencias. La realidad se reduce a la falsificación o verificación de los juicios de hecho referentes a hechos particulares, y niega la posibilidad de juicios científicos válidos que no se refieren exclusivamente a esta relación medio-fin.²³ Tanto el actor que articula el vínculo entre los medios y los objetivos como los sujetos afectados en sus posibilidades de vida, desaparecen, no importando cómo queda su estado existencial.

En este sentido, no es de extrañar que gran parte de la humanidad quede excluida de la división social del trabajo y que la naturaleza se esté deteriorando progresivamente porque no preocupa. El resultado de los efectos indirectos de la propia racionalidad medio-fin totalizada por el mercado conduce al suicidio de todos por sus efectos perversos.

Frente a este planteamiento, Hinkelammert opone una permanente reivindicación por el lugar activo y protagonista que el ser humano ocupa en las ciencias empíricas y sociales. Por medio de la racionalidad reproductiva se denuncia cómo la teoría de la acción racional no da respuesta a si el actor que articula los medios con los fines pone en peligro su vida por la manera de relacionarlos. Como no involucra al actor, no tiene en cuenta los efectos que los fines realizados pueden tener sobre su vida. Por tanto niega juicios de hecho que no sean juicios medio-fin.²⁴

La importancia del sujeto humano que se impone a esa relación lineal es clara. Su vida, como la de todos, es la posibilidad de tener fines aunque no es un fin en sí mismo. La propia afirmación de la vida es un proyecto: aquel que pretende conservar a la persona como sujeto con fines. Las condiciones de posibilidad de la vida humana determinan la racionalidad reproductiva, que está por encima de la racionalidad con arreglo a fines y enjuicia los hechos según los efectos que los fines tienen sobre la vida humana. *Este juicio también usa cálculos. Pero de por sí no se trata de un cálculo medio-fin, sino de un juicio de hecho acerca del cual la ciencia puede (y debe) pronunciarse.*²⁵

²³ *Idem*, p. 278.

²⁴ Un ejemplo expresivo puesto por el autor para resaltar la ignorancia de las consecuencias sobre la vida que posee la teoría de la acción racional es el siguiente: hay dos competidores que están sentados cada uno sobre la rama de un árbol y el primero que la corta, siendo el más rápido pese a que se caerá peligrando su vida, habrá ganado la carrera. *Idem*, p. 274.

²⁵ *Idem*, p. 284. Ver también con mayor detalle, *El mapa del emperador*, DEI, San José, 1996, pp. 83 y ss.

El propio sujeto, ya se vio, antecede a los fines, no es un fin en sí, sino condición de posibilidad de todos los fines. Puede considerarse como el conjunto de todos sus fines posibles. De esta manera, gracias a la racionalidad reproductiva, se analiza la conexión entre la articulación lineal medio-fin y sus efectos destructores sobre los sujetos. Es urgente y necesario que la ciencia se preocupe de las condiciones actuales de posibilidad de la vida, confrontando críticamente la racionalidad medio-fin con su fundamento, el conjunto de condiciones de posibilidad de la vida humana. Esto es posible porque existen juicios de hecho que van más allá de los juicios medio-fin. Su criterio de verdad es el de la vida o la muerte de los seres humanos, no el de falsación o verificación. Aunque *la ciencia no pueda decir si la humanidad debe sobrevivir, sí puede hacer un juicio sobre si puede sobrevivir bajo determinadas circunstancias o no.*²⁶ Por tanto, podemos hacer afirmaciones no falsables basadas en una racionalidad circular, que incluye la vida del actor como sujeto de la acción y no por ello tienen que ser juicios de valor.

IV. UNA ÉTICA DE LA LIBERACIÓN

Antes comentamos que hay juicios de hecho cuyo criterio de verdad práctica y teórica es de vida y de muerte, no de simples cálculos entre medios y fines. También se habló de la razón reproductiva en contraposición a la razón instrumental de Max Weber y que estaba preocupada en analizar las repercusiones de los actos sobre la vida de los sujetos. Según Hinkelammert, nos encontramos ante *juicios constituyentes de la realidad objetiva*. La lucha por mantener la vida produce la objetividad de la realidad, que es su producto y su presupuesto, además de ser el medio con el cual se intenta evitar la muerte. Si no hubiera vida humana no habría realidad objetiva.²⁷

Profundizando sobre la base de este planteamiento, Enrique Dussel construye una arquitectónica de la ética de la liberación basada en lo que considera es tanto el criterio como el principio material universal, fundamento de toda eticidad. No hay norma, acción institución o eticidad cultural que no tenga como contenido último algún momento del mismo. Lo denomina el criterio o principio de *producción, reproducción y desarrollo de la vida*

²⁶ *Idem*, p. 96; y *Cultura de la esperanza... op. cit.*, p. 292.

²⁷ *Cultura de la esperanza... op. cit.*, p. 304; y también ver E. DUSSEL, *Ética de la liberación, op. cit.*, p. 132.

humana. En virtud de él, se pueden enunciar juicios de hecho con los que juzgar críticamente los fines y los valores. Considerado sólo como criterio, es puramente descriptivo.²⁸ Como principio, se convierte en un enunciado normativo. Ambos se complican, pero la dimensión material no es suficiente para poder construir una ética universal. La vida buena es algo más que el posibilitarla. Se necesitan otros dos criterios y principios ético-morales con los que poder realizar un acto, una norma o un sistema de eticidad que puedan considerarse buenos: el criterio y el principio de validez formal y el de factibilidad.

Antes de describir cada uno, hay que decir que estamos ante una ética que no es funcional, porque no se deriva de las condiciones de posibilidad de las instituciones. No está supeditada a las condiciones de posibilidad ni a las pautas normativas que desde el mercado o la burocracia se dictan. El respeto a la vida humana y a la naturaleza son valores que trascienden el cálculo de la actividad medio-fin.²⁹

Con respecto al criterio material, el ser humano accede a la realidad con la que se enfrenta cotidianamente desde el ámbito de su propia vida. Ésta es nuestro modo de realidad que otorga contenido a nuestras acciones, a nuestro orden racional, al nivel de nuestras necesidades, pulsiones y deseos que constituyen el marco dentro del cual se fijan los fines. Cada cultura expresa y manifiesta un modo particular de concretar el ámbito universal de la vida humana en general. Como criterio de verdad práctica y teórica, podemos determinar cuáles son las mediaciones adecuadas para la producción, reproducción y desarrollo de la vida de las personas en cada situación.³⁰

Incluso sus bases están arraigadas en el mismo sistema cognitivo y afectivo-evaluativo del cerebro humano, siendo el órgano directamente responsable del seguir-viviendo. Todo el proceso de categorización conceptual que pasa por el sistema evaluativo-afectivo, la autoconciencia y la comunicación, cumple funciones reguladoras de la sobrevivencia. La actividad psicofisiológica del cerebro valora lo que es bueno o malo para el cuerpo en términos de vida o muerte.³¹

Pese a que sea un criterio descriptivo, situado en el plano del ser, su propia tensionalidad práctico-dialéctica provoca la posibilidad de proyec-

²⁸ *Idem*, p. 134.

²⁹ Véase HINKELAMMERT, Franz, *El mapa del emperador*, op. cit., pp. 53 y 54.

³⁰ E. DUSSEL, op. cit.

³¹ *Idem*, pp. 93 y ss.

tarlo al ámbito normativo, de deber ser, convirtiéndose en principio. Según Dussel, no son las razones de carácter lógico-formal las que permiten este pasaje, porque en ellas sí regiría la falacia naturalista enunciada por Hume, más bien se debe a razones práctico-materiales.

A partir de los mismos juicios de hecho referidos a la vida humana pueden deducirse juicios de deber ser, estrictamente éticos. El *ser-viviente* del sujeto puede fundamentar la exigencia del *deber-vivir* de la propia vida en el instante que toma autoconciencia en su actuar y se hace responsable de su vida. Responsabilidad individual que se hace corresponsabilidad con respecto a los demás, por la ineludible intersubjetividad que constituye al mismo ser humano como sujeto comunicativo que es. Lo propio del modo de realidad de la vida humana es *tenerse bajo su propia responsabilidad*, hacerse cargo de sí misma. La vida no sólo se dá espontáneamente, también se nos impone a nosotros mismos como una obligación y como una responsabilidad para conservarla y desarrollarla.³² Si no fuera así, el suicidio colectivo aparecería de forma clara y manifiesta. La propia necesidad de vivir provoca la responsabilidad para que la vida continúe.³³

Junto al criterio y principio material, Dussel añade la dimensión racional y comunicativa propia de la Ética del Discurso de Habermas y Apel, porque la vida no existe en abstracto, siempre está ubicada en el seno de una comunidad intersubjetiva que le da un sentido concreto. De ahí que sea necesario explicitar la mediación formal o procedimental comunicativa para que el principio material sea también universalmente válido. La comunidad lingüística es una dimensión esencial de la vida humana. Por medio del criterio y el principio de validez se pretende llegar a un acuerdo racional entre todos y acerca del criterio de verdad de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana. Expresa el reconocimiento del ser humano como sujeto argumentante.³⁴

³² *Idem*, pp. 137 y 138. Este fundamento normativo también aparece en la propia actividad cerebral: *siendo el sistema evaluativo-afectivo un momento constitutivo del funcionamiento cerebral, sistema que cumple con las exigencias de la reproducción y desarrollo de la vida del sujeto humano, dicho sistema realiza continuamente el pasaje de juicios constataativos, descriptivos o de hecho... hacia juicios de deber ser... como mediación necesaria y obligatoria para el ser viviente.* *Idem*, pp. 104-105.

³³ El principio material es este: *El que actúa éticamente debe producir, reproducir, y desarrollar la vida concreta de cada sujeto humano, en una comunidad de vida, desde una vida buena cultural e histórica que se comparte pulsional y solidariamente teniendo como referencia última a toda la humanidad.* *Idem*, p. 140.

³⁴ DUSSEL atribuye al contenido material de la ética el criterio de verdad práctica, mientras que al aspecto formal, el criterio de validez. *Idem*, p. 167.

Además, la obligación moral de argumentar se fundamenta en el reconocimiento del otro como un sujeto autónomo y de igual dignidad, acto que se lleva a cabo por la racionalidad ética-origiaria. Por esta razón, también hay que decir que en ese mismo reconocimiento del ser humano y no sólo de su vida, está implícita tanto la exaltación de su dignidad como la expresión de la igualdad entre quienes son considerados sujetos de derechos, que no sólo se limitan a vivir, sino también a dialogar y defender sus ideales. A través del reconocimiento mutuo entre los sujetos, se establecen las condiciones de posibilidad de que actúen y de que argumenten como tales.³⁵

Finalmente, de la articulación conjunta de estos dos principios, se pasa al ámbito de las condiciones de posibilidad reales. Por medio de la factibilidad ética se sabe si un bien social es bueno o no en el instante que está situado dentro del horizonte de lo que está éticamente permitido y de lo que necesariamente debe operarse. Según lo establecido por los principios material y formal, se realiza aquello desde las exigencias de la vida y la validez intersubjetiva.³⁶

Toda esta ética construida se convierte en una ética de liberación, cuando los tres criterios y principios se reivindican y desarrollan desde las víctimas de cualquier orden que ni posibilita ni hace factible condiciones de vida y procedimientos de participación intersubjetiva para todos. El sistema que se hace indiferente a la factibilidad de reproducción y desarrollo de la vida y/o a la participación autónoma argumentante de las víctimas, es el que provoca la dominación y la marginación. Aparecen así dos niveles de

³⁵ Véase HINKELAMMERT, Franz, *cfr. Cultura de la... op. cit.*, p. 302. El principio formal de validez universal es: *El que argumenta con pretensión de validez práctica desde el reconocimiento recíproco como iguales de todos los participantes que por ello guardan simetría en la comunidad de comunicación, acepta las exigencias morales procedimentales por las que todos los afectados deben participar fácticamente en la discusión argumentativa, dispuestos a llegar a acuerdos sin otra coacción que la del mejor argumento, enmarcando dicho procedimiento y decisiones dentro del horizonte de las orientaciones que emanan del principio ético-material ya definido.* E. DUSSEL, *op. cit.*, p. 214.

³⁶ *Idem*, pp. 263 y ss. El principio más o menos señala que *el que opera o decide éticamente una norma, acción, institución o eticidad sistemática, debe cumplir a) con las condiciones de factibilidad lógica y empírica, es decir, que sea realmente posible en todos los niveles económico, técnico, político... desde el marco de b) las exigencias ético-materiales de la verdad práctica y morales-formales discursivas de la validez, dentro de un rango que va desde las acciones permitidas éticamente posibles que no contradicen los principios ético o moral, a las acciones debidas y éticamente necesarias.* *Idem*, p. 270.

discriminación de los sujetos objetivados, uno relacionado con las condiciones de vida y el otro con la autonomía y la capacidad de intervenir en la comunidad de comunicación del sistema. La reacción crítica de las víctimas desde el dolor de su corporalidad, será el origen material de la liberación y de una ética alternativa a la establecida hegemónicamente.³⁷

Pero pese a ello, la reacción liberadora frente a un orden que ahoga el aliento y la palabra no puede sólo detenerse en una noción de defensa estática de la vida. Implica también más elementos. Por ejemplo, evitar situaciones de pobreza y muerte conlleva actuar en la sociedad de forma participativa en todos los niveles, tanto en el político como en el económico o el cultural. Lo que se pretende es que la totalidad de los grupos sociales intervengan tanto en la producción material y de significado como en la distribución y disfrute de los bienes sociales. No sólo el objetivo es que todos obtengan comida, salud y techo, sino también que todos ayuden a decidir, desarrollar y controlar, activa y directamente, las diferentes instancias encargadas de organizar el acceso, la producción y la distribución de estos y de los demás bienes; los imaginarios y mitos sobre los que se articulan los proyectos de vida; las jerarquías en las formas de satisfacer las necesidades, etc.

Una sociedad en la que todos quepan no sólo puede detenerse en el aspecto material de la vida, aunque sea necesario y el punto de partida. El sujeto no sólo vive, sino que también actúa, dinamiza la vida a través de la acción y su sentido. El concepto de dignidad asimismo involucra obtener mejores condiciones de vida. En definitiva, existen otros elementos, otros valores y otras maneras de expresar el ejercicio instituyente de la realidad que no se detienen en el mantenimiento de la vida, sino especialmente, en su desarrollo y en la multidimensionalidad de los sentidos que pueden otorgársele. Pico della Mirandola lo expresó muy bien cuando definía la naturaleza humana con el símbolo de Proteo, mito de la versatilidad y de la capacidad infinita de transformación. El dinamismo y la insatisfacción son los principales rasgos del ser humano. Algo de esto vamos a expresar a continuación con el concepto de trabajo vivo.³⁸

³⁷ *Idem*, pp. 301-302.

³⁸ Véase PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, *Discurso sobre la dignidad humana*, en *VV.AA. Humanismo y Renacimiento*, Alianza, Madrid, 1986, p. 121; y en HERRERA, Joaquín, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 169 y 170.

En nuestro libro *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, lo mismo que con el trabajo vivo lo hacemos con los principios de libertad y de riqueza humana.

V. EL TRABAJO VIVO

Con los límites materiales que tenemos para satisfacer todas las necesidades humanas en función de las dimensiones del producto social y los bienes escasos, a través del trabajo y el uso que con él hacemos de los medios tecnológicos, podemos ampliar las posibilidades de satisfacción de las necesidades. Gracias a su actividad creativa de bienes materiales y sociales, no sólo atendemos a los márgenes de necesidades ya establecidos, sino que también creamos otros nuevos. Además, la producción de sentido se vincula con el trabajo en general. Éste es una instancia, una relación desde donde individuos y grupos construyen el sentido social.³⁹ En todo ese proceso de transformación, construcción y remodelación de significados y de los objetos que vamos generando, permanentemente se van rearticulando las relaciones de las preferencias o valores que sobre ellos proyectamos. Las capacidades humanas tienen en el trabajo uno de sus instrumentos más importantes de reapropiación. En virtud del criterio de vida humana y su vínculo con los procesos de liberación, el sujeto, el ser humano, reivindica el protagonismo de su acción para generar y consolidar espacios de lucha por su dignidad.

El propio Carlos Marx veía en la creatividad omnicomprensiva del trabajo vivo y al sujeto que lo desarrolla, el punto sobre el cual se fijaba la constitución de la dinámica de la historia, de la potencia creativa del ser social;⁴⁰ de ahí la necesaria lucha del proletariado por romper las ataduras que el capital ejercía sobre ellos al supeditar tanto sus actividades como los productos, a los "siempre" beneficiosos designios del mercado. No sólo el productor recuperaba su relación natural con el bien generado, sino que también se apropiaba de la posibilidad de darle un sentido más personal a la acción.

Por otra parte, el mismo imaginario trascendental de reconocimiento mutuo entre sujetos como sujetos establecido sin mediaciones, tampoco

³⁹ La producción de sentido se remite a visiones de mundo, a valores con incidencia en los comportamientos, en la subjetividad, en la conformación de identidades y en las formas que las personas se presentan y se sitúan en el mundo. Ver SALLES, Vania, "El trabajo, el no trabajo: Un ejercicio teórico-analítico preliminar desde la sociología de la cultura", en Enrique de la Garza (comp.), *Los retos teóricos de los estudios del trabajo hacia el siglo XXI*, CLACSO y ASDI, Buenos Aires, 1999, pp. 169-170.

⁴⁰ Ver NEGRI, Antonio, *Poder Constituyente*, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1994, pp. 397-398.

puede concebirse sin un trabajo de expresión corporal, de transformación de la naturaleza, directo y libre de dominio con el que se consigue la vida plena, sin lagunas de insatisfacción de necesidades. Incluso el acercamiento de las mediaciones que tratan al sujeto como objeto con la idea de ser humano como ser humano, se puede realizar por medio de esta actividad específica de apropiación natural y social y de creación de objetivaciones. Sentirse productores de sentido y de bienes materiales en permanente reapropiación y disfrute, provoca un estado de relaciones sociales en las que todos los sujetos siempre son los protagonistas por encima de las instancias intermedias que son creadas por ellos.

Pues bien, a continuación vamos a profundizar sobre la noción que Enrique Dussel tiene sobre el concepto de trabajo, como uno de los principales instrumentos que posibilitan, no sólo suficientes condiciones de vida, sino también la apropiación continua de todas las capacidades que conforman el criterio que denominamos de riqueza humana.⁴¹ Se comprobará también el peligro que supone establecer políticas económicas que aparentemente priorizan la satisfacción de las necesidades básicas, pero lo hacen desinflando el papel activo de los sujetos y supeditándolos al ritmo que marca el mercado.

A. El trabajo vivo como derecho

En el contexto actual de la globalización, la precarización de las condiciones laborales y el paso atrás dado con relación a los derechos sociales, han sido ejemplos de los procesos de victimización y pérdida de protagonismo de los grupos populares ubicados dentro del sistema económico capitalista. Es más, con el control que las multinacionales ejercen sobre el sistema de producción y sobre las posibilidades de apropiación del trabajo en sus múltiples expresiones, se manifiesta con mayor claridad la crucial importancia que tienen las relaciones de acceso y producción de los bienes materiales y sociales.

Nos encontramos en un mundo donde no sólo el concepto tradicional de trabajo asalariado sino también del trabajo en general está en crisis. Cada vez hay más personas desempleadas o sin apenas tener opciones de acceder a un puesto de trabajo, entre otras razones, con motivo del desfase y el

⁴¹ Véase SÁNCHEZ RUBIO, David, *op. cit.*, pp. 224 y ss.

anquilosamiento del modelo de producción fordista y taylorista, los cambios provocados por la revolución tecnológica, los procesos de globalización y la implantación de nuevas estructuras de producción, así como la aplicación extensiva de las políticas neoliberales. Incluso quienes poseen el privilegio de poder trabajar, ven mermados sus garantías con motivo de las medidas de flexibilización que precarizan la seguridad de la posición tanto ocupacional como salarial.⁴² Ahora los derechos sociales, expresión de una conquista humana tras difíciles procesos de resistencia y de lucha, van menguando.

Además, la lógica de funcionamiento que mueve al mundo empresarial y económico, extensible a la lógica de la mayor parte de las esferas de la cultura dominante, se desliza priorizando criterios de rentabilidad financiera, por encima de criterios de desarrollo humano. No importa las consecuencias negativas que provoquen sobre las personas si se genera dinero. Hay una implosión, una erosión de los fundamentos culturales y políticos de la identidad colectiva centrada en el trabajo. Las nuevas condiciones sociales debilitan a los trabajadores su condición de sujetos sociales. De ahí que sea necesaria la creación y la defensa de una nueva cultura del trabajo que considere y valore una noción integral del mismo, no sólo reducible a su clásica expresión salarial, sino también que incorpore las más diversas actividades realizadas por el ser humano.

Si el sistema por medio de la totalización del mercado, la exclusividad de la lógica de cálculo medio-fin y de la absolutización del criterio de competitividad, eficiencia y rentabilidad, aplasta a las personas y a su capacidad de hacerse y desarrollarse como sujetos concretos activos, corporales y vivos, Enrique Dussel apuesta por una noción de trabajo como elemento fundamental para transformar la realidad hacia una sociedad en la que todos quepan y cuyo derecho es una necesidad, una exigencia y una prescripción ética prioritaria que sirve de vehículo y mediación para mantener la vida y desarrollarla en libertad.

Mediante la actividad laboral y el esfuerzo humano creativo e integral no subyugado al capital, los pueblos oprimidos podrían mantener su idiosincrasia y los individuos mantenerse vivos en solidaridad con sus semejantes, sin relaciones de subordinación, pudiendo compartir comunitariamente el disfrute de sus productos. En tanto derecho, vendría a ser la

⁴² En este sentido, ver HARNECKER, Marta, *La izquierda en el umbral del siglo XXI. Haciendo posible lo imposible*, Siglo XXI, Madrid, 2000, pp. 223 y ss.

expresión de una prioridad social generalizada, dotada de un alto grado de contenido axiológico y que se articula sobre una actividad, el trabajo humano, gracias a la cual se obtienen los bienes necesarios que están vinculados con el mantenimiento y el desarrollo de la vida. En concreto considera el esfuerzo humano como un derecho fundamental condicionado⁴³ y, a la vez, condicionante pues gracias al trabajo es posible el disfrute de otros derechos, como puede ser el más elemental y básico, el derecho a la vida, además permite la elección entre distintas formas de vida. Con los bienes producidos con el esfuerzo humano, se consigue la satisfacción de aquellas necesidades que se vinculan con el mantenimiento de la vida humana. Además, en función de esta perspectiva es un vehículo más por medio del cual el sujeto se opone a la inercia del sistema.

No obstante, a pesar de su importancia, resulta que es un derecho oculto por las políticas tanto de las grandes empresas capitalistas y de los gobiernos de los países privilegiados, como de las élites de los países periféricos y semiperiféricos. El lenguaje tecnológico, paradójicamente referido a aquella realidad del sistema transformada en empiria que con mayor completud puede operativizar la satisfacción de las necesidades, es uno de los instrumentos utilizados. Veamos de qué forma.

Según Dussel, la relación ética en cuanto relación social es constitutiva fundamental de la relación de producción. Y lo ético y lo moral son las relaciones mismas entre los productores, son la esencia social de las relaciones económicas de producción.⁴⁴ Es más, incluso desde el punto de vista filosófico, la economía es la relación práctico-productiva entre los seres humanos, mediada por el producto del vínculo hombre-naturaleza, siendo la práctica cara-a-cara su última instancia.⁴⁵ Desde esta perspectiva el filósofo argentino interpreta el pensamiento marxiano, hasta el punto de considerar que aquello que Marx desarrolla y funda en su crítica al sistema capitalista como proceso integral de explotación y pauperización del ser humano, es una *Ética de liberación* del trabajador asalariado, descubrien-

⁴³ Por derecho fundamental no se entiende en el sentido jurídico como aquellos derechos humanos que son reconocidos por el ordenamiento jurídico interno de un estado. Se refiere más bien al grado de importancia que posee con relación al principio material de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana.

⁴⁴ *La producción teórica de Marx. Una introducción a los Grundrisse*, Siglo XXI, México, 1985, p. 228.

⁴⁵ Es una relación concreta, real, histórica e institucional. Véase su *Filosofía de la liberación*, Edicol, México, 1976, p. 161.

do el carácter alienante que la moral burguesa despliega. El de *Tréveris* es el ético más significativo en la crítica a la misma. El material del que se sirve, aparte de la *Lógica* hegeliana en cuanto al método, en el cual el mundo está lleno de esencias, fenómenos y apariencias, contiene un componente utópico o trascendental desde el que poder estructurar el proceso alienador del sistema económico. El análisis ontológico del capital sólo es posible desde una posición crítica, metafísica, situada más allá de la totalidad cerrada del sistema económico que lo sustenta, y que aparece desde un *afuera práctico*, desde una esfera exterior con la que poder de-construir su estructura y *constituir a la totalidad del capital... como objeto de análisis. La alteridad no reconocida, la exterioridad es la condición de la práctica de la crítica a la totalidad del capital.*⁴⁶ La sociedad futura para Marx debe permitir la plena realización de la individualidad en la responsable comunitarización de toda actividad humana. El desarrollo universal de los individuos asociados sobre la base de la apropiación y control comunitario de los medios de producción conformarían el *reino de la libertad*, de tiempo libre.⁴⁷ De esta manera, será el concepto de *trabajo vivo* el eje central de la alteridad, la instancia concreta del *más allá* crítico del sistema.

Mediante el trabajo humano el sujeto puede desarrollar su personalidad y sus capacidades libres de dominio. El sujeto del trabajo, el ser humano como tal antes de todo intercambio, antes de ser mediatizado por la institución del mercado como *nada absoluto*, es corporalidad desnuda no objetivada, pero también es *fuentes creadora* de todo valor del capital. Por medio de la actividad laboral, Marx influido por Schelling, define mejor la propia subjetividad de los sujetos. Esta es una *determinación exclusiva de la vida humana* —como “conciencia” y “libertad”, pero al mismo tiempo como *autoproducción o creador: sólo la subjetividad humana trabaja.*⁴⁸ La subje-

⁴⁶ *Hacia un Marx desconocido. Un comentario de los Manuscritos del 61-63, Siglo XXI, México, 1988, pp. 365-366.*

⁴⁷ *De una asociación de individualidades libres, con poco tiempo de trabajo necesario para producir lo necesario para la vida y la civilización —gracias a la tecnología, gran maquinaria, automatización, máquina total—, y máximo tiempo empleado para las “actividades superiores”, materiales y espirituales, es una sociedad “sin clases”, sin pobres. La producción teórica..., op. cit., p. 360.*

⁴⁸ *El último Marx (1863-1882) y la liberación latinoamericana. Un comentario a la tercera y cuarta redacción de “El Capital”, Siglo XXI, México, 1990, p. 372; “Antes de que el trabajo vivo sea valor de uso para el capital, el trabajador es corporalidad distinta, persona libre, pobreza absoluta y desnudez radical por las situaciones que el mismo capital produce como condición de reproducción.” Ver La producción teórica..., op. cit., pp. 16-17 y 178.*

tividad corpórea, la persona como sujeto pleno de derechos, está por encima de cualquier planteamiento objetivista y materialista. El ser humano prima sobre la materia. Mas a lo largo de la historia, los intercambios humanos a partir y como concreción de sistemas productivos y prácticos, fueron lentamente creciendo, se fueron sistematizando. Poco a poco se iban distinguiendo unos de otros hasta que, finalmente, fue el sistema capitalista el que, tras un complejo proceso de desarrollo, se impuso. Los efectos que sobre el ser humano va a ejercitar serán bastante negativos, como consecuencia de sus efectos no intencionales y de tendencia entrópica. El modelo socioeconómico que ofrece está cimentado sobre las bases de la generación de la riqueza y la reproducción del valor de la misma, haciendo pasar al sujeto que la genera a un segundo plano. Por ello, Marx denuncia la injusticia ética producida en el momento que el trabajo vivo es desheredado de su vínculo con el ser humano que produce lo que necesita. La acumulación de la miseria surge en el preciso instante que el sujeto del trabajo es separado del producto que produce. Y es el capital el que pasa a representar el fundamento que subsume en la totalidad del sistema al trabajo vivo, pobreza desnuda, que queda, entonces, como trabajo objetivado, subordinado a la creación del valor. La obtención del plusvalor es la esencia y el objetivo prioritario del capital, que tiende a reproducirse constantemente mediante la explotación del trabajo ejercido por el ser humano. Al quedar éste subyugado y subordinado al capital, el ser humano le cede su subjetividad, cosificándose simultáneamente.⁴⁹

En todo este proceso, el sistema elabora un ordenamiento jurídico que, en su esencia, legitima la primacía del capital sobre la persona humana, encubriendo el verdadero derecho que todo individuo posee: aquel que proviene de la instancia que posibilita los proyectos de vida, el *derecho al trabajo*, garantizador de la fuente de toda riqueza, el *trabajo vivo*. Se invisibiliza la explotación que el capital ejerce sobre el trabajador, persona que ha perdido su individualidad, su libertad y la titularidad de lo que produce, desviando la atención hacia otra parte.⁵⁰

⁴⁹ El concepto de “alienación” se refiere a la apropiación por otro del fruto del producto realizado por el trabajador. La objetivación pasa a manos ajenas. *El último Marx..., op. cit., pp. 380 ss.*

⁵⁰ *La economía política burguesa... parte de la evidencia ideológica, que en realidad oculta la desigualdad, de la igualdad de los que intercambian. Este ocultamiento ideológico permitirá a unos ser propietarios del capital y a otros vendedores de su trabajo; La*

Nuestro autor despliega un análisis de las diversas técnicas de encubrimiento realizadas para embaucar a las víctimas del sistema, para hacerlas y mantenerlas sufridas, dóciles y obedientes. Básicamente todas se resumen en el rechazo de la alteridad y la diferencia como ámbito de existencia humana y en el ejercicio de dominio sobre él. En la descripción que Enrique Dussel hace sobre el efecto inversor que la totalidad del sistema capitalista desarrolla sobre la realidad, generando la dependencia y la pobreza económica de los países de la periferia, nos viene a indicar, además, algunos de los recursos persuasores y encubridores que sus leguleyos hacen para legitimar sus acciones, a través de determinada hermenéutica de los derechos humanos.⁵¹ Uno de ellos se realiza por medio del lenguaje tecnológico, entendido como discurso sobre las necesidades básicas de los individuos.

B. El derecho al trabajo en el lenguaje tecnológico

A través de la tecnología, el desarrollo de las fuerzas productivas adquiere un grado de progreso bastante elevado siendo, correlativamente, mayores las posibilidades de satisfacer las necesidades básicas de toda la humanidad.⁵² Resulta que la política tecnológica predominante en el sistema ca-

"conformación ideal" del capitalismo es la idealización abstracta de la circulación simple donde los sujetos y mercancías son iguales y equivalentes. La producción teórica..., op. cit., pp. 113 y 117.

⁵¹ Señalar que por medio de los conceptos de *trabajo vivo, capital, plusvalor y plustrabajo*, DUSSEL, Enrique, retoma los diagnósticos dados en su momento por la teoría de la dependencia. La transferencia de *plusvalor* de los países dependientes a los de capitalismo central, como efecto de la relación social internacional, está cimentada en la realidad del cara-a-cara, persona-persona que pierde su fundamentalidad por medio de la fetichización del capital, de la cosa valiosa. Como imaginario trascendental, se pierde. La competencia es el marco teórico de la dependencia. Aparentemente, nada humano parece acontecer en ella, pues el proceso de reproducción del capital se desarrolla espontáneamente. En el fondo, resulta que a nivel de la producción el trabajo vivo de la mayoría de las personas de los países subdesarrollados es subsumido como trabajo no pagado dentro del capital (*Hacia un Marx desconocido...*, op. cit., pp. 312 y ss.). El capital tiende a generar y a poner pluspoblación de reserva de la que obtiene el trabajo objetivado, nunca pagado como justo salario equivalente al tiempo realmente empleado en la producción del producto (*La producción...*, op. cit., pp. 189-190).

⁵² *Filosofía de la producción*, Nueva América, Bogotá, 1984, p. 230. La tecnología es la condición de posibilidad para el "trabajo emancipado" al permitir el desarrollo libre de las individualidades y facilitar el logro del reino de la libertad —la utopía marxiana de la asociación de hombres libres—. Ver *La producción teórica de Marx...*, op. cit., pp. 292 a 294.

pitalista, tanto en su versión central como dependiente o periférica, ha sido canalizada por el criterio de la obtención del máximo beneficio que, expresado en términos de inversión tecnológica, se expresa por medio de la rentabilidad. Es la rentabilidad la norma institucionalizada e incorporada en el funcionamiento del propio mercado capitalista, y no la consecución de la satisfacción de las necesidades humanas.⁵³

Ahora bien, siguiendo con el uso de conceptos trascendentales de ausencias que están presentes,⁵⁴ Dussel distingue entre la lógica de los países capitalistas centrales, y la lógica *de los pueblos* de las naciones dependientes en cuanto conservan un componente no capitalista. La primera está inserta en la totalidad del sistema. La segunda viene trazada por la exterioridad al mismo. La tradición de pobreza proporciona y legitima una mejor alternativa en cuanto supone una reacción crítica frente al capitalismo.⁵⁵ El *lenguaje ideológico* sobre la tecnología de la primera lógica, define las necesidades básicas a partir del criterio de *subsistencia*, y desde él se añaden, escalonadamente, una serie de condiciones materiales mínimas que mejoran y hacen más soportable esta subsistencia.⁵⁶ El lenguaje de los pueblos de las naciones dependientes se estructura, en cambio, a partir del *derecho al trabajo, que ve al hombre como un ser productivo, creativo y digno*.⁵⁷ Es este derecho el que mediatiza, y el que proporciona los demás derechos, como son el derecho al pan, al techo, a la educación, etc.

⁵³ *Esta norma es objetiva y obligatoria, y la propia competencia de los capitales la imponen y admite la aplicación de otros criterios solamente dentro de márgenes muy estrechos. Op. cit., p. 234.*

⁵⁴ Idea que tomamos de HINKELAMMERT, Franz, en su explicación del uso de determinados conceptos trascendentales que surgen cuando se manifiestan situaciones de marginación y dominación por parte del poder y se elaboran acciones de resistencia. Con relación al ser humano que grita y se rebela, cuando el sujeto se resiste al sistema que le destruye, al oponerse se desarrolla como sujeto que trasciende al propio sistema. Estamos rodeados de estas ausencias presentes, experimentamos algo que no hay pero cuya ausencia está presente y solicita. Ver "La vuelta del sujeto reprimido frente a la estrategia de globalización", en HERRERA FLORES, Joaquín, (edit.), *El vuelo de Anteo, crítica a la razón liberal y derechos humanos*, Desclée de Brouwer, Bilbao, en prensa.

⁵⁵ Más allá del sistema económico vigente, lo no incluido en la totalidad guardando independencia es la economía de la pobreza, de las clases oprimidas, de las naciones dependientes, subdesarrolladas, "incivilizadas" en aquello que no han sido absorbidas por el sistema. *Filosofía de la liberación, op. cit., p. 166.*

⁵⁶ El contenido de la subsistencia se colma con el consumo de alimentos para vivir. Las condiciones mínimas adicionales son la salud, la vivienda y la educación. *Op. cit., p. 235.*

Para DUSSEL, la ideología es el "conjunto de expresiones semióticas que encubren la dominación." *Filosofía de la liberación, op. cit., p. 189.*

⁵⁷ *Idem.*

Para Dussel, la vida digna se consigue en grandes proporciones por medio del trabajo. La lógica capitalista deslegitima la primacía de la dignidad humana que se obtiene mejor mediante el trabajo, y traslada el problema de la satisfacción de las necesidades básicas a un ámbito de concesiones generosas realizadas por el sistema, descentrando el problema a un marco donde la mera reproducción de la fuerza de trabajo es la protagonista, no su ejercicio. De esta forma se aparta del derecho fundamental al trabajo, derecho *que puede y debe estructurarse orgánicamente en forma de participación y ejercicio de un poder fundamentado en un derecho real de los pueblos*⁵⁸ y que incluye, como otros derechos básicos, todos aquellos implicados en el derecho fundamental a la vida como son el derecho a la salud, el derecho a la paz, el derecho a la educación, y el derecho a la seguridad.⁵⁹

Si tuviéramos que expresar los criterios de justicia dados por el autor argentino sería de la siguiente manera: el ser humano posee un derecho fundamental como es el *derecho a la vida*. Tal derecho fundamental está rodeado de otra serie de derechos también considerados fundamentales, en donde el derecho al trabajo sobresale al resto, pues se encarga de proporcionarlos. Los mediatiza. Aunque cada uno de ellos representa un tipo de necesidad básica, lo que el discurso ideológico capitalista trata de hacer es encubrir su rango de *derechos humanos fundamentales*, reduciéndolos a ser meras necesidades humanas básicas subordinadas al funcionamiento de la economía capitalista.⁶⁰

Aquí nuestro autor se enfrenta a la tesis desarrollista del Nuevo Orden Económico Internacional que se basa en la jerarquización que sitúa en primer lugar a las necesidades básicas, y después, a los derechos y las libertades. La diferencia con respecto a Dussel y el mismo Hinkelammert reside en que este orden de prelación a favor de las necesidades se realiza anulando la capacidad activa de los sujetos. El concepto de desarrollo se separa del disfrute y el ejercicio de los derechos, como si fuera una instancia anterior y previa. No es lo mismo una mediación cuya lógica de funcionamiento es promocionar condiciones de vida para que los sujetos, además, actúen, que otra cuyo propósito es fomentar el paternalismo, la pasividad y el

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Op. cit.*, pp. 235-236.

⁶⁰ El mismo DUSSEL, contrario a ella, señala que *más que necesidades humanas básicas se trata, en esta óptica, de derechos humanos fundamentales cuyo incumplimiento va mucho más allá de un lamentable accidente de mal funcionamiento de la economía*. *Op. cit.*, p. 236.

asistencialismo. Esta estructura constituye una fuente de manipulación económica y de promoción de dictaduras porque ordena y define por otros, sin ninguna legitimidad, cuáles son las necesidades básicas. No hay una administración democrática ni participativa. Además, se supedita a los sujetos a la lógica de perfección del mercado.

Frente a ello, se debe evitar cualquier visión deformadora, y se deben ofrecer criterios y prioridades que prioricen a los sujetos y partan de un correcto escalonamiento, junto a los objetos con las que se satisfacen, a las necesidades básicas entendidas, sin duda alguna, como derechos fundamentales. Teniendo todos como referente a la *vida humana digna y libre*, el derecho al trabajo es el primero. El pan, la salud, la educación, etc. vienen después. No se trata de proporcionar pan y techo sin trabajo.⁶¹

Mediante el derecho al trabajo el ser humano consigue la forma más íntegra de autorrealizarse. Es un derecho que poseen los pueblos de todo país dependiente debido a que la exterioridad al sistema está más presente en ellos que en los países de capitalismo central, y en los centros de decisión de los países periféricos.⁶² Pero resulta que este derecho queda oculto, de forma ideológica, refrendándose jurídicamente, mediante un discurso que señala la posibilidad de todo ciudadano, de obtener, mediante *servicios sociales*, aquello que el sistema de trabajo no puede ofrecerle. En principio esto no es negativo, pero cuando se absolutiza la dimensión secundaria del esfuerzo humano, se convence a todo individuo que el derecho al trabajo no es un derecho esencial, que el trabajo no es la dimensión más humanizante de las personas. ¿De qué forma?

Debido a que ni las condiciones económicas, ni el mercado de trabajo, ni la situación internacional puede garantizarlo, se traslada su valor esencial a la necesidad básica de subsistencia, acentuando aquellas otras necesidades "secundarias" nacidas del mismo ejercicio del trabajo humano, pero satisfechas ahora, no por el mismo ser humano, sino por órganos mediadores subordinados a las pautas que el capital instaure por medio del mercado. Mediante la sustitución del derecho al trabajo por las prestaciones que el estado y las empresas pueden realizar, se convence a los más desfavorecidos de que no tienen posibilidad alguna de autorrealizarse. Sus posibili-

⁶¹ *Idem*.

⁶² *El lenguaje de los pueblos de las naciones dependientes se estructura a partir del derecho al trabajo, que ve al hombre como un ser productivo, creativo y digno. Filosofía de la producción, idem*.

dades humanas quedan subordinadas al son que marca el sistema.⁶³ Se jerarquiza el criterio de satisfacción de las necesidades absolutizando, principalmente, la institución del mercado.

En la actualidad los criterios por los que la tecnología se rige no son compatibles con los marcados por aquellos otros en los que priman la satisfacción de las necesidades básicas de la población mundial: trabajo, pan y techo.⁶⁴ Dussel propone la tarea de *transformar el conjunto tecnológico de modo tal que cada hombre pueda a través de su trabajo asegurarse una vida digna compatible con el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas existentes en su propio contexto.*⁶⁵ Es necesario sustituir el criterio de la rentabilidad por el criterio de la satisfacción de las necesidades humanas básicas. La transformación de la estructura económica vigente es por ello necesaria y urgente. Siguiendo la propia lógica de su discurso es consecuente: hay que salir del sistema para que la dignidad de los sujetos corporales, concretos y necesitados se haga valer.

El derecho del sistema capitalista camufla la esencialidad del trabajo humano y anula el reconocimiento de los sujetos. Pese a ser el encargado principal de producir los bienes que posibilitan la satisfacción del resto de necesidades humanas básicas, en realidad, a la necesidad que se protege programáticamente, no de forma totalmente obligatoria, es a la necesidad de subsistencia. Queda a merced de un correcto funcionamiento del sistema, no en función de la vida de los sujetos. Las condiciones económicas no permiten que el derecho al trabajo, el derecho al alimento y el derecho a la vivienda, por ejemplo, sean reconocidos de forma vinculante, aunque el desarrollo tecnológico posea la capacidad suficiente para proporcionar tales derechos en cuanto representantes de aquellas necesidades más íntimamente ligadas con el mantenimiento de la vida de los colectivos más pobres y, por extensión, de toda la comunidad terrestre.⁶⁶

⁶³ Se legaliza la injusticia bajando de nivel ético a la necesidad humana básica de trabajar, y a todas aquellas mediatizadas por el trabajo: salud, alimento, etc. A todas estas necesidades básicas se las pasa del rango de derechos humanos *fundamentales* al rango de *meras* necesidades humanas. De esta forma, los sujetos se supeditan al sistema.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 237.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Decir que nuestro autor no está en contra de las prestaciones sociales ejercitadas por el Estado, sino contra la ideología subyacente en esas prestaciones: el individuo no tiene un derecho humano fundamental al trabajo, sino una necesidad de subsistencia, que no necesariamente se obtiene mediante el trabajo. Dussel es partidario de una mayor intervención del Estado como actor asignador y distribuidor de recursos. *Idem*, pp. 237-238.

En definitiva, el trabajo posee una radical importancia para todo ser humano y, sobre todo, para la mayoría oprimida y pobre. El trabajo es una *actividad humana específica* de apropiación natural y social y de creación de objetivaciones cada vez más complejas. Además, produce objetos que satisfacen necesidades y proporciona las bases para la creación de nuevas necesidades. Sobre él mismo sí se proyectan una serie de preferencias que le otorgan cierto grado de importancia, porque permite la apropiación social de las capacidades humanas. Y cada contexto cultural reclamará una serie de capacidades concretas.⁶⁷ En el lenguaje dusseliano creemos ver un criterio de justicia en el que el *derecho al trabajo* desempeña un papel insustituible, humanizador. Si se niega como tal, se impide a muchos colectivos pobres desplegar su ser distinto, libre e incondicionado. Es más, se les prohíbe poder desarrollar aquellas objetivaciones y aquellos valores generados a lo largo de la historia cultural propia de cada sociedad, nación o pueblo. Y en cuanto inmersos en la pobreza, sería una manera de excluirlos de la comunidad real de comunicación hegemónica, obligándoles a aceptar las pautas establecidas por el sistema sin que éste haga nada por adaptar algo de ellos. El trabajo humano es el primer elemento que conforma la capacidad del ser humano para autorrealizarse individual y comunitariamente, no un remanente subordinado a unas necesidades primarias. Y toda política económica, apoyada por los mismos ordenamientos jurídicos, debe estar dirigida a su reconocimiento absoluto.

⁶⁷ *Los derechos humanos humanos desde... op. cit.*, pp. 55-56.

LA BIOTECNOLOGÍA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE UN PAÍS "EN VÍAS DE DESARROLLO"

Susana BARROSO MONTERO

Sin duda alguna, la biotecnología es algo que parece novedoso para aquellos que nos dedicamos al derecho, pero sucede que la materia ha dejado de ser exclusiva de los biólogos, abandonando el ámbito de los laboratorios y las discusiones científicas y cobrando especial importancia en los últimos años para especialistas de diversas ramas del conocimiento.

Se puede definir la biotecnología como "toda aplicación tecnológica sobre organismos vivos o sus derivados, con la finalidad de crear o modificar algún producto o proceso específico".

Todo ser vivo contiene información genética que se comporta de acuerdo con leyes naturales pero, cuando dicha información es manipulada por el hombre habrá que valorar los resultados de su manejo poniendo en la balanza tanto sus efectos benéficos como los perjudiciales.

Ante el comportamiento de la naturaleza bien poco podemos hacer, por lo tanto sería inútil realizar juicios de valor sobre sus consecuencias, pero cuando la naturaleza es modificada por acciones del ser humano, es obligación del Estado intervenir en aras del bien común, el que deberá anteponerse siempre a los intereses individuales.

La biotecnología es un tema que, como muchos otros, tienen que abordar los países "en vías de desarrollo" sin estar aún verdaderamente preparados para enfrentar sus consecuencias y quedando en desventaja ante los países del primer mundo.

Por lo anterior y para evitar que las acciones de unos pocos puedan afectar la conservación de los ecosistemas, el medio ambiente e incluso la salud del ser humano, es necesario y urgente reglamentar, hasta donde sea posible, la utilización, modificación y comercialización de material genético.

En México, como en otros países en vías de desarrollo, es relativamente reciente la preocupación por la biotecnología. Sin embargo, en los países desarrollados, donde el manejo y la utilización de material genético es cada vez más redituable, se muestra una verdadera urgencia para que se tomen medidas en relación con dicho tema.

Debido a que se requieren cuantiosas inversiones para llevar a cabo el desarrollo de biotecnología, son las grandes empresas investigadoras o comercializadoras las que promocionan con mayor entusiasmo la adopción de medidas legales que les permitan asegurar la recuperación de su capital y protegerse de terceros que pretendan aprovecharse del resultado de su trabajo.

Por supuesto que el interés que impulsa a estas empresas no es el de beneficio social o preservación de los recursos naturales, sino el de acaparar un cuantiosísimo negocio.

En foros internacionales se ha discutido sobre la vía idónea para brindar la garantía jurídica que buscan las empresas investigadoras. La tendencia hasta ahora es la de encuadrar la protección dentro del campo de los derechos intelectuales para otorgar a la persona física o moral que lleva a cabo la investigación la exclusividad de los derechos de explotación económica de los productos derivados de la misma.

En algún momento se planteó la posibilidad de encuadrar la protección dentro del marco legal del derecho de autor. Se llegó incluso a sostener que si los programas de cómputo habían sido asimilados a la obra literaria en la mayoría de las legislaciones, era también posible asimilar los códigos genéticos, puesto que había una similitud entre el lenguaje binario de las computadoras y el que se utiliza para describir el comportamiento del ADN.

El razonamiento anterior pretendía basarse en que el código génico está formado por cromosomas; el cromosoma está formado por ADN, el cual a su vez presenta cuatro elementos o bases, que se unen entre sí, siempre en pares (ATGC: adenina, timina, guanina y citosina) para formar diferentes combinaciones que dan lugar a las proteínas. El resultado de estas combinaciones podría ser representado en forma de texto y así entonces se podría asimilar a una obra literaria.

Por otra parte, se planteó la posibilidad de señalar la ubicación de un determinado "gen" dentro de un cromosoma y expresarlo como un mapa, entonces podría protegerse de la misma manera que la topografía de circuitos integrados o "microchips".

En este punto cabe señalar que no existe un criterio generalmente aceptado sobre el mejor lugar para ubicar la protección de microchips aun cuando en México ya ha sido incorporada como propiedad industrial.

A pesar de ésta y otras opiniones, parece que el derecho de autor no es el lugar idóneo para incluir disposiciones sobre biotecnología. Principalmente, porque los productos o procesos que resultan de la investigación y manipulación de material genético no pueden ser asimilados a obras literarias o artísticas y además, porque en todo caso, la protección no resultaría suficiente para lograr la exclusividad en el manejo de la información o de la investigación que conforma la obra pues, aun cuando la información genética pudiera constituir el tema central de la misma, lo que protege el derecho de autor es la expresión literaria y no las ideas contenidas en ella.

En el campo de la propiedad industrial es donde la biotecnología ha logrado un mejor acomodo al tomar elementos de protección como los que otorga la Ley de Propiedad Industrial a los inventores o mejoradores de algún invento para aplicarlos a los obtentores de nuevas variedades vegetales o animales.

Tampoco esta asimilación resulta del todo afortunada, pues los resultados obtenidos de la observación e investigación de organismos vivos con una composición génica natural, no son producto de la inventiva humana, sino descubrimientos y por lo tanto no son, de ninguna manera, patentables.

Sin embargo, en el momento en que se pasa de la observación y la investigación científica a la modificación del material genético por la intervención humana es cuando se plantea el problema acerca de la conveniencia y la validez de otorgar derechos exclusivos oponibles a terceros al investigador sobre sus modificaciones o sobre los productos derivados de las mismas.

En 1979, una decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos sentó un importante precedente al decidir que "...una bacteria, alterada genéticamente, no es una creación de la naturaleza, sino del hombre y es, por lo tanto, patentable..."

Como consecuencia de dicho criterio, actualmente encontramos muchísimas patentes sobre modificaciones genéticas, incluso de material humano, como es el caso de la que obtuvo a su favor la Universidad de California en 1989 sobre la línea celular del bazo de un paciente.

En este caso, los médicos descubrieron que el material celular de un paciente presentaba una resistencia especial a la leucemia y solicitaron y obtuvieron la protección de dicho material para realizar investigaciones en exclusiva.

Lo importante desde el punto de vista jurídico es que una persona dio su autorización para que se le practicara una operación y no para que se llevaran a cabo experimentos o investigaciones en su cuerpo, además del hecho de que la línea celular fue patentada sin la autorización, ni siquiera conocimiento, del paciente.

El paciente demandó a la Universidad con base en que la línea celular de su bazo, por supuesto, le pertenecía y que había una invasión a su privacidad, puesto que no podía haber nada más personal que su propio cuerpo y él nunca había expresado su consentimiento para la realización de experimentos.

Sorprendentemente la Corte falló en su contra respondiendo sencillamente que "...no se puede oponer el interés particular al avance de la ciencia..."

Decisiones como la anterior pueden derivar en peligrosas modificaciones de la escala axiológica de las generaciones presentes y futuras, pues al variar los criterios acerca de aquello que hemos considerado como natural, ético o justo, cambiaría también nuestra manera de relacionarnos con otros seres humanos y con el medio ambiente.

Si aunamos lo anterior a un esquema de mundo globalizado como en el que nos vemos inmersos, resulta de vital importancia plantear principios de validez general para la convivencia e incluso para la supervivencia.

Si la comunidad internacional no logra ponerse de acuerdo en el orden de importancia que habrán de tener valores como la vida, la salud, el bienestar social y el lucro individual o empresarial, se impondrá inevitablemente el poder económico sobre todo lo demás.

Es comprensible que, al enfrentarse a nuevas tecnologías, conceptos o conductas que la sociedad considera que deben de ser protegidos en un momento determinado, el legislador les busque acomodo dentro de alguna disposición legal vigente, pero a veces resulta que no hay una legislación adecuada para encuadrar la nueva situación de manera eficiente.

Es el caso de la protección del material genético, México ha aceptado compromisos internacionales, sin tener una idea precisa de la importancia y consecuencias que ello puede representar.

Con frecuencia se asiste a foros internacionales sin tener los conocimientos o la preparación adecuada en los temas que se van a discutir y se firman tratados y convenios, aceptando compromisos frente a la comunidad internacional que tendrán que ser incorporados a nuestra legislación interna.

Por ello, muchas veces sucede que hasta que un concepto se encuentra incorporado en la ley, e incluso reglamentado, es cuando nos damos cuenta de los alcances del compromiso adquirido internacionalmente.

Como ejemplo de lo anterior tenemos la Ley Federal de Variedades Vegetales. Esta ley nació como resultado de la firma *ad-referendum* de México al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), en su versión 1978, aun cuando la ley fue publicada con anterioridad al texto del Convenio.

El Convenio se firmó *ad-referendum* en 1979 y se aprobó por la Cámara de Senadores hasta 1995. La ley se publicó el 25 de octubre de 1996 y el texto del Convenio fue promulgado y publicado en el *Diario Oficial* de 20 de mayo de 1998.

En la Ley Federal de Variedades Vegetales se incorporaron los lineamientos generales del convenio internacional, pero sin tener una idea clara de qué es lo que a nuestro país le interesa proteger y de qué manera.

Las premisas principales del Convenio consisten en otorgar un derecho exclusivo de explotación al obtentor de una variedad vegetal nueva y en someter a la autorización previa del que fuera reconocido como tal, la producción con fines comerciales, la puesta a la venta y la comercialización de la variedad obtenida y protegida.

El primer problema al que se enfrenta el legislador al trasladar tales disposiciones a nuestro derecho interno es que el derecho de exclusividad para el obtentor no cabe dentro de los parámetros de nuestra legislación vigente, ni dentro del derecho de autor ni tampoco dentro de la Ley de Propiedad Industrial, ya que esta última, en su art. 16, excluye expresamente de la obtención de patente a las variedades vegetales.

Con el objeto de salvar el obstáculo anterior, en la Ley Federal de Variedades Vegetales se incluyó un nuevo sistema de registro para los títulos de obtentor, mismo que depende de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural. Además, se creó un Comité Calificador de Variedades Vegetales integrado por un representante del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, uno de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca y uno de las instituciones públicas nacionales de investigación agrícola. El Comité es presidido por la Secretaría de Agricultura.

El objeto del Comité es determinar la procedencia de las solicitudes de título de obtentor y su inscripción, además de brindar su opinión para la formulación de Normas Oficiales Mexicanas, relativas a la caracterización y evaluación de variedades vegetales.

De lo anterior se puede observar que la decisión acerca de la procedencia de solicitudes para el título de obtentor de variedades vegetales quedó como atribución de la Secretaría de Agricultura. Suponemos que el apoyo

del Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual también será importante por la experiencia que tienen en el otorgamiento de derechos exclusivos de explotación, sin embargo, la participación de la Secretaría de Medio Ambiente es casi nula, cuando debería ser primordial con el objeto de prevenir riesgos para el medio ambiente o para la biodiversidad.

Por otra parte, México también es Estado miembro del Convenio sobre la Diversidad Biológica, publicado en el *Diario Oficial* el 7 de mayo de 1993, en el cual se establecen algunos lineamientos generales para el acceso a recursos genéticos y para la transferencia de tecnología y la asistencia que habrán de otorgar los países desarrollados a aquellos que se encuentran en vías de desarrollo, lo cual parece más bien una carta de buenas intenciones que un acuerdo internacional.

Al respecto es importante subrayar que México ha dado celeridad a la incorporación dentro de su derecho interno de las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica y que Estados Unidos ni siquiera lo ha firmado, no obstante ser uno de los principales beneficiados con el Convenio.

Muchos de los conceptos incluidos en este Convenio son de difícil aplicación en nuestro país, por ejemplo, el caso de Organismos Vivos Modificados (OVM o transgénicos), los que no han sido objeto de legislación interna y ni siquiera de definición.

Además, señala el Convenio, que cada parte contratante identificará los componentes de la diversidad biológica que sean importantes para su conservación, lo cual resulta improbable ya que no hay en México una taxonomía confiable de vegetales o microbios existentes en el territorio nacional.

Integrar la protección de material genético en un cuerpo normativo existente, o crear uno nuevo *ad-hoc*, no representa un problema de fácil solución debido a que el tema se encuentra íntimamente ligado al régimen de propiedad que cada Estado adopte.

En el caso de los países en vías de desarrollo, es fundamental despertar una conciencia de propiedad sobre sus recursos naturales pues, como suele suceder, los países proveedores de materia prima son los países llamados "subdesarrollados". La biodiversidad se encuentra claramente concentrada en los continentes africano y americano, en este último marcadamente a partir de México hacia el sur.

Por otro lado, como también suele suceder, los países que poseen la tecnología, los conocimientos y la infraestructura necesaria para llevar a cabo el desarrollo de las investigaciones conducentes a lograr nuevas varie-

dades de aplicación en cosmetología o medicina, son los países altamente desarrollados, principalmente los europeos, los escandinavos, así como Estados Unidos y Canadá.

Cada vez más, las grandes empresas transnacionales farmacéuticas o cosmetológicas están interesadas en obtener materia prima, ya no sólo de las plantas y animales, sino también de los microbios o de los microorganismos que se encuentran en determinado ecosistema.

Durante años, el mundo ha venido basando su riqueza económica en la explotación de recursos naturales no renovables, como el petróleo. Estos recursos han sido tomados principalmente de pozos de países en vías de desarrollo que paradójicamente, con toda esa riqueza natural en su territorio, siguen en vías de desarrollo y cada vez más lejos de llegar a un desarrollo pleno, económicamente hablando.

El concepto ha cambiado, ahora se vuelve la mirada a los recursos naturales renovables y es momento de que los países en vías de desarrollo, entre ellos México, tomen clara conciencia de la soberanía que deben ejercer sobre sus recursos y de la importancia económica que ellos representan, pues no resulta exagerado el término de "oro verde", con el que se ha dado en llamar a los recursos genéticos.

Si imaginamos un futuro, donde la exclusividad de la explotación del material genético pudiera quedar en unas pocas manos, tendríamos que ver que esas pocas manos serán quienes decidirán el destino de la humanidad.

En México, el concepto jurídico de la propiedad se desprende del art. 27 constitucional, cuya primera premisa resulta suficiente para dotar a la nación del poder absoluto de disponer de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.

Si, "...la propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde *originariamente* a la nación, la cual tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares...", es claro que será el Estado quien deberá regular el manejo de todos los recursos naturales comprendidos dentro de sus límites territoriales y que la única justificación a la que deberá atender con sus actos es a la búsqueda del bien común de sus habitantes.

En la Ley General de Bienes Nacionales, Reglamentaria del art. 27 constitucional, no han sido incorporados los conceptos incluidos en leyes posteriores como en la Ley General de Equilibrio Ecológico y de Protección al Ambiente y sus últimas reformas de 1996.

En esta decisión cabe advertir el criterio, durante mucho tiempo sostenido por la doctrina, de que el dolor, el daño moral, no tenía precio, ya que dada su especial naturaleza no podía ser cuantificado. Ciertamente es difícil coincidir en el valor que pudiera darse a la vida de un familiar o amigo, o cuánto es suficiente para resarcir el dolor causado a una madre que ve sufrir a su hijo o esposo; o el que origina la pérdida de una cosa con un alto valor estimativo.

Cabe también señalar que se advierte en este criterio judicial la distinción de tres tipos de responsabilidad, no expresamente mencionados por la legislación civil: contractual, extracontractual y objetiva o por riesgo creado. Conforme a la interpretación realizada, de estos tipos de responsabilidad pudiera derivarse un daño moral.

Este mismo Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito señaló respecto de lo que ha sido llamado por la doctrina daño por “pérdida de chance”, lo siguiente:

DAÑO MORAL. LOS PADRES DEL MENOR FALLECIDO TIENEN LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR SU REPARACIÓN, CUANDO FORMULAN ESA RECLAMACIÓN POR LA AFECTACIÓN SUFRIDA EN LO PERSONAL CON MOTIVO DE LA MUERTE DE AQUEL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El art. 1801 del Código Civil del Estado de Chihuahua define al daño moral como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás; luego, y dados los términos de esa definición legal, es claro que la pérdida de un hijo afecta moralmente y de manera directa a los padres de este último; por tanto, es evidente que los padres del menor fallecido poseen legitimación para reclamar ese daño moral que sufrieron en lo que a sus personas corresponde, con la defunción de su hijo, pues además de sufrir el daño afectivo que en sí mismo implica una pérdida de esa naturaleza, también implica la pérdida de un posible soporte económico que recibirían de dicho menor de haber éste continuado con vida; distinta situación sería, si los padres reclamaren sustancialmente la reparación del daño sufrido directamente por su menor hijo con motivo de haber perdido la vida este último, ya que en esta hipótesis pudiera considerarse, que la legitimación para reclamar ese tipo de daño, corresponde a la sucesión del menor, por tratarse de un derecho que ingresó al patrimonio de éste; lo anterior se estima de esa manera, pues una hipótesis es el que los padres reclamen el daño moral que sufrieron ellos en su persona, con la muerte de un hijo, pues en este caso la reparación que se busca con este tipo de reclamación va enfocada al daño moral sufrido por

ellos en lo personal, por lo que si éstos buscan ese tipo de reparación, es claro que están legitimados para ello, dado que no reclaman la reparación del daño sufrido directamente por el hijo por el hecho de la defunción, sino el daño sufrido por ellos con la pérdida de este último; mientras que distinto caso resulta cuando se reclama el daño sufrido directamente por el hijo con la privación de su vida, ya que en esta hipótesis podría llegar a considerarse que a quien correspondería hacer efectivo el derecho a la reparación de ese daño, sería a la sucesión del menor fallecido, en tanto que pudiera también estimarse que ese derecho ingresó a la masa hereditaria de esa sucesión. (XVII.1o.13 C)¹¹⁸

Para concluir este apartado dedicado a la novena época, y saliendo del ámbito civil, vale la pena mencionar tres criterios sobre daño moral dictados por los tribunales federales en materia penal. El primero de ellos, bajo el rubro DAÑO MORAL EN EL PROCESO PENAL. DEBE ESTAR ACREDITADO PARA QUE PROCEDA LA CONDENA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA), señala que conforme al ordenamiento penal “la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. Esta última constituye pena pública... y ... abarca la restitución de la cosa obtenida o su valor comercial, como su indemnización del daño material o moral y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados”. En tal sentido se menciona que la reparación del daño se exigirá de oficio por el Ministerio Público determinando su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso” y considera “inconcusos que no puede condenar al pago de la reparación del daño moral, cuando no se rindió ninguna prueba tendente a demostrar su existencia, con motivo del delito del ilícito cometido”. (VI.P.J/2)¹¹⁹

La segunda tesis en materia penal, bajo el rubro REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL. CONDENA. PAGO DE, DEBE ATENDERSE CAPACIDAD ECONÓMICA, dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Penal y Administrativa del Segundo Circuito, señala que “aunque en la sentencia de primer grado no se haya precisado que se trataba de un daño moral por la naturaleza de los delitos cometidos, y la circunstancia de que para la cuantificación del monto del daño causado se remite a la legislación laboral, ello no implica que deba desatenderse a la capacidad económica del sentenciado por estar expresamente determinado en el art. 32 del Código Penal para el Es-

¹¹⁸ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación*, marzo 2000, pp. 979-980.

¹¹⁹ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación*, febrero 2000, p. 926.

tado de México. De ahí que para la reparación del daño moral en cuanto a su pago debe atenderse a la capacidad económica del obligado a ello y si no quedó acreditada tal capacidad, la condena al pago de daño moral es ilegal". (II.2o.P.A.1 P)¹²⁰

Si recordamos, el criterio judicial ha sido dispar en tratándose de la capacidad económica del obligado y de la víctima como factor decisivo en la condena al pago del daño moral en materia civil.

La última interpretación, dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Penal del Segundo Circuito, bajo el rubro REPARACIÓN DEL DAÑO. PARA SU CUANTIFICACIÓN EN MATERIA FEDERAL DEBE ACUDIRSE A LA LEGISLACIÓN LABORAL, señala que "si bien es cierto que por su naturaleza tanto el daño moral como el material son autónomos, también lo es que su reparación constituye pena pública y que en términos de lo dispuesto por el art. 399, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales, dicha reparación debe abarcar ambos aspectos. Pero como en la legislación sustantiva no se prevé expresamente la forma en que deberá cuantificarse el monto de tales daños, debe acudirse al mencionado dispositivo del código adjetivo penal federal, que remite a la Ley Federal del Trabajo para efectos de garantizar el monto de la reparación del daño cuando se trata de delitos que afectan la vida o la integridad corporal". (I.2o.P.54 P)¹²¹

Es evidente que el tema no se agota en estas líneas, que tienen por objeto mostrar en mínima parte lo abundante de su tratamiento y lo inexplorado del mismo. Los nuevos paradigmas en materia de protección del individuo y el avance de los derechos humanos seguramente replantearán la cuestión. En este momento, la situación del daño moral en la jurisprudencia mexicana ha sido expuesta de manera breve en este trabajo.

VI. PALABRAS FINALES

El tratamiento de la persona, y los problemas con ella vinculados, es fragmentario en el derecho mexicano, puesto que las concepciones de persona que se tienen en el ámbito civil, constitucional y penal dificultan una visión integral de la misma. Se hace así necesario un nuevo enfoque, o va-

¹²⁰ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. II, julio de 1995, p. 269.

¹²¹ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. VII, mayo de 1998, p. 1063.

rios, que atiendan la posición central de la persona en el ordenamiento jurídico.

Nuestro sistema jurídico es de corte positivista, y aun cuando se ha ganado terreno con la aplicación y proyección de los criterios judiciales, el hecho de encontrarse limitado por el principio de la relatividad de la sentencia, nos orilla a pensar que quizá sea necesario elevar a nivel constitucional la institución de los derechos de la personalidad, a efecto de que las normas estatales contemplen y regulen a los mismos y se establezcan los mecanismos procesales, civiles o penales, para la satisfacción de las víctimas en casos de vulneración ilegítima.

Incluso, sin necesidad de recurrir a la incorporación constitucional puede pensarse en la interpretación derivada del hecho de que el art. 6o establece que la manifestación de ideas tendrá por límite la moral y los derechos de terceros, así como en el caso de que provoque algún delito o perturbe el orden público; en el 7o la libertad de escribir y publicar pone por límites la vida privada, la moral y la paz pública; en el art. 14 se prevé la protección de la vida, de la libertad, propiedades, posesiones y derechos; asimismo, el art. 16 protege la injerencia en los ámbitos de la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; el mismo numeral 16 establece la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. El art. 20 prevé la reparación del daño causado por algún delito. El art. 24 garantiza la libertad de creencias.

Por si todo lo anterior no bastara, el art. 133 eleva al carácter de norma suprema el texto de los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados por el Ejecutivo federal con aprobación del Senado. Con tal bagaje constitucional es seguro que la inclusión saldría sobrando. Y es que en la actualidad la protección dispensada a los bienes de la personalidad, tanto en el derecho civil, como penal, garantizan su protección ante hechos dañinos.

Pero si se considerara necesaria y se lograra, la aceptación constitucional expresa de los derechos de la personalidad, deberá originar en la legislación civil disposiciones a través de las cuales se establezcan enunciativamente, aunque quizá no limitativamente, el contenido de cada uno de los derechos o bienes protegidos. La norma civil debe ser, no queda duda, la encargada de satisfacer la exigencia de protección y reparación de los derechos de la personalidad.

Es nuestra idea que el sistema jurídico mexicano se enriquecerá de esta manera, pues el establecimiento de tales disposiciones provocará la con-

cientización de todos los hombres y mujeres, acerca de la revaloración de su dignidad personal, frente al Estado y frente a sus iguales. Es lamentable que en nuestra cultura esté arraigada una visión que preferencia el actuar del Estado frente a la salvaguarda de los derechos fundamentales del hombre. No es que se haya olvidado del papel de la ley (constitución, ley, reglamento, código, etcétera) como límite al actuar del Estado, sino que se ha relajado tal principio.

Por otra parte, de frente a la posibilidad de que se emita un nuevo código civil, específico para el Distrito Federal, es importante que se regule de manera adecuada lo relativo a los derechos de la personalidad, pues recordemos que en no pocas ocasiones el obrar legislativo de la capital de la República incide en el de las entidades federativas.

El derecho, y sobre todo el que conocemos como derecho privado tiene que atender a una función prioritaria de nuestro tiempo: la tutela de la persona. Por ello, retomamos la frase de Irti, un prestigiado profesor italiano, quien señala: "El civilista es un intelectual militante para la defensa del individuo",¹²² y nosotros agregamos, esta defensa será la mejor, cuando podamos determinar con claridad qué es lo que estamos defendiendo, es decir, contestar cabalmente y de manera (casi) definitiva la interrogante: qué son los derechos de la personalidad y el daño moral, instituciones que se encuentran en plena evolución en el sistema jurídico mexicano.

¹²² ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo de, "El derecho de la persona en Europa hoy", *Estudios de Deusto*, núm. 44/2, Bilbao, 1996, p. 30.

240 AÑOS DEL I. Y N. COLEGIO DE ABOGADOS DE MÉXICO

Alejandro MAYAGOITIA*

Señores miembros de la Junta de Honor de este Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México;

Damas y caballeros, estimadísimos colegas que nos honran con su presencia:

La tarea que hoy me ha encomendado el Sr. Presidente de nuestro Colegio es doblemente difícil: primero porque implica hacer un recorrido de doscientos cuarenta años de historia y, segundo porque se espera que lo lleve a cabo en diez o quince minutos. Por ende, desde luego, entraré en materia con las prevenciones y el temor impuestos por semejante labor.

A fines de mayo de 1758, un grupo de abogados del foro de la capital virreinal, encabezados por el Sr. Lic. don Baltasar Ladrón de Guevara, padre de este Colegio, con la intención de remediar la triste situación por la que pasaban los letrados enfermos y sus familias, especialmente cuando aquéllos fallecían, solicitaron y obtuvieron de las máximas autoridades novohispanas —el virrey y la Real Audiencia— permiso para reunirse con los demás letrados de la ciudad para tratar acerca de la conveniencia de fundar un colegio que tuviera como sus principalísimos fines el mutualismo y la dignificación de los abogados. Hasta entonces sólo existía una congregación bajo la advocación de S. Juan Nepomuceno que, ni estaba formada toda por letrados, ni tenía los propósitos que se deseaban imprimir al Colegio, ni era un cuerpo laico como el que se quería formar.

Después de algún tiempo, una comisión de diez abogados, encabezada por el Ilmo. Sr. Arzobispo electo de Manila, don Manuel Antonio Rojo del

* Discurso pronunciado el 13 de julio de 2000, por su autor, con ocasión de ser nombrado su cronista.

Río y Vieyra y a la que también pertenecía nuestro don Baltasar, terminó el proyecto de los primeros estatutos. Éstos fueron aprobados por la Majestad del Sr. don Carlos III el 21 de junio de 1760, quedando la fundación bajo la especial protección del Rey, con el título de Ilustre —el cual con razón se conserva— y constituida a imagen y semejanza del Colegio de Abogados de Madrid.

La vida inicial del Colegio giró, principalmente, alrededor de los conflictos que generaba la aplicación de su normatividad en la admisión de socios, ello porque la matriculación era obligatoria y no todos los aspirantes cumplían con los requisitos que se les exigían.

La rica experiencia acumulada en casi cincuenta años de vida fue la que se recogió en los segundos estatutos del Colegio, elaborados en 1808 por el Lic. don Antonio Ignacio López Matoso, prominente miembro del foro de aquel tiempo.

Un aspecto fundamental de las actividades del Ilustre y Real Colegio de México, fue el académico. Desde 1794 se había ordenado establecer una Academia Teórico Práctica de Jurisprudencia, donde debían estudiar los aspirantes a abogados durante su pasantía. Sus estatutos se elaboraron hasta 1807 y no abrió sus puertas sino el 23 de enero de 1809.

La Independencia, en la cual participaron varios miembros del Colegio, trajo consigo cambios fundamentales para el gremio. Lo más notable fue una nueva mentalidad que hizo odiosos el estatuto de limpieza de sangre, que desde 1760 dominaba el proceso de admisión de miembros, y el privilegio del Colegio, consistente en que sólo sus agremiados podían litigar en los tribunales superiores, el cual fue destruido por una ley de 1 de diciembre de 1824. Por estas circunstancias el Colegio tuvo que reordenar su vida y así se redactaron unos nuevos estatutos, publicados en 1829, según los cuales los fines de la institución se tornaban en sólo intelectuales y mutualistas. Con estas nuevas directrices se inició una etapa de esplendor: la Academia, que había cerrado, volvió a funcionar en enero de 1831; una ley previa, de agosto de 1830, la había puesto bajo el gobierno del Colegio; por otra parte, en 1832 la matrícula y los fondos habían aumentado considerablemente.

Es evidente que la vida del Colegio, como la de sus miembros, no podía desligarse de la nacional. Los cambios de gobierno y la inestabilidad afectaron muchas veces su desarrollo, especialmente cuando se dictaban leyes sobre administración de justicia o sobre educación; aquéllas variaban las condiciones para ejercer la abogacía, por ejemplo estableciendo o elimi-

nando la colegiación obligatoria; éstas alteraban la vida de la Academia, misma que fue cerrada en octubre de 1833 y, tras la inauguración de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, murió sacrificada a las pretensiones del estado liberal de monopolizar la educación. Antes, el 15 de abril de 1861 se había, incluso, suprimido el Colegio, por no entender el Ejecutivo Federal la naturaleza de sus verdaderas funciones y confundirlo con un instituto de enseñanza. Gracias a la actividad de los distinguidos abogados, don Eulalio María Ortega, don Bernardo Couto y don José Fernando Ramírez —verdaderos restauradores de nuestro Colegio— se logró la derogación, el 24 de julio de 1861, de tan estulta norma. El gobierno obligó a la creación de nuevos estatutos, publicados en 1863, y en ellos el Colegio decidió disociarse orgánicamente de la Academia. Así se pretendía evitar que los golpes dados a ésta lo afectaran. También enarboló el principio de la libre matriculación para tratar de ponerse a salvo de sus enemigos, quienes alegaban que la verdadera libertad de ejercicio profesional sólo se alcanzaría con la muerte del Colegio.

Tras el triunfo del Estado liberal y la relativa paz que siguió a la muerte del infortunado Maximiliano —quien, por cierto, no era muy amigo del Colegio ya que en su ley de 10 de diciembre de 1865 acabó con la colegiación obligatoria— la matrícula descendió alarmantemente, de modo tal que en 1861 sólo había 380 miembros.

Los cambios de mentalidad y, desde luego, profesionales, hicieron que en 1887 se fundara en la Ciudad de México, otra organización de letrados: la Sociedad de Abogados. Ésta, con todo y sus importantes apoyos en el medio oficial y su bello casino, dejó de existir en 1891, ya que entonces se fusionó con el Colegio. Este hecho originó la redacción de nuevos estatutos, los cuales comenzaron a regir el 1 de enero de 1892. Los fines del Colegio siguieron siendo científicos y mutualistas. Sin embargo, apareció también un Consejo de Disciplina para meter en orden a los abogados sinvergüenzas. Esta función del Colegio ya se encontraba presente, como posibilidad sobre cuya efectividad nada sabemos, en las reformas de 1862-1863.

La revolución de 1910 afectó profundamente al Colegio. Muchos de sus miembros salieron al exilio y la desorganización financiera no se hizo esperar. Con todo, en 1912 fue el Colegio el que cobijó a un grupo de estudiantes y profesores “paristas” de la Escuela Nacional de Jurisprudencia para que fundaran la Escuela Libre de Derecho.

Con la paz de los primeros años de la década de los treinta, pudieron regularizarse las actividades del Colegio, asunto que quedó plasmado en

los estatutos de 4 de diciembre de 1933 que conservaron su triple carácter: ser una organización mutualista, científica y disciplinaria.

— Cuando la llamada ley de profesiones se promulgó, el Colegio decidió reformar sus estatutos para registrar unos totalmente ajustados a la nueva realidad del México posrevolucionario. Así nacieron los de 30 de diciembre de 1944, que recogieron, al igual que los vigentes de 1997, las aspiraciones, lamentablemente no siempre realizadas, de aquellos nuestros padres y restauradores, quienes en aras de la dignísima profesión de abogado, entregaron lo mejor de su saber y, también, de su ser. ¡Sepámosles imitar! ¡Felicidades Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México!

A LAS HIJAS E HIJOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO*

Ramón SÁNCHEZ MEDAL

Esta presentación del magnífico libro *Hombres e Historia de la Escuela Libre de Derecho* de Jaime del Arenal Fenochio tiene un doble propósito. Primeramente, dar a conocer una síntesis del contenido de la obra; y en segundo lugar, proponer las reflexiones y conclusiones que pueden derivarse de la misma obra.

Si se quiere resumir en pocas palabras el contenido del libro que nos ocupa, puede decirse que es la biografía de la Escuela Libre de Derecho y el inicio del árbol genealógico de los hijos de ella.

La biografía de la Escuela Libre de Derecho lo constituye la compilación de todos los documentos necesarios para conocer lo que fue en su fundación, lo que es ahora y lo que debe continuar siendo la Escuela Libre de Derecho. La segunda parte es un árbol genealógico que tiene como tronco central la figura señera de don Manuel Herrera y Lasso y de la cual pende una rama de muy ilustres historiadores del derecho y sólo pequeños botones de otros hijos beneméritos de la Escuela.

La biografía de la Escuela Libre de Derecho empieza desde su gestación, la cual se lleva a cabo no a lo largo de nueve meses, sino durante el periodo de los nueve años que transcurrieron entre finales de 1904, en que tomó a su cargo la dirección de la Escuela Nacional de Jurisprudencia el licenciado Pablo Macedo, y el año de 1912 en que se produjo el alumbramiento de la Escuela Libre de Derecho.

Durante esa etapa de gestación el mencionado director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia logró impregnar a los alumnos de un espíritu de tolerancia y de afecto mutuo hasta hacer de ese plantel de enseñanza superior lo que el propio Pablo Macedo definiera con una frase lapidaria al decir que "La Escuela fuera en toda la extensión de la palabra la casa de los alumnos y éstos los únicos árbitros de su gobierno interior".

* Palabras pronunciadas el 18 de noviembre de 1999.

Después, cuando ocurrió el nacimiento de la Escuela Libre de Derecho, la mayoría de los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia rompió también el cordón umbilical que los unía en ésta al gobierno federal, que a través del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública nombraba al director de ella, le proporcionaba las aulas y los recursos económicos que le permitían su desarrollo, por lo que tan complejo vínculo hacía de ella una escuela oficial en toda la extensión de la palabra.

El nacimiento de la Escuela Libre de Derecho tuvo también, como todo alumbramiento, sus sufrimientos y confrontaciones, porque para ello se produjeron el enfrentamiento y el rechazo de los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia al licenciado Luis Cabrera que era el nuevo director, recién nombrado por José María Pino Suárez, Secretario a la sazón de dicho ministerio.

Sin embargo, el nacimiento de la Escuela Libre de Derecho no hizo que se extinguiera, ni que desapareciera la Escuela Nacional de Jurisprudencia, sino que ésta siguió su curso con el mismo director que acababa de serle nombrado, e inclusive con varios de sus maestros que continuaron sus cátedras en ambas escuelas, en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y en la Escuela Libre de Derecho.

Porque no se extinguió la Escuela Nacional de Jurisprudencia con la aparición de la Escuela Libre de Derecho, sino que perseveró en su operación normal, puede hacerse referencia a una figura moderna del derecho contemporáneo, y afirmarse que hubo una escisión en la escuela oficial, en cuya escisión permaneció como escidente la Escuela Nacional de Jurisprudencia y surgió como escindida la Escuela Libre de Derecho.

Como todo ser recién nacido, la Escuela Libre de Derecho no sólo requería el alimento de las enseñanzas de maestros y el techo de las aulas, sino que necesitaba también el familiar cobijo de una institución ya establecida de siglos atrás y dotada de sólido prestigio, y fue esto lo que le brindó desde luego con los brazos abiertos el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados que la tomó bajo su patrocinio.

Así nació y empezó la vida de la Escuela Libre de Derecho, fundada por los antiguos alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, que al tomar su intrépida resolución no tenían ni aulas, ni maestros, ni ningún otro elemento material que pudiera servirles de sustento, sólo la ilusión de la independencia y de la libertad que fue el inicio de una verdadera tradición.

La tradición que es en la Escuela Libre de Derecho la herencia de aquellos ideales en que creyeron los alumnos fundadores de ella el año de 1912

y que a lo largo de sus 87 años de vida se han venido transmitiendo de una generación a otra, sin sufrir menoscabo alguno su original riqueza, a manera de la antorcha que encendieron los alumnos fundadores de ella y que sin apagarse ha venido pasando con el mismo esplendor de mano en mano desde entonces hasta nuestros días.

Esa herencia y esa antorcha la forman a mi juicio tres valores fundamentales: *el sentido del honor, el amor a la libertad y el culto por el derecho.*

El sentido del honor que gravaron en el alma de la Escuela Libre de Derecho los fundadores de ella se puso de manifiesto en dos momentos históricos y, sobre todo, se encuentra plasmado en el texto de sus mismos estatutos.

Brilló *el sentido del honor* cuando, en vez de que los alumnos inconformes con el nuevo director de la escuela oficial, licenciado Luis Cabrera, hubieran bloqueado e impedido la continuidad en el funcionamiento de ese plantel para entorpecer la decisión de una minoría de otros estudiantes que optó por seguir en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, bajo la dirección de su nuevo director, en lugar de ello tomaron con toda honestidad sólo la resolución de cancelar sus matrículas y de ya no asistir a las aulas de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, para buscar otro espacio de libertad donde, por lo pronto, pudieran completar los estudios de ese año escolar, y prosiguieran después sus estudios hasta la terminación de la carrera.

Este histórico hecho puso también de relieve el respeto a la libertad que desde su mismo nacimiento dio elocuente testimonio el puñado de alumnos inconformes que fundaron la Escuela Libre de Derecho.

Resplandeció también *el sentido del honor*, cuando poco tiempo después de fundada la Escuela Libre de Derecho, los alumnos fundadores de ella dieron otro testimonio histórico de su amor irrenunciable a la libertad como la causa definitiva que los había movido a la fundación de la Escuela y de cuya causa no desistieron a pesar de que el reciente director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, don Julio García, que sustituyó a Luis Cabrera, les había propuesto una amnistía para que volvieran al seno de la escuela oficial y, además, había cambiado a varios maestros que adolecían de graves deficiencias en la enseñanza o en el horario de impartir sus clases, y no obstante también que el nuevo Secretario de Instrucción Pública y Bellas Artes, don Jorge Vera Estañol, había ofrecido a dichos alumnos fundadores dar edificio para la nueva escuela o alguna cantidad de dinero para pago de la renta.

También en ese momento histórico mantuvieron en alto su *sentido del honor* los fundadores de la Escuela Libre de Derecho para preferir los

riesgos y el desafío que exigía la libertad en lugar de la seguridad y de la tranquilidad que les proponía el sometimiento a la política entonces imperante. Si se me permitiera un conocido símil en el arte taurino, la fundación de la Escuela Libre de Derecho no fue para los fundadores de ella la graciosa huida de las aminoraciones de una escuela oficial, sino la apasionada entrega a los retos de la libertad de una escuela por completo independiente.

En un artículo de sus Estatutos se encuentra consagrada igualmente la fidelidad al *sentido del honor*, porque en el artículo 4o. prescribe: “el servicio de los profesores será necesaria e invariablemente gratuito”, y por consiguiente el único estipendio que reciben es el honor de transmitir gratuitamente a sus alumnos las enseñanzas que antes recibieron de sus maestros, en virtud de que si enseñar al que no sabe es una obra de misericordia, como el dar de comer al hambriento y de vestir al desnudo, lógico es que su elevado ministerio no reclame por fuerza una retribución material, sino sólo siempre el estipendio moral del honor.

Cuando los romanos señalaron los tres deberes fundamentales que debía tener el jurista, reconocieron en primer lugar al *honeste vivere* que no es otra cosa sino precisamente el sentido del honor, ya que, como expresa el doctor Angélico en la *Suma Teológica*, la honestidad se basa en el honor y el honor no es sino la manifestación de la virtud.

La virtud interna que profesa un hombre de bien se conoce por los demás sólo a través de sus actos externos y esta manifestación al exterior es la que sirve de fundamento al honor que él merece. Esta manifestación exterior, al poner en conocimiento del público las virtudes de un hombre de bien, constituye el fundamento del honor que corresponde a dicho hombre y sólo es válida en cuanto concuerda con la rectitud interna, de suerte que al final de cuentas la virtud interior es la que es digna de honor y es a ella a la que se trata de honrar.

En la exposición de motivos del Estatuto de la Escuela Libre de Derecho se proclama que se “deja a los alumnos la responsabilidad de su conducta, que no examina, tanto como la discusión de sus derechos, de que no juzga”, y esta declaración fundamental fue lo que dio origen a imprimir en la conciencia de los alumnos de la Escuela y a esculpir en los muros de la escuela como lema o postulado: “El orden y la disciplina del plantel quedan confiados al honor de los alumnos”.

En suma, *el sentido del honor* es en los alumnos el sentido de responsabilidad en su comportamiento dentro de la escuela, y el sentido del honor

en los maestros es la actuación desinteresada en la impartición de la enseñanza a sus alumnos.

El Estatuto de la Escuela Libre de Derecho, vigente desde el 24 de julio de 1912 que aprobaron con su voto los primeros maestros y que refrendaron con su conducta los primeros alumnos, categóricamente declara en el artículo primero que la escuela es una “institución independiente del poder público y ajena a todo fin político o credo religioso”, lo que significa que no impone ni acepta absolutamente ningún dogmatismo oficial para las enseñanzas que en ella se imparten. Ni el dogmatismo oficial de la enseñanza confesional que existió en la época del monopolio educativo de la Iglesia; ni el dogmatismo oficial de la enseñanza antirreligiosa en los años del monopolio educativo impuesto por el presidente Lázaro Cárdenas; ni tampoco el dogmatismo oficial de la enseñanza laica que para la educación primaria implantara en su texto original la Constitución de 1917 a iniciativa de Francisco Múgica.

El tajante rechazo a todo dogmatismo oficial hace que florezca a plenitud *el amor a la libertad* que profesan los maestros en sus enseñanzas y que viven los alumnos en el seno de la escuela, y fruto de ese amor a la libertad es la tolerancia que se respira en toda la vida de la escuela, para no dar cabida alguna ni al odio, ni a la violencia.

El coronamiento del tríptico de principios que definen y especifican la enseñanza de nuestra escuela se encuentra en *el culto por el derecho*, cuyo cumplimiento exige la escuela a sus egresados a manera de condición indispensable para expedirles el título profesional y por esa razón lo inscribe en el encabezado del mismo título, para recordar que el derecho no debe flexionarse para favorecer al amigo, ni debe quebrantarse por la amenaza del poderoso, ni debe adulterarse con el soborno del dinero: “*Jus neque inflecti gratia neque perfringi potentia neque adulterari pecunia debet*”.

Por la misma razón el artículo 1o de los estatutos expresa con toda claridad: “la Escuela Libre de Derecho tiene por objeto la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus auxiliares”.

En este importante precepto definitorio existe ciertamente una jerarquía, dentro de la cual a la ciencia jurídica de mi preferencia, al derecho civil, corresponde el más alto rango, como lo hizo notar don Manuel Herrera y Lasso en su conferencia magistral del 12 de julio de 1945: “Todos mis muchachos saben —me lo han oído decir muchas veces— que el derecho civil es lo que hace al abogado, que si no saben derecho civil no son abogados”. Por esta razón es de esperar que en el complemento obligado del

árbol genealógico de los hijos de la Escuela que propone la obra en comento, aparezcan después, en otro volumen, como frondosa rama, las figuras de aquellos maestros inolvidables de derecho civil que ya no están entre nosotros, como Carlos Vargas Galeana, Jerónimo Díaz, Manuel de Medina Baeza y Francisco García Jimeno, a quien uno de los historiadores del derecho con que contamos, licenciado Martín Díaz y Díaz, en una comparación con los demás maestros de la Escuela, dedicó este hiperbólico elogio: "Estaban a años luz de los demás en la concepción de la enseñanza del derecho... no veo en este momento una personalidad didáctica de esa estatura, por desgracia, dentro de nuestra institución".

La historia del derecho, al igual que la sociología y la economía entre otras disciplinas académicas, no es propiamente una de las ciencias jurídicas, sino una ciencia auxiliar de ellas, por lo que se encuentra comprendida dentro del objeto de la Escuela Libre de Derecho según la definición del artículo 10. de los Estatutos, cuando expresa que nuestra escuela "tiene por objeto la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus auxiliares", por cuyo motivo tienen perfecta cabida en el árbol genealógico de la Escuela los ilustres historiadores del derecho a los que dedica justificada semblanza la obra del licenciado Jaime del Arenal Fenochio.

La aparición del libro de Jaime del Arenal Fenochio es el ferviente homenaje de un hijo de la Escuela, y eso hace que agradezca yo se me haya asociado a él, porque para mí, como lo repito con frecuencia, *nuestra alma mater es una escuela de honor, una escuela de libertad y una escuela de derecho, a la que cuando estudiantes quisimos con la vehemencia y la ilusión con que se quiere a la novia, y ahora como egresados de ella la queremos con la madurez y la fidelidad con la que se quiere a la esposa.*

RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL
(1917-2000)

“Me enseñó el valor del valor”. Con estas palabras pretendí sintetizar aquel inolvidable jueves 18 de noviembre de 1999, el profundo significado que para mí tenía el ejemplo, primero y, después, la amistad que me brindó don Ramón Sánchez Medal. Valor en su doble sentido de valentía y de criterio ético superior. Lo dije en la ceremonia en la que se presentó el libro al que se refieren las palabras reproducidas anteriormente en esta revista; las últimas pronunciadas por don Ramón acerca de la vocación, el camino, el sentido hondo, la singularidad y la trascendencia histórica de la Escuela Libre de Derecho, su escuela, donde se formó como abogado y a la que supo comprender, proteger y respetar. Su firme y a la vez sentida lectura, constituyen su testamento espiritual a las hijas e hijos de nuestra institución. Por así entenderlo, el auditorio le brindó casi tres minutos de aplausos, imborrables para los que estuvimos ahí. Aquel evento académico se había convertido en una auténtica ceremonia de homenaje —lamentablemente también de despedida— de quien fuera profesor de derecho civil por más de cuarenta años en esa singular escuela, y, para mí, el último de los grandes juristas mexicanos del siglo XX: por su sabiduría, por la variedad de temas que le interesaron y sobre los que escribió sin tapujos y falsos temores, por su ejemplar y valiente actitud independiente frente al poder político —cuyos excesos siempre denunció y combatió—; por su autonomía profesional, que lo hizo ser dueño de sí mismo y no aceptar ningún lazo de dependencia económica que no fuera la libertad del ejercicio privado de su profesión, por su amplia cultura humanística labrada en el derecho romano; por su actitud ética, por su doble vocación de jurista y de profesor y, sobre todo, por la elevada calidad de su tarea científica. Nadie imaginaba en ese momento que menos de tres meses después esa Providencia en la que tanto confió se lo llevaría, satisfecha por una intensa y constante labor realizada en pro de la libertad, del derecho, de la justicia y de los derechos

humanos más elementales; actividad desarrollada durante más de cincuenta años de ejercicio de la profesión de abogado. Al irse definitivamente la mañana del 15 de marzo, Ramón Sánchez Medal nos dejó un vacío imposible de sustituir... así de simple, y así de dramático. Su inesperada y dolorosa muerte, incomprensible para quienes no creen, y envidiable para los hombres de fe, arrancó lágrimas —literalmente— en la Escuela, entre sus alumnos, sus discípulos, sus colegas y en todo el foro mexicano. Los días siguientes se sintió un ambiente de tristeza y de orfandad en los corredores y en las aulas de la Libre de Derecho. Una multitud se congregó para darle el último adiós. Había cumplido su misión.

Ahora, a unos meses de la ceremonia de presentación de un libro que — en palabras de don Ramón— intenta ser el comienzo de la “biografía de la Escuela Libre de Derecho y el inicio del árbol genealógico de los hijos de ella”, me congratulo de haberle pedido que lo presentara: nos dio a todos la oportunidad para que escribiera las anteriores páginas en las que nos recuerda los tres valores fundamentales de la institución nacida hace exactamente 88 años: *el sentido del honor, el amor a la libertad y el culto por el derecho*, así como nos previene de los riesgos de ser infieles a sus principios torales. Al mismo tiempo, el libro me dio oportunidad de convivir con él de una forma más frecuente que lo ordinario, en la soledad de mi despacho, entre noviembre de 1999 y días antes de su fallecimiento. Pude comprobar ahí, una vez más, su acendrada religiosidad, su desprecio a los premios y a los falsos homenajes editoriales, su pasión crítica por la verdad y su capacidad para denunciar a los malos abogados y a los ministros venales. Sus maestros —Joaquín Rodríguez y Rodríguez, principalmente—, la situación de la iglesia mexicana, sus compañeros, su pasión por el fútbol, el proyecto de nuevo código civil para el Distrito Federal, el divorcio opcional y las precarias condiciones con las que hubo de vivir cuando era estudiante, fueron algunos de los temas de nuestras últimas conversaciones, en las cuales me ayudó a identificar a los personajes que aparecían en las viejas fotografías de la Escuela Libre.

Los años que conviví con él fueron un tiempo de sabrosas pláticas y de libros buscados en el rico acervo de una antigua biblioteca que él había dirigido y que estrenaría edificio un mes antes de su partida. Acervo que hoy guarda sus libros, artículos y folletos (muchos financiados por él mismo), escritos alrededor de los tres temas centrales de su vida intelectual: derecho civil, libertad religiosa y libertad de educación. Pero, sobre todo, fueron años de aprendizaje de una actitud, de una forma de vida, de una

pasión por la libertad. Ido, nos quedan, sin embargo, su recuerdo, su ejemplo y sus publicaciones: *Bienes de la esposa en la quiebra del marido* (1942), *El derecho de educar en la escuela* (1963), *En defensa del derecho de los padres de familia* (1964), *La educación y el Concilio* (1966), *El divorcio opcional* (1973 y 1999), *De los contratos civiles* (1972), *La reforma de 1975 al derecho de familia* (1975), *El nuevo Registro Público de la Propiedad* (1979), *Los grandes cambios en el derecho de familia de México* (1979 y 1991), *El fraude a la Constitución y el único amparo en México contra una reforma demolitoria de la Constitución* (1988), *La nueva legislación sobre libertad religiosa* (1993 y 1997) y, desde luego, *Dos códigos civiles y una Escuela de Derecho* (1972), entre otros. Aquí quedan para que sus discípulos y otros estudiosos emprendan su examen científico y determinen el significado y la trascendencia de la obra completa de don Ramón en el panorama de la bibliografía jurídica mexicana escrita en el siglo que termina.

Había nacido en Morelia, “el jardín de la Nueva España”, de estirpe de juristas católicos que sufrieron la represión de una Revolución que particularmente en Michoacán fue intolerante y dogmática, razón por la cual hubo de trasladarse, como tantos otros jóvenes michoacanos, a la ciudad de México, después de estudiar los estudios preparatorios en la célebre Escuela Preparatoria Libre de Michoacán, cerrada por el fanatismo cardenista. Vino a las aulas de otra escuela libre, ajena a todo fin político y credo religioso, a la que acabaría dando lustre y más fama. Aquí transcurrió la mayor parte de su vida magisterial y convivió con decenas de discípulos y colegas. Llegó a ser vocal de su Junta Directiva en momentos difíciles, que pudieron felizmente superarse gracias a su prudencia y espíritu conciliador, y desde 1985 formó parte del consejo editorial de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, en cuyas páginas publicó parte de su obra. Celoso defensor de su libertad y autonomía individuales, supo a la vez comprometerse en la dirección de corporaciones destinadas a dar la lucha por la libertad de todos los mexicanos: la Unión de Padres de Familia y la Comisión Mexicana de Derechos Humanos, desde las cuales, y en circunstancias donde otros agachaban la cabeza, enfrentó al poder, como lo hiciera también frente a la expropiación bancaria. Demostró, ante todo, que es posible ser un hombre de *auctoritas* y no requerir de ninguna *potestas* para dirigir, ni para convencer a los demás. Su lealtad alcanzó no sólo a la Escuela Libre de Derecho sino también a su Iglesia, a la que sirvió hasta el último día de muy diversas maneras, y a su patria, por cuya libertad tanto luchó y

a la que, por unos cuantos meses, no alcanzó ver libre y dueña de su destino. Su obra —valiosa y valiente—, sin embargo, en mucho ayudó a alcanzar esta anhelada e histórica meta. ¡Gracias, don Ramón, por tanto!

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON MARIO A. BECERRA POCOROBA, RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2000-2001

Honorables miembros del presidium,
Distinguidos señores profesores,
Estimados alumnos y alumnas,
Señoras y señores:

Hoy que iniciamos el octagésimo noveno ciclo escolar de nuestra escuela, quisiera dar la más cordial bienvenida a todos los alumnos que empiezan sus estudios de Derecho confiados en que esta institución, la Escuela Libre de Derecho, les dará la preparación académica necesaria para lograr encontrarse dentro de los mejores abogados del foro mexicano.

Como Rector de la Escuela, es mi deber manifestar a ustedes que para esta institución de enseñanza del Derecho, la escrupulosa preparación de sus alumnos representa su razón de ser, su más noble propósito y, en consecuencia, su única justificación.

Todas las generaciones que han egresado de sus aulas, han demostrado que el espíritu, preparación y carácter que han adquirido en la Libre, es quizá la herramienta fundamental de su éxito profesional.

Por ello, hoy que inician su carrera, jóvenes alumnos, no quisiera pasar por alto el hecho de expresarles que ustedes constituyen la primera generación del tercer milenio, lo que más allá de ser un tópico, constituye un nuevo parámetro para quienes formamos el cuerpo directivo de la escuela y, por lo tanto responsables de diseñar y encauzar los programas y métodos de enseñanza que en ella prevalecen.

La razón de hacer patente tal circunstancia, se explica por sí misma. Hoy en día, la oferta académica que ofrece nuestro país resulta insuficiente

para atender los complejos reclamos que demanda nuestra realidad. De ahí que nuestra Escuela, que por múltiples generaciones ha representado la cima de la calidad académica del Derecho, se vea compelida a mantener vigente su prestigio adaptando las indiscutibles virtudes de su rígido sistema escolar a las nuevas disciplinas y herramientas que estos tiempos proporcionan.

Por ello, también representa indudablemente, un reto adicional para ustedes, que han sido seleccionados bajo un estricto criterio de evaluación sobre su calidad académica y vocacional, el llevar a buen puerto sus estudios en esta Escuela y así refrendar la confianza que hemos depositado en ustedes.

No quisiera dejar pasar la oportunidad de expresarles cuál es nuestro lema, nuestro principio básico de convivencia que resume prácticamente toda la filosofía e historia de nuestra Libre de Derecho:

“El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiadas al honor de los alumnos.”

Tal principio se traduce en que no basta contar con la excelente guía del cuadro de sus profesores, en principio responsables de su formación académica, sino que es necesario que sea directamente el alumno, actor principal de la vida de esta escuela, el motor implacable de la calidad de los cursos que aquí se imparten y del orden en que éstos se desarrollan para su máximo aprovechamiento. Por otra parte, quiero manifestarles que esta Escuela privilegia la enseñanza del Derecho y no de la ley exclusivamente. Quizá sea prematuro abundar sobre esta idea, pero me gustaría hacer una breve reflexión sobre lo que el Derecho significa en estos inéditos tiempos en los que se desarrolla la vida política, económica y social de nuestro país.

Para nadie es nuevo que la redefinición conceptual de diversos tópicos como el nacionalismo, la soberanía, los principios generales de contratación y algunos otros fenómenos derivados de la globalización económica, han hecho que los acontecimientos dignos de ser tutelados por el orden jurídico vayan por encima de la capacidad del Estado para emitir legislaciones capaces de hacer frente a tan importante reto.

Por ello, la labor creadora del jurista ampliando el ámbito de la ley por medio de decisiones jurisprudenciales, doctrinales o incluso en forma de normas jurídicas, ha significado la única solución para que el orden social existente en cualquier ámbito sea permanente y estable.

Así, el espacio de reflexión académica que ofrecen los estudios de educación superior, debe privilegiar la concepción de que el Derecho es la única herramienta eficaz y válida para normar la vida de la comunidad.

Hoy que vivimos un nuevo escenario político en nuestro país, quisiera resaltar la importancia del Derecho en el contexto de nuestra transición democrática.

El Estado de Derecho en que se desenvuelven los regímenes de libertad individual y de efectiva tutela de los derechos fundamentales, es el margen que cancela las posibilidades de que el autoritarismo rija y de que la fuerza de la arbitrariedad impida el orden social.

Estos principios han sido privilegiados por nuestra Escuela, en la que se les educa con la firme vocación del respeto a los demás, del respeto al diálogo y a las posiciones diversas a las propias.

Estén seguros, compañeros, que han hecho la mejor elección posible, que en esta Escuela Libre de Derecho encontrarán todos los instrumentos y condiciones necesarios para ser abogados preparados, cultos y responsables y así estar en aptitud de salir al foro mexicano a ejercer esta noble profesión que busca encontrar invariablemente la senda de la justicia.

Sean ustedes cordialmente bienvenidos.

Muchas gracias.

DISCURSO DEL SR. LIC. DON CECILIO GONZÁLEZ
MÁRQUEZ, PROFESOR DE LA ESCUELA LIBRE
DE DERECHO, EN LA CEREMONIA
DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2000-2001

Muy estimado señor Rector, Lic. Mario Becerra Pocaroba,
Distinguidos miembros de la Junta directiva,
Sr. Lic. Pedro Barrera Ardura, Secretario General de la Escuela Libre de
Derecho,
Muy queridos maestros, don José Cándano y García de la Mata y don José
Luis de la Peza,
Maestros y maestras de la Escuela Libre de Derecho,
Alumnos y alumnas, en especial a los de nuevo ingreso, a este curso esco-
lar 2000-2001, de nuestra Escuela Libre de Derecho,
Señoras y señores:

Al iniciar este curso lectivo y dar la bienvenida a todos los alumnos y en
especial a los de nuevo ingreso, nos llena de felicidad y satisfacción porque
estamos continuando una obra, una misión que se iniciara en 1912, por un
grupo de maestros y alumnos llenos de entusiasmo, y optimismo cuyo
aventurero arrojo nos ha traído beneficios a todos los que hemos realizado
la carrera de abogado en esta nuestra Escuela, y cuyos resultados han tras-
cendido a la sociedad en todos los campos: en el Poder Judicial, en el
Poder Legislativo, en el Poder Ejecutivo, la iniciativa privada y en ésta en
el ejercicio de la abogacía e incluso en el terreno empresarial; hoy recono-
cemos y agradecemos el mencionado inicio de nuestra Escuela como la
misma continuación y transformación que desde entonces y hasta el día de
hoy han realizado grandes hombres que como maestros y alumnos han
hecho que la Escuela viva y cumpla su objetivo de formar abogados con la
mejor preparación jurídica que el mundo en que vivimos requiere.

Los alumnos de nuevo ingreso que hoy inician este curso escolar, libre, consciente y voluntariamente celebran o se adhieren, a un pacto que los demás alumnos, los maestros y las autoridades de nuestra Escuela tenemos celebrado; este pacto es fuente de derechos y obligaciones para todos.

Para los Maestros: las obligaciones, de enseñar la materia del derecho positivo que tenemos encomendada, con capacidad técnico-jurídica, con objetividad y pleno altruismo, motivando entusiastamente a nuestros alumnos y conscientes de formar abogados, como a nosotros nos han formado nuestros maestros, para cumplir una misión que le sea útil a cada estudiante como tal y como profesionista, a su familia y a la sociedad. Obligación que los maestros cumplimos con la entrega de nuestro tiempo tan limitado y sabedores que se trata de un recurso no renovable, ni para nosotros ni para los alumnos; compromiso que hemos asumido no para un lucimiento personal y egoísta, sino por el contrario por una vocación o elección gustosa y plena de realización personal al transmitir a los alumnos lo que nuestros maestros y la vida nos ha enseñado, con la seguridad de que los alumnos, en su oportunidad, harán lo mismo y con ello se dará continuidad a esta Escuela de Derecho y a esta maravillosa vida que el Creador nos ha dado.

Nuestros derechos como maestros se han respetado y apoyado por autoridades internas y externas a nuestra Escuela y estamos seguros que así continuará, hemos ejercido la cátedra de manera libre, autónoma e independiente, sin intromisión de credos religiosos ni antirreligiosos, sin orientaciones políticas de derecha, de izquierda o de centro.

La autoridad del maestro frente a los alumnos se respeta y reconoce, porque los maestros cumplimos con nuestro compromiso de enseñar lo que nos hemos comprometido con la propia Escuela Libre de Derecho y en particular con los alumnos, quienes serán los beneficiarios del correcto cumplimiento de nuestro deber, o los perjudicados por la irresponsabilidad con la que nos hubiéramos conducido.

Los alumnos deben reflexionar profunda y seriamente acerca de la oportunidad que tienen de ingresar a una carrera y, por qué no decirlo, de que esto sea en la Escuela Libre de Derecho, ya que pocos, muy pocos, son los estudiantes que, después de la preparatoria, estudian una carrera, y esta oportunidad de la vida se resalta más cuando observamos a los más de tres mil millones en el mundo y en particular en México, alrededor de cuarenta millones de seres humanos que viven en extrema miseria, de quienes se dice podría provocarse un "*genocidio humanitario*", de seguirse agotando los recursos naturales del planeta, y para quienes la máxima esperanza será

la sobrevivencia y no el estudiar una carrera, con cuya preparación resolverían sus necesidades y vivirían dignamente como todo ser humano tiene derecho.

Los alumnos, como tales, tienen derecho de que sus maestros les enseñen la materia jurídica cuyo compromiso han asumido; sin aceptar las circunstancias "a medias" de conceptos y de tiempos, ya que los maestros debemos capacitar a los alumnos, cumpliendo con un temario y un mínimo de horas de clase y, desde luego, con el deber de progreso y superación académica de los alumnos.

Los alumnos tienen derecho al uso adecuado, que para tal efecto se han construido, de las instalaciones de la escuela.

Los alumnos tienen derecho de que los maestros y la Escuela les entregue las constancias de acreditamiento de las materias estudiadas y aprobadas hasta obtener el título profesional.

En la bilateralidad de esta relación de la Escuela, maestros y alumnos, éstos también deben cumplir con sus deberes y obligaciones, plasmados primera y principalmente en el Reglamento de la Escuela Libre de Derecho y del cual destaco los siguientes artículos: que se observe orden y disciplina, que se asista puntualmente a las clases que les corresponde, que ejecuten los trabajos por escrito o de otra clase relacionados con el estudio que hacen y que les encomiende el maestro. En fin, tan importante es para la Escuela, para los maestros y los alumnos, el cumplir sus obligaciones que dimanen de un Reglamento, como el cumplir los deberes morales concomitantes a las primeras, deberes o compromisos que todos nosotros tenemos de que la Escuela Libre de Derecho conserve todo lo positivo que se ha logrado, con inteligencia y esfuerzo por maestros y alumnos, pero también deber y compromiso de cambio positivo, benéfico, adecuado, actualizado en un entorno de grandes necesidades y posibilidades humanas, en una sociedad universalizada y globalizada, teniendo una visión y atención de cada uno de nuestros alumnos y de nuestros maestros, todos pero especialmente los jóvenes, maestros y alumnos que formamos esta Escuela debemos conservarla y proyectarla con una gran capacidad humana y una gran calidad de enseñanza del derecho, como lo han realizado y nos han entregado quienes nos han precedido, todos ellos con generosidad, intensidad y altruismo, dentro de quienes hoy particularmente me quiero referir al muy querido e inolvidable maestro Ramón Sánchez Medal, que en paz descansa, quien con su vida, con sus cátedras y sus obras escritas nos enseñó de la manera más generosa que un ser humano lo puede hacer, la admi-

nable preparación jurídica, la constancia y perseverancia de su actuar, que lo hicieron un gran hombre, un gran maestro y un entrañable amigo.

Hoy que iniciamos este nuevo año escolar debemos hácerlo planteándonos un objetivo, un fin a lograr, sabiendo que el triunfo logrado iniciándose un proyecto a realizar, sigue siendo verdadero el principio de que “querer es poder” siempre y cuando se pongan los medios adecuados, dentro de los cuales está el de aprovechar el tiempo, actuando, traduciendo en resultados las ideas y el pensamiento en acción, pasando de la potencia al acto, para que al fin de este curso escolar obtengamos resultados positivos para cada uno de nosotros, para nuestra Escuela, para nuestra sociedad, hoy inmersa en un mundo globalizado.

Muchas gracias.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL ALUMNO
GUSTAVO ANTONIO ROBLES CUEVAS,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2000-2001

Pocas verdades existen en este mundo y una de ellas es que el tiempo que pasa no vuelve jamás. Al pronunciar estas palabras me doy cuenta de lo que hemos perdido, de lo que hemos ganado y del camino que nos falta por andar. Y me doy cuenta que somos herederos de las huellas de quienes han tenido el valor para ser mejores que nosotros, pero, sobre todo, de los que han sabido que un hombre no vale por aquello que sabe, sino porque tiene la valentía suficiente de enseñar.

Son justamente las victorias que merecen ser conocidas como tales las que tienen el más alto de los precios. Los triunfos son contra los obstáculos, contra las piedras en el camino, pero, sobre todo, contra el peso de la apatía, la ambición, la ignorancia. Contra el consentimiento que tácitamente otorgamos a los cobardes, contra nuestra complacencia ante la injusticia, contra la ceguera frente a la evidencia. Construir esta escuela fue para sus fundadores una de esas victorias, uno de esos triunfos. Eso es lo que aquí me han enseñado a defender, pero, sobre todo, a sostener. A sostener, como sólo se pueden sostener aquellos compromisos que nos heredan con la esperanza de que en su defensa seamos más grandes incluso que nosotros mismos.

Esta herencia fue recibida antes por la generación de mis maestros, la que se enfrentó al reto planteado por Felipe Tena Ramírez; se enfrentó a la espera y a la esperanza. Nunca como entonces el mundo fue tan radical y contradictorio. Como a todos los hombres, les tocaron tiempos que no merecían, y les tocó la responsabilidad y el peso de cambiarlos, de ser merecedores de aquel reto que jamás pidieron, pero que no tenían el derecho de rehusar. Hablo de una generación que nació en una época en que el amor

y la paz eran pregonados a los cuatro vientos, mientras que el ser humano se partía en dos en una guerra fría y silenciosa. Una guerra no de dos bloques, sino de dos tiempos. Ellos creyeron que lo prudente era lucharla en las aulas y en el Derecho.

Pero ¿por qué? ¿Cómo es que una escuela pequeña, desprotegida, se convierte en un centro de estudio al cual todos apelan y pocos discuten? Creo que la razón es simple, pero profunda. En esta escuela no sólo se nos han enseñado leyes, se nos ha enseñado Derecho. Sólo así es posible comprender cómo es que detrás de una clase de obligaciones se encuentran las reglas para resolver conflictos internacionales, que en lo que parecería una simple explicación de un contrato de promesa estén los criterios para solucionar los problemas más complejos entre corporaciones de distintos países. Que un código penal encierra la defensa de los inocentes y el castigo de los infames. Que la justicia no es de nuestro siglo, de nuestra particular visión de sus atributos; sino que es la obra de la historia.

Esta Escuela ha cumplido con su misión. Su deber no era formar esclavos de la voluntad de un legislador, del capricho inconsciente de las masas, sino el crear hombres capaces de comprender que todo cambia y nada permanece, que el poder no necesariamente es la razón. Que aquella ley que no es el sostén de la libertad, no es más que letra muerta sobre un papel vacío. Es el momento de que los atropellos de los Congresos puedan ser frenados por la sabiduría de la Corte, es absurdo que normas declaradas inconstitucionales sigan aplicándose a la inmensa mayoría de las personas tan sólo por no interponer un escrito reclamando sus derechos más elementales dentro de un plazo que de antemano les fue fijado y que la mayoría no conoce.

El mundo no es el mismo del 12, no es el mismo de los sesenta. No es más aquel escenario, presa de nuestras diferencias y de nuestras geografías. El hombre ha llegado a una encrucijada en la que la más imperante de las verdades es que es más lo que nos une que lo que nos divide. La distancia entre nuestras ideas es ahora más delgada que un hilo. La tecnología le ha dado a nuestras vidas y a nuestras visiones matices que jamás soñamos alcanzar.

Hacer un inventario de los distintos fenómenos que ahora tienen para nosotros los más evidentes atributos de la realidad sería redundar en todo aquello que bombardea nuestro espacio día a día. Baste decir que en esta multitud de innovaciones y de diversas concepciones, la labor de los abogados es ahora el conciliar, el comprender que el mundo se acerca cada vez

más a sí mismo y que los motivos que antes parecían suficientes actualmente son caducos.

Ésta, creo yo, es la realidad de nuestra generación, tragedias perpetuas o cotidianas, avances que en cuestión de meses se convertirán en arcaicos, mapas del ser humano, guerras que coordinamos a control remoto y que utilizamos como campaña publicitaria. En todo ello el gran ausente es el Derecho. Pareciera a veces que una amnesia colectiva nos inunda la mente y la memoria. Como si hubiésemos olvidado todo el peso que se esconde tras esa palabra tan simple: "Derecho". Tiempos nuevos demandan valores nuevos, o al menos, una redefinición de los valores antiguos. Y no deben de ser excusas adecuadas a las circunstancias, sino principios lo suficientemente fuertes como para alterarlas. Lo mismo sucede con lo que implica el pronunciar la palabra Derecho en nuestros días. Con todos los atributos que le ha otorgado la historia, pero preparada para soportar todo lo que debe de cambiar, lo que necesita redefinir.

Que sea nuestra labor llevarlo a todos aquellos sitios que requieran de él. Que la globalización, la modernidad que tanto nos enorgullece, los adelantos tecnológicos que llamamos como triunfos, la celebración que hemos logrado hacer de nuestras diferencias, le otorguen al Derecho no la posición que demanda, sino el sitio que le pertenece.

Escuchamos hablar continuamente de los nuevos tintes que ha tomado el ejercicio de nuestra profesión. Se nos exige y nos exigimos que los abogados sepan sobre legislación de la cibernética, problemas ambientales, tratados comerciales de orden internacional, regulación de nuevas tecnologías, etc. Y hemos estado a la altura de las circunstancias, llenado los espacios que nos presentan, creando el derecho en la medida en que lo vamos ejerciendo.

Pareciera como si esta constante innovación que el mundo y la sociedad demandan de nosotros fuese en ocasiones exhaustiva. Porque cuando apenas estamos salvando el vacío entre aquello que podemos controlar y definir, y lo que aún desconocemos, ya tenemos por delante de nosotros un reto mayor, una realidad nueva que en ocasiones aniquila y elimina a aquella que ya considerábamos nuestra para mejorarla y enriquecerla. Pero a pesar de las obvias dificultades que este nuevo mundo encierra para nosotros, los que pretendemos conocer la justicia, administrar la igualdad y la razón, no es la innovación continua la más grande demanda que hace de nosotros la sociedad. Ahora, a pesar del vértigo de información y de modernidad en que vivimos, la sociedad nos exige que devolvamos al Derecho al sitio de

donde partió. A ser el defensor de los que no pueden hacerlo, a ser el orden dentro del absurdo, la calma de la paz dentro del tumulto de la guerra. A que hagamos válida la premisa universal que señala que el hombre tiene ante todo, y sobre todo, el derecho a ser libre, a que su dignidad no se le arrebate nunca. Ni por el capricho de los tiranos, ni por la fuerza de los poderosos, ni por la inercia de hechos innobles cuya existencia justificamos bajo el pretexto de que “nos sobrepasan”, “nos aniquilan”.

Se dice que la educación es elitista. Y quienes han empuñado esta frase, en muchas ocasiones lo han hecho con el afán de denigrar, de ofender y de dividir. Pues yo la sostengo, frente a ellos y contra ellos. Sí, en efecto, la educación es elitista, y no porque sea privilegio exclusivo de una cierta clase social, presa de los ridículos afanes de superioridad por nacimiento o por abologos vacíos. No, la educación es elitista porque es patrimonio de aquel que tiene el valor de buscarla, el compromiso de sostenerla, y la audacia para enriquecerla y transmitirla.

Esa educación será la que recibirán ustedes, compañeros de nuevo ingreso, esta Escuela se las ofrece, confío en que la aprovecharán, y que, tras recibirla, sepan dar fe de ella. Esto es necesario, hace cuatro años escuché a don Antonio Cárdenas pronunciar aquella vieja frase: “La Escuela Libre de Derecho se ha jurado vivir y vivirá...”, dentro de no mucho tiempo nos tocará a nosotros cumplirla.

Revista de Investigaciones Jurídicas, núm. 24, editada por el Fondo para la Difusión del Derecho, de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir en el mes de septiembre del 2000, en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, Valdivia No. 31, Tel: 55-39-51-08, Fax 56-72-01-19. La edición consta de 1000 ejemplares.