

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 25

MÉXICO, 2001

NÚMERO 25

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 Müggenburg
Lic. Gisela Oscós Said

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

ISSN 0185-1438

© 2001. 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

¿ FELIPE ALAMILLA RAMOS La Unión Europea: origen, instituciones y ámbito competencial	9
¿ JAIME DEL ARENAL FENOCHIO El humanismo jurídico en tres juristas mexicanos del siglo XX	37
¿ LUIS NORBERTO CACHO PÉREZ El movimiento estudiantil de 1968. Una opinión jurídica ...	79
¿ LUIS MIGUEL CANO LÓPEZ La acción de inconstitucionalidad	105
¿ ÓSCAR A. ESTRADA CHÁVEZ Orden social, orden jurídico y legitimidad	205
¿ YURI GONZÁLEZ ROLDÁN La apelación frente al Senado en la edad adrianea	229
¿ MANUEL MOGUEL CABALLERO Pago hecho por un tercero	285
¿ RICARDO L. MORÉ DOMENECH Principios jurídicos esenciales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea	295

- ε ALDO PETRUCCI
Protección de los intereses económicos y protección de los clientes. Algunas reflexiones sobre la experiencia del derecho romano en materia bancaria 337
- ε JOSÉ LUIS DE ROJAS
Por el humo se sabe dónde está el fuego. Evidencias de la complejidad social novohispana en el testamento de don Pedro Moctezuma (siglo XVI) 379
- ε MARIO A. TÉLLEZ G. ^{mando} *González*
Viejos temas, nuevos problemas. La justicia criminal ordinaria en primera instancia: la criminalidad en Toluca (1800-1829) 393
- ε JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
El derecho y los pobres, en las raíces de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos 427
- SECCIÓN MONOGRÁFICA
- ε XAVIER GINEBRA SERRABOU
Las concesiones ferroviarias en la Ley reglamentaria del servicio ferroviario 473
- ε JAVIER MOCTEZUMA BARRAGÁN
La política laboral y las perspectivas de reformar a la Ley Federal del Trabajo 487
- ε CARLOS MÜGGENBURG
Una década de régimen desregulado de franquicias. El registro de contratos de franquicia y la obligación de revelación anticipada de información del franquiciante .. 507
- ε MIGUEL PÉREZ LÓPEZ
La Reforma de la Administración Pública Federal para el periodo 2000-2006 519

MISCELÁNEA

- ε EMILIANO ZUBIRÍA MAQUEO
Homenaje a Ramón Sánchez Medal 561

IN MEMORIAM

- ε Martín Díaz y Díaz (1956-2001) 569

DISCURSOS

- ε Discurso del señor Lic. don Mario A. Becerra Pocoroba, Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 2001-2002 573
- ε Discurso del Sr. Lic. don Francisco José Simón Conejos, profesor de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 2001-2002 577
- ε Discurso del alumno Agustín Torres Ibarrola, Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 2001-2002 581

LA UNIÓN EUROPEA: ORIGEN, INSTITUCIONES Y ÁMBITO COMPETENCIAL

Felipe ALAMILLA RAMOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los sistemas de integración económica*. III. *Origen y evolución de la Unión Europea*. IV. *Naturaleza y estructura de la Unión Europea*. 1. *El Consejo Europeo*. 2. *Las Instituciones Comunitarias*. 3. *La Comisión de la Unión Europea*. 4. *El Consejo de la Unión Europea o Consejo de Ministros*. 5. *El Parlamento Europeo*. 6. *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. 7. *El Tribunal de Cuentas*. V. *Los actos y procedimientos legislativos*. VI. *Las competencias normativas comunitarias*. 1. *Las competencias implícitas*. VII. *Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea*.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de integración europeo, en su etapa actual conocido bajo la denominación general de Unión Europea, no constituye un fenómeno de origen reciente; comprende una larga y compleja evolución que, a medio siglo de su iniciación formal, representa la forma más avanzada de integración multisectorial con vocación para actuar tanto en los ámbitos económicos, sociales y políticos como en el de los derechos de los ciudadanos y de las relaciones exteriores de los quince Estados miembros.

Desde el punto de vista de sus relaciones con el exterior, la Unión Europea representa, sin contar los intercambios entre sus Estados miembros, la mayor potencia comercial a nivel mundial y constituye, con sus 375 millones de habitantes, el mercado más importante del mundo.

Así, la Unión Europea representa el 19% del comercio mundial de mercancías (frente al 18% de los Estados Unidos y el 10% de Ja-

pón); sus exportaciones al mundo aportan casi el 10% del producto interno bruto de la Unión; supone un mercado por demás atractivo para las importaciones, que representan aproximadamente un 9% de su producto interno bruto, y por lo que respecta a su inversión directa en terceros países, ésta representa la cuarta parte del total de inversión extranjera en el mundo.¹

De esta forma, el bienestar económico de la Unión Europea se encuentra condicionado por un orden económico mundial liberal y multilateral. La apertura progresiva de su propio mercado, junto con la mejora del acceso a terceros países, son algunos de sus principales objetivos. Por ello, la Unión ha desempeñado un papel preponderante en las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay, que llevaron a la celebración de 28 acuerdos multilaterales o plurilaterales, entre ellos el acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

Por lo que respecta al sistema normativo que soporta el andamiaje comunitario, éste se encuentra conformado por disposiciones jurídicas de carácter supranacional cuyo sustento consiste en la cesión a favor de las Comunidades Europeas² del ejercicio de determinadas competencias soberanas de los Estados miembros, los cuales, a través de sus mecanismos constitucionales propios, han autorizado y ratificado la celebración de tratados tendentes a atribuir a las organizaciones e instituciones comunitarias dichas potestades.³

En tal virtud, las Comunidades Europeas gozan de facultades normativas en las materias y con los límites establecidos en sus tratados constitutivos y en las modificaciones a éstos, por lo que, en estos

¹ PAWNALL, Charles, *¿Cuáles son las relaciones de la Unión Europea con el resto del mundo?*, Serie: Europa ... Preguntas y Respuestas, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1998.

² Como se verá más adelante, las Comunidades Europeas constituyen tres organizaciones internacionales con personalidad jurídica propia y representan el eje fundamental del acuerdo político denominado Unión Europea, el cual también comprende los rubros de cooperación en materia de política exterior y seguridad común, así como en los ámbitos policial y judicial en materia penal. A diferencia de las Comunidades Europeas, la Unión Europea carece de personalidad jurídica.

³ "Este es el sentido de un derecho supranacional o de la integración, que excede del tradicional derecho internacional entendido como derecho entre Estados". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Ed. Civitas, 9a. ed., Madrid, 1999, p. 148.

términos y con base en su naturaleza supranacional, las disposiciones jurídicas emanadas de las instituciones comunitarias resultan vinculantes para los Estados miembros. Por otra parte y atendiendo a la naturaleza de cada acto normativo, sus disposiciones podrían requerir, en ciertos casos, de una transposición por parte de las autoridades nacionales respectivas, mientras que, en otros casos, un acto normativo comunitario resultará directamente aplicable sin necesidad de la emisión de normas de transposición por parte de dichas autoridades nacionales.

El grado de desarrollo que presenta el sistema de integración europeo respecto de modelos más o menos similares existentes en otras latitudes, ubica a dicho sistema como un interesante objeto de estudio a partir de una realidad mundial caracterizada por la constante celebración de acuerdos tendentes a la apertura de los mercados nacionales en el contexto de una economía global.

El objeto del presente trabajo consiste en la presentación de un marco histórico, institucional y operativo de la Unión Europea como sistema de integración económica y política; destacando aquellos aspectos que se consideran jurídicamente relevantes y señalando, en forma general, las principales características del acuerdo de libre comercio suscrito entre nuestro país, la Comunidad Europea y los Estados miembros de ésta.

II. LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Los fenómenos de integración económica surgen como acuerdos de derecho internacional tendentes a la supresión o reducción progresiva de aranceles y barreras no arancelarias que obstaculizan la actividad comercial entre las distintas unidades económicas de los Estados participantes. La integración de los mercados más allá de las fronteras nacionales no es un fenómeno reciente, los primeros acuerdos de esta naturaleza —si bien aislados y condicionados a aspectos geográficos, culturales, tecnológicos y, obviamente, políticos y económicos— aparecen hacia finales del siglo XIX, sin embargo, es durante la segunda mitad del siglo XX cuando adquieren mayor relevancia como elementos definitorios de un proceso de apertura comercial que, a partir de la creación de bloques económicos regionales y de un sistema multilateral de comercio iniciado y desarrolla-

do en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, ha contribuido de manera significativa a la consolidación y expansión de las economías de mercado en el mundo.

Los acuerdos de integración económica presentan importantes variantes al ser comparados entre sí, tanto en lo referente al alcance de la integración pretendida como en lo que respecta a la fórmula jurídica elegida para hacer efectiva tal integración. Atendiendo a estos criterios, la doctrina ha establecido una clasificación a partir de los modelos o sistemas siguientes: área o zona de libre comercio; unión aduanera; mercado común; unión económica, e integración económica total o integración política.

Un área de libre comercio supone la eliminación de tarifas arancelarias y de restricciones cuantitativas al comercio entre los Estados participantes, sin embargo, cada uno de éstos conserva la facultad de imponer sus tarifas propias frente a terceros Estados. Este modelo de integración económica es el que ha sido instrumentado, entre otros, a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y, más recientemente, por el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea.

Existirá una unión aduanera cuando el acuerdo entre los Estados participantes vaya más allá e incorpore una equiparación de sus tarifas arancelarias frente a terceros Estados. Este sistema es el que ha sido adoptado en el Tratado de Cartagena para la constitución del Pacto Andino, hoy Comunidad Andina, que cuenta actualmente con la participación de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La supresión de aranceles y restricciones cuantitativas al comercio entre Estados no resulta suficiente para el establecimiento de un mercado común, para ello será necesario eliminar igualmente las restricciones que dificultan el movimiento de los factores de producción entre los países participantes. Este modelo de integración constituye el objetivo fundamental del Tratado de Asunción, en el cual se previó la constitución del Mercado Común del Sur entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, contando actualmente con la participación, bajo la forma de Estados asociados, de Bolivia y Chile.

Se hablará de unión económica cuando el acuerdo entre los Estados participantes comprenda, además del establecimiento de un mercado común, una cierta armonización de sus políticas económicas nacionales. Este modelo de integración tiene por objeto garantizar la

libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales —pilares del mercado común—, ya que restringe la posibilidad de que mediante la aplicación de políticas nacionales dispares sean impuestas tanto exacciones de efecto equivalente a las cuotas arancelarias como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas al comercio. Una unión económica es, por ejemplo, aquella establecida mediante los acuerdos celebrados entre Bélgica y Luxemburgo en 1922, que en 1945 incluirían la participación de los Países Bajos, dando lugar al denominado Benelux.

Por último, una integración económica total requerirá de la unificación de políticas nacionales en materias tan sensibles como la monetaria, la fiscal y la social. Este nivel de integración supone compromisos políticos y jurídicos que exceden las tradicionales relaciones contractuales entre Estados soberanos, ya que la viabilidad del sistema exigirá la existencia de una instancia supranacional facultada para el ejercicio de determinadas potestades que corresponden de forma originaria a cada uno de los Estados participantes.

De acuerdo con esta clasificación, la Unión Europea representa el mayor grado de integración entre los distintos sistemas actualmente existentes ya que cuenta con un espacio interior sin fronteras que pretende garantizar la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales; una unión económica y monetaria que tiene su base en la coordinación de las políticas de los Estados miembros, así como un aparato institucional de carácter supranacional que garantiza la eficacia de la normativa comunitaria.

En cuanto a las fórmulas jurídicas que permitirán hacer efectivas las respectivas integraciones, existe una estrecha vinculación entre tales fórmulas y el grado de integración pretendido, así por ejemplo, el TLCAN constituye, todo él, la norma común a instrumentar por los Estados Partes, por lo que el aparato institucional previsto por el Tratado tiene limitadas funciones exhortatorias y mediadoras. Cosa distinta sucede con el Tratado de Asunción, el cual opta por un contenido programático que será concretado en el marco de un sistema institucional constituido al efecto. Por último, los tratados que dan sustento a la Unión Europea contienen las reglas esenciales que habrán de presidir la integración —algunas de ellas de naturaleza *self executing*—, las cuales serán pormenorizadas a través de institucio-

nes propias, bajo un último control jurisdiccional igualmente propio y de naturaleza permanente.⁴

III. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

El proceso de integración europeo surge de los escombros de la Segunda Guerra Mundial y dentro de un contexto internacional caracterizado por la hegemonía que, tras una determinante participación para la conclusión y solución del conflicto armado, alcanzaron los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

El objetivo de fundar una organización que permitiera —según la expresión de los tratados constitutivos de la Unión Europea— “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” requería de una garantía de paz duradera que, a su vez, constituyera un punto de partida para la reconstrucción y desarrollo de un continente cuyos cimientos se habían desmoronado. Así, en un discurso pronunciado en la Universidad de Zurich el 19 de septiembre de 1945, sir Winston Churchill sostuvo que la unidad europea sólo sería posible en la medida que una reconciliación franco-alemana la sustentara. Adicionalmente, el primer ministro inglés hizo una invitación a los gobiernos de los Estados Unidos y de la Unión Soviética para asumir, junto con el Reino Unido, el papel de “amigos y protectores de la nueva Europa”.

Como consecuencia de las negociaciones sobre los términos en que se promovería la recuperación europea, a partir de las cuales se originó una división del continente en razón de la influencia política y económica de dos sistemas antagónicos, el 5 de junio de 1947, en un discurso pronunciado en la Universidad de Harvard, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, George Catlett Marshall, dio a conocer el Programa para la Recuperación Europea —más conocido como Plan Marshall— mediante el cual se establecía un mecanismo de asistencia financiera para aquellas naciones europeas que aceptarían participar en una institución encargada tanto de la gestión colec-

⁴ ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Monografía McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 1 a 5.

tiva de los apoyos como de la elaboración de un programa de reconstrucción europea.⁵

Más adelante, el 9 de mayo de 1950, el ministro francés de Asuntos Exteriores Robert Schuman efectuó una célebre declaración por la que hacía pública la oferta de Francia a la República Federal de Alemania para la puesta en común de sus respectivas producciones de carbón y de acero, *id est*, sobre una industria estratégica por su gran alcance económico y potencialmente militar.⁶ Esta declaración formaba parte del denominado Plan Schuman, programa que, inspirado en las ideas del político y financiero francés Jean Monnet, pretendía la recuperación económica de Francia a partir del aumento sistemático de su producción y que, junto con los términos impuestos por el Plan Marshall para el otorgamiento de apoyos financieros, constituye el origen de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, órgano primigenio de la Unión Europea actual.⁷

Los promotores del proceso de integración europeo vieron materializados sus esfuerzos con la suscripción, el 18 de abril de 1951 en

⁵ Este programa obedeció a cuatro razones fundamentales: la primera, Europa había sido un gran mercado para los productos norteamericanos; por lo que, sin una Europa próspera, los Estados Unidos podrían haber sufrido una severa depresión económica; la segunda, sin la ayuda norteamericana las naciones de Europa occidental podrían haber utilizado métodos socialistas o comunistas para su reconstrucción, situación indeseable para las autoridades estadounidenses; la tercera, Europa occidental se encontraba abierta a la influencia de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a la cual los Estados Unidos comenzaban a ver como su mayor rival, y la cuarta, Alemania occidental, históricamente el eje industrial del continente, debía ser reconstruida como una barrera frente a la expansión soviética; adicionalmente, los temores europeos respecto del enemigo de la Segunda Guerra Mundial sólo podrían reducirse si los alemanes eran integrados en una Europa más amplia. “European Recovery Program”, Microsoft®, Encarta®, Encyclopedia 2000. © 1993-1999 Microsoft Corporation. (Traducción propia).

⁶ La “Declaración Schuman” pretendía, como objetivo inmediato, asentar las bases de la pacificación europea a través del acuerdo entre los dos grandes rivales continentales sobre la producción y comercialización del carbón y del acero. Por otra parte, la propia Declaración proclamaba abiertamente el objetivo mediato de una futura Federación Europea.

⁷ Altiero Spinelli, federalista italiano, y Jean Monnet, inspirador del Plan Schuman, dieron origen a las dos principales corrientes de pensamiento que impulsarían el proceso de integración comunitaria: el proyecto federalista, basado en el diálogo y en una relación de complementariedad entre los poderes locales, regionales, nacionales y europeos, y el proyecto funcionalista, basado en la progresiva delegación de parcelas de soberanía desde el ámbito nacional al ámbito comunitario. FONTAINE, Pascal, *10 Lecciones sobre Europa*, Serie: Documentación Europea, 3a. ed., Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1998.

la ciudad de París, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), organismo más directamente precursor de la actual Unión Europea y mediante el cual se establecía un sistema de mercado común sobre la producción y comercialización del carbón y del acero entre los seis Estados fundadores, a saber: Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y la República Federal de Alemania.⁸

Comprobado el éxito en el corto plazo y considerando las prometedoras perspectivas de este modelo, en 1957 los mismos Estados fundadores de la CECA convienen en la creación de una Comunidad Económica Europea⁹ (CEE) y de una Comunidad Europea de la Energía Atómica¹⁰ (CEEA o EURATOM), ampliando así el número de materias que se encontraría sujeta a un sistema de mercado común entre ellos.

Mientras que la CECA y la CEEA constituyen organizaciones de integración económica sectorial —ya que suponen la instauración de un mercado común en dos ámbitos o sectores muy concretos—, la CEE —aunque responde al mismo modelo en cuanto que establece un mercado común que abarca todos los sectores de la actividad económica con las únicas excepciones del carbón, el acero y la energía atómica— incluye objetivos más ambiciosos al pretender la consecución de una integración económica total que, andando el tiempo, se ha enriquecido con contenidos políticos en materias como la social, de medio ambiente, de desarrollo de las regiones desfavorecidas, etcétera.

El éxito y consecuente interés generado por el proyecto europeo ocasionó que, tras arduas negociaciones para cada caso concreto, el número de Estados miembros de las Comunidades Europeas se ampliara con las incorporaciones del Reino Unido, Irlanda y Dinamar-

⁸ Con el mismo propósito pero con distintas prioridades fueron creadas otras organizaciones. En 1949 se fundó el Consejo de Europa para favorecer la colaboración política entre los países europeos. Por otra parte, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y la Unión Europea Occidental (UEO) se centraron en las cuestiones militares y de seguridad.

⁹ Mediante la suscripción del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea en la ciudad de Roma el 25 de marzo de 1957.

¹⁰ Mediante la suscripción del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica en la ciudad de Roma el 25 de marzo de 1957.

ca en 1973;¹¹ de la República Helénica en 1981, y de España y Portugal en 1986.¹²

Como consecuencia de estas ampliaciones y con el objeto de impulsar el proceso de integración europeo, en 1986 inició la primera gran revisión de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas que, buscando reflejar la redefinición que habían experimentado sus derroteros a partir de la nueva realidad europea, concluiría en 1987 con la suscripción del documento denominado Acta Única Europea (AUE).¹³

El AUE implicó, por una parte, la adecuación de los marcos jurídicos existentes frente a las necesidades de consolidar un mercado único de bienes, capitales y servicios, así como de garantizar un espacio europeo de libre circulación de personas, mientras que, por otra parte, comprendió un novedoso acuerdo de cooperación política en materias no comprendidas por las Comunidades Europeas.

Un nuevo e importante paso en el desarrollo de las Comunidades Europeas se alcanzó en 1992 con la suscripción del Tratado de la Unión Europea,¹⁴ también conocido como Tratado de Maastricht, que representó la creación de una Unión Europea (UE) que descansaría sobre el eje fundamental de las tres Comunidades Europeas y que comprendería otros dos rubros que, si bien no podían considerarse como parte del eje comunitario en razón de su menor nivel de integración, reflejaban los avances alcanzados por los Estados miembros en las materias de política exterior y seguridad común, así como de cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior.

Adicionalmente, en el marco del Tratado de Maastricht, fue acordado el cambio de la denominación CEE por la de Comunidad Europea (CE), se estableció un calendario para el establecimiento del "euro" como moneda única europea, se desarrolló ampliamente la noción de

¹¹ No obstante las negociaciones y acuerdos tendentes a la incorporación de Noruega, en el referéndum nacional exigido por la Constitución de este país como procedimiento de ratificación de acuerdos internacionales, los ciudadanos noruegos se manifestaron en contra de la adhesión a las Comunidades Europeas.

¹² Más adelante, como consecuencia de la unificación alemana, las Comunidades Europeas acogerían en 1990 a los nuevos *Länder* del este de Alemania.

¹³ Cuya suscripción tuvo lugar en la ciudad de Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986.

¹⁴ Suscrito en la ciudad de Maastricht el 7 de febrero de 1992.

“ciudadanía de la Unión Europea”, asimismo fue reforzado el papel del Parlamento Europeo en lo referente a la toma de decisiones en el seno de la Unión.

En 1995 aumentó nuevamente el número de integrantes de la UE. Con la incorporación de Austria, Finlandia y Suecia, el total de Estados miembros llegó al quince actual.

Tras esta última ampliación y con el propósito de lograr una mayor eficacia de las disposiciones que regulaban los objetivos de la Unión, en 1997 fue suscrito un nuevo tratado por el cual se modificaron distintos aspectos del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como de determinados actos conexos. Mediante este Tratado, firmado en la ciudad de Amsterdam el 2 de octubre de 1997, se modificaron y reforzaron las políticas y los medios de la Unión en ámbitos como la cooperación judicial, la libre circulación de personas, la política exterior y la salud pública; asimismo fueron confiadas nuevas competencias al Parlamento Europeo, confirmando con ello su función de colegislador en determinadas materias.

Como consecuencia del Consejo Europeo celebrado en Luxemburgo los días 12 y 13 de diciembre de 1997, la Europa de los Quince decidió abrirse al Este e inició el proceso de ampliación de la UE.¹⁵ Este proceso comprende un desarrollo por etapas siguiendo los ritmos de cada Estado candidato en función de su grado de preparación.¹⁶

A partir de la última Conferencia Intergubernamental celebrada durante el Consejo Europeo que tuvo lugar en la ciudad de Niza, cuyos trabajos concluyeron el 11 de diciembre de 2000, se alcanzaron los acuerdos correspondientes a aquellas cuestiones institucionales que no habían sido resueltas en Amsterdam y que debían resolverse antes

de la ampliación de la Unión. Asimismo fueron adoptados otros acuerdos en materias no relacionadas directamente con la ampliación.

Como consecuencia de dichos trabajos, los quince Estados miembros adoptaron un acuerdo político sobre un proyecto de nuevo Tratado que introducirá modificaciones en el Tratado de la Unión Europea, los Tratados de las Comunidades Europeas así como en el Protocolo sobre la ampliación de la Unión Europea. Las enmiendas contempladas entrarán en vigor cuando todos los Estados miembros hayan ratificado el Tratado de Niza de acuerdo con sus normas constitucionales respectivas.¹⁷

Entre las modificaciones más relevantes que se introducirán una vez que entre en vigor el Tratado de Niza se encuentran una serie de disposiciones para las cuales en lo sucesivo estará prevista la mayoría cualificada para la adopción de actos comunitarios; asimismo, puesto que se ignora cuándo y en qué orden se producirá la adhesión de los países candidatos a la Unión, se prevé, para una Unión todavía compuesta por quince Estados miembros, un nuevo reparto de escaños en el Parlamento Europeo, una nueva composición de la Comisión y la nueva definición de la mayoría cualificada en el Consejo. El Tratado de Niza establece los principios y los métodos de evolución de este nuevo sistema a medida que la ampliación se vaya dando.¹⁸

IV. NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LA UNIÓN EUROPEA

La UE constituye un acuerdo esencialmente político que descansa en lo que la doctrina ha denominado “los tres pilares”, a saber: el comunitario, integrado por las tres Comunidades Europeas; el de política exterior y de seguridad común (PESC), y aquél relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal (Tercer Pilar).¹⁹ Es impor-

¹⁷ El proceso de ratificación del Tratado de Niza, firmado en febrero de 2001, podría durar, según una estimación general, dieciocho meses. No obstante lo anterior, la UE deberá estar en condiciones de acoger a partir de finales de 2002 a los nuevos Estados miembros que se encuentren preparados.

¹⁸ Véase el documento denominado “Síntesis del Tratado de Niza”, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas, disponible en: http://www.europa.eu.int/comm/nice_treaty/summary_es.pdf

¹⁹ Con anterioridad al inicio de la vigencia del Tratado de Amsterdam, el Tercer Pilar correspondía a la “cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior”.

¹⁵ Los Estados candidatos son: Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Bulgaria, Rumania, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Chipre, Albania, Turquía y algunos Estados de la antigua Yugoslavia.

¹⁶ En el Consejo Europeo de junio de 1993 se enunciaron como condiciones que debían cumplirse para ser miembro de la UE las siguientes: tener instituciones estables que garanticen la democracia, la primacía del derecho, los derechos humanos, el respeto y protección de las minorías, la existencia de una economía de mercado viable y capaz de hacer frente a la competencia en el seno de la Unión y estar en condiciones de suscribir los objetivos de la Unión.

tante destacar que, dentro del Pilar Comunitario, cada una de las tres Comunidades Europeas constituye una organización internacional distinta de las otras dos y cada una de ellas cuenta, a diferencia de la UE, con personalidad jurídica propia.²⁰

Todo el sistema competencial de la UE gira en torno a las Comunidades Europeas ya que, mientras éstas suponen la instauración de un sistema de mercado común a partir de la atribución a las instituciones comunitarias del ejercicio de determinadas competencias soberanas de cada uno de los Estados miembros, en el ámbito de la PESC y del Tercer Pilar los Estados miembros no han cedido el ejercicio de sus competencias a favor de ninguna organización, sin embargo existe entre ellos un alto nivel de coordinación y cooperación política que permite la más fácil adopción de acciones conjuntas.

En adelante, dada la preeminencia que guarda la CE respecto de las otras dos Comunidades Europeas, centraré en ella el estudio del Pilar Comunitario toda vez que las consideraciones que así se expresen son extrapolables, *mutatis mutandis*, a la CECA y la CEEA.

Como toda organización internacional, la CE se rige en cuanto a sus facultades por el principio de la competencia de atribución, es decir, actuará conforme a los objetivos y dentro de los límites de las competencias que le atribuye su Tratado constitutivo. Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido este principio al expresar en reiteradas ocasiones que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional en beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos, aunque sólo sea en campos restringidos.²¹ Por su parte, el Consejo Europeo, en sus conclusiones a la reunión mantenida en Edimburgo durante el mes de diciembre de 1992, sostuvo que la competencia de los Estados miembros es la norma y la comunitaria la excepción.²²

²⁰ A pesar de que han existido propuestas para consolidar en un solo instrumento los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas —con la doble alternativa de fusionar o no las personalidades jurídicas de las tres comunidades—, a la fecha no ha sido alcanzado un acuerdo en tal sentido.

²¹ Sentencia de 5 de febrero de 1963 en el asunto *Vand Gend & Loos* (asunto: 26/62, Rec., p. 23).

²² DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, *El Sistema Competencial de la Unión Europea*, documento proporcionado por el autor durante el Master en Derecho Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid, 1999-2000, 94 pp.

Los preceptos diseminados en el Tratado constitutivo de la CE que concretan la atribución de competencias a favor de ésta reciben el nombre de “bases jurídicas” y, tratándose de competencias normativas o administrativas, no sólo encierran la atribución de competencia a la CE sino que, como se verá más adelante, también establecen el procedimiento conforme al cual dichos actos deberán ser aprobados.²³

Por lo que respecta a los pilares no comunitarios, la PESC y el Tercer Pilar constituyen marcos de cooperación intergubernamental, es decir que los Estados miembros conservan plena competencia respecto de estas materias, sin embargo, aceptan coordinar entre sí el ejercicio de sus competencias.

Como se verá a continuación, el motor de la UE se encuentra en el Consejo Europeo, órgano al que corresponde definir e impulsar las orientaciones políticas generales de la Unión partiendo de lo prescrito por el derecho originario o constitucional previsto en los tratados fundacionales.

1. El Consejo Europeo

Desde 1961 había sido práctica frecuente que, a iniciativa de algún Estado miembro, se celebraran reuniones de los Jefes de Estado y de gobierno con el propósito de analizar los avances y obstáculos que presentaba el proyecto comunitario y, en su caso, buscar el consenso para las nuevas acciones que serían adoptadas. Estas reuniones, comúnmente denominadas “cumbres”, tuvieron cada vez mayor regularidad en virtud del creciente interés de sus miembros por el más pronto y eficiente desarrollo del proyecto europeo.

Como consecuencia de esta evolución, en 1987 los Estados miembros acordaron regular, mediante el AUE, la composición y periodicidad con que se efectuarían las cumbres europeas bajo la nueva forma del Consejo Europeo.

²³ En el Tratado constitutivo de la CE no existe un precepto que enumere los ámbitos en que los Estados miembros han reconocido competencia a la Comunidad, esta atribución se ha efectuado a través de artículos esparcidos a lo largo del texto del Tratado por lo que, para saber si la Comunidad puede actuar en un ámbito determinado, deberán analizarse sus disposiciones materiales e interpretar si en algún precepto ha operado la cesión de la correspondiente competencia.

El Consejo Europeo se encuentra compuesto por los Jefes de Estado o de gobierno de los Estados miembros y por el Presidente de la Comisión Europea, los cuales son asistidos por sus ministros de asuntos exteriores y por un miembro de la Comisión, respectivamente. El Consejo Europeo se reúne al menos dos veces al año bajo la presidencia del Jefe de Estado o de gobierno del Estado miembro que se encuentre en ejercicio de la presidencia del Consejo de Ministros y sus conclusiones y acuerdos gozan de carácter vinculante en forma inmediata para el conjunto de las instituciones de la UE.

A partir de la creación de la UE corresponde al Consejo Europeo la adopción de las orientaciones políticas generales que definirán el rumbo de la Unión, no obstante lo cual, el Consejo Europeo no tiene una participación directa en lo relativo a la creación, aplicación y ejecución de la normativa comunitaria (Pilar Comunitario), razón por la cual carece del carácter de institución de la CE. Sin embargo, por lo que respecta a aquellos ámbitos no comunitarios incluidos en la UE bajo un régimen de cooperación política (PESC y Tercer Pilar), corresponde al Consejo Europeo la definición de las políticas generales que, a partir de los acuerdos alcanzados en las "cumbres", serán instrumentadas de forma conjunta por los Estados miembros.

2. Las instituciones comunitarias

El ejercicio de las facultades que corresponden a cada una de las Comunidades Europeas se encuentra a cargo de cinco instituciones comunes de carácter supranacional, a saber: la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas.

Esta unidad institucional tiene su origen en 1957 cuando, como consecuencia de la creación de la CEE y de la CEEA, las altas partes contratantes acordaron la concurrencia en dos instituciones de aquellas facultades que, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, corresponderían a cada una de las Comunidades Europeas en lo relativo a la representación de los pueblos europeos (Asamblea, hoy Parlamento Europeo) y al control jurisdiccional último del derecho comunitario (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). Más adelante, igualmente con el propósito de reunir en una sola institución las competencias que cada una de las tres Comunidades atrib

buía a sus respectivos órganos ejecutivos, en 1965 fue celebrado un Tratado de fusión de los Ejecutivos Europeos que supuso, además, la redefinición de las facultades que a partir de entonces corresponderían a la Comisión Europea.

Por último, en 1975 es creado el Tribunal de Cuentas al que corresponde, en su carácter de representante de los contribuyentes, la comprobación de que los recursos existentes son invertidos de acuerdo con los objetivos y normas presupuestarias acordados en el seno de la UE.

3. La Comisión de la Unión Europea

La Comisión representa el interés comunitario de los Estados miembros y constituye el motor de la normativa comunitaria al contar con la facultad de iniciativa de diversos actos; asimismo, le corresponde velar por el correcto desenvolvimiento del ordenamiento comunitario, para lo cual cuenta con la facultad de incoar el procedimiento sancionador previsto por el Tratado constitutivo de la CE en los supuestos de incumplimiento del derecho comunitario por parte de algún Estado miembro.

La Comisión se encuentra compuesta por veinte Comisarios Europeos cuyo nombramiento corresponde a los quince Estados miembros, debiendo comprender al menos un nacional de cada uno de éstos y sin que el número de integrantes en posesión de dicha nacionalidad pueda exceder de dos. Los nombramientos son por un periodo de cinco años y su mandato es renovable.

El Presidente de la Comisión es elegido por los jefes de Estado o de gobierno reunidos en el Consejo Europeo, previa consulta al Parlamento Europeo.

Los Comisarios Europeos deberán ejercer sus funciones con absoluta independencia y en interés general de la Comunidad, por lo cual, no podrán solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno u organismo.

4. El Consejo de la Unión Europea o Consejo de Ministros

A diferencia de la Comisión, en el Consejo de la UE son representados los intereses de los Estados miembros mediante su participación a través de un representante de rango ministerial facultado para com-

prometer a su gobierno. Su presidencia es ejercida por periodos de seis meses conforme al principio de rotación de cada Estado miembro y de acuerdo con el orden acordado unánimemente en el propio Consejo.²⁴

En razón de sus funciones, el Consejo de Ministros no tiene un equivalente en ningún lugar del mundo; en su seno los Estados miembros legislan para la UE, establecen sus objetivos políticos y coordinan sus políticas nacionales. Así, es un cuerpo que reúne las características tanto de una organización supranacional como intergubernamental y sus decisiones son adoptadas por unanimidad, por mayoría simple o por mayoría cualificada, según la materia de que se trate.²⁵

En lo referente a la PESC y al Tercer Pilar, corresponde al Consejo de Ministros la promoción de iniciativas y la toma de decisiones, siendo la unanimidad la regla general para estos dos pilares.²⁶

5. El Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo se encuentra formado por 626 diputados, elegidos cada cinco años por sufragio universal directo de los ciudadanos de la UE. Reúne todas las tendencias en grupos políticos europeos: socialistas, democristianos, liberales, radicales, comunistas, ecologistas, regionalistas, extrema derecha, etcétera.

En un primer momento, el Tratado constitutivo de la CEE le concedió solamente la función de consulta dentro del procedimiento legislativo, correspondiendo a la Comisión proponer y al Consejo de Ministros decidir la legislación. Sin embargo, desde 1987 sus res-

²⁴ El orden acordado por las partes es el siguiente: Austria, Alemania, Finlandia, Portugal, Francia, Suecia, Bélgica, España, Dinamarca y Grecia. Actualmente, desde el 1 de julio de 2001 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, la presidencia se encuentra a cargo de Bélgica.

²⁵ Para tales efectos, el Tratado constitutivo de la CE prevé un sistema de votación ponderada de la siguiente forma: Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido contarán con 10 votos cada uno; España con 8 votos; Bélgica, Grecia, Holanda y Portugal con 5 votos cada uno; Austria y Suecia con 4 votos cada uno; Irlanda, Dinamarca y Finlandia con 3 votos cada uno, y Luxemburgo con 2 votos. En tal virtud, la mayoría cualificada sólo podrá ser alcanzada al existir 62 votos favorables en el Consejo de Ministros.

²⁶ En consecuencia, corresponde al Consejo de Ministros la celebración, en nombre de la CE, de los acuerdos internacionales que ésta celebre con uno o más Estados u organizaciones internacionales.

ponsabilidades se han ampliado gradualmente y sus poderes se han fortalecido, actualmente se reparte con el Consejo de Ministros el poder de decisión en un gran número de tareas.

El Parlamento Europeo ejerce el control democrático sobre las actividades de la Comisión, ya que con dos tercios de los votos emitidos que representen, a su vez, la mayoría de los diputados que lo componen, puede adoptar una moción de censura que obligue a los miembros de la Comisión a renunciar colectivamente a sus cargos.²⁷

6. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuenta con una jurisdicción de naturaleza permanente, es tanto el intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario como el titular del monopolio de rechazo en aquella actividad de las instituciones comunitarias que resulte incompatible con dicho ordenamiento.

Esta institución proporciona la tutela judicial necesaria para garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados fundacionales, así como en todas las actividades de la CE.

El Tribunal de Justicia ha constituido un elemento fundamental para la profunda implantación del derecho comunitario en las realidades jurídicas de los Estados miembros, esto se debe principalmente a que, gracias a una estrecha cooperación con los órganos administrativos y jurisdiccionales nacionales a través del denominado "procedimiento prejudicial", se ha conseguido una concepción, interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario por parte de todos los Estados miembros.

Hasta el 1 de septiembre de 1989 el Tribunal de Justicia había funcionado como instancia única, sin embargo, en esa fecha el Consejo de Ministros agregó a dicha institución un Tribunal de Primera Instancia con el objeto de mejorar la protección jurisdiccional de los justiciables y permitir que aquél se concentrara en su objetivo fundamental de velar por la interpretación uniforme del derecho comunitario.

²⁷ El control parlamentario también puede ejercerse a través de la creación de comités de investigación y mediante la formulación de preguntas escritas u orales a la Comisión y al Consejo.

Básicamente, el Tribunal de Justicia conoce de dos clases de asuntos: a) recursos directos interpuestos por alguna institución comunitaria o por un Estado miembro, y b) cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que requieren de una decisión sobre una cuestión de derecho comunitario que les permita dictar una resolución en el asunto que estén conociendo.

Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia es competente para conocer de todos los recursos interpuestos por los particulares contra actos de las instituciones y los órganos comunitarios; sus sentencias pueden ser objeto de un recurso de casación, limitado a cuestiones de derecho, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Es importante destacar que, de acuerdo con el Tratado constitutivo de la CE, el Tribunal de Primera Instancia no constituye una institución distinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, encontrándose integrado cada uno de estos tribunales por quince jueces designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros.

7. El Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas, como ya se ha mencionado, tiene a su cargo la fiscalización de todos los ingresos y gastos de la CE; asimismo, controla la legalidad y regularidad de dichos ingresos y gastos asegurando una buena gestión financiera. No obstante lo anterior, la responsabilidad fundamental de supervisar y gestionar los fondos comunitarios corresponde a los Estados miembros, ya que éstos se encuentran encargados de la redistribución de aproximadamente el 80 por ciento del presupuesto europeo, siendo responsables del control de los gastos y de la revisión de cuentas.

Este Tribunal se encuentra compuesto por quince miembros, uno por cada país miembro de la UE.

V. LOS ACTOS Y PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS

Como ya se ha apuntado, compete a la Comisión la facultad de iniciar los actos legislativos comunitarios mientras que el poder de decisión respecto de las propuestas así planteadas corresponde al Consejo de Ministros y al Parlamento Europeo quienes, en diversos grados

y según la materia tratada, comparten el poder legislativo propiamente dicho.

Tanto la naturaleza de los actos legislativos como el procedimiento a seguir para su adopción se encuentran determinados por la base jurídica que faculta a las instituciones comunitarias para regular una materia específica. De esta forma, el derecho comunitario puede tomar alguna de las cuatro formas siguientes: a) Reglamentos, que tienen alcance general y aplicación directa sin necesidad de medidas nacionales de transposición para llevarlos a efecto; b) Directivas, que son obligatorias para los Estados miembros en cuanto a los objetivos por ellas perseguidos y que facultan a las autoridades nacionales para adoptar la forma y medios necesarios para su aplicación dentro de cada uno de dichos Estados miembros; c) Decisiones, que obligan en todos sus términos a quienes se encuentren dirigidas, ya sean Estados miembros, personas morales o personas físicas, y d) Recomendaciones y dictámenes, que carecen de fuerza vinculante tanto en el ámbito comunitario como en el nacional de cada Estado miembro.

En cuanto a los procedimientos legislativos existentes, igualmente será el fundamento o base jurídica la que determine, como regla general, cuál de los siguientes caminos deberá elegirse:

- Procedimiento de Consulta: Deberá solicitarse el dictamen del Parlamento Europeo antes de la adopción por el Consejo de Ministros de una propuesta legislativa de la Comisión. Dicho dictamen no es de naturaleza vinculante.²⁸
- Procedimiento de Cooperación: Supone dos lecturas por parte del Parlamento Europeo ya que, a partir de la tramitación correspondiente al procedimiento de consulta, el Consejo de Ministros adoptará una posición común que será nuevamente sometida a la consideración del Parlamento quien podrá rechazarla o mejorarla mediante las enmiendas que estime oportunas. La posición común así reexaminada será objeto de revisión por parte de la Comisión, la cual emitirá un dictamen que quedará a la consideración y decisión del Consejo de Ministros.²⁹

²⁸ Artículos 192 y 250 del Tratado constitutivo de la CE.

²⁹ Artículo 252 del Tratado constitutivo de la CE.

- Procedimiento de Codecisión: Si el Consejo de Ministros no considera debidamente en su posición común el dictamen que en segunda lectura emita el Parlamento Europeo, éste podrá impedir su adopción por el Consejo. Para prevenir este rechazo se prevé la intervención de un Comité de Conciliación compuesto de forma paritaria por representantes de ambas instituciones y con la participación de la Comisión, al cual corresponderá la búsqueda del acuerdo sobre un proyecto de texto conjunto que pueda superar el derecho de veto que, en tercera y última lectura, corresponde al Parlamento Europeo.³⁰
- Procedimiento de Dictamen Conforme: Tiene gran similitud con el procedimiento de consulta, sin embargo, en este procedimiento el dictamen del Parlamento Europeo resulta vinculante respecto del texto legislativo que se le presenta. Este dictamen sólo podrá ser de aprobación o de rechazo a la propuesta respectiva, ya que carece de facultades para modificarla.³¹

Como ya se ha señalado, el poder decisorio del Consejo de Ministros para la adopción de la normativa comunitaria podrá ser ejercido, atendiendo a lo prescrito por la base jurídica, mediante acuerdos unánimes o por mayoría, ya simple ya cualificada. Tratándose del Parlamento Europeo los acuerdos serán adoptados, atendiendo igualmente a la base jurídica, por mayoría simple o por mayoría absoluta.

VI. LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS COMUNITARIAS

Las atribuciones normativas de la CE se encuentran determinadas por aquellos ámbitos materiales en que los tratados fundacionales le han conferido facultades; así, atendiendo a su alcance dentro de un ámbito material específico, las competencias comunitarias se clasifican en: exclusivas y compartidas, pudiendo estas últimas subdividirse en competencias compartidas de carácter concurrente y competencias compartidas de carácter complementario.

Las competencias exclusivas son aquéllas que excluyen *ab initio* la actuación de los Estados miembros, es decir que éstos pierden de

³⁰ Artículo 251 del Tratado constitutivo de la CE.

³¹ Artículo 300.3 del Tratado constitutivo de la CE.

forma inmediata su competencia tanto en el plano nacional como internacional. Esta pérdida de competencia es además irreversible en el sentido de que, aun cuando las instituciones comunitarias no actúen e incluso en el extremo de que esta inacción provocara vacíos normativos, los Estados no recuperan sus prerrogativas de intervención en el ámbito de competencia atribuida, por lo que sólo les será dable intervenir en virtud de una habilitación expresa por parte de la Comunidad.³²

Un ejemplo de este tipo de competencia es, por ejemplo, el control de validez de los actos comunitarios que ha sido atribuido con carácter exclusivo al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Igualmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 106 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Banco Central Europeo tiene el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes en la CE. Asimismo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha resuelto en forma reiterada que el Tratado constitutivo de la CE confiere a ésta competencias exclusivas en los ámbitos de política comercial y pesca marítima.

No obstante lo anterior, la indefinición de los textos constitutivos de la CE impide identificar algún ámbito de competencia normativa o administrativa que tenga el mismo alcance, por lo que la responsabilidad de determinar la intensidad de las competencias asumidas por las instituciones comunitarias ha recaído sobre el Tribunal de Justicia quien, a partir de una labor interpretativa de las bases jurídicas, sólo ha afirmado de manera expresa esta exclusividad (referida al plano normativo) respecto de la política comercial y la gestión y conservación de los recursos pesqueros.³³

³² Ello sin perjuicio de que, en un ámbito de competencias exclusivas, los Estados miembros puedan adoptar las medidas necesarias para la ejecución (administrativa o incluso, si aquéllas así lo prevén, normativa) de las disposiciones comunitarias adoptadas, ni para que, en tanto perdure la inactividad comunitaria, se mantengan en vigor las disposiciones nacionales existentes en el momento en que la Comunidad asumió plenamente su competencia, las cuales, en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, quedarán automáticamente desplazadas a partir de que intervenga la Comunidad. DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, *op. cit. supra*.

³³ Durante la negociación del Tratado de Amsterdam un sector de la doctrina comunitaria, encabezado por Alemania, Austria y Holanda, propugnó por la inclusión de un catálogo competencial dentro del Tratado constitutivo de la CE. Esta propuesta no fue acogida por el resto de Estados miembros, ya que compartían la impresión de que la relativa ambigüedad

Por otra parte, la práctica ha demostrado que la exclusión de los Estados de esos sectores en los que la competencia comunitaria es exclusiva no es tan radical, ya porque los actos aprobados por la Comunidad dejan un marco para la acción normativa de los Estados miembros, ya porque la Comunidad tenga problemas para poner en práctica su competencia y opte por habilitar a los Estados miembros para que sean éstos quienes actúen, lo cierto es que la exclusividad es más formal que material.

Por competencias compartidas se entiende aquéllas que coexisten (estructural o coyunturalmente) con las competencias estatales, éste es el carácter que ordinariamente revisten las competencias comunitarias mientras que la exclusividad es excepcional y en ningún caso presumible.

En los ámbitos de competencias concurrentes no se produce una exclusión *ab initio* de la competencia de los Estados miembros; ya que, mientras las autoridades comunitarias no hayan intervenido en el ámbito en cuestión, los Estados conservan su competencia para legislar o asumir compromisos convencionales con países terceros. El ejercicio efectivo por parte de la Comunidad desplazará progresivamente la competencia nacional; de la misma forma, la norma comunitaria adoptada desplaza la aplicación de la normativa nacional contraria.

Así, como claramente señala el Dr. Javier Diez-Hochleitner, en los ámbitos de competencias concurrentes los Estados conservan la competencia, pero sólo pueden ejercerla hasta en tanto la Comunidad no actúe o en la medida que no contraríen los actos adoptados por ésta.³⁴ Adicionalmente, la pérdida de competencia por parte de los Estados miembros no tiene, a diferencia de lo que sucede con las competencias exclusivas, carácter irreversible, por lo que la desocupación comunitaria de algún campo permitiría que volviera a aparecer la competencia estatal.

de la línea de demarcación de las competencias estatales y comunitarias era uno de los factores que mayormente había contribuido al éxito de la CE. DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, *op. cit. supra*.

³⁴ El ejercicio de la competencia concurrente en el plano interno por la CE supone la ocupación del campo también en el plano externo, esto es, la actuación *ad intra* de una competencia comunitaria desplaza la competencia *ad intra* y *ad extra* de los Estados miembros.

Las competencias de la CE son complementarias cuando no prevén una sustitución de los estados por parte de la Comunidad, sino la aportación de un complemento a las intervenciones de aquéllos.

1. Las competencias implícitas

Los ámbitos materiales en los que la CE cuenta con competencias normativas resultan bastante difusos en la mayoría de los casos, por ello la actividad normativa comunitaria ha recurrido constantemente a lo que la doctrina denomina "cláusula general de apoderamiento", la cual permite a la Comunidad adoptar medidas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.³⁵

Así, al resultar difícil encontrar una disposición nacional que no tuviera incidencia en el mercado común, la experiencia comunitaria hasta el inicio de la vigencia del AUE supuso una interpretación generosa de dicha cláusula, existiendo además la posibilidad de acudir, en aquellos supuestos en que lo anterior resultare insuficiente, a la "cláusula de cierre del sistema" contenida en el artículo 308 del Tratado constitutivo de la CE, la cual establece que cuando una acción comunitaria resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

El ejercicio de estas dos facultades comunitarias nunca ha sido objeto de protesta por parte de los Estados miembros; ya que ambas funcionan sobre la base de la unanimidad en el Consejo de Ministros y, por ello, no podrían oponerse a lo que han aprobado en el procedimiento comunitario.

Ahora bien, a partir del inicio de la vigencia del AUE, la adición del artículo 100 A (actualmente 95) en el Tratado constitutivo de la CE

³⁵ De acuerdo con el artículo 94 del Tratado constitutivo de la CE, estos actos comunitarios tendrán la forma de directivas, las cuales serán adoptadas por unanimidad en el Consejo de Ministros, previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

permitió a ésta continuar con la labor de armonización o aproximación de la normatividad de los Estados miembros, pero ya no en función del mercado común sino del mercado interior, el cual, a diferencia del primero, es definido en el artículo 14 de dicho Tratado como un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado. La disposición prevista por el artículo 95 es también una cláusula general de apoderamiento pero, a diferencia de aquélla prevista por el artículo 94, impone el procedimiento de codecisión para la toma de decisiones, esto es, la mayoría cualificada en el Consejo de Ministros y el derecho de veto del Parlamento Europeo.

VII. TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA

En 1975 México y la CEE suscribieron un acuerdo marco de cooperación que sería sustituido en 1991 por un nuevo acuerdo marco que, en el contexto de los denominados acuerdos de tercera generación, incluyó diversos temas objeto de cooperación entre las partes, a saber: industria, minería, propiedad intelectual, normas y criterios de calidad, ciencia y tecnología, pesca y piscicultura, energía, protección del medio ambiente, gestión de recursos naturales, servicios (incluidos los financieros), turismo, transporte, telecomunicaciones e informática, promoción de inversiones, salud pública, lucha contra el narcotráfico y comercio entre otros.

La cooperación comercial prevista por el acuerdo marco de 1991, aún vigente, no supone el otorgamiento de un trato preferencial entre las partes, éstas únicamente se comprometen a promover la expansión y diversificación del comercio bilateral a través del intercambio de información y de consultas en materia arancelaria, de requerimientos sanitarios y técnicos, de legislación y prácticas relacionadas con el comercio, así como sobre las medidas antidumping y cuotas compensatorias que llegaren a aplicarse.

Con el objetivo de profundizar las relaciones económicas, políticas y de cooperación entre México y la UE, el 8 de diciembre de 1997 fueron suscritos los siguientes instrumentos jurídicos:

- a) Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la CE y sus Estados miembros, por la otra. Este instrumento es más conocido como Acuerdo Global.
- b) Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la CE, por la otra. Este instrumento es más conocido como Acuerdo Interino.
- c) Declaración Conjunta entre los Estados Unidos Mexicanos y la CE y sus Estados miembros.

El Acuerdo Interino fue aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 23 de abril de 1998 y por el Parlamento Europeo el 13 de mayo de 1998. Este Acuerdo entró en vigor el 1 de julio de 1998 y comprende únicamente las materias de competencia comunitaria exclusiva.

El Acuerdo Global fue aprobado por el Parlamento Europeo el 6 de mayo de 1999 y ha sido aprobado por la totalidad de los Estados miembros de la UE, mientras que la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión lo aprobó el 20 de marzo de 2000. Este acuerdo establece como fecha de inicio de vigencia el 1 de julio de 2000 y comprende tanto las materias de competencia comunitaria exclusiva, como aquéllas de competencia compartida entre la CE y los Estados miembros, tanto en materia comercial como de diálogo político y cooperación.

Anticipando que el proceso de aprobación legislativa de cada uno de los quince Estados miembros de la UE podría demorar y disminuirse con ello el impulso negociador de las partes, éstas previeron la posibilidad de iniciar lo antes posible las negociaciones tendentes a la liberalización comercial y poner en vigor sus resultados una vez cumplidas las exigencias constitucionales de la totalidad de dichos Estados miembros. Así, una vez que los procesos de aprobación legislativa del Acuerdo Global concluyeran, el Acuerdo Interino perdería vigencia y subsistiría un solo Acuerdo integral tendente al establecimiento de una zona de libre comercio entre las partes, con base en el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de servicios, que forma parte del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

En la misma fecha de suscripción de los Acuerdos mencionados, las partes suscriptoras del Acuerdo Global efectuaron una Declaración Conjunta que permitió llevar a cabo las negociaciones de los temas de competencia compartida en materia comercial.

El Acuerdo Interino contempla los objetivos de la negociación en materia de liberalización comercial, a efecto de lo cual establece un Consejo Conjunto que, integrado por autoridades mexicanas y comunitarias, es el encargado de adoptar las decisiones que establezcan:

- a) Las medidas y el calendario para la liberalización bilateral, progresiva y recíproca de las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio de bienes, en específico en materia de liberalización arancelaria; reglas de origen y cooperación aduanera; medidas antidumping y cuotas compensatorias; medidas de salvaguardia; normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad; medidas sanitarias y fitosanitarias; excepciones generales y restricciones en caso de dificultad por balanza de pagos;
- b) La apertura gradual y recíproca de los mercados de contratación pública;
- c) Las medidas apropiadas para evitar distorsiones o restricciones de la competencia que pudieran afectar significativamente el comercio entre México y la CE, a través de mecanismos de cooperación y coordinación entre sus autoridades competentes en la materia;
- d) Las medidas apropiadas para asegurar una efectiva y adecuada protección en materia de propiedad intelectual, a través de un mecanismo de consulta entre las partes con miras a alcanzar soluciones mutuamente satisfactorias en caso de dificultades en la protección de la propiedad intelectual, y
- e) Un procedimiento específico para la solución de controversias relacionadas con los temas anteriores.

El Acuerdo Global comprende tres rubros, el de diálogo político, el de cooperación y el comercial. El primero busca establecer lazos duraderos de solidaridad que contribuyan a la estabilidad y prosperidad de las regiones respectivas, incluso mediante iniciativas conjuntas en el plano internacional; el segundo se integra por treinta áreas

que corresponden tanto a aquéllas previstas por el Acuerdo de 1991 como a nuevas materias que, en su conjunto, se encontrarán sujetas a un nivel de cooperación mayor, y el tercero que, al igual que el Acuerdo Interino, establece las bases para la negociación de disciplinas específicas en el ámbito de competencias comunitarias exclusivas y compartidas.

Este Acuerdo igualmente incorpora un Consejo Conjunto integrado por autoridades mexicanas y comunitarias que, además de adoptar decisiones en las materias comprendidas por el Acuerdo Interino, cuyas disposiciones respectivas reproduce, se encuentra encargado de adoptar las decisiones que establezcan:

- a) Las medidas necesarias para la liberalización progresiva y recíproca del comercio de servicios;
- b) Las medidas y el calendario para la supresión progresiva y recíproca de restricciones respecto a movimientos de capital y pagos entre las partes;
- c) Las medidas específicas en materia de propiedad intelectual, tomando en cuenta, en particular, las convenciones multilaterales relevantes, y
- d) Un procedimiento específico para la solución de controversias relacionadas con los temas anteriores.

Adicionalmente, el Acuerdo Global contiene una disposición que establece que al momento de su entrada en vigor, toda decisión adoptada por el Consejo Conjunto establecido en el Acuerdo Interino será considerada como adoptada por el Consejo Conjunto propio del Acuerdo Global. Por ello, y en virtud de que las materias comprendidas por el Acuerdo Interino no requieren la aprobación de los órganos legislativos de los Estados miembros de la UE, la decisión que deriva del Acuerdo Global no reproduce las disposiciones del Acuerdo Interino.

Las únicas disposiciones que se encuentran contenidas tanto en la decisión que deriva del Acuerdo Interino como en aquélla que deriva del Acuerdo Global, son las relativas a la solución de controversias, ya que, ante la posibilidad de que entraran en vigor en distintos momentos y en virtud de la diferencia en el contenido y alcance de ambas decisiones, las partes debían contar con un mecanismo efectivo de solución de controversias que fuera específicamente aplicable.

Mediante la decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Global se consolida el grado de apertura vigente en las respectivas legislaciones nacionales; asimismo se garantiza, a través de las figuras de "trato nacional" y "trato de nación más favorecida", que ninguna de las partes adoptará una legislación más restrictiva.

Es importante señalar que en lo referente a la supresión de aranceles aduaneros sobre la importación, las disposiciones relativas serán aplicables únicamente a aquellos productos que sean "originarios" del territorio de las partes, de acuerdo con las reglas de origen establecidas por el anexo III del Acuerdo Global.³⁶ Tratándose de la eliminación de aranceles aduaneros sobre la exportación, las disposiciones relativas se aplicarán a todos los bienes exportados desde el territorio de una parte al territorio de la otra parte.³⁷

Adicionalmente, el Acuerdo Global establece una cláusula de salvaguardia para aquellas importaciones que se efectúen en cantidades elevadas y bajo condiciones que causen o amenacen causar perjuicio grave a la industria nacional que produzca bienes similares o directamente competidores en el territorio de la otra parte, o bien, perturbaciones graves en cualquier sector de la economía o dificultades que pudieran provocar un deterioro grave en la situación económica de una región de la parte importadora. En tales supuestos, la parte importadora podrá adoptar medidas apropiadas bajo las condiciones y de conformidad con los procedimientos previstos por el artículo 15 de dicho Acuerdo.

³⁶ Estas reglas buscan asegurar que los beneficios del tratamiento preferencial permanezcan en la región, que se estimule el abastecimiento regional de insumos y se promueva el incremento de la inversión productiva en dicha región.

³⁷ A efecto de lo cual se establecen Calendarios de Desgravación para cada una de las partes.

EL HUMANISMO JURÍDICO EN TRES JURISTAS MEXICANOS DEL SIGLO XX

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

A Martín Díaz, humanista también,
in memoriam

SUMARIO: I. *En el siglo de la ley y no del hombre.* II. *El magisterio y el constitucionalismo humanista de Manuel Herrera y Lasso.* III. *El perspectivismo jurídico y la ética humanista de Eduardo García Máynez.* IV. *El humanismo existencial trascendente de Héctor González Uribe.* V. *México y Rusia, una experiencia personal.*

I. EN EL SIGLO DE LA LEY Y NO DEL HOMBRE

Con la siguiente comunicación continúo con mis reflexiones sobre un tema que considero de particular importancia ahora que comienza el siglo XXI: el del pensamiento y la obra de los juristas mexicanos del siglo XX.¹ Comencé la tarea con un estudio sobre el iusnaturalismo en diez juristas católicos mexicanos de esa centuria, pertenecientes a distintas generaciones y vinculados de una u otra forma a la

¹ Por fortuna en esta tarea no estoy solo, *vid.* Martha Patricia IRIGROYEN TROCONIS (comp.). *Iusnaturalistas y iuspositivistas mexicanos (siglos XVI-XX)*. México, UNAM, 1998; Mauricio BEUCHOT O.P. *Los católicos mexicanos y los derechos humanos en los últimos 50 años (1948-1998)*. México, Comisión Episcopal de Pastoral Social, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 1998; Rodolfo VÁZQUEZ y José María LUJAMBIO (comps.). *La filosofía del derecho contemporáneo en México. Testimonios y perspectivas*. México, UNAM-ITAM, 1998.

Escuela Libre de Derecho.² Quería saber si existían diferencias entre las concepciones acerca del derecho natural sostenidas por ellos y en qué consistían, toda vez que, en apariencia, todos parecían mantener la misma filiación tomista respecto de este tema. Hoy doy un paso más, para explorar, en forma por demás modesta y preliminar, la formación y el pensamiento de nuestros juristas del siglo que terminó, algunos de los cuales vivieron hasta años muy recientes. Ahora me ocupo de otro tema —hay tantos— y de otros personajes.

El tema, estrechamente vinculado a la historia de la ciencia jurídica y a la filosofía del derecho, las incluye y las supera, tanto por sus alcances universales como por sus particulares preocupaciones, más amplias que el inmediato interés jurídico. Se despliega, obviamente, hacia la cultura clásica grecolatina, particularmente al derecho romano, y hacia el *ars docendi*. Además, implica una toma clara de posición frente al poder político del Estado que durante el siglo XX vino a constituir, querámoslo o no, la instancia espacial donde la vida humana hubo de manifestarse casi en su totalidad, para bien o para mal. Estado que redujo el ámbito de lo privado casi a lo mínimo, impuso un verdadero y eficaz absolutismo jurídico que agotó la rica variedad de fuentes del derecho para reducirlo todo a la legislación estatal,³ y acabó por definir todo el derecho como público. Estado que pretendió autolimitarse y acabó por desbordarse, sin las mínimas consideraciones al respeto de la dignidad y de los derechos humanos. Trágica fue la experiencia jurídica del siglo XX, en especial para los países europeos, los menos llamados a vivirla dada su rica tradición humanista. En América, particularmente en Latinoamérica, dicha experiencia fue quizá menos dolorosa pero no por esto ejemplar ni loable; aquí también se atentó impune, descarada y continuamente contra la persona y los valores humanos. De aquí, entonces, la importancia de continuar reflexionando sobre un problema que no ha dejado de inquietarme por años: cómo explicar la evidente contradicción entre el funcionamiento y vigencia de un orden

jurídico-político no plural ni humano, legalista y desconocedor de la justicia, con la proliferación de tantas escuelas de derecho, la actuación de miles y miles de abogados y juristas, y la aparición de una vasta literatura jurídica. ¿No es verdad, acaso, que, proporcionalmente, en muy contadas y excepcionales ocasiones los juristas latinoamericanos han levantado la voz para protestar u oponerse a ese Estado desconocedor de la dignidad y de la libertad humanas? ¿No era para que, atendiendo al número de abogados y juristas egresados en todo un siglo, América Latina fuera un continente modelo de justicia, de humanidad, de paz y de seguridad? ¿Por qué entonces no podemos afirmar que ésta haya sido la experiencia jurídica de nuestros países en el siglo que terminó, si bien, por fortuna, no incurrimos en los excesos y crímenes de los europeos, nuestros ancestros? Europa fue la cuna del humanismo que, con raíces cristianas, vino a proclamar el valor de la cultura y la preeminencia del hombre sobre la naturaleza y la historia. América Latina, su más fiel heredera, recibió ambos legados a partir del siglo XVI, por obra de frailes, obispos, catedráticos, misioneros, pensadores, escritores, y claro está de ese maravilloso invento que fue la imprenta. Las obras de un Bartolomé de las Casas, un Vasco de Quiroga, un Alonso de la Veracruz, un Julián Garcés; de un Montesinos, un Cervantes de Salazar, un Bernardo de Balbuena, y de un Motolinía se continuaron en el siglo XVII con sor Juana, con Palafox y con Carlos de Sigüenza, para llegar al siglo XVIII con humanistas de la talla de Alegre, Clavijero, Diego José Abad, Gamarra e Hidalgo, por citar únicamente a los novohispanos. El siglo XIX, sin embargo, supuso luchas interminables para definir los contornos territoriales y espirituales de cada nación latinoamericana; por definir las como estados independientes y soberanos, y por imponer ese absolutismo jurídico que tan nefastos resultados dará con el tiempo. Durante los dos últimos siglos el individuo se impuso sobre la persona humana, y el control social eficaz sobre la justicia, que devino ser una cuestión meramente política y formal, sin mayor contenido material. En el siglo pasado, en particular, la dignidad de la persona humana alcanzó su límite más bajo, no obstante declaraciones, convenios o tratados, universales o regionales, protectores de los derechos humanos en general, o de las mujeres, de los niños, de los indígenas, etc. La violación o el desconocimiento de estos derechos fue práctica común en países que formalmente se proclamaron como

² Jaime DEL ARENAL FENOCHIO. "El iusnaturalismo en diez juristas católicos mexicanos del siglo XX"; en Manuel CEBALLOS y Alejandro GARZA RANGEL (coords.). *Catolicismo social en México. Teoría, fuentes e historiografía*. Monterrey, Academia de Investigación Humanística, 2000, pp. 239-286.

³ Paolo GROSSI. "Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX". *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*. Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1991, pp. 11-26.

estados de derecho, olvidando la rica tradición humanista y cristiana que se encontraba en sus propias raíces.

Y, sin embargo, hubo voces entre los juristas y abogados que se levantaron, o que quedaron plasmados en escritos luminosos y valientes para proclamar la supremacía y el valor perenne de la dignidad humana sobre el Estado y lo meramente circunstancial. Voces que siguieron creyendo que las constituciones eran ante todo límites para el poder estatal en beneficio de la libertad de los hombres; que el Estado de derecho lo era precisamente porque el derecho se distingue del estado; y que la misión del primero era realizar, con ayuda del segundo, la justicia en concreto en la vida cotidiana. Voces notables de juristas, de maestros y escritores que abrevaron en la rica tradición humanista europea, la cual, con su obra y sus palabras, mantuvieron y enriquecieron una y otra vez a lo largo del siglo XX hasta convertirse ellos mismos en humanistas. Y si bien no fueron capaces de impedir tanta violencia, y tanta injusticia, sí nos dejaron su particular legado que hoy podemos aprovechar en el difícil camino de construir sociedades, países y culturas más justas y humanas. Los elementos de ese legado son los mismos desde hace siglos. Han podido sobrevivir como lo mejor de la cultura occidental: provienen de las herencias judía, griega, romana, cristiana, medieval y renacentista, a las que se han unido las aportaciones de tantos humanistas de lo que hoy llamamos la modernidad.

El tema en esta ocasión es, pues, el del humanismo; los personajes, tres juristas mexicanos del siglo XX, pertenecientes a dos generaciones: Manuel Herrera y Lasso (1890-1967), de la "Generación de 1915"; Eduardo García Máynez (1908-1993), y Héctor González Uribe (1918-1988), de la llamada "Generación del 29", si bien al segundo se le puede ubicar por sus características personales también en la "Generación de Medio Siglo", a la que pertenecen los nacidos entre 1921 y 1935.⁴ Los últimos fueron originarios de la Ciudad de México y el primero de San Luis Potosí. Los tres fueron juristas, o "abo-

⁴ Para una caracterización de las generaciones mexicanas *vid.* Luis GONZÁLEZ. *La ronda de las generaciones*. México, Secretaría de Educación Pública, 1984; Wigberto JIMÉNEZ MORENO. *El enfoque generacional en la historia de México*, México, Ediciones del Seminario de Cultura Mexicana, 1974, y Enrique KRAUZE. "Cuatro estaciones de la cultura mexicana", en *Caras de la historia*. México, Joaquín Mortiz, 1983, pp. 124-161.

gados" como los llamamos en México, y pasaron por las aulas de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (si bien el primero concluyó sus estudios en la Escuela Libre de Derecho) donde recibieron la influencia decisiva del magisterio de ese otro gran jurista, filósofo y humanista que fue don Antonio Caso (1883-1946), uno de los renovadores de la filosofía y de la metafísica en México después del predominio del positivismo que caracterizó al pensamiento mexicano en los primeros años de la pasada centuria, y miembro del Ateneo de la Juventud, agrupación de estudiosos tanto de las humanidades y de los clásicos como de los pensadores modernos opuestos a Comte, Spencer y Stuart Mill. En opinión de Herrera y Lasso, Antonio Caso venció en los jóvenes mexicanos "la inercia de la mente", les dio "seriedad mental", los elevó, los dignificó y los enriqueció.⁵ Formaron parte de la clase media urbana y fueron católicos formados en su infancia y adolescencia en instituciones religiosas: González Uribe ingresará en la Compañía de Jesús y se ordenará sacerdote después de ejercer la profesión abogadil; Herrera y Lasso será un decidido paladín de la Iglesia, sobre todo durante los años cruciales del conflicto religioso en México; mientras que García Máynez mantendrá en su madurez una actitud indiferente hacia la religión. Éste y González Uribe se trasladaron a Alemania y a Austria al concluir sus estudios de jurisprudencia para cursar estudios superiores de filosofía y derecho, donde fueron discípulos de Alfred Vedross y de otros ilustres filósofos y juristas germánicos. El primero fue constitucionalista, el segundo filósofo del derecho y el tercero politólogo. Herrera y Lasso vinculó su rica actividad docente con la historia misma de la Escuela Libre de Derecho, García Máynez con la Universidad Nacional Autónoma de México, y González Uribe con la Universidad Iberoamericana; es decir, tres de las más afamadas, importantes y trascendentales instituciones formadoras de juristas en el país. Todos aprendieron latín y francés, cuando menos, y dominaron la lectura de la literatura clásica griega y latina, puerta de entrada a las humanidades. A los tres los cimbró y determinó la Segunda Guerra Mundial. El humanismo que profesaron al servicio de la cultura jurídica y de la existencia de un auténtico estado de derecho puede entenderse en su doble acepción de *studia humanitatis* y de preocupación por la dignidad

⁵ Manuel HERRERA Y LASSO. *Ensayos filosóficos*. México, Jus, 1968, p. 348.

y libertad humanas. La primera los relaciona con el conocimiento de las fuentes clásicas, con el dominio del latín, principalmente, y de otras lenguas, y con su confianza en la *paideia* como instrumento para resolver los grandes problemas del hombre. La segunda acepción los relaciona con su defensa de la persona humana y de sus derechos naturales; con su actitud tolerante, con su confianza en el derecho, con la reivindicación de la justicia y con su oposición al poder político omnímodo e ilimitado. En ambas acepciones los considero en esta ocasión, así como destaco sus obras y su labor docente.

Constituyen, a mi parecer, tres dignos representantes de un pensamiento jurídico profundamente humano, independiente y original, heredero de la rica tradición humanista implantada en México en el siglo XVI por los castellanos.⁶ El conocimiento de sus escritos e ideas, de su comprometida labor docente, de su exigente labor intelectual, y de su lealtad vocacional nos permiten concluir satisfactoriamente que, no obstante la trágica vida del derecho en el siglo XX, hubo voces en nuestro país que clamaron en el desierto en pro de la justicia y del derecho; lo que es, al fin y al cabo, clamar en pro del hombre, este sujeto de la historia reducido a un mero objeto desechable por ideologías antihumanistas de las que fue tan pródigo el siglo que terminó.

II. EL MAGISTERIO Y EL CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA DE MANUEL HERRERA Y LASSO

Este célebre constitucionalista mexicano nació en la ciudad de San Luis Potosí el 13 de junio de 1890. Aquí inició sus estudios de latinidad y de filosofía en el Seminario Conciliar, bajo la dirección del padre José Bustamante y del fraile dominico Froylán Casquero, respectivamente. En 1903, ingresó al Instituto Científico y Literario de esta misma ciudad para continuar los estudios preparatorios. Cinco años después comenzó su labor editorialista en el diario católico na-

⁶ Obviamente no son los únicos, pero sí representativos. Faltan tantos y tan notables como los diez estudiados por mí en la obra citada, más Antonio Caso, desde luego, Silvio Zavala, Mario de la Cueva, Tena Ramírez, Sánchez Medal, Noriega, Basave Fernández del Valle, Recaséns Siches, Kuri Breña, Efraín González Luna, González Morfín, Fernando Salmerón, etcétera.

cional *El País*, interviniendo en la polémica entre Porfirio Parra y Francisco Vázquez Gómez sobre "la cuestión del latín".⁷ En 1909 se trasladó definitivamente a la Ciudad de México para estudiar derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, que entonces dirigía el abogado Pablo Macedo, miembro del destacado grupo de los "Científicos" que propugnaron por la aplicación en la política mexicana de las tesis positivistas para consolidar la dictadura porfirista. Ingresó en aquélla en 1910, donde fue discípulo de Antonio Caso y del historiador y sociólogo Carlos Pereyra. Con motivo de la revolución democrática encabezada por Madero fue designado elector secundario por el Partido Católico. En 1912, junto con Ezequiel Padilla, José María Urgell y otros estudiantes, lideró la huelga al interior de la Escuela de Jurisprudencia en contra de la dirección intolerante y autoritaria de Luis Cabrera; huelga que desembocó en la fundación de la Escuela Libre de Derecho el 24 de julio, y a cuya historia y vida quedará ligada íntimamente y por siempre la vida y la obra de Herrera y Lasso. Fue discípulo de los también célebres "Científicos" Emilio Rabasa y Miguel S. Macedo, y del jurista católico Agustín Rodríguez. Con motivo del exilio de algunos de los profesores de la Escuela, resultado de la revolución antihuertista encabezada por Venustiano Carranza, comenzó a impartir clases de sociología aún antes de haberse recibido como abogado. Obtuvo este título el 29 de junio de 1915, defendiendo una tesis titulada *Algunos capítulos de un ensayo sobre la Constitución*. Fue abogado consultor del ayuntamiento de la Ciudad de México por breve tiempo, miembro del bufete de Rodríguez, y más tarde cabeza de su propio despacho. En 1926, con motivo del conflicto religioso en México, abrazó la causa de la Iglesia y la de los católicos mexicanos, por lo que, durante dos años, de 1927 a 1929, fue desterrado por el gobierno callista en La Habana, Cuba, donde dictaría una serie de conferencias y cursos para sobrevivir.⁸ A su regreso a México intervino en las negociaciones que pusieron fin a este grave y doloroso conflicto, reanudó sus clases de sociología en la Escuela Libre y comenzó su labor periodística en el diario *El Universal*; más tarde también colaboraría con *Excelsior*. A la muerte de Emilio Rabasa lo sustituyó en su cátedra de derecho constitucional

⁷ HERRERA Y LASSO, *Ensayos*, pp. 172-186.

⁸ *Idem*, pp. 13-17, 69-82, y 229-237.

en la misma institución. De 1930 hasta su muerte impartirá esta disciplina. En 1939 participó en la fundación del Partido Acción Nacional, agrupación política integrada por liberales y católicos para oponerse al autoritarismo antidemocrático del Partido de la Revolución Mexicana, antecedente del famoso PRI. Su oposición democrática y su magnífica e irónica oratoria le valieron ser privado por unos días de su libertad. En 1946, fue víctima del fraude electoral que le negó su victoria como candidato a diputado federal por su estado natal. Los presidentes de la República, Miguel Alemán, Ruiz Cortines, López Mateos y Díaz Ordaz, lo nombraron consultor de la presidencia o de la Procuraduría del Distrito Federal. En 1954, la Escuela Libre de Derecho lo designó Rector Honorario vitalicio, en reconocimiento "de los extraordinarios méritos que concurren en él como distinguido catedrático y eminente jurista". Tres años antes de su muerte, la Cámara federal de Diputados lo designó su consultor, y en 1966, el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México —en la cual nunca impartió cursos— le impuso la "Cruz de Honor a la dignidad profesional". Falleció en la Ciudad de México el 25 de marzo de 1967.⁹

No es mucha la obra escrita de Herrera y Lasso, pero sí profunda, original e inteligente. Discípulo indiscutible de Rabasa lo llegó a superar en muchos aspectos, entre otros en su visión más amplia y justa de la historia de México; en su especificidad y concreción jurídicas, que le permitieron esclarecer detalles y problemas técnicos de las instituciones constitucionales; y, desde luego, en su humanismo, que le permitió abordar una rica variedad de temas filosóficos, históricos, pedagógicos, ideológicos y religiosos, entre otros, que su maestro poco cultivó. Y es que Herrera y Lasso perteneció a la mencionada Generación del Ateneo, que se caracterizó por la superación del positivismo dominante mediante una vuelta a los clásicos grecolatinos y a los humanistas europeos, por un retorno a la metafísica, y por una lectura de nuevos autores y pensadores espiritualistas, historicistas e intuicionistas, como Bergson, Boutroux, Ortega y Gasset, y otros. Además, supo unir a estas influencias, por una parte, una sólida formación religiosa que tuvo en Santo Tomás de Aquino su principal

⁹ Vid. "Cronología", en Manuel HERRERA Y LASSO. *Estudios políticos y constitucionales*. Recopilación de Raquel Herrera y Lasso y Jaime del Arenal Fenochio. México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa, 1986, pp. 533-536.

representante y, por otra, las decisivas doctrinas de juristas modernos como León Duguit, por mencionar sólo a uno. Sus escritos aparecieron originalmente dispersos en decenas de editoriales periodísticos, prólogos, conferencias, dictámenes, folletos y capítulos de libros colectivos, pero en vida llegó a reunir una mayoría de aquéllos en dos series de *Estudios constitucionales*,¹⁰ y en sus *Ensayos filosóficos*, mientras que a su muerte otros fueron publicados en *Estudios políticos y constitucionales*.

Su pensamiento estuvo muy influenciado por sus maestros y por una variedad de pensadores desde Tomás de Aquino, a Duguit; de Platón y Aristóteles a Vázquez de Mella; de Clarín a Maritain; de Bergson a Pereyra; de William James a Ortega y Gasset; de Comte a Sertillanges; de Pascal a García Morente; de San Pablo a Tarde; de Alfonso el Sabio a Domingo Soto; de Cicerón a Lucas Alamán; de Sierra a Claudel; de Renán a Blondel; de Chesterton a Suárez; de Martí a Menéndez y Pelayo; de Goethe a Eugenio D'Ors... Sin embargo, él siempre se autodefinió como un "Tomista de injerto bergsoniano" que tuvo que postergar su deseo de "discurrir sobre temas filosóficos que, con la historia y la sociología por peldaños, ascienden al 'saber de salvación'," para "construir y difundir el derecho constitucional *mexicano*"; el afán constante de su excepcional tarea docente.¹¹ A lo largo de ésta, se dio tiempo para dejar por escrito el resultado de esa labor de construcción constitucional, pero no por ello olvidó satisfacer aquel deseo. Sus *Ensayos filosóficos* son una prueba de que su interés humanista no se redujo al conocimiento del derecho constitucional.

Dueño en su juventud de una rica formación intelectual que recibió de una institución clerical y de un instituto laico y oficial, su traslado a México le permitió recibir la influencia benéfica de los ateneístas e incrementarla a través de la lectura detenida, gozosa y fructífera de autores que hoy, casi todos, han venido a ser clásicos. En una u otra ocasiones comentó específicamente a Ortega y a Pereyra, a Caso y a Otero, a Rodríguez y a Macedo; a Rabasa y a Justo Sierra; a Luis Cabrera y a Vasconcelos; a Esquivel Obregón y a Gandhi; a Rafael Martínez (Rip Rip) y a Fernández del Castillo; a Martínez Barranco y a Ponciano Arriaga; a Eduardo Arozamena y a Hidalgo. A su vida

¹⁰ México, Polis, 1940 y México, Jus, 1964.

¹¹ HERRERA Y LASSO, *Ensayos*, p. 9.

y obra se han referido muchos autores, pero, por desgracia, brevemente:¹² sigue esperando y mereciendo una o varias monografías que profundicen en ambas. Por mi parte, algo muy modesto he podido hacer.¹³

Poseyó una biblioteca rica y selecta; parca en libros jurídicos pero vasta en sociología (francesa), filosofía, literatura (clásica, francesa y castellana, principalmente), historia (de México), y religión (católica). Dueño del latín y del francés; ajeno al inglés y al alemán, Herrera y Lasso fue dueño también de una bella y castiza prosa castellana fruto de la lectura constante de los clásicos españoles. Como buen humanista defendió siempre la inclusión de las humanidades en los planes de estudios secundarios y preparatorios, particularmente del latín, ya que las primeras:

...humanizan el saber, revelan al "hombre en su íntima realidad moral e implican, necesariamente, un punto de vista ético y estético. Por la historia, por las lenguas clásicas, por la gramática, por la literatura, por la filosofía, el educando entra en contacto con la humanidad entera en lo que tiene de más valioso y ejemplar, perfecciona su lenguaje que es el "útil" humano por excelencia; se enriquece y afina con la obra de los grandes ingenios; adquiere interés por las ideas, decoro espiritual, aficiones estéticas.¹⁴

Entre agosto de 1930 y octubre de 1931 publicó una serie de 37 artículos periodísticos en *El Universal*, que años después agrupó en sus *Ensayos filosóficos* bajo el rubro "Indagación de la cultura". En ellos trazó todo un programa cultural para México que partiendo de Protágoras y Demócrito, Platón y Aristóteles, toma en cuenta a Santo Tomás, Duns Scoto, Bacon, Hegel, y llega a Wundt, Schopenhauer, Ramiro de Maeztu, no sin dejar de analizar a Spengler, Lenin y Höfing. La ciencia, el antropocentrismo, la evolución, la historia y la sociología, el arte, la novela histórica, la geografía —particularmente la humana—, la tradición, la pedagogía, el latín, el proceso de humanización, la humildad espiritual, y el organicismo, son algunos de los

¹² Una lista puede verse en *Estudios políticos y constitucionales*, pp. 537-544.

¹³ Véanse los estudios recopilados bajo el rubro "Don Manuel", de mi libro, *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*. México, Escuela Libre de Derecho, 1999, pp. 399-483.

¹⁴ *Ensayos*, p. 166.

múltiples tópicos sobre los que reflexionó. Uno más fue, precisamente, el del humanismo que entendió encarnado en "los hombres universales de sentido universal en quienes, según la frase de Víctor Hugo, parece haberse refugiado la conciencia humana", y cuyos elementos destacó:

El culto de estos "héroes" que al fin y al cabo se confunden con el noble culto del espíritu; la *devoción* y el anhelo de las más altas idealidades; el ansia de enaltecer la vida y de perfumarla con hálito de eternidad; el empeño de elaborar un arquetipo humano en el que, por encima de nuestras imperfecciones y mezquindades, brillen destellos de verdad, de belleza y de bondad... constituyen la esencia misma del humanismo que así resulta, más que una realidad autónoma, un especial aspecto de la tradición.

Y como el nervio del humanismo son las letras clásicas, griegas y latinas; como en definitiva, el pensamiento mediterráneo nos ha llagado a través de la lengua del Lacio; y como nuestro abolengo nos vincula a Roma y por ella a Grecia y a Judea, el latín es para nosotros *nada menos* que idioma maternal, a tal extremo que sin él no podremos asimilar el humanismo, ni lograr la plenitud de nuestro ser.¹⁵

El latín "aporta el patrimonio más precioso de los pueblos cultos", constituye la mejor "esgrima del entendimiento", y adiestra la inteligencia misma. Su exclusión era la causa de que la enseñanza secundaria en México hubiera "perdido intensidad" y provocado "falta de disciplina mental" y "superficialidad de conocimientos" en los alumnos. A los 18 años, al intervenir en la polémica que sostuvieron los doctores Vázquez Gómez y Porfirio Parra, director de la Escuela Nacional Preparatoria, acerca de la conveniencia de seguir manteniendo la enseñanza de aquel idioma en la Escuela preparatoria, sostuvo:

Las lenguas clásicas tienen un carácter propio y peculiar que consiste en adaptarse a todas las capacidades y llenarlas con la abundancia de sus admirables conceptos expresados en su precisa y vigorosa dicción...; en los escritores que las manejaron, serán siempre luminosas constelaciones del cielo espléndidamente estrellado de la sabiduría. Y no podría ser de otro modo. Los clásicos han sido genios, admiración de la humanidad, y han sabido expresarse con la correspondencia más perfecta de palabras e ideas, ayudados para ello de la concisa elocuencia de su incomparable idioma.¹⁶

¹⁵ *Ensayos*, pp. 153 y 154.

¹⁶ *Idem*, p. 183.

Elocuencia que elevó a nivel de modelo con su espléndida e inimitable oratoria.¹⁷ En efecto, Herrera y Lasso aprendió de los clásicos el difícil arte del discurso en el cual fue, casi, insuperable. Muchos de sus escritos no son sino las versiones escritas de bellas piezas oratorias, en ocasiones rescatadas por taquígrafos y después corregidas por su autor. Su palabra fue de lo mejor de su obra. Conmovía y convencía; embelesaba y cautivaba; en fin, llegaba. Se fue para siempre con él, aunque un débil eco se conserva en sus escritos.

Historia, sociología, literatura, filosofía, derecho, teología, latín, francés y castellano; casi nada le faltó a Herrera y Lasso para edificar con sus escritos un monumento intelectual, ejemplo del humanismo y la sabiduría de la cultura mexicana del siglo XX. Si añadimos la belleza de su pluma y de su palabra, y la extraordinaria labor docente y pedagógica que desarrolló en más de cincuenta años como profesor tenemos los elementos que caracterizan y siempre han definido a un hombre como humanista. Un humanista cabal, inquieto y angustiado por el hombre de su tiempo, por el modo de limitar el poder político con una constitución democrática y respetada, que lejos de suponer trabas para el ejercicio de las libertades humanas, especialmente la de conciencia, ampliara las esferas de libertad, de seguridad y de justicia en ese México al que amó y sirvió entrañablemente. Fue un constitucionalista que todavía creyó que la constitución es ante todo límite al ejercicio arbitrario del poder y no mero instrumento al servicio de éste, ni menos, un documento programático sexenal para legitimar utopías administrativas casi siempre importadas de otros países. ¿Ingenuo o romántico?, no lo creo, más bien humanista.

Las constituciones no son estatuto autoritario, sino instrumento de liberación cívica. Clarificando y objetivando el concepto, las he definido, a la luz de la sociología y de la historia, como "organización sistemática de limitaciones a la acción del poder público". Ellas le indican, imperativamente, mediante la división de poderes la atribución específica de facultades y los derechos del hombre (...) *lo que debe hacer, lo que puede hacer y lo que no puede hacer*.¹⁸

¹⁷ Sobre la oratoria escribiría "La filosofía y la oratoria", recogido en sus *Ensayos*, pp. 53-63.

¹⁸ *Estudios políticos y constitucionales*, p. 385.

No habían olvidado nuestros constituyentes que el fin esencial del derecho político, de las constituciones que vienen a ser la ley suprema y la norma general de la vida de un pueblo, es la salvación de los derechos de cada uno de los individuos que lo componen. Y yo creo...que en estos atormentados tiempos en que, por lo social, se desestima lo humano y las colectividades pretenden absorber los derechos del individuo, es bueno insistir una y otra vez en estos lugares comunes del pensamiento político, que constituyen la médula de la educación cívica de los pueblos; porque en definitiva, no es la sociedad, ni las clases, ni las agrupaciones, sino los hombres que las forman, los que sufren con la injusticia, con la esclavitud y con la falta de bienestar.¹⁹

Las constituciones no son tiendas levantadas para el sueño sino reductos donde se defienden los derechos del hombre y del ciudadano.²⁰

Así de simple y de elemental y, a la vez, así de urgente, sobre todo frente al masivo desconocimiento de esos derechos del hombre "primordiales, anteriores y superiores a toda ley humana", "perennes e indestructibles".²¹ La tarea de su defensa, como la de restaurar el orden jurídico destruido, las concibió como responsabilidad a todos, pero competen "más que a nadie, al abogado a quien ya las Partidas de Alfonso el Sabio atribuyeron oficio público, haciéndolo soldado de la ley (*miles legalis*) y caballero de la justicia".

Por el derecho se realiza la justicia. Y la justicia no es una entidad abstracta en el mundo de los arquetipos, sino realidad entrañada en la conciencia misma del hombre; voluntad, voluntad constante y perseverante de dar a cada uno lo suyo, según reza la clásica definición que, con la transfiguración cristiana, alcanza en Leibniz, la fórmula de plenitud: *la justicia es la benevolencia, la caridad del sabio (benevolentia, charitas sapientis)*.²²

De aquí su grito: "El estricto, el ineludible imperativo de restaurar el derecho, tórnase apremio para los juristas". Al empeño de los "soldados de la ley", de los "caballeros de la justicia" corresponde que el

¹⁹ *Estudios constitucionales*, 1940, p. 170.

²⁰ "Palabras del Rector Honorario de la Escuela Libre de Derecho, don Manuel Herrera y Lasso, en la velada del 24 de julio de 1962"; en *Discursos pronunciados con motivo de su quincuagésimo aniversario 1912-1962*. México, Escuela Libre de Derecho, 1962, p. 52.

²¹ *Estudios políticos y constitucionales*, pp. 385 y 386.

²² *Idem*, p. 383.

mundo vuelva a sus quicios y que “la convivencia humana se rija por normas de igualdad y de libertad”.²³

Precisamente una de estas libertades, la más cara para el jurista católico, era la de conciencia, que conlleva la libertad religiosa. En 1926, al comienzo del conflicto religioso que desembocó en la Guerra Cristera, Herrera y Lasso levantó su protesta por el cierre del espléndido templo jesuita dedicado a la Sagrada Familia, situado en la Ciudad de México, y se dispuso a enfrentar al Estado con el derecho constitucional en la mano:

El atentado tiene un límite. Cuando de él se pasa, el hombre que se respeta a sí mismo y que sabe que la vida, sin las razones de vivirla, no es estimable, tiene que poner un hasta aquí, aunque no sea sino para salvaguardia de la propia dignidad que no se compadece con la merma de los derechos fundamentales. Quien ante tal extremo no protesta, merece que se le tenga por desprovisto de cualidades viriles y por indigno de vivir en una sociedad humana.

La libertad religiosa, la libertad de conciencia, son de aquellas condiciones de vida espiritual que hacen tanta falta como, en la vida física, el aire que se respira. Ningún hombre que tenga conciencia de sí mismo y el respeto de su propia responsabilidad, puede tolerar los atentados a estas libertades, sin perder por ello mismo el derecho a una vida noblemente vivida.²⁴

Frente y por encima del poder, enaltecíó a la cultura y al hombre; así, juntos, toda vez que para él, siguiendo a Scheler, “*cultura es humanización*”:²⁵

Por la Cultura el hombre-naturaleza se convierte en el hombre-espíritu. Inferior a los animales en su facultad de adaptación directa, reacciona contra la naturaleza en lugar de someterse a ella; organiza las cosas circundantes; reprime y disciplina sus propios instintos y disfruta del Universo y de sí mismo: es el “asceta” y el “diletante” de la vida.²⁶

Con su rico bagaje cultural puso en obra su saber; y de la cultura que define al hombre pasó a la acción: “Ser es esencialmente *hacer*.”

²³ *Idem*, pp. 383 y 384.

²⁴ *Estudios constitucionales*, 1940, p. 101.

²⁵ *Ensayos*, p. 204.

²⁶ *Idem*, p. 207.

La acción es el ‘pensamiento que vive’; “Ser y no parecer. Servir y no brillar”; “El problema del ser es también el problema de vivir”:

El saber...no sirve... para amueblar la mente y darle brillo. Es un acicate a la acción. La “casa de la sabiduría” no es torre de marfil, ni celda budista, ni refugio de termitas. No cabe en ella la “epoje”, la inacción de los estoicos y de sus afines, escépticos o epicúreos.²⁷

Como jurista lanzó el reto y trazó la vereda a seguir ante la evidencia de un derecho fosilizado desde su enseñanza misma: “El pensamiento inspirador de toda la enseñanza, es que el derecho no es una cosa inerte; no es un conjunto de normas abstractas; el derecho está incorporado a la vida y hay que forjarlo y comprenderlo al ritmo de la vida”.²⁸

“Orientad vuestra casa abriendo la puerta a la tierra y a los cielos la ventana”. “La prédica sin caridad es débil flama que ni ilumina ni calienta”. “Peca todo el que deja hacer lo que es capaz de hacer”. “El bien insta”. “El que es gusano no puede quejarse de que lo aplasten. Hay que estar habituados a no dudar de nuestro derecho y a no temblar ante nuestro deber”. “El Deber es una necesidad moral, como el derecho es un poder moral”.²⁹ Resultaban lógicos tanto su compromiso político como su magisterio jurídico de más de cincuenta años. Como humanista cabal, la docencia se convirtió en el espacio preferido para la acción humanista y cristiana que desplegó dando lo mejor de sí mismo para intentar incendiar las almas de sus cientos de alumnos,³⁰ quienes llegaron a tributarle un sincera veneración. En las hermosas palabras que dirigió a sus alumnos de la Escuela Libre de Derecho en 1932,³¹ vuelve a aparecer el legado del humanismo tanto clásico, como castellano:

“Sed hombres, amigos míos, dice Héctor en la Ilíada a los troyanos. “Sé el que eres”, canta Píndaro. “Esto vir”, repite vigorosamente la Roma clásica. Sed humildes. Repara, hermano Sancho —dice don Quijote— que nadie es más que otro si no hace más que otro. Apartaos de la intolerancia, cuyas

²⁷ *Idem*, p. 240.

²⁸ *Idem*, p. 247.

²⁹ *Idem*, p. 345.

³⁰ *Idem*.

³¹ Reproducidas en 1963 e incluidas en los *Ensayos*, pp. 343-345.

crueledades e injusticias han hecho más a menudo llorar a los ángeles. Buscad la verdad y amad la veracidad. Que la prudente advertencia horaciana —“amicus Plato sed magis amica veritas”— no detenga vuestro afán. Podéis ser al mismo tiempo amigos de Platón y amigos de la verdad, porque Platón tuvo ansia de ella y no se la traiciona aliándose con cualquiera que intente servirla, aunque no logre alcanzarla.³²

Magisterio humanista y cristiano el de Herrera y Lasso, puesto al servicio del hombre, del derecho, de la justicia, de la cultura y de la verdad. Maestro entre los maestros, nos dejó el modelo a seguir en el comprometido arte docente, tan entrañable para todo humanista de cualquier época:

La cátedra obliga a la seriedad mental, a hacer de las palabras no ruido armonioso, sino vehículo de ideas, e impone la estricta obligación de ser humilde y de ser sincero... La humildad y la sinceridad son la verdad sobre sí mismo y humildemente debe juzgar el profesor sus aptitudes y sinceramente debe exponer sus conocimientos, para no encubrir con dogmatismos, sus ignorancias o sus incertidumbres.³³

No es maestro el profesor engreído que abrumba a los alumnos con alardes de superioridad, ni el elocuente que les dice discursos y reclama aplausos. Maestro es el guía que conoce los caminos y sugiere el derrotero; el que suscita ideas sin coerción que las imponga; el que adoctrina, con matiz paternal, en el tono de confianza del diálogo socrático; el que vigila la eclosión del germen, ayuda a su crecimiento natural y enriquece su desarrollo con el injerto de la enseñanza.

La razón, la profunda razón de ello radica en la norma cristiana de la acción...: el amor de caridad que liga al hombre con el hombre, hermanos por la ley de Jesucristo.³⁴

III. EL PERSPECTIVISMO JURÍDICO Y LA ÉTICA HUMANISTA DE EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ

Nació en la Ciudad de México el 11 de enero de 1908 y aquí murió el 2 de septiembre de 1993. Jurista y filósofo, llegó a dirigir la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de Mé-

³² *Idem*, p. 345.

³³ *Estudios constitucionales*, 1964, p. 8.

³⁴ *Idem*, p. 9.

xico, y el Centro de Estudios Filosóficos —ahora Instituto de Investigaciones Filosóficas— de esta misma universidad. Es, en mi opinión, el jurista mexicano más importante del siglo, y sin duda, el de mayor fama internacional. Su educación infantil corrió a cargo de los Hermanos Maristas, y la juvenil en la Escuela Nacional Preparatoria de San Ildefonso, donde cursó filosofía con Samuel Ramos. Se formó como abogado en la Escuela de Jurisprudencia de la UNAM, en donde fue discípulo de los hermanos Antonio y Alfonso Caso. Ambos le hicieron descubrir su vocación; Antonio por la filosofía, y Alfonso por “las disciplinas jurídicas”.³⁵ Su tesis de licenciatura, defendida el 26 de junio de 1930, fue un estudio de las relaciones que median entre el derecho y la moral, muestra temprana de sus preocupaciones sobre estas disciplinas. Paralelamente a los estudios de jurisprudencia cursó los de filosofía en la Escuela de Altos Estudios. En 1932, partió rumbo a Alemania donde se encontraba Mario de la Cueva, quien había sido sinodal en su examen profesional, y más tarde rector de la UNAM y jurista notable en el campo del derecho laboral. En este país asistió en la Universidad de Berlín a los cursos de Nicolai Hartmann, cuya *Ética* lo habría de influenciar decisivamente, y a los de Introducción al estudio del derecho y de filosofía jurídica que impartía Alfred Vedross en la Universidad de Viena.³⁶ No estuvo exento de las influencias de la fenomenología, de la filosofía de los valores y del “perspectivismo de Ortega y Gasset”.³⁷ A su regreso a México trabajó un tiempo en la Suprema Corte de Justicia, pero pronto se decidió a seguir su clara vocación académica que lo llevaría a ser profesor en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y en la de Altos Estudios durante décadas. En la primera, en 1940 fundó, junto con otros profesores, la cátedra de Introducción al estudio del derecho.³⁸

³⁵ Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos*. México, Porrúa, 1989, p. 84.

³⁶ “Entrevista con el doctor Eduardo García Máynez”. En *Eduardo García Máynez. Imagen y obra escogida*. México, UNAM, 1984, p. 13 (México y la UNAM, 67).

³⁷ Fernando SALMERÓN. “Introducción a la filosofía y teoría del derecho en México”, en *Ética analítica y derecho*. México, Distribuciones Fontamara, 2000, p. 102. Aquí mismo *vid.* “Derecho y moral en la obra de García Máynez”, pp. 119 y 132, para una síntesis de su obra y de su pensamiento. Véase, también de SALMERÓN, “La filosofía”, en *Las humanidades en México*. México, UNAM, 1978, p. 240.

³⁸ Fernando FLORES GARCÍA. “Semblanza del doctor Eduardo García Máynez”. En *Eduardo García Máynez*, p. 17.

Con los humanistas mexicanos Rafael Moreno y Bernabé Navarro aprendió latín y griego,³⁹ que le abrieron las puertas del conocimiento directo de los clásicos; además, aprendió francés, alemán, inglés, italiano y portugués. Fue director del Instituto Tecnológico de México entre 1946 y 1952 y obtuvo el grado de doctor en filosofía en 1950 por la UNAM. Fundó la revista *Filosofía y Letras*, publicó las series "Monografías Jurídicas" y "Monografías Filosóficas", y dirigió la revista *Diánoia*, foro imprescindible para el conocimiento de la filosofía en México durante el siglo XX. Traductor de Schreier, Kelsen, Weber, Leibniz, Driesch, Meinong, Aristóteles, y Platón. Estos dos últimos fueron objeto de su particular atención, como se verá más adelante, junto con G. H. von Wright, Alf Ross, Bobbio, Theodor Geiger, del Vecchio, y dos Hans: Nef, y Barth. De Luis Recaséns Siches y de los mexicanos Antonio Caso, José Vasconcelos, Luis Garrido, Flores García y Mario de la Cueva, escribió bellas semblanzas. Fue secretario general de la UNAM en dos ocasiones, y miembro de El Colegio Nacional, institución que reúne a los más grandes artistas, pensadores, intelectuales y científicos mexicanos. En 1976, el gobierno de la República lo galardonó con el Premio Nacional de Filosofía y, en 1987, con la medalla Belisario Domínguez que otorga el Senado.

La obra filosófico-jurídica de García Máynez es muy amplia y expresa un fuerte acento humanista. Siguiendo el orden propuesto por Enrique Aguayo, los temas centrales que aborda pueden ordenarse en los siguientes rubros: 1. Definición del derecho. 2. Ética y derecho. 3. Axiología. 4. Ontología jurídica. 5. Concepto de filosofía. 6. Persona. 7. Lógica jurídica. 8. Humanismo jurídico.⁴⁰ Su tarea intelectual se puede dividir en cuatro etapas, según los temas de su interés. Primera etapa, filosofía, axiología y ética. Segunda, sus trascendentales estudios sobre lógica jurídica, bajo la influencia de Husserl y de Pfänder.⁴¹ A partir de 1950, retorna a la axiología y explora la definición del derecho. Esta etapa culmina en 1974 con la publicación de su *Filosofía del derecho*. En la última etapa encontramos los trabajos con las fuentes clásicas y sus discursos sobre la función docente.

³⁹ Enrique AGUAYO. *Introducción al pensamiento jurídico-filosófico de Eduardo García Máynez*. México, Universidad La Salle, 200, p. 16.

⁴⁰ *Idem*, p. 10.

⁴¹ SALMERÓN, *Ética*, p. 128.

Entre los varios libros que publicó destacan: su *Introducción al estudio del derecho*, editado por vez primera en 1940,⁴² y que ha sido el texto sobre esta disciplina más difundido en México y en varios países latinoamericanos dentro de las escuelas y facultades de derecho; hoy alcanza 52 ediciones mexicanas; *La definición del derecho* (1948),⁴³ las dos ediciones de *Ensayos filosófico-jurídicos* (1959 y 1984);⁴⁴ *Ética* (con 23 ediciones hasta 1980),⁴⁵ *Introducción a la lógica jurídica* (1951),⁴⁶ *Lógica del juicio jurídico* (1955),⁴⁷ *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica* (1953),⁴⁸ *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (1968),⁴⁹ *Lógica del raciocinio jurídico* (1969),⁵⁰ *Filosofía del derecho* (1974),⁵¹ *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana* (1978),⁵² *Diálogos jurídicos* (1978)⁵³ y *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos* (1989).⁵⁴

Su obra humanística, en el sentido clásico del término, se manifiesta sobre todo en *El derecho natural en la época de Sócrates* (1939),⁵⁵ *Doctrina aristotélica de la justicia* (1973),⁵⁶ *Imagen aristotélica del buen juez* (1980),⁵⁷ *Tesis del Critón sobre el deber de obediencia a las leyes de la Polis y las sentencias de los jueces* (1982),⁵⁸ *Algunas*

⁴² México, Jus, 1940.

⁴³ *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*. México, Stylo, 1948, 2a. ed., Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.

⁴⁴ Xalapa, Universidad Veracruzana, 1959, y México, UNAM, 1984.

⁴⁵ *Ética. Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*. México, Porrúa, 1980.

⁴⁶ México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

⁴⁷ México, Fondo de Cultura Económica, 1955.

⁴⁸ México, Imprenta Universitaria, 1953.

⁴⁹ México, UNAM, 1963.

⁵⁰ México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

⁵¹ México, Porrúa, 1974.

⁵² México, Porrúa, 1978.

⁵³ México, Porrúa, 1978.

⁵⁴ México, Porrúa, 1989.

⁵⁵ México, Jus, 1939. Se recoge en *Ensayos*, 1959, pp. 83-137.

⁵⁶ *Doctrina aristotélica de la justicia: estudio, selección y traducción de textos*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1973.

⁵⁷ En AA.VV. *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*. México, Porrúa, 1980, vol. 1, pp. 363-374. También en *Ensayos*, 1984, pp. 387-398.

⁵⁸ En *Diánoia* 1974, en AA. VV. *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vázquez del Mercado*. México, Porrúa, 1982, pp. 35-46 y en *Ensayos*, 1984, pp. 373-385.

reflexiones sobre la doctrina platónica de los preámbulos de las Leyes (1988),⁵⁹ y en los tres tomos acerca de las *Teorías sobre la Justicia en los Diálogos de Platón* (1981-1988).⁶⁰

El humanismo de García Máynez ha sido destacado específicamente por los juristas Miguel Villoro Toranzo,⁶¹ Fernando Flores García,⁶² y, recientemente, por Enrique Aguayo en su importante *Introducción al pensamiento jurídico-filosófico de Eduardo García Máynez*.⁶³ El primero consideró que su obra animó a la cultura mexicana con un espíritu “que podría resumirse como el de una visión humanista del derecho”,⁶⁴ y que aquélla no podía cabalmente comprenderse sin esta visión que da vida y “sirve de cuadro” para que las ideas y teorías que expuso a lo largo de su vida cobraran pleno sentido.

La tesis más conocida de García Máynez es la que expuso a lo largo de toda su vida, desde la influencia orteguiana: la “teoría de los tres círculos”, que atienden respectivamente a los problemas de la validez, de la eficacia y del valor o de los valores del derecho, sosteniendo que el concepto del derecho debiera atender a los tres, sin exclusión de alguno, so pena de no comprenderse. La reflexión conjunta y las relaciones entre el derecho intrínsecamente válido (derecho justo), el formalmente válido y el socialmente eficaz constituyeron un punto toral en su doctrina iusfilosófica y la plataforma necesaria para edificar un orden vigente, eficaz y justo.⁶⁵ Para él, el derecho no es un mero “conjunto de normas sistemáticamente estructurado, que

⁵⁹ En *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos*. México, Porrúa, 1989, pp. 227-235.

⁶⁰ *Teorías sobre la Justicia en los Diálogos de Platón. Eutifrón, Apología, Critón, Trasímaco, Protágoras y Gorgias*. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981. *Idem, República, libros II a X*. México, UNAM, 1987, e *Idem, Político, Leyes y Epinomis*. México, UNAM-Porrúa, 1988.

⁶¹ “Una visión humanista del derecho. Homenaje al maestro Eduardo García Máynez”. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 11, 1979, pp. 467-476.

⁶² “Semblanza de un humanista cabal: Eduardo García Máynez”. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 12, 1980, pp. 855-864. También en *Eduardo García Máynez, op. cit.*, pp. 15-21.

⁶³ *Ibid.*, nota 38.

⁶⁴ VILLORO, *op. cit.*, p. 467.

⁶⁵ LUIS RECASÉNS SICHES. “La filosofía del derecho en México durante el siglo XX”. En *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*. México, UNAM, 1979, pp. 52 y 53.

regula la conducta en cierta manera”,⁶⁶ sino “un orden normativo concreto, del cual es elemento esencial la relación entre la conducta real de los destinatarios y las normas del ordenamiento”, es decir, un “orden instituido por el hombre para la realización de valores colectivos”. “El derecho surge cuando los miembros de una comunidad, movidos por un anhelo de justicia, hacen coincidir en una organización eficaz los atributos de vigencia y los de validez intrínseca en el sentido axiológico”.⁶⁷

Quiso ver, desde la filosofía, “qué es el derecho, más no respecto de la vida jurídica, sino respecto de toda la vida, para comprender por qué existe el derecho y qué sentido tiene dentro de la totalidad de la vida humana”.⁶⁸ De esta suerte, se propuso superar el frío positivismo jurídico que había relativizado las nociones de justicia e injusticia, a través del reconocimiento de “un mínimo de metafísica” que dio sustento a su propia concepción del derecho, donde ubicó “la noción positivista del derecho dentro de una visión humanista del mismo”.⁶⁹ Aquí jugó un papel importantísimo la influencia de sus maestros alemanes, quienes lo convencieron de que “las disciplinas más importantes para la vida humana son las de carácter axiológico, porque pueden descubrirnos el sentido de la existencia y nos brindan directrices para la acción”.⁷⁰ De esta manera, “La positividad no debe ser considerada como un valor absoluto, no como un fin en sí. El derecho positivo es sólo un medio y, en consecuencia, sólo puede justificarse si se halla al servicio de finalidades valiosas”.⁷¹ En síntesis, la validez del orden jurídico total se fundamenta en la teoría de los valores, considerados no como productos subjetivos sino como “cualidades objetivas”, con una existencia “en sí y para sí”.⁷² Los valores jurídicos —entre los cuales destacó a los principios ideales de justicia—, valen, según él, por sí mismos, pero para operar en el mundo de los casos concretos, y debían ser “incorporados” por el le-

⁶⁶ SALMERÓN, “La filosofía”, p. 243.

⁶⁷ *Idem*, p. 244.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ VILLORO, *op. cit.*, p. 469.

⁷⁰ García Máynez, citado por VILLORO, *op. cit.*, p. 470.

⁷¹ GARCÍA MÁYNEZ, “El problema ...”, en *Ensayos*, 1959, p. 80.

⁷² GARCÍA MÁYNEZ, *Ética*, citado por VILLORO, pp. 475 y 476.

gisador en el ordenamiento positivo, o permitirseles a los jueces “servirse de ellos para colmar lagunas”.⁷³

Resulta natural que esta concepción se dirigiera a la acción, sobre todo a la del jurista, teórico o práctico, quien debiera luchar siempre porque el derecho estatal se plegara “cada vez en mayor medida, a las exigencias de la justicia”.⁷⁴ Advirtió, proféticamente, que si los juristas “asumiesen siempre, por pereza intelectual o cobardía, la misma actitud dogmática que el Estado adopta, dejarían de ser factores en el desarrollo del derecho, y su intervención en la vida jurídica no tendría ningún sentido creador”.⁷⁵ La justicia sólo puede ser real en el derecho positivo, “y éste sólo es (intrínsecamente) válido por su participación en la justicia”.⁷⁶ Respecto de ésta, entendida como ideal que compromete a toda persona, no obstante las dificultades para definirla nos dejó escritas estas bellas reflexiones:

Si bien es cierto que no disponemos de criterios infalibles acerca de lo justo y lo injusto, esta circunstancia no debe llevarnos a una actitud de resignada abdicación ante las exigencias de quienes se han olvidado de los ideales jurídicos. Concedamos que no existe una definición de la justicia capaz de lograr la aceptación de todo el mundo. ¿Cómo desconocer, empero, que existe un fondo común de convicciones y sentimientos acerca de tal valor? Lejos de constituir un privilegio de los fuertes, su realización incumbe por igual a todos los miembros de la comunidad política. La responsabilidad de tal realización es solidaria, pues los individuos no somos sólo “súbditos”, sino también “ciudadanos”, en el sentido que dio a estas palabras Juan Jacobo Rousseau. Por otra parte, el problema de la justicia no es sólo cuestión académica, sino tarea eminentemente práctica, que a todos interesa y a cuya solución todos podemos —en mayor o menor escala— contribuir. Sancho no era jurista, pero supo ser buen juez en su ínsula Barataria.⁷⁷

En el otoño de su vida, su decidida vocación humanista lo llevó a trabajar nuevamente con los clásicos griegos de la filosofía —que ya

⁷³ GARCÍA MÁYNEZ, *Diálogos*, p. 419.

⁷⁴ García Máynez, citado por VILLORO, *op. cit.*, p. 472.

⁷⁵ *Idem*, p. 473.

⁷⁶ *Idem*, p. 420.

⁷⁷ GARCÍA MÁYNEZ, “El derecho natural y el principio de razón suficiente”, en *Eduardo García Máynez*, p. 33.

le habían llamado la atención en esa obra de su juventud que fue *El derecho natural en la época de Sócrates*—, particularmente con las obras de Aristóteles y de Platón, así como a exponer explícitamente sus ideas acerca de las relaciones entre el humanismo y el derecho.

Respecto de la primera, destacan, sin duda, su *Doctrina aristotélica de la justicia* y los tres tomos de sus *Teorías sobre la Justicia en los Diálogos de Platón*. En ambas obras García Máynez se encargó del estudio preliminar y de la selección y traducción de los textos incorporados. En el estudio preliminar de la primera trató los temas del bien supremo, la virtud, la justicia universal y la particular, la igualdad y la justicia; la justicia en las relaciones de intercambio, la imputación, la clasificación de los “nomoi” y el concepto de equidad; el problema de lo justo en la comunidad familiar y en los regímenes políticos, y las relaciones entre amistad y justicia. La selección de los textos recayó en partes de la *Ética nicomaquea*, de los *Magna Moralia*, de la *Retórica*, de la *Ética eudemia* y de la *Política*.

En relación con los *Diálogos* de Platón, su decisiva influencia formal y metodológica —debida al magisterio de Samuel Ramos en la Escuela Nacional Preparatoria— se hizo sentir ya en 1949, con la publicación, en la *Revista de la Escuela de Jurisprudencia*, del “Diálogo sobre las fuentes formales del derecho”,⁷⁸ el primero de un total de seis que, sin el primero, se publicarían en 1978 bajo el título de *Diálogos jurídicos*: “Sobre moral y derecho”, “Sobre diferencias y relaciones entre derecho y convencionalismos sociales”, “Sobre el orden jurídico”, “Sobre los conceptos jurídicos fundamentales” y “Sobre los valores jurídicos”; texto bello, claro y pedagógico dedicado “a los estudiantes de derecho de la República Mexicana”, donde intervienen “Teófilo”, un profesor de filosofía del derecho que se identifica con el propio García Máynez, y su sobrino “Hermipo”, estudiante de jurisprudencia. Una vez ensayada con éxito la forma del diálogo para explicar y exponer en forma sencilla y comprensible el conjunto casi total de sus ideas jurídico-filosóficas expuestas durante casi cincuenta años de vida académica, a partir de 1981 arremetió con decisión y conocimiento la lectura y traducción directa de los célebres diálogos del filósofo griego, en búsqueda de ese tema que tanto le preocupó: la Justicia. Tres tomos dedicó a su estudio,

⁷⁸ Recogido en *Ensayos*, 1959 y 1984.

para los cuales consultó una riquísima y actualizada bibliografía publicada alrededor de la cultura jurídico-filosófica griega, escrita en inglés y en alemán, principalmente, y en italiano, español, y francés. Las teorías sobre la justicia fueron exploradas en los *Diálogos Eutifrón, Apología, Critón, Trasímaco, Protágoras y Gorgias*, así como en la *República*, el *Político*, las *Leyes* y *Epinomis*. Su reflexión sobre “los preámbulos de las leyes”, donde se plasman las intenciones del legislador con el afán de convencer a los súbditos de las bondades de la ley, hoy por desgracia cada vez menos utilizados por los modernos legisladores, quedó asentada en uno de sus últimos trabajos, también referido a la obra de Platón: *Algunas reflexiones sobre la doctrina platónica de los preámbulos de las leyes*.⁷⁹

Su propósito de “descubrir los vínculos entre una concepción humanista de lo jurídico y el derecho a que tal concepción se aplica” lo encaró en 1987 en un congreso universitario sobre el tema del humanismo,⁸⁰ con su teoría de los tres círculos como guión orientador de sus tesis. En efecto, después de aceptar la definición de humanismo propuesta por los organizadores de ese congreso (“el sistema de pensamiento y de conducta fundado en las potencias del hombre, considerándolo en su integridad como parte central del mundo, como punto de referencia y creador de valores: el hombre es la medida de todas las cosas”),⁸¹ y de afirmar que “la noble idea del hombre” se ha ido formulando “a través de los siglos desde la Antigüedad hasta nuestros días”, relacionó el humanismo con el positivismo jurídico, con el realismo sociológico y con el iusnaturalismo. García Máñez centró su exposición en la idea del derecho, base de la protección de los derechos humanos, sin cuyo respeto no es posible realizar “los ideales que sirven de base a las concepciones humanísticas”, y afirmó que “no todo orden legal merece el nombre de derecho”, sino únicamente “el que da vida a los grandes valores que legitiman su existencia: justicia, seguridad jurídica y bien común”. Un orden jurídico positivo sólo servirá de mecanismo eficaz de protección a los derechos del hombre si “es justo y los preceptos que lo forman son normalmente cumplidos y aplicados”. De las manos de Arthur Kaufmann,

⁷⁹ Se encuentra en *Semblanzas*, pp. 227-235.

⁸⁰ *Idem*, pp. 207-226.

⁸¹ *Idem*, p. 208.

quien llega a exhibir “la falta de fundamento del iusnaturalismo idealista y absolutista de los siglos XVII y XVIII” que afirmó la existencia de “un orden absolutamente justo para todos los tiempos, lugares y circunstancias”, para inclinarse por “un derecho objetivamente correcto para una determinada situación histórica”, y de las de su viejo maestro Verdross, llegó a la conclusión de que todos los preceptos del legislador no dependen sólo de la voluntad de éste, sino que algunos —muchos— “derivan de la naturaleza de las cosas o tienen su origen en la dignidad de la persona humana”, que “precede a todo orden social”.⁸²

Para este filósofo mexicano, el humanismo lleva a la acción directa en pro de la lucha por los derechos humanos, ante una visión que es a la vez pesimista y esperanzadora del mundo y del hombre:

El humanismo auténtico no sólo reclama de nosotros que sepamos cuáles son nuestros derechos fundamentales, sino que denodadamente luchemos contra las fuerzas que pretenden limitarlos o destruirlos...: los regímenes dictatoriales; el abuso del poder; la corrupción; el terrorismo y la criminalidad en todas sus formas; la brutalidad policiaca y la tortura; la discriminación racial; el tráfico de drogas; la contaminación del ambiente por irresponsabilidad, ignorancia o negligencia; el intervencionismo; la opresión a los pueblos débiles; el genocidio y los propósitos de dominación mundial.

La tarea de los paladines de un humanismo militante quedará cumplida cuando en este mundo en que las potencias del mal se han desbordado, el amor se imponga al odio; la concordia a la discordia; el altruismo al egoísmo; la fe al desaliento; la generosidad a la codicia y el espíritu de lucha a la cobardía.⁸³

Maestro recordado de varias decenas de generaciones de juristas y filósofos, aun cuando sólo se considerara un “inquieto y tenaz estudiante”,⁸⁴ resultaba natural que parte importante de su obra se destinara a reflexionar sobre la función docente y la misión educadora, a la que siempre enalteció con su propio ejemplo, tal y como lo hiciera su

⁸² *Idem*, p. 223.

⁸³ *Idem*, pp. 225 y 226.

⁸⁴ “...nunca me he sentido un maestro, ni he tratado de formar discípulos, aun cuando por mis aulas hayan pasado tantos jóvenes. Creo, en efecto, que únicamente soy, y sólo he querido ser, durante mis largos años de vida universitaria, un inquieto y tenaz estudiante” *Semblanzas*, p. 82.

maestro Antonio Caso de quien heredara un "humanismo militante" e "integral".⁸⁵ Los siguientes textos dan idea de su ideario pedagógico.

En el discurso que pronunció con motivo de la recepción del Premio Nacional de Filosofía en 1976, a nombre de todos los galardonados, destacó el papel redentor de la educación en México, y afirmó: "No únicamente en el aula; también fuera de ella tenemos todos algo que enseñar y mucho que aprender... Basta con que un proceder sea valioso de algún modo para que resulte edificante, pues hay también un magisterio del ejemplo y la rectitud... El maestro no debe limitarse a dar *instrucción* a sus alumnos; ha de preocuparse, ante todo, por ser su *educador*".⁸⁶ Al referirse en particular a la educación por el ejemplo y a través del cabal cumplimiento de los deberes particulares de cada persona según su oficio o profesión, dejó asentado un elemental panorama deontológico de las mismas:

Potencialmente, en cualquier situación vital, todo hombre es un educador. Educa el juez para quien el derecho es la suprema pauta, porque ha aprendido de Aristóteles que "la ley es la razón sin apetitos"; educa el funcionario quien no admite sobornos; educa el intelectual que hace de la defensa de sus convicciones un deber sagrado; educa el universitario que se dedica a investigar con pasión, a enseñar con eficacia o a estudiar con entusiasmo, no a organizar sindicatos ni a promover huelgas; educa el médico para quien lo esencial de la medicina es curar al enfermo; educa el abogado que pone sus conocimientos "al servicio de las causas justas...".⁸⁷

La decadencia de una profesión constantemente amenazada por el afán de lucro no dejó de inquietarle, encontrando en la educación la solución para que en México continuaran formándose auténticos juristas: "Si se desea que en nuestro país no sólo haya buenos abogados, sino grandes juristas, procuremos que sea durante los años de aprendizaje cuando los últimos empiecen a formarse".⁸⁸ Debiendo dicha profesión descansar en una verdadera vocación, tema al que también dedicaría algunas de sus últimas reflexiones.⁸⁹

⁸⁵ *Idem*, p. 44.

⁸⁶ Eduardo García Máynez, p. 24.

⁸⁷ *Idem*, p. 25.

⁸⁸ *Semblanzas*, p. 115.

⁸⁹ *Idem*, pp. 120 y ss, 137 y ss., 144 y 145, por ejemplo.

Su personal lealtad a una vocación profundamente humanista, quedó de manifiesto, también, en su defensa a la vida humana, entendida "como el mayor de los bienes" porque "condiciona la posibilidad de realización de todos los valores";⁹⁰ en su amor a la verdad ("Esto, precisamente es lo que el maestro y discípulo deben hacer juntos: buscar la verdad");⁹¹ en el sacrificio y en el desinterés puestos al servicio de los demás,⁹² así como en su confianza en los resultados de una educación moral:

Admiro las pretensiones de rigor del hombre dominado por el espíritu científico; pero sigo creyendo ... que hay algo más valioso que el progreso de la ciencia y los avances de la técnica: el triunfo de una educación moral iluminada por la filosofía, capaz de engendrar en el hombre la paz interior y de hacer posible, lo mismo en el seno de la colectividad que en las relaciones de los Estados, esa atmósfera de comprensión y concordia en que no podrán dejar de florecer las más altas virtudes del linaje humano.⁹³

IV. EL HUMANISMO EXISTENCIAL TRASCENDENTE DE HÉCTOR GONZÁLEZ URIBE

También nació en la Ciudad de México, pero el 26 de junio de 1918. Cursó con los Hermanos Maristas sus estudios secundarios y preparatorios en el Colegio Francés Morelos, donde aprendió latín y conoció al filósofo de inspiración neotomista, Oswaldo Robles, cuya influencia sería decisiva en su formación intelectual. A este filósofo le deberá su "amor a Santo Tomás de Aquino", el "respeto por las opiniones divergentes", y "la idea de que la filosofía, antes de ser sistema, es *problema*, y de que lo importante para el estudio de la filosofía no es conocer y asimilar filosofías, sino *aprender a filosofar*".⁹⁴ En 1935 inició los estudios de derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, culminándolos en 1940 como el mejor estudiante de su generación. Aquí también recibió las enseñanzas de don Anto-

⁹⁰ *Idem*, p. 163.

⁹¹ *Idem*, p. 81.

⁹² *Idem*, p. 140.

⁹³ *Idem*, p. 25.

⁹⁴ Héctor GONZÁLEZ URIBE. "Mi itinerario filosófico", en *Hombre y sociedad, el dilema de nuestro tiempo*. México, Jus, 1979, p. 262. Las cursivas son del original.

nio Caso, “quien se encontraba en los mejores años de su madurez”, y quien le dio a conocer la obra de Bergson, de Boutroux, de Scheler y de Hartmann. De él aprendió también a “gustar y valorar esa filosofía espiritualista que llegaba a las mismas conclusiones que la escolástica: la defensa de la dignidad y libertad del hombre, como supremos valores espirituales, frente a las embestidas de los positivismo y materialismos”. De Eduardo García Máynez, quien poco antes había retornado de Alemania, aprendió “la importancia del análisis fenomenológico en la crítica del conocimiento, en los temas éticos y en los jurídicos; del enfoque valorativo en las disciplinas humanas; y del pensamiento aporético frente al sistemático”.⁹⁵ Ignacio Bravo Betancourt le enseñó filosofía del derecho a través del libro de Víctor Cathrein, neoescolástico alemán. También recibió la influencia, aunque no las clases, del filósofo del derecho español de ascendencia orteguiana, Luis Recaséns Siches, cuya filosofía “tenía la gran cualidad de dar a la meditación filosófica-jurídica un toque profundamente vital, existencial y humanista”. Años más tarde, al hacer un recuento de su itinerario filosófico, confesará que su obra le había sido “profundamente sugerente”, y que le había permitido ampliar el horizonte de sus particulares inquietudes filosóficas...” y poner, quizá, las bases de un entrañable humanismo que desde entonces comenzó a desarrollarse en sus tareas intelectuales: “A no dudarlo, fue el tema del personalismo y el transpersonalismo el que despertó en mí una inquietud más viva, y me llevó a buscar en el hombre —la persona humana— el protagonista principal de la filosofía, la historia y la vida social”.⁹⁶

Desde entonces “el motivo esencial” de sus preocupaciones filosóficas fueron la persona humana y sus relaciones con el bien común;⁹⁷ hasta culminar con la elaboración de una filosofía muy propia que denominó “humanismo existencial trascendente”, la original aportación de González Uribe al humanismo jurídico mexicano. Maritain, Mounier, Konick, Quiles, Descoqs, Rommen y Dabin —a quienes años más tarde traduciría— Truyol y Serra, Georges Renard y otros autores, le “enseñaron a combinar la enorme riqueza y flexi-

⁹⁵ *Idem*, pp. 264 y 265.

⁹⁶ *Idem*, pp. 265-268.

⁹⁷ *Idem*, p. 269.

bilidad de la filosofía aristotélico-tomista con las aportaciones contemporáneas de la filosofía de la cultura, la fenomenología y la óptica existencial”.⁹⁸ Al mismo tiempo que cursaba los estudios de derecho asistió a los de la Facultad de Filosofía, recibiendo como abogado el 29 de noviembre de 1940 con una tesis acerca de *El problema de la representación política y la solución corporativa*. Por algún tiempo ejerció como abogado y fue Secretario de estudio y cuenta de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gabino Fraga y Nicéforo Guerrero, entre 1942 y 1946. Comenzó a impartir clases de Teoría general del Estado en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la universidad mexicana en 1944.

Su acendrado catolicismo lo llevó entrar en contacto con la Doctrina Social y con el Magisterio de la Iglesia, a participar en las Congregaciones Marianas y en la Asociación Católica de la Juventud Mexicana, hasta que finalmente lo decidió a ingresar a la Compañía de Jesús en 1949. Los jesuitas lo enviaron a estudiar al Ysleta College, en El Paso, Texas, y después de varios años de estudio en México, a Innsbruck y a Viena, donde recibió la ordenación sacerdotal el 24 de julio de 1958, y el doctorado en filosofía el 4 de julio de 1960. Su tesis doctoral, *Estado y persona*, le fue dirigida por los profesores Emerich Coreth y Juan Schasching, y asesorada por Alfred Vedross. En la Universidad de Innsbruck recibió la influencia de “la filosofía neoescolástica de habla alemana”,⁹⁹ a través, sobre todo, de los profesores Windischer, Pohl, y Weber, entre otros. También fue influenciado por Lorenz Fuetscher, Ivo Höllhuber y, en Viena, por Vedross y por Karl Lugmayer. A su regreso a México y hasta su muerte su vida quedó vinculada a la jesuítica Universidad Iberoamericana, donde llegó a dirigir la Facultad de Filosofía y Letras, así como las escuelas de Ciencias Políticas y Sociales, y la de Ciencias y Técnicas de la Información. Entre 1970 y 1978 dirigió ahí mismo el Instituto de Investigaciones Humanísticas, y el *Anuario de Humanidades*. Se reincorporó a la cátedra de Teoría general del Estado en la Facultad de Derecho de la UNAM, e impartió diversos cursos (Teoría política, Filosofía del derecho, Derecho municipal) en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana hasta su muerte, ocurrida

⁹⁸ *Idem*, pp. 270 y 271.

⁹⁹ *Idem*, p. 274.

en México, el día 7 de noviembre de 1988, un día después de sufrir un síncope al terminar de decir su misa diaria.

En vida de González Uribe no publicó más que seis libros, algunos con varias ediciones. En 1940 la editorial Jus publicó sus tesis de licenciatura; diez años más tarde *Naturaleza, objeto y método de la Teoría general del Estado*; en 1956 la primera edición de *Virgilio, el clásico de Occidente*, y en 1979 la edición primera de *Hombre y sociedad. El dilema de nuestro tiempo*. La editorial Porrúa publicó su célebre y ya "clásica" *Teoría política* en 1972, y *Hombre y Estado. Estudios político-constitucionales*, en 1988. Un breve folleto, titulado *Persona humana, sociedad y Estado*, fue dado a conocer por el Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana en 1986. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM acaba de publicar este año su *Manual de filosofía social y ciencias sociales*. Conocedor de los idiomas alemán, inglés, francés, latín, italiano y griego, tradujo, entre otros, a Jean Dabin, Heinrich Rommen, Pierre Tiberghien, Juan B. Lotz, Jacqueline de Romilly, Josef de Vries, Boisselot, Duthoit, Vialatoux, Delos, Delaye, Solages, Louis Le Fur, Leroy, y Maurice Bye, algunos de estos colaboradores de las 29 y 30 Semanas Sociales de Francia.¹⁰⁰ En libros colectivos y en revistas especializadas dio a conocer decenas de artículos y colaboraciones, reseñas e introducciones, en los que particularmente se ocupó de la obra y del pensamiento de Alfonso Noriega, Alfred Vedross, José Sánchez Villaseñor, Karl Jaspers, Maritain, Tomás de Aquino, Hegel, Lino Rodríguez Arias, Kierkegaard, Marcel, Peter Wust, Agustín Basave, Mario de la Cueva, su maestro Oswaldo Robles, Eduardo L. Garza, Borja Soriano, Guandique, Rodríguez de Yurre, y Luis Recaséns Siches.¹⁰¹ Su evidente posición de humanista católico frente al derecho y la política le ha sido reconocida por Raúl González Schmal, Miguel Villoro Toranzo,¹⁰² Virgilio Ruiz,¹⁰³ Mauricio Beuchot,¹⁰⁴ Recaséns

¹⁰⁰ Vid. Ana María E. LÓPEZ FERNÁNDEZ. *Héctor González Uribe. Vida y obra. Un hombre de su tiempo*. México, Porrúa, 1992, p. 184.

¹⁰¹ *Idem*, pp. 178-183.

¹⁰² "In Memoriam. Dr. Héctor González Uribe", y "Esbozo biográfico-académico del Dr. Héctor González Uribe", en *Jurídica*, núm. 19, 1988-1989, pp. 15-20.

¹⁰³ *Revista de Filosofía*, núm. 64, 1989.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, pp. 25-28.

Siches,¹⁰⁵ y por su más importante biógrafa y discípula, Ana María E. López Fernández.

De todos los juristas mexicanos del siglo XX, González Uribe fue el único que hizo del humanismo el centro de su reflexión jurídica y filosófica, elaborando un pensamiento original que denominó "Humanismo existencial trascendente".¹⁰⁶ Esto no significa que no haya habido otros juristas humanistas —los nombres por demás significativos de Antonio Gómez Robledo, Isaac Guzmán Valdivia, Rafael Preciado Hernández, Miguel Villoro Toranzo, Agustín Basave Fernández del Valle, por citar unos cuantos, bastarían para demostrarlo— sino que el sacerdote jesuita, concreta y específicamente elaboró una doctrina personal alrededor del concepto del humanismo. Fue, en este sentido, el más humanista de todos. Gracias a esa magnífica síntesis que escribió en 1978, con el título *Mi itinerario filosófico*, conocemos la génesis, los elementos constitutivos, los propósitos, y la formación de esta doctrina, que lo llevó "Del tomismo estricto al humanismo existencial trascendente", como subtuló a su *itinerario*. Su humanismo se fue plasmando paulatinamente en libros y en artículos publicados tan significativos como "La persona humana en perspectiva histórica" (1964),¹⁰⁷ "Raíz y significado de lo político en la vida humana" (1969),¹⁰⁸ "Características e imperativos de un humanismo político" (1970),¹⁰⁹ "El personalismo en la axiología jurídica y política" (1972),¹¹⁰ "Fundamentación filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?" (1983),¹¹¹ "El tema del hombre como preocupación central de la filosofía jurídica y social de nuestros días" (1983),¹¹² "La persona humana, concepto cla-

¹⁰⁵ "La filosofía del derecho en México durante el siglo XX", en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. IV, México, UNAM, 1979, pp. 39-44.

¹⁰⁶ Para una exposición más detallada de este humanismo preconizado por González Uribe, vid. la obra de LÓPEZ FERNÁNDEZ citada, pp. 309-324.

¹⁰⁷ En *Revista Mexicana de Filosofía*, 1964.

¹⁰⁸ En *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, núms. 55-56, 1969.

¹⁰⁹ En *Revista de Filosofía*, núm. 7, 1970.

¹¹⁰ En *Revista de la Facultad*, 1972.

¹¹¹ En *Revista de Filosofía*, núms. 47-48, 1983.

¹¹² En *Memoria del X Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, México, UNAM, 1983, vol. IV.

ve de la Doctrina Social Cristiana" (1985)¹¹³ y "La filosofía del humanismo comunitario como opción latinoamericana de nuestros días" (1988);¹¹⁴ en algunos de sus escritos inéditos: "La dignidad de la persona humana", "La dignidad de la persona humana como base de la fidelidad conyugal", "Supuestos ontológicos y morales de un humanismo existencial trascendente", y "El hombre continúa la creación"; o en traducciones, como la del libro colectivo fruto de la 29 sesión de las Semanas Sociales de Francia dedicada a la *Dignidad de la persona humana*.¹¹⁵

El "Humanismo existencial trascendente" surge en los ambientes de la Segunda Guerra Mundial y de la posguerra, cuando se planteó con mayor urgencia la pregunta del régimen socioeconómico que "podría resolver satisfactoriamente las exigencias de la justicia social...sin lesionar los derechos básicos de la persona humana".¹¹⁶ De aquí que el interés filosófico de González Uribe quedara "indeleblemente marcado por la problemática política", y que "desde entonces, la filosofía jurídica y política" señalara la "ruta decisiva" de su investigación teórica y de su "preocupación existencial".¹¹⁷ Guerra y posguerra donde el Magisterio de los papas Pío XII (radiomensajes), Juan XXIII (*Pacem in Terris*) y Pablo VI (*Populorum Progressio*), vinculado al de León XIII y Pío XI, subrayó el valor de la justicia social, la preeminencia del "personalismo comunitario" o "solidarismo" sobre el personalismo egoísta y el transpersonalismo materialista; proclamó a diestra y siniestra el valor de la vida humana, de su dignidad, y de su natural dimensión política que exige un ambiente de libertad para ser efectiva; y destacó el carácter imperfecto de la persona humana que hace necesaria su sociabilidad, lo que supone, a su vez, sus derechos y sus deberes sociales. Magisterio pontificio, "síntesis aristotélico-tomista", agustinismo, humanismo clásico, Kant, Hegel, intuicionismo de Bergson, fenomenología de Husserl, existencialismo y filosofía analítica, pusieron las bases, mediante un con-

¹¹³ En *Signos de los tiempos*, 1985.

¹¹⁴ En *Hombre y Estado. Estudios político-constitucionales*. México, Porrúa, 1988, pp. 355-369.

¹¹⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 615. BOISSELOT, DUTHOIT, VIALATOUX, *et. al.* *Dignidad...* México, Jus, 1947.

¹¹⁶ *Hombre y sociedad*, p. 271.

¹¹⁷ *Idem*, p. 272.

tinuo diálogo, de su doctrina humanista, siempre orientada en sus principios fundamentales por una filosofía tomista abierta e imperfecta; vista como "una incesante e infatigable búsqueda que conduce a una integradora y siempre renovada 'síntesis ideal de las verdades';" filosofía perenne que supone reconocer que "en este mundo no se puede alcanzar toda la verdad en un momento determinado".¹¹⁸ Este diálogo fue precisamente el que lo inclinó al humanismo filosófico, "en el que el hombre —creatura de Dios y síntesis del universo— aparece como la raíz y justificación de las inquietudes del conocimiento". "Filosofía desde el hombre y para el hombre. Para que le ayude a realizarse plenamente en este mundo y alcanzar su destino eterno".¹¹⁹

La diferencia con el humanismo clásico, cuyo interés y aprecio se reflejó tempranamente en su estudio sobre *Virgilio, el clásico de occidente*,¹²⁰ quedó establecida:

Con esto quede dicho que el humanismo que propugno no significa una simple vuelta al viejo humanismo clásico aun cuando en él tenga sin duda alguna, su punto de arranque, como expresión arquetípica del ideal de perfección humana, sino la fragua de un nuevo humanismo, enteramente identificado con los problemas e inquietudes del hombre de nuestro tiempo y proyectado hacia el porvenir de una humanidad mejor.¹²¹

Sin embargo, había que volver otra vez los ojos a Roma, en particular al derecho romano, para clarificar el confuso destino del hombre, "vaciado de los valores internos del espíritu...olvidado...de lo que da sentido y validez a la convivencia humana: el orden, la paz, la justicia":

Y hablar de orden y paz por la justicia es hablar, en nuestro mundo occidental, de Roma. De su herencia jurídica, de su legado cultural. Del espíritu romano que impuso al mundo "las costumbres de la paz", como cantó bellamente Virgilio en la *Eneida*...

Hoy no se va a reconstruir el Imperio Romano. La igualdad jurídica entre las naciones independientes es una definitiva conquista del derecho

¹¹⁸ *Idem*, p. 284.

¹¹⁹ *Idem*, p. 285.

¹²⁰ Segunda edición, México, Universidad Iberoamericana, 1971.

¹²¹ *Hombre y sociedad*, p. 285.

internacional. Pero se puede y se debe buscar lo que Roma siempre representó en la cultura occidental: el primado de la justicia y la equidad, y la solución de los conflictos por el orden normativo y no por la violencia.¹²²

Citando a la *Egloga IV*, se preguntó, con esperanza, si acaso la humanidad se encaminaba a un “*novus ab integro saeculorum sequitur ordo*”; “Un nuevo mundo nuevo en el que no haya explotación ni abusos, sino una ecuación perfecta entre justicia y libertad, entre seguridad colectiva y plena realización de los ideales individuales... Para responder a ese reto hay que reavivar la fuerza del derecho romano”.¹²³

De aquí el carácter no meramente contemplativo o especulativo del nuevo humanismo, sino plenamente comprometido con los problemas prácticos de la vida diaria:

Por tal razón le llamo un humanismo existencial, que toma al hombre de hoy en su vida de cada día y trata de ayudarlo, no sólo procurando la transformación externa de su mundo circundante —un mundo de violencia, de opresión y de injusticia—, sino la conversión interna de su corazón y de su mente, para que llegue a una existencia auténtica como persona.¹²⁴

Persona humana desamparada y contingente, y a la vez trascendente, que no podía “menos que desembocar en la infinita plenitud de Dios”. De aquí que el humanismo propuesto fuera también “cristiano, que va más allá de lo que el humanismo marxista o el humanismo existencialista sartiano”:

El *humanismo existencial trascendente* que propugno es, pues, un humanismo que sintetiza, dialécticamente, lo que hay de perfección apolínea del hombre en el viejo humanismo clásico grecolatino, con lo que hay de intensa preocupación por valores como el trabajo, la naturaleza y la libertad en los nuevos humanismos de nuestra época...

Se trata... de una corriente renovadora del humanismo tradicional que considera los valores del hombre como supremos frente a los de la socie-

¹²² “Presentación” a Beatriz BERNAL y José de Jesús LEDESMA. *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*. México, UNAM, 1981, pp. 10 y 11.

¹²³ *Idem*, p. 11.

¹²⁴ *Hombre y sociedad*, p. 285.

dad, el Estado y la cultura, pero no los absolutiza, sino que los integra en el esquema de un ser que por su desamparo ontológico, por su insuficiencia y derelicción en el mundo..., necesita de una “metafísica ascendente” (Robles), de una “religación” (Zubiri) hacia Dios. Es un humanismo personalista, realista, abierto hacia lo otro y hacia los otros y, por decirlo así, completamente “humanitario”, o sea, orientado hacia los valores éticos de la dignidad humana y sus necesidades, y hacia una lucha cotidianamente renovada por la igualdad, la libertad y la justicia social.¹²⁵

La tarea quedó claramente establecida: para cambiar al mundo el hombre y la filosofía debían buscar “un nuevo humanismo”. En lo particular, ésta fue la “preocupación fundamental” de los últimos años de González Uribe. En ello no estuvo solo; como él mismo lo confesara, compartió “una posición muy afín” a la del también jurista y filósofo humanista, de origen jalisciense, Agustín Basave Fernández del Valle, autor de una vasta e importante obra jurídica y filosófica, y con quien lo unió “una sincera amistad y una absoluta comunidad de ideales”.¹²⁶ A trazar los caminos de este nuevo humanismo se dedicó la ejemplar obra de González Uribe; tal fue su mensaje y su anhelo.¹²⁷

Como teórico de la política, más que del derecho, resulta natural que su reflexión acerca del humanismo la ubicara más en torno del humanismo político que del jurídico. En efecto, en su estudio sobre las “Características e imperativos de un humanismo político”¹²⁸ concluye que éste debía ser existencial, integral, trascendente, social, democrático, espiritual y pluralista, si quería perdurar y ser “un verdadero humanismo filosófico”. Sin embargo, para llegar a esta conclusión tuvo por fuerza que asentar previamente una serie de consideraciones acerca del humanismo en general. Frente a la variedad de

¹²⁵ *Idem*, pp. 286 y 287.

¹²⁶ *Idem*, pp. 283 y 284. Agustín Basave (Guadalajara, 1923) es el creador de una nueva rama de la filosofía a la que ha denominado antroposofía. Ha sido rector de la Universidad de Nuevo León, y autor de una abundante obra de prestigio internacional. Entre sus libros destacan *Filosofía del hombre*. (Fundamentos de antroposofía metafísica), México, Fondo de Cultura Económica, 1957; *La escuela jusfilosófica española de los siglos de oro*, Guadalajara, Librería Font, 1973; *Teoría del Estado. Fundamentos de filosofía política*. México, Jus, 1955; *La dimensión jurídica del hombre*. Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1999, y *Filosofía del derecho*. México, Porrúa, 2000.

¹²⁷ *Idem*, p. 287.

¹²⁸ *Idem*, pp. 207-216.

“humanismos” de diversos tipos, negativos o positivos, había que rescatar “el humanismo verdadero, para el mundo de hoy”; aquel que “expresa, con vigor y sinceridad, la primacía de los valores humanos sobre cualesquiera otras realidades que pretendan aniquilar al hombre o reducirlo a servidumbre”. Valores como “su dignidad eminente; su condición de persona; la superioridad de su espíritu; su libertad responsable; su destino individual e intransferible; su apertura hacia el mundo circundante”. De aquí que el humanismo político fuera definido como la “actitud mental —con todas sus implicaciones en el orden práctico— en la que se reconoce al ser humano una primacía fundamental sobre el Estado. Una primacía óptica, psicológica, moral y jurídica” que oriente hacia un orden social, jurídico y político “en el cual el hombre se realice, con la mayor perfección posible, en el marco de su destino individual y universal”. Sólo de esta manera se podría alcanzar el ideal del “hombre eterno” que “atisbaron tan magníficamente los siglos clásicos”.¹²⁹

Se trata, no hay que olvidarlo, de un humanismo para nuestro tiempo, con sentido histórico, porque cada etapa histórica obliga al filósofo a resolver de nueva cuenta cuál es el contenido del humanismo conforme a las exigencias de su época; sin olvidar, no obstante, que a los valores propios de cada tiempo se deben sumar los de la humanidad de siempre, que no “pueden perderse por estar arraigados en lo más profundo de la naturaleza humana”.¹³⁰

Los derechos humanos y las relaciones entre el Estado y el derecho fueron los tópicos que le sirvieron a González Uribe para plasmar su visión humanista acerca del derecho. El primero se expone claramente en sus estudios acerca de los “Derechos humanos (en un nuevo sentido)”,¹³¹ y sobre la “Fundamentación filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?”;¹³² el segundo quedó expuesto en el capítulo relativo de su manual de *Teoría política*, y en “El tema del hombre como preocupación central de la filosofía jurídica y social de nuestros días”.¹³³

¹²⁹ *Idem*, pp. 208, 209; 212 y 213.

¹³⁰ *Idem*, pp. 213 y 214.

¹³¹ En *idem*, pp. 69-88.

¹³² Se recoge en la antología de Martha Patricia IRIGOYEN TROCONIS, *op. cit.*, pp. 123-148.

¹³³ Se incluye en *Hombre y Estado*, pp. 39-50.

Respecto de los derechos humanos concluyó que la dignidad del hombre era la base para su reconocimiento y defensa, y “su especial posición en el universo como ser racional y libre, lo que le hace ser sujeto de derechos y deberes ineludibles”. Dignidad que estaba por encima de la ley positiva, tal y como lo había establecido el iusnaturalismo clásico y el cristiano, vueltos a nacer después de la guerra mundial:

Queda, pues, claro que en el terreno filosófico jurídico y también en el de las declaraciones internacionales hay un vigoroso renacimiento iusnaturalista y un consenso acerca del reconocimiento de los derechos humanos basados en la dignidad del hombre y de su libertad...

¿Cuál es, pues, en última instancia, la filosofía que ha de servir como cimiento de los derechos humanos en el mundo presente y en el que ha de venir? Es evidente, que se trata de la filosofía humanista, de inspiración cristiana, que ha estado en el trasfondo del desarrollo cultural de veinte siglos en los países de Occidente, y que coincide, en el fondo, con lo mejor de la vieja filosofía oriental.¹³⁴

Para su protección eficaz en nuestros tiempos, González Uribe, congruente siempre con ese humanismo que no se limitaba a la teoría o a la especulación meramente intelectual, sino que iba dirigido a “impregnar” el orden social, económico, jurídico y político, “con las exigencias e imperativos de los valores, y asegurar, mediante mecanismos adecuados y las prácticas pertinentes la constante vigencia de esos valores”, propuso los siguientes caminos: la reforma y el perfeccionamiento de los procedimientos procesales destinados a la defensa de los derechos humanos ante los tribunales; la selección cuidadosa de los jueces (“Un grupo de juristas sabios y honestos en el Poder Judicial pueden hacer mucho para salvaguardar los derechos humanos frente a los abusos del poder público”); promover la conciencia de la necesidad de la justicia en la sociedad —tarea de todos, pero donde los medios de comunicación social tienen especial responsabilidad—; el perfeccionamiento de la vida cívica y política (depuración de los procedimientos electorales, lucha contra la corrupción y el fraude, vigilancia y control de los actos de los poderes

¹³⁴ En IRIGOYEN, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

ejecutivo y judicial); y “sacudir vigorosamente la conciencia del ciudadano para que esté despierta y luche por sus derechos”. Para todo lo cual se requería el instrumento más caro al auténtico humanista de cualquier época: la educación, la *Paideia*. La cultura en pro de la defensa efectiva de los derechos humanos requiere, en efecto, de una nueva educación, de una modificación “del sistema educativo vigente”, y es: “Ya lo habían dicho los autores clásicos de la antigüedad (Platón y Aristóteles) para que hubiera una buena *Politeia* (constitución y forma de gobierno) se requería una buena *Paideia* (educación humanista)”.¹³⁵

Cabe precisar que la visión del derecho aceptada por González Uribe es la moderna, es decir, la normativista, particularmente legalista; lo que no quiere decir que por fuerza sea formalista o positivista. Antes bien, es clara y decididamente iusnaturalista, aunque no según la corriente tomista sino más acorde con la tendencia legalista de Francisco Suárez, dominante en el iusnaturalismo católico desde el siglo XVII hasta después de la Segunda Guerra Mundial, y sólo tímidamente superada en los últimos años del siglo XX gracias a la influencia de un neotomismo más fiel a Santo Tomás de Aquino, como puede apreciarse en las obras de Michel Villey y Francisco Carpintero, por ejemplo.¹³⁶

Por estar ligado a la responsabilidad moral del hombre y por estar al servicio de la realización de los fines humanos existenciales, el derecho es de naturaleza moral... El derecho positivo no es, en sí, más que la traducción y la concretización, para circunstancias históricas determinadas, de la ley natural. Los principios jurídicos supremos son, en realidad, la parte de la ley natural que se refiere al orden social. Constituyen el mínimo de moralidad que es necesario para que la sociedad exista y cumpla su misión. De aquí se desprende como consecuencia que el derecho —en sentido objetivo— es aquel conjunto de normas que rige la convivencia humana, con poder coactivo, para la realización de los fines existenciales de los hombres. Y por esta razón, no puede existir verdadero derecho que esté en contradicción con la ley moral natural. Si llegara a estarlo, no podría obligar en conciencia y la resistencia en su contra estaría moralmente justificada.¹³⁷

¹³⁵ GONZÁLEZ URIBE, *Hombre y Estado*, pp. 49 y 50.

¹³⁶ Véase DEL ARENAL, *op. cit.*

¹³⁷ GONZÁLEZ URIBE, *Teoría política*. 7a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 202.

La resonancia de las ideas de los teólogos juristas castellanos de los siglos XVI y XVII no puede ser más evidente en el pensamiento de este jurista jesuita del siglo XX, heredero de la tradición jurídico-filosófica de aquellos jesuitas humanistas del Siglo de Oro español. Pero también la filosofía jurídica moderna, que subraya la naturaleza normativa del derecho, su legalismo y el desconocimiento de los derechos no estatales, como el consuetudinario o el jurisprudencial.

El derecho, como tal, es una norma constante que regula la conducta del hombre en sociedad. En sí mismo se origina en la naturaleza del hombre —ser racional y social— y su misión es regular el orden de la conducta dirigida a un fin en el ámbito de las relaciones humanas.¹³⁸

En nuestra época es indudable que lo típico del derecho, en su aspecto objetivo, consiste en el hecho de que está integrado por un conjunto de normas bilaterales que rigen imperativamente la conducta externa de los hombres con la posibilidad de que su cumplimiento sea exigido por la fuerza.¹³⁹

El derecho —considerado especialmente en su aspecto de derecho positivo— aparece siempre en íntima vinculación con el poder político que lo define, lo garantiza y le da vigencia efectiva.¹⁴⁰

No obstante estas concesiones a la modernidad, por otra parte comunes en casi todos los juristas occidentales del siglo pasado,¹⁴¹ el iusnaturalismo de González Uribe le impidió aceptar la identificación entre derecho y voluntad estatal:

El Estado mismo, en cuanto autoridad y poder coactivo, está sometido a las normas jurídicas. Por tal razón han sido y seguirán siendo erróneas las doctrinas que, como las de los sofistas, Hobbes, o las del positivismo jurídico de nuestros días, sostienen que es la autoridad del Estado la que hace la ley. El papel del Estado es de extrema importancia en la tarea de definir, aplicar y dar vigencia inmediata al derecho positivo, aun bajo la amenaza de una sanción. Pero no toca al Estado crear, en todas sus partes y aspecto ese derecho.¹⁴²

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ *Idem*, p. 203.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 204.

¹⁴¹ Para el caso mexicano véase DEL ARENAL, *op. cit.*

¹⁴² *Teoría política*, p. 205.

Si bien la intervención y función del Estado en el derecho resulta inobjetable (el monopolio de la sanción), el poder político mismo queda sujeto al derecho, tanto al positivo como al natural:

Parece evidente también que ese derecho no es creado por el Estado, sino que corresponde a valores sociales que anteceden y van más allá del poder político: la justicia, la seguridad, el bien común. Pero sí se requiere ineludiblemente del Estado para ser *definido, aplicado y sancionado*. Sin el monopolio de la sanción, que históricamente recayó en el Estado, el derecho se vuelve un ideal ineficaz y sin vigencia.¹⁴³

Resulta así que las relaciones entre el poder y el derecho son de una mutua interacción e interpretación. El poder, al crear el derecho positivo no lo hace arbitrariamente y con una omnímoda libertad, sino bajo el peso y la presión de un orden trascendente de ideas morales, jurídicas y políticas que viven y perduran en el medio social. Y una vez creado el derecho, éste deja de estar bajo el dominio del fundador y pasa a ser una verdadera institución cuya fuerza y eficacia se la dan las voluntades de los que se adhieren en el medio social.¹⁴⁴

Por esto todo poder que quiera durar está obligado a crear un orden de cosas y un derecho positivo que no se desvíen del derecho natural hasta el punto de provocar rebeldeas y sublevaciones.¹⁴⁵

“Humanismo existencial trascendente”, la grande aportación del sacerdote y abogado, del jesuita y filósofo, del jurista y politólogo, pero sobre todo del humanista que estuvo convencido que ante los graves problemas humanos de nuestro tiempo, el jurista —“en su múltiple actividad de legislador, juez, gobernante, maestro, investigador”— no podía “permanecer inactivo e indiferente”, sino que, por el contrario, debía “vibrar” ante ellos “y poner su ciencia y su arte para remediarlos”. El jurista humanista católico que, admirado de la variedad de reflexiones jurídicas y políticas en torno de la víctima del inhumano siglo XX, no sin azoro se preguntó: “¿Cómo podía ser de otra manera si las leyes y las organizaciones sociales y políticas son precisamente para el hombre, para ayudarlo a realizar su destino existencial?”.¹⁴⁶ Su pregunta nos cuestiona y vuelve a retar a los juristas del nuevo siglo.

¹⁴³ *Idem*, p. 206.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 221.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 220.

¹⁴⁶ *Hombre y Estado*, p. 40.

V. MÉXICO Y RUSIA, UNA EXPERIENCIA PERSONAL

Las anteriores reflexiones fueron leídas el día 27 de junio de 2001 en un salón de la Academia Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia, en la ciudad de Moscú. Este hecho no puede pasar desapercibido. Por un lado, un profesor proveniente de un país que durante setenta años vivió bien la dictadura partidista “perfecta”, bien el autoritarismo político cada vez más corrupto, y que apenas desde hace unos meses disfruta de plena libertad democrática y, por el otro, Rusia, parte esencial del escenario geográfico donde tuvo lugar el más prolongado y criminal de los totalitarismos del trágico siglo que terminó; donde se desconoció la mínima dignidad de la persona humana y en donde la palabra libertad simplemente desapareció del vocabulario ordinario. En 40 millones de vidas humanas se ha calculado el costo del experimento comunista de la antigua Unión Soviética, sólo bajo el gobierno de José Stalin. Hoy, Rusia y México viven plenas transiciones políticas, económicas, históricas, culturales y sociales, pero también psicológicas, y sus respectivos pueblos no saben todavía vivir en la libertad ni cómo quitarse las ataduras de un pasado manipulado desde el poder por varias décadas, ni el peso de un aparato burocrático corrupto e ineficaz. Sus habitantes todavía no aprenden a reclamar con éxito sus derechos humanos, ni sus órganos judiciales acaban de entender que las viejas prácticas de corrupción, ignorancia y venalidad no son congruentes con una sociedad democrática y libre, donde el Estado se justifica precisamente para realizar la justicia y defender la dignidad y libertad de la persona humana. Falta mucho por hacer en ambos países recién ganados a la libertad, sobre todo en el campo de los derechos humanos. Todavía ninguno de los dos se puede considerar plenamente moderno; sin embargo, México, a diferencia de Rusia, cuenta con instituciones —más o menos perfectibles— y su transformación va siendo gradual, sin el radicalismo y las conmociones económicas y sociales que se pueden observar hoy día en Rusia y que representan sin duda un riesgo a futuro. Algo, no obstante, se ha ganado: el simple hecho de poder hablar ahora abiertamente en Moscú del humanismo, de la dignidad humana, de los límites al poder, de la libertad de conciencia, de la justicia y del derecho, del carácter instrumental y percedero del propio Estado frente al hombre, sin miedo a la represión esta-

tal por boca de un profesor que acudió al magisterio de tres humanistas de su propio país, es reconfortante y esperanzador, no sólo para México y Rusia sino para el destino del hombre en el siglo que apenas comienza. ¿Quién pudo imaginar hace apenas quince años que el autoritarismo mexicano del partido oficial desapareciera y que pudiera hablarse de humanismo, libertad y derecho en la sede misma donde por décadas se prepararon los agentes "diplomáticos" soviéticos? Los caminos que decide transitar la historia nos son simplemente indescifrables, y si bien nada nos asegura que los trágicos crímenes del siglo XX no se repetirán en el XXI nos queda la convicción (ahora sí) de que toda utopía —política, económica o social— basada en la negación del hombre y de su dignidad estará condenada a fracasar, más tarde o más temprano. De aquí el valor imperecedero del testimonio intelectual de nuestros tres juristas, quienes se atrevieron a proclamar y asumir el humanismo jurídico, no obstante que durante décadas sus voces clamaron en el desierto. Por fortuna para ellos y para México lo pudieron hacer abiertamente; sus pares rusos no. Hoy, los discípulos de unos y de otros tienen no tanto la responsabilidad de seguir proclamando el credo humanista como de hacerlo realidad. Sólo de esta manera podremos trascender el inhumano siglo de las falsas utopías.

EL MOVIMIENTO ESTUDIANTIL DE 1968. UNA OPINIÓN JURÍDICA

Luis Norberto CACHO PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El movimiento.* III. *El Ejército.* IV. *La represión.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

“Ahora bien, en la alternativa de escoger entre el respeto a los principios esenciales en que se sustenta toda nuestra organización política, económica y social, es decir, la estructura permanente, la vida misma de México, por un lado y, por otro, las conveniencias transitorias de aparecer personalmente accesible y generoso, la decisión no admite duda alguna y está tomada: defenderé los principios y arrostraré las consecuencias.

“Para cuidar los bienes supremos que me han sido confiados sé que tendré que enfrentarme a quienes tienen una gran capacidad de propaganda, de difusión, de falsía, de injuria, de perversidad. Sé que, en cambio, millones de compatriotas están decididamente a favor del orden y en contra de la anarquía

“A los mexicanos, conscientes de la hora en que vivimos, pido que no se arredren por pretendidos poderes de dentro o de fuera; en México no hay ni debe haber más poder que el del pueblo. Defendamos como hombres todo lo que debemos defender: nuestras pertenencias, nuestros hogares, la integridad, la vida, la libertad y la honra de los nuestros y la propia.

“El otro camino está abierto. No quisiéramos vernos en el caso de tomar medidas que no deseamos, pero que tomaremos si es necesari-

rio; lo que sea nuestro deber hacer, lo haremos; hasta donde estemos obligados a llegar, llegaremos".¹

Durante el periodo presidencial del Lic. Gustavo Díaz Ordaz Bolaños Cacho (1964-1970),² se dio uno de los episodios más dramáticos, trascendentes y, acaso, menos comprendidos de la historia contemporánea de México: el movimiento estudiantil de 1968 y su conclusión en la represión del 2 de octubre, en la Plaza de las Tres Culturas, en Tlatelolco.

Tema recurrente en la narrativa,³ en la poesía,⁴ en la gráfica⁵ y en el teatro,⁶ tiene un lugar extensísimo en la bibliografía mexicana.⁷ Ha sido abordado, en materia de análisis y reflexión, desde el punto de vista de la política,⁸ la educación,⁹ el periodismo¹⁰ y la historia,¹¹ entre otros aspectos. De igual forma, en el extranjero ha atraído el interés de periodistas y analistas políticos.¹²

Las guerrillas de la década de 1970,¹³ la apertura hacia los jóvenes de Luis Echeverría y la reforma política de López Portillo, no pueden entenderse sin el movimiento del 68. Sus dirigentes y participantes, como resultado de la disolución del movimiento, tomaron diversos caminos. Algunos se fueron a la oposición en los partidos políticos; otros se integraron al Partido Revolucionario Institucional (PRI) y al gobierno, pretendiendo hacer el cambio desde adentro; y los menos, optaron por la vía armada. Es así que las guerrillas urbanas¹⁴ tienen aquí su origen y explicación.

Sin embargo, un análisis jurídico de fondo sobre las decisiones que el gobierno y, en especial, el Ejecutivo Federal tomó en esos días, es difícil encontrar.¹⁵ No desconocemos que en muchos de los estudios sobre el 68 se toca la juridicidad, pero pretendemos, en este caso, analizar y llegar a conclusiones sobre preguntas que en los más de 30 años que han transcurrido desde entonces, muchos se han hecho:

1. ¿Fue válida, jurídicamente, la intervención del ejército?
2. ¿Tenía facultades el Presidente para ordenar la participación de los militares?

Es así, que este artículo lo hemos dividido en las siguientes partes: en una primera hacemos un resumen sobre el origen, evolución y conclusión del movimiento estudiantil. No pretendemos profundizar

en las causas, reales o supuestas, que provocaron el malestar estudiantil. Ha tocado a otros hacer una mejor interpretación de las causas y motivaciones, escondidas muchos años antes de 1968, que culminaron en los episodios de julio a octubre de ese año.¹⁶

En una segunda parte nos referimos al ejército, como institución armada de la Unión. Hacemos un rápido recorrido sobre su origen y fundamento, a partir de la Constitución de 1917, y el papel que tuvo en la formación y consolidación del Estado mexicano moderno. La intención de esto es dar un panorama sobre las funciones constitucionales a cargo del ejército y el objeto de su existencia institucional.

En la tercera parte, que hemos intitulado "La represión", combinamos los dos temas anteriores, o sea, la existencia y desarrollo del movimiento estudiantil y la intervención del ejército, dentro de lo que, en nuestra opinión, resultó de la aplicación de las facultades constitucionales a cargo del Ejecutivo Federal para defender la seguridad interior de la nación.

No puede desconocerse la existencia de los trágicos hechos del 2 de octubre. No deben olvidarse y toca a las generaciones, actuales y futuras, recordarlos, para no repetirlos. Sin embargo, la responsabilidad individual de cada policía, militar o funcionario, no debe confundirse con la responsabilidad que, como Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde a Gustavo Díaz Ordaz. Su actuar se fundamentó en una regulación jurídica expedida con anterioridad, hizo ejercicio de las facultades que la Constitución le otorgaba y no podía, jurídica, lógica ni humanamente, responder por lo que otros hicieron en cumplimiento de órdenes específicas.

Pretendemos, en este breve estudio, sujetarnos a la aplicación estricta de la ley y a lo que se preveía en el marco jurídico de ese entonces. Las motivaciones históricas, la razón de Estado o las causas políticas, son consideraciones que escapan al contenido, eminentemente jurídico, de este artículo.

II. EL MOVIMIENTO

"Llamé a esforzarnos por reconquistar la paz, poniendo lo mucho que nos une, por encima de lo poco que nos separa.

"Algunos, que no advirtieron que nada pedía para mí y que tomaron el gesto amistoso hacia ellos como signo de debilidad, respon-

dieron con calumnias, no con hechos; con insultos, no con razones; con mezquindades, no con pasión generosa.

“La injuria no me ofende; la calumnia no me llega; el odio no ha nacido en mí y vuelvo a invitar para que, cada quien en su esfera, todos sumemos voluntades para cambiar el clima de intransigencia, por otro que permita abordar los problemas con ánimo ponderado y espíritu de justicia”.¹⁷

El origen del conflicto, que no las causas, se ubica en la pelea callejera que sostuvieron, el 22 de julio de 1968, alumnos de la Vocacional 2 del Instituto Politécnico Nacional (en adelante sólo IPN) contra alumnos de la Preparatoria “Isaac Ochoterena”, escuela particular incorporada a la Universidad Nacional Autónoma de México.¹⁸ Estudiantes, “porros” o pandilleros, los miembros de “Los ciudadelos” y de “Los arañas”, durante su enfrentamiento, causaron daños al inmueble de la Preparatoria Ochoterena.

Al día siguiente, martes 23, alumnos de las Preparatorias 2 y 6 de la Universidad Nacional Autónoma de México (en adelante sólo UNAM) apedrean, como medida de represalia por los daños causados a la Preparatoria Isaac Ochoterena, la Vocacional 2 del IPN. El pleito se extiende cuando estudiantes de la Vocacional 5 del IPN, de la Ciudadela, participan en ayuda de sus compañeros. Para restablecer el orden intervinieron la policía preventiva y el cuerpo de granaderos, pertenecientes al entonces Departamento del Distrito Federal.

Exceso en la acción policiaca, respuesta desmedida de la autoridad o desbordada actitud de los estudiantes, el resultado fue que durante tres horas, con la participación de alrededor de 3,000 estudiantes y más de 200 granaderos, la plaza de La Ciudadela y sus alrededores (como Bucareli, Versalles y Tres Guerras) se convirtieron en un campo de batalla. Salieron a relucir, por parte de los granaderos, gases lacrimógenos y macanas, mientras que los estudiantes utilizaron piedras y palos.

El miércoles 24, el Comité Ejecutivo de la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM, declara una huelga indefinida y cierra dicha Facultad. Por su parte, en el IPN, como protesta por el ataque de los granaderos a la Vocacional 5, se anuncia una Manifestación Cumbre.

El 25 de julio, la Federación Nacional de Estudiantes Técnicos solicita permiso al Departamento del Distrito Federal para realizar la referida Manifestación Cumbre el día 26. De manera independiente,

la Central Nacional de Estudiantes Democráticos y la Juventud Comunista, entre otras organizaciones, convocan a una marcha, para el referido día 26, con el objeto de celebrar el XV aniversario del asalto al Cuartel Moncada.¹⁹

El 26 de julio tiene lugar lo que puede considerarse como el primer gran enfrentamiento entre los estudiantes y la policía. Ese día, los alumnos politécnicos que protestan por la agresión de los granaderos a la Vocacional 5, concluyen su manifestación a las 18:30 horas con un mitin en las áreas del IPN conocidas como Casco de Santo Tomás.

Ahí, un pequeño número de estudiantes propone trasladarse al Zócalo, con el objeto de hacer más obvia su protesta. Se trasladan en camiones hasta San Juan de Letrán (hoy Eje Central Lázaro Cárdenas) y avanzan por Madero y 5 de Mayo hacia la Plaza de la Constitución. En la esquina de Palma los están esperando los granaderos, quienes tratan de dispersarlos con gases lacrimógenos, generalizándose, en poco tiempo, una batalla campal por las principales calles del Centro de la ciudad.

Mientras esto ocurre, los que fueron convocados para conmemorar el XV aniversario del asalto al Cuartel Moncada y el inicio de la Revolución Cubana, efectúan un mitin ante el Hemiciclo a Juárez, en la Alameda Central. Hasta ahí llegan algunos de los estudiantes politécnicos que están siendo reprimidos en Palma y Madero, y solicitan apoyo para la otra manifestación. En este momento son alrededor de las 20:00 horas.

Se trasladan hacia el Zócalo y se unen a los contingentes que, en ese momento, están enfrentándose con miembros de la policía preventiva, del cuerpo de granaderos, del Servicio Secreto y de la Policía Judicial del Distrito Federal.

Por otro lado, estudiantes de las Preparatorias 2 y 3 de la UNAM son reprimidos por la policía, en las calles de Justo Sierra, en el antiguo barrio universitario. Estos alumnos eran ajenos a las manifestaciones de la Federación Nacional de Estudiantes Técnicos y del aniversario de la Revolución Cubana, pero aun así, dado el caos generalizado que, en ese momento, existía en todo el Centro del D. F., son atacados y perseguidos por la policía.

Los estudiantes universitarios se refugian en sus escuelas y colocan, a manera de barricadas, autobuses en diversas calles del barrio

universitario. Son detenidos numerosos estudiantes, algunos miembros del Partido Comunista y hasta simples transeúntes.

Al día siguiente, sábado 27 y la madrugada del 28, los estudiantes de las Preparatorias 1, 2 y 3 de la UNAM, entregan los camiones que usaron para bloquear diversas calles del Centro. Sin embargo, se posesionan de las escuelas mencionadas y de las calles adyacentes, como son República de Venezuela, República de Guatemala, República de Brasil, El Carmen, Justo Sierra, San Ildefonso, Donceles y Luis González Obregón.

Empiezan a tomar forma las peticiones estudiantiles, que días después se concretarían en los seis puntos petitorios del Consejo Nacional de Huelga. Las respuestas de rechazo a la acción policiaca y de apoyo a la suspensión de clases se extienden entre las escuelas de la UNAM y del IPN, empezando a unirse otras instituciones, como la Escuela Nacional de Agricultura (Chapingo).

Con pequeñas escaramuzas el 28 y el 29, la violencia impera en el Centro de la Ciudad de México.²⁰ Así, llegamos a la madrugada del 30 de julio, momento decisivo en la historia del movimiento, toda vez que aquí se inicia la intervención del ejército.

A las 0:40 horas del martes 30, soldados de infantería y paracaidistas,²¹ adscritos al Campo Militar número 1, ocupan las preparatorias 1, 2, 3 y 5 de la UNAM y la vocacional 5 del IPN. Intervienen, según comenta en conferencia de prensa el Secretario de la Defensa Nacional, a petición del Secretario de Gobernación y del Jefe del Departamento del Distrito Federal.

Con la intención de penetrar al edificio de la preparatoria número 1 de la UNAM, ubicada en el Antiguo Colegio de San Ildefonso, el ejército dispara con un lanzacohetes, comúnmente conocido como bazooka, y derriba la centenaria puerta. La represión, ahora no sólo es de la policía sino también del ejército,²² y este daño al patrimonio universitario y del país, aumenta el descontento estudiantil y continúa la escalada de violencia.

El 31 de julio el ejército entrega a las autoridades universitarias las preparatorias 4 y 5 y a las autoridades del IPN la vocacional ocupada. A pesar de estas señales de distensión, el conflicto se extiende, ahora al Instituto Nacional de Bellas Artes (INBA), cuando el ejército ocupa la Escuela de Arte Dramático, en la Sala Xavier Villaurrutia y detiene a 73 estudiantes de teatro que se encontraban en asamblea.

Por gestiones del Director General del Instituto, ese mismo día los detenidos son puestos en libertad.²³

El 1 de agosto el Dr. Javier Barros Sierra, rector de la UNAM, encabeza una de las más importantes y concurridas manifestaciones del movimiento (80 mil maestros, alumnos, autoridades universitarias y empleados). Con la participación de universitarios, politécnicos y de alumnos de Chapingo y de la Escuela Nacional de Maestros (Normal), la manifestación sale de la Ciudad Universitaria, llega a la esquina de Av. Insurgentes y Félix Cuevas y regresa a la Ciudad Universitaria.²⁴

El 3 de agosto se inicia la actividad de las brigadas políticas de información, con el objeto de informar a la población sobre los motivos del estudiantado y recabar fondos a través del "boteo". Igualmente, estas brigadas realizarán mítines relámpagos en diversos puntos de la zona metropolitana de la Ciudad de México. Varios de estos mítines se realizan a la salida de fábricas y en zonas industriales, como un fallido intento de conseguir el apoyo obrero a las demandas planteadas por los estudiantes y al movimiento, en general.

El domingo 4 de agosto, las asambleas estudiantiles coinciden en los seis puntos del pliego petitorio, los cuales se mantendrán iguales durante todo el conflicto, y que son:

1. "Libertad a los presos políticos".
2. "Destitución de los generales Luis Cueto Ramírez y Raúl Mendiola Cerecero, así como también del teniente coronel Armando Frías Ramírez" (jefe y subjefe de la Policía Preventiva del Distrito Federal y comandante del cuerpo de granaderos, respectivamente).
3. "Extinción del cuerpo de granaderos, instrumento directo de la represión, y no creación de cuerpos semejantes".
4. "Derogación de los artículos 145 (disolución social) y 145 bis (delitos políticos) del Código Penal, instrumentos jurídicos de la agresión".²⁵
5. "Indemnización a las familias de los muertos y a los heridos, víctimas de la agresión del viernes 26 de julio en adelante".
6. "Deslindamiento de responsabilidades de los actos de represión y vandalismo por parte de las autoridades a través de la policía, granaderos y ejército".²⁶

Una nueva manifestación, el 5 de agosto, va de Zacatenco al Casco de Santo Tomás (instalaciones del IPN). Convocada por estudiantes politécnicos, no participa el director general del IPN, caso contrario a la manifestación del 1 de agosto que encabezó el rector de la UNAM.

El 9 de agosto se celebra, en la Unidad Profesional de Zacatenco del IPN, una gran asamblea estudiantil en la que están representados 38 comités de lucha del IPN, de la UNAM, de Chapingo, El Colegio de México, de la Normal, de universidades de provincia, de la Universidad Iberoamericana y de la Universidad La Salle.²⁷ Días después se incorpora la Universidad del Valle de México, apoyando el paro indefinido de actividades académicas.²⁸ En la asamblea se toman los siguientes acuerdos:

1. La Asamblea será plenaria, con soberanía y poder político de decisión.
2. Se integra el Consejo Nacional de Huelga (en adelante sólo CNH), formado por las Comisiones de:
 - a) Relaciones con provincia.
 - b) Brigadas.
 - c) Propaganda.
 - d) Finanzas.
 - e) Información.
 - f) Asuntos jurídicos.

El CNH ratifica los seis puntos del pliego petitorio y manifiesta, en diversos momentos del movimiento, que la solución al conflicto con el gobierno sólo puede darse con el cumplimiento total de sus exigencias.

El 13 de agosto, a las 17:00 horas, se inicia la primera gran manifestación que, partiendo del Casco de Santo Tomás, llega al Zócalo. Participan 150,000 estudiantes y maestros de la UNAM, IPN, Chapingo y Normal, además de público en general.

Al día siguiente, 14 de agosto, los tecnológicos de Durango y de Orizaba se unen al movimiento estudiantil. Aun cuando existió la intervención de estas instituciones educativas y de otras de provincia, como universidades y normales, el conflicto se limitó al Distrito Federal y al ámbito académico,²⁹ por lo que su presencia entre los obreros fue mínima y en el campesinado podemos considerar casi nula.

Entre los dirigentes estudiantiles, que han empezado a destacar, están Raúl Álvarez Garín, Roberta Avendaño (Tita), Sócrates Campos Lemus, Luis Tomás Cervantes Cabeza de Vaca, Luis González de Alba, Salvador Martínez de la Roca (Pino), Ana Ignacia Rodríguez (Nacha) y Gilberto Guevara Niebla.³⁰

Por la tarde del martes 27 de agosto una manifestación, de aproximadamente 300,000 asistentes, parte del Museo Nacional de Antropología, en Paseo de la Reforma, al Zócalo. Son tan numerosos los contingentes que tres horas después de que el primero entra a la Plaza de la Constitución, siguen arribando manifestantes, lo que impide iniciar el mitin previsto. Esta marcha, una de las más concurridas en la historia del movimiento, tiene una duración de casi 4:30 horas, incluyendo el mitin en el Zócalo y concluye en el establecimiento de una guardia estudiantil en este sitio, pidiendo que el diálogo público con el gobierno se efectúe ahí el 1 de septiembre, día del Informe Presidencial. Se iza una bandera de huelga (roja y negra), en el asta monumental de la Plaza de la Constitución.

En la madrugada del día 28, los estudiantes que estaban de guardia son desalojados por la policía, el ejército y bomberos. Horas más tarde, el Departamento del Distrito Federal organiza un acto de desagravio, con la asistencia de cientos de empleados públicos, para izar en el Zócalo la bandera nacional.

El viernes 13 de septiembre se efectúa una marcha como no ha habido otra en México: la Manifestación del Silencio. En ésta, todos sus asistentes guardaron silencio y no pronunciaron —ninguno de los 250,000— una palabra o consigna durante todo ese tiempo. Algunos, incluso, se taparon la boca con cinta adhesiva para evitar que, de manera inconsciente, un grito los traicionara.

Mientras que las demás manifestaciones habían tenido un ambiente de fiesta o de "relajo", como años después lo explicó uno de sus antiguos dirigentes, en la Manifestación del Silencio existió un ambiente de solemnidad. Sólo se escuchaban los pasos, los pasos de miles de personas avanzando del Museo de Antropología al Zócalo y los aplausos y muestras de apoyo de la gente que observaba el paso de los contingentes.

Aquí fue donde se popularizó por completo, ante el impedimento para hacerlo de forma verbal, la señal de la "V" de la victoria, indi-

cada con los dedos índice y medio de la mano. Así, los manifestantes avanzaban en silencio.³¹

El 18 de septiembre el ejército ocupa la Ciudad Universitaria. Igual ocurre con la Unidad Profesional de Zacatenco y el Casco de Santo Tomás, que son tomadas el 24 del mismo mes. El 30 de septiembre el ejército entrega C. U. a las autoridades universitarias.

Así, se llega al 2 de octubre. Tal vez nunca se conozca una explicación completa de los hechos. Estrategia gubernamental, provocación estudiantil, resultado de la intervención oculta de agencias de espionaje extranjeras y otras razones, algunas inverosímiles, se han dado en los más de 30 años que han pasado desde entonces. Lo objetivo es que hubo represión y violencia, muertos y heridos, detenidos y procesos penales, que hoy siguen marcando la historia contemporánea de México.

A las 17:30 horas se inicia el mitin convocado por el CNH, en la Plaza de las Tres Culturas, en Tlatelolco. Asisten alrededor de 10,000 estudiantes, maestros, vecinos del rumbo, trabajadores ferrocarrileros y electricistas, reporteros nacionales y extranjeros, y hasta simples curiosos. El ejército³² rodea la Plaza y existe un clima de extrema tensión. Para evitar posibles enfrentamientos, se cancela la manifestación al Casco de Santo Tomás, que continúa ocupada por el ejército.

Entre los que vigilan el mitin están, además del ejército, el Batallón Olimpia, encargado de mantener el orden durante los Juegos Olímpicos, la Policía Judicial del Distrito Federal, el Servicio Secreto y la Dirección Federal de Seguridad. A las 18:10 horas el lanzamiento de unas bengalas sobre la Plaza, parece desatar la intervención del ejército y una balacera generalizada, que se prolonga hasta las 20:30 de manera continua y pasando la medianoche, en intervalos con mayor o menor intensidad.

Un número no conocido de muertos, cientos de heridos y detenidos, gran parte de éstos trasladados al Campo Militar número 1, algunas bajas en las unidades del ejército y la paralización del movimiento debido, además de la represión, a que los principales dirigentes del CNH fueron capturados por la policía o el ejército, es el resultado inmediato. Las consecuencias a mediano y largo plazo las vivirá el país en los meses y años siguientes, hasta el día de hoy.³³

III. EL EJÉRCITO

“Diversas misiones, algunas especialmente delicadas, para conservar la tranquilidad interna le han correspondido a nuestro ejército; en ellas, como en otras, también se ha distinguido, por el espíritu de disciplina y por la serena y mesurada firmeza con que las ha cumplido.

“A nombre de la nación, expreso público reconocimiento a nuestros soldados.

“Modestos, heroicos juanes, que sin las ventajas económicas y sin los privilegios de la educación de que otros disfrutaban, cumplen callada, oscuramente la ingrata tarea de arriesgar su vida para que todos los demás podamos vivir tranquilos”.³⁴

Brazo armado de la nación, como alguna vez lo definiera José López Portillo (Presidente de los Estados Unidos Mexicanos durante el periodo de 1976 a 1982), el moderno ejército mexicano surge de la Revolución. De origen popular, sustituye al antiguo ejército federal que, al triunfo de Francisco I. Madero, había quedado activo y que al final le costó la Presidencia y la vida.³⁵

Cuando se da el golpe de estado de Victoriano Huerta contra Madero,³⁶ el gobernador de Coahuila, Venustiano Carranza, envía una excitativa al Congreso local, con el objeto de que se decidiera la actitud que debía tener el gobierno de ese estado. El 19 de febrero de 1913, mismo día en que se recibe la petición de Carranza, el Congreso coahuilense emite un dictamen y propone publicar un Decreto desconociendo a Huerta como Presidente de la República. Carranza lo promulga de inmediato y se considera, en la actualidad, como el acto de origen del ejército nacional.

En dicho Decreto se prevé, en su artículo 2o.: “Se conceden facultades extraordinarias al Ejecutivo del Estado en todos los ramos de la administración pública, para que suprima los que crea convenientes y proceda a armar fuerzas para coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional de la República”.³⁷ El origen popular del ejército aquí se resume. Toman las armas civiles que acabarían por derrotar al ejército profesional.³⁸ Cuando triunfa la revolución constitucionalista, el ejército federal es sustituido por el ejército revolucionario.

El ejército forma, junto con la marina de guerra y la fuerza aérea, la fuerza armada permanente y tiene como misión, preservar la seguridad interior y la defensa exterior de la federación (art. 89, fracción

VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). De carácter federal, el mando supremo recae en el Presidente como titular del Poder Ejecutivo de la Unión.

La defensa exterior de la federación se efectúa, dado el caso, a través de la guerra, para lo cual es necesaria una ley que la declare, expedida por el Congreso (art. 73, fracción XII constitucional), en vista de los datos que le presente el Ejecutivo. De igual forma, entre las facultades del Presidente está declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión (art. 89, fracción VIII del ordenamiento citado). Así, las facultades del Presidente y del Congreso, en materia de guerra, se complementan.³⁹

Corresponde al Congreso, como facultad, levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, o sea, el ejército, la marina de guerra y la fuerza aérea nacionales (art. 73, fracción XIV constitucional, reformada por Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 10 de febrero de 1944). Además, el Congreso puede reglamentar su organización y servicio, facultad que ejerce a través de la expedición de la Ley Orgánica correspondiente.

El ejército actual se integra por mexicanos que voluntariamente se incorporan a sus filas,⁴⁰ excepto en el caso de los conscriptos del servicio militar, que deben hacerlo en cumplimiento del servicio de las armas, previsto en el artículo 5o. constitucional, y regulado por la Ley respectiva, que entró en vigor cuando México participó, al lado de los aliados, en la Segunda Guerra Mundial, contra Alemania, Italia y Japón.

Según lo previsto en el artículo 89, fracción IV de la Constitución, corresponde al Presidente "nombrar, con aprobación del Senado, a los coroneles y demás oficiales superiores del ejército, armada y fuerza aérea nacionales". Sin embargo, conforme a la legislación secundaria actual, los oficiales del ejército son subtenientes, tenientes, capitanes segundos y capitanes primeros; los jefes son mayores, tenientes coroneles y coroneles, mientras que los grados superiores están formados por los generales, los cuales son brigadier, de brigada y de división. Por lo tanto, la normatividad que reglamenta esta disposición constitucional no está ajustada exactamente al concepto de "coroneles y oficiales superiores", toda vez que los coroneles no son oficiales, son jefes y los mandos siguientes tampoco son oficiales, sino que son generales.

El nombramiento de los demás oficiales del ejército, armada y fuerza aérea (hecha la precisión sobre el concepto "oficiales"), también es atribución del Presidente, quien la ejerce con arreglo a las leyes, según se establece en la fracción V del referido artículo constitucional.

Los ciudadanos mexicanos, que son aquellos nacionales que han cumplido 18 años y tienen un modo honesto de vivir, tienen la prerrogativa de tomar las armas en el ejército, para la defensa de la República y de sus instituciones, conforme a lo previsto en el artículo 35, fracción IV constitucional. Este derecho se ejercerá según se prescriba en las leyes ordinarias. Las obligaciones constitucionales en esta materia, además del servicio obligatorio de las armas previsto en el artículo 5o., es el alistarse y servir en la Guardia Nacional, que no en el ejército, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior (obligación de los mexicanos prevista en el art. 31, fracción III), y alistarse en la Guardia Nacional (obligación de los ciudadanos señalada en el art. 36, fracción II), redacción más corta y contenida en las obligaciones de los mexicanos.

IV. LA REPRESIÓN

"En el mismo concepto, agotados los medios que aconsejen el buen juicio y la experiencia, ejerceré, siempre que sea estrictamente necesario, la facultad contenida en el artículo 89, fracción VI de la Constitución General de la República que, textualmente, dice: 'Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: ... VI. Disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente o sea del ejército terrestre, de la marina de guerra y de la fuerza aérea para la seguridad interior y la defensa exterior de la federación'. Me apoyo, además, en el sentido que tiene desde su origen el artículo 129 de la propia Constitución".⁴¹

La intervención del ejército se inicia en la madrugada del 30 de julio,⁴² con la represión en la Preparatoria de San Ildefonso, del antiguo barrio universitario.⁴³ Según lo menciona el propio Díaz Ordaz, en su Informe del 1 de septiembre de 1968,⁴⁴ el fundamento para ordenar la intervención del ejército fue el artículo 89, fracción VI

constitucional, en relación con el 129 de la propia *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

El texto, en 1968 y en la actualidad, de la citada fracción establece, en la parte conducente, que el Presidente puede disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente (ejército terrestre, marina de guerra y fuerza aérea) para la seguridad interior de la federación. Por su parte, en el artículo 129 se preveía en 1968, y ahora, en la parte aplicable, que "en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar".⁴⁵

En una época tan temprana como es el 4 de agosto de 1968,⁴⁶ existen opiniones periodísticas sobre la justificación de la intervención militar. De igual forma, Felipe Tena Ramírez, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, llegó a la conclusión de que la intervención militar fue constitucional.⁴⁷ Por el contrario, algunos la consideran injustificada y contraria a la Constitución.⁴⁸

Además de los artículos 89, fracción VI y 129 constitucionales, se relaciona con la intervención militar en el conflicto estudiantil de 1968, el artículo 29, que en ese año tenía el siguiente texto:

"Art. 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquiera otro que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación, pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde".⁴⁹

Debemos comentar el texto de dichos artículos, para concluir la constitucionalidad o no de la intervención militar. Es claro que no puede una inconstitucionalidad estar prevista en la propia Constitución. Cuando parece haber una contradicción entre el artículo 89, fracción VI y el 129, sólo se trata de una interpretación, que debe hacerse de un artículo en función del otro.

En el artículo 129 se establece que la autoridad militar no debe tener, en tiempo de paz, funciones distintas a las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Mientras, en el artículo 89, fracción VI se prevé que el Presidente podrá utilizar la totalidad de las fuerzas armadas para la seguridad interior de la federación. ¿Cómo se garantiza esa seguridad interior? El único límite deben ser las garantías individuales, cuando no ha existido suspensión de las mismas.

El artículo 89 no restringe, ni condiciona ese ejercicio, ni establece que sólo se dé con suspensión de garantías. Por lo tanto, es válido que el Ejecutivo Federal, como comandante en jefe de las fuerzas armadas, las utilice para conservar la seguridad interior de la nación.

En 1968 no hubo suspensión de garantías, toda vez que no fue considerado necesario para enfrentar los desórdenes estudiantiles y, como hemos visto, no es requisito para que el ejército defienda la seguridad interior de la federación. Asimismo, en la legislación secundaria no hay condicionantes para aplicar la facultad que mencionamos del artículo 89.

Para conocer la intención del Constituyente, debemos consultar los debates y antecedentes respectivos.⁵⁰ Así, tenemos que el artículo 89, fracción VI se aprobó el 18 de enero de 1917, sin discusión, en la 49a. sesión ordinaria.⁵¹ A su vez, el artículo 129, que se presentó como 128, se aprobó en la 62a. sesión ordinaria, sin discusión, del 25 de enero de 1917.⁵²

Los textos constitucionales de 1917 son similares a los de la Constitución de 1857, por lo que, y toda vez que en 1917 no hubo discusión para ser aprobados, podemos ir a los debates del Constituyente de 1856 para tratar de encontrar la intención del legislador. De esta forma, el antecedente del artículo 89, fracción VI en la Constitución de 1857 tiene el mismo numeral y del debate no aparece cuál fue la razón para redactarlo de la forma como lo hemos comentado.

Por lo que se refiere al artículo 129 (122 en la Constitución de 1857), el voto particular de Ponciano Arriaga, de fecha 22 de enero de 1857, y que fue aprobado por el Constituyente, define el alcance de este precepto:

"El que suscribe ha creído siempre, como cree ahora, que *el poder militar debe ser enteramente pasivo*, y así, propuso desde hace muchos meses, en el seno de la Comisión, un artículo que fue desechado por la mayoría en los

siguientes términos: 'El poder militar en todo caso estará sometido a la autoridad civil'. Cree también que *ese poder no debe obrar, saliendo de su esfera, sino cuando la autoridad legítima invoque el auxilio de su fuerza*; y que por lo mismo, sería inútil dictar un precepto constitucional, sin más objeto que variar los nombres dejando las cosas en el mismo estado peligroso que han tenido y tienen sobre esta materia".⁵³ (Las cursivas son nuestras.) De lo anterior, podemos concluir:

1. El Presidente tiene facultad para disponer del ejército terrestre para la seguridad interior de la federación.
2. Toda vez que esa facultad es constitucional (art. 89, fracción VI), no entra en conflicto con la obligación del artículo 129, por lo que la intervención del ejército tiene exacta conexión con la disciplina militar.
3. La facultad del 89, fracción VI no está condicionada a la suspensión de garantías, por lo que su única limitante es que lo ordene la autoridad competente (el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos) y se respete el marco general de las garantías individuales previstas en la Constitución.

V. CONCLUSIÓN

"Por mi parte, asumo íntegramente la responsabilidad: personal, ética, social, jurídica, política e histórica, por las decisiones del gobierno en relación con los sucesos del año pasado".⁵⁴

Casi 30 años después del 68, se abrió, de nuevo, el debate sobre la interpretación del artículo 129 constitucional.⁵⁵ Por escrito presentado el 9 de enero de 1996, diversos integrantes de la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados, promovieron acción de inconstitucionalidad en contra de lo señalado en las fracciones III y IV del artículo 12 de la "Ley general que establece las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública", por considerar que la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina, era contraria a lo previsto en los artículos 21 y 129 constitucionales.

De la decisión de la Corte se derivaron diversas tesis de jurisprudencia, que confirman el espíritu que en este artículo hemos comentado: es válida, constitucionalmente, la actuación de las fuerzas armadas en materia de seguridad pública y en auxilio de las autoridades civiles. Dichas jurisprudencias son:

EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. Su participación en auxilio de las autoridades civiles es constitucional (interpretación del artículo 129 de la Constitución).⁵⁶

EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. Pueden actuar acatando órdenes del Presidente, con estricto respeto a las garantías individuales, cuando sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquéllas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla.⁵⁷

EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. Si bien pueden participar en acciones civiles en favor de la seguridad pública, en situaciones en que no se requiera suspender las garantías, ello debe obedecer a la solicitud expresa de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetas, con estricto acatamiento a la Constitución y a las leyes.⁵⁸

La Corte considera que la interpretación histórica, armónica y lógica del artículo 129 constitucional, lleva a concluir que las fuerzas armadas pueden intervenir en apoyo de las autoridades civiles, cuando éstas lo soliciten, y acatando órdenes del Presidente. No será necesario que se den los extremos del artículo 29 de la Constitución (invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto), toda vez que la intervención del ejército, fuerza aérea o armada, tendrá por objeto evitar que se llegue a alguna de las situaciones descritas.⁵⁹

Es así, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación retomó, de manera indirecta, el debate sobre la interpretación y alcance del 129 constitucional y llegó a la conclusión que, en 1968, Gustavo Díaz Ordaz apuntaba: la intervención del ejército es ahora, y lo fue entonces, constitucional.

"Una mano está tendida: es la mano de un hombre que a través de la pequeña historia de su vida ha demostrado que sabe ser leal. Los mexicanos dirán si esa mano se queda tendida en el aire o bien esa mano, de acuerdo con la tradición del mexicano, con la verdadera tradición del verdadero, del genuino, del auténtico mexicano, se ve acompañada por millones de manos que, entre todos, quieren restablecer la paz y la tranquilidad de las conciencias".⁶⁰

NOTAS

¹ "Cuarto Informe de Gobierno del Presidente Gustavo Díaz Ordaz, 1 de septiembre de 1968", en *Los Presidentes de México ante la Nación, 1821-1984. Informes, Manifiestos y Documentos de 1821 a 1984*, tomo V, *Informes Presidenciales desde el 1 de septiembre de 1967 hasta el 1 de septiembre de 1984*. 2a. ed., México, LII Legislatura de la H. Cámara de Diputados, p. 83.

² Gustavo Díaz Ordaz nace el 12 de marzo de 1911 en San Andrés Chalchicomula, Puebla (hoy Ciudad Serdán), hijo de Ramón Díaz Ordaz y de Sabina Bolaños Cacho. Muere en la Ciudad de México, el 15 de julio de 1979. Cf., *Diccionario Porrúa de Historia, Biografía y Geografía de México. D-K*. 6a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 1086 y 1087; y *Enciclopedia de México*, t. IV, ed. especial, México, Enciclopedia de México, SEP, 1987, p. 2280.

Para datos sobre su nacimiento Vid. Luis GUTIÉRREZ OROPEZA, *Díaz Ordaz. El hombre, el gobernante*. 2a. ed., México, Gustavo de Anda, 1988, p. 9; y MARISA, *Gustavo Díaz Ordaz. El hombre, el político*. México, Federación Editorial Mexicana, 1978, p. 9.

³ AVILÉS, FABILA, René, *El gran solitario de Palacio*. 2a. ed., México, Premiá, 1988, 172 pp. BELLINGHAUSEN, Hermann (coordinador), *Pensar el 68*, 2a. ed., Cal y Arena, México, 1993, 273 pp. CAMPOS LEMUS, Sócrates A., *68. Tiempo de hablar*, Sansores y Aljure, México, 1998, 269 pp. CAMPOS, Marco Antonio y TOLEDO, Alejandro (comps.), *Narraciones sobre el Movimiento Estudiantil de 1968*, Universidad Veracruzana, Xalapa, 1986, 162 pp. CAZES, Daniel, *Memorial del 68. Relato a muchas voces, La Jornada*, México, 1993, 226 pp. DE LA TORRE, Gerardo, *Muertes de aurora, Cultura Popular*, México, 1980, 126 pp. *¡El móndrigo! Bitácora del Consejo Nacional de Huelga*, 2a. ed., Alba Roja, México, 184 pp. ESPINOZA ALTAMIRANO, Horacio, *Toda la furia*, Reportaje, México, 1973, 126 pp. GONZÁLEZ DE ALBA, Luis, *Los días y los años*, 12a. ed., Era, México, 1984, 207 pp. MONSIVÁIS, Carlos, *Días de guardar*, 1a. ed., 14a. reimpresión, Era, México, 1996, 380 pp. PONIATOWSKA, Elena, *Fuerte es el silencio*, 5a. ed., Era, México, 1983, 278 pp. ROMERO VALENZUELA, María, et. al., *Hoy maestro: ayer joven del 68*, Claves Latinoamericanas, Centro de Estudios del Movimiento Obrero y Socialista, Casa de la Cultura del Maestro Mexicano, México, 1990, 72 pp. SPOTA, Luis, *La plaza*, 7a. ed., Grijalbo, México, 1977, 292 pp. TAIBO II, Paco Ignacio, *68*, Joaquín Mortiz, México, 1991, 116 pp. *Testimonios de Tlatelolco, Proceso*, edición especial, México, 1998, 79 pp. VALLE, Eduardo, *Escritos sobre el movimiento del 68*, Universidad Autónoma de Sinaloa, Culiacán, 1984, 138 pp. VELASCO PIÑA, Antonio, *Regina*, 7a. ed., Jus, México, 1987, 629 pp. ZURDA, A *20 años del 68*, Claves Latinoamericanas, Factor, El Juglar, número extraordinario, segundo semestre de 1988, vol. I, núm. 4, México, 182 pp.

⁴ AROCHE PARRA, Miguel (comp.), *53 poemas del 68 mexicano*, Nacional de Publicaciones, México, 1972, 232 pp. CAMPOS, Marco Antonio (comps.), *Poemas sobre el movimiento estudiantil de 1968*, México, Pueblo Nuevo, 1980, 115 pp. CAMPOS, Marco Antonio y TOLEDO, Alejandro (comps.), *Poemas y narraciones sobre el movimiento estudiantil de 1968*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, 282 pp.

⁵ Héctor AGUILAR CAMÍN y Lorenzo MEYER, *Historia gráfica de México*, tomo 9, *siglo veinte III* (coord. Enrique Florescano). Instituto Nacional de Antropología e Historia, Patria, México, 1988, pp. 120 a 123. CASASOLA, Gustavo, *Historia gráfica de la Revolución Mexicana, 1900-1970*, tomo 10, 2a. ed., México, Trillas, 1973, pp. 3486 a 3499. Grupo Mira, *La gráfica del 68. Homenaje al movimiento estudiantil*, 2a. ed., México, Jorge Pérez Vega, Rebeca Hidalgo y Arnulfo Aquino, El Juglar, Claves Latinoamericanas, Zurda, 1981, 119 pp. Grupo Mira, *La gráfica del 68. Homenaje al Movimiento Estudiantil*, 3a. ed., México, Jorge Pérez Vega, Rebeca Hidalgo, Arnulfo Aquino, Escuela Nacional de Artes Plásticas, Universidad Nacional Autónoma de México, Sentido Contrario, Comisión Cultural de la UV y D19, Zurda, Amigos de la Unidad de Postgrado de la Escuela de Diseño, 1981, 119 pp. RAMÍREZ, Enrique R., *Historia gráfica del movimiento estudiantil México 68. Primera parte, el comienzo*, Guadalajara, Godina, 1993.

⁶ DE MORA, Juan Miguel, *Plaza de las tres culturas (Tlatelolco)*, 3a. ed., México, Editores Asociados, 1980, 101 pp. DEL PASO, Fernando, *Palinuro en la escalera*, México, Diana, 1992, 147 pp. GALVÁN, Felipe (comp.), *Teatro del 68. Antología*. México, Tablado Iberoamericano, Instituto de Cultura de la Ciudad de México, Benemérita Universidad de Puebla, Sociedad General de Escritores de México, 1999, 287 pp.

⁷ MARTRE, Gonzalo, *El movimiento popular estudiantil de 1968 en la novela mexicana*, 1a. ed. corregida, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, 145 pp. OLIVERA, Luis, *Impresos sueltos del movimiento estudiantil mexicano, 1968*, México, Instituto de Investigaciones Bibliográficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, ix-344 pp.

Con el objeto de no extender innecesariamente estas referencias, no hemos incluido el gran panorama de revistas que, en su momento, se han ocupado del 68. Entre éstas deben destacarse *Proceso*, *¿Por qué?* y la *Revista de la Universidad de México*. Por otro lado, toda vez que nuestras citas son de documentos o fuentes escritas, decidimos no mencionar los documentos filmicos que, en películas (Rojo amanecer) o en videos (Operación Galeana. La historia inédita del 2 de octubre de 1968; Gustavo Díaz Ordaz y el 68. México, siglo xx. Historias del poder; y El grito. México 68), se han producido en nuestro país.

⁸ AGUAYO QUEZADA, Sergio, *1968. Los archivos de la violencia*, México, Reforma, Grijalbo, 1998, 331 pp. BASÁÑEZ, Miguel, *La lucha por la hegemonía en México, 1968-1980*, Siglo XXI, 1981, 243 pp. CABRERA PARRA, José, *Díaz Ordaz y el 68*. 4a. ed., México, Grijalbo, 1982, 195 pp. CASTILLO, Heberto, COSÍO VILLEGAS, Daniel, et. al., *1968. El principio del poder*, México, *Proceso*, 1980, 310 pp. ENCINAS, Luis, *La alternativa de México. Conflictos. Causas. Caminos*, Sonot, México, 1969, 208 pp. PAZ, Octavio, *Posdata*, 23a. ed., México, Siglo XXI, 1990, 155 pp. REVUELTAS, José, *México 68: juventud y revolución*, 1a. ed., 8a. reimp., Era, México, 1998, 347 pp. SEVILLA, Renata, *Tlatelolco. Ocho años después*, Posada, México, 1976, 175 pp. VILALTA LOZADA, Emiliano, *Análisis político del movimiento estudiantil de 1968 en México*, D. F., edición del autor, México, 1995, 62 pp. ZERMENO, Sergio, *México: una democracia utópica. El movimiento estudiantil del 68*. 4a. ed., México, Siglo XXI, 1984, xxiv-336 pp.

⁹ GARCÍA CANTÚ, Gastón, *Javier Barros Sierra, 1968*, 7a. ed., Siglo XXI, México, 1993, 253 pp.

¹⁰ ARRIOLA, Carlos (comp.), *El movimiento estudiantil mexicano en la prensa francesa*. El Colegio de México, México, 1979, 191 pp. CANO ANDALUZ, Aurora, 1968. *Antología periodística*. 1a. ed., 1a. reimp., Instituto de Investigaciones Bibliográficas, Biblioteca Nacional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, XIV-491 pp.

¹¹ BLANCO MOHENO, Roberto, *Tlatelolco. Historia de una infamia*, 3a. ed., Diana, México, 1969, 286 pp. CASTILLO, Heberto, *Libertad bajo protesta. Historia de un proceso*, Federación Editorial Mexicana, México, 1973, 233 pp. JOSÉ AGUSTÍN, et. al., *Aquí viene la plaga*. 1a. ed., 1a. reimp., Joaquín Mortiz, México, 1985, 125 pp. KRAUZE, Enrique, *El sexenio de Díaz Ordaz*. México, Clfo, 1999, 95 pp. (Colección México Siglo XX. Los sexenios). LORET DE MOLA, Carlos, *Gustavo Díaz Ordaz. Palabras históricas*, Manuel Porrúa, México, 1977, 86 pp.

¹² Como ejemplo podemos mencionar *El 2 de octubre no se olvida: lucha y masacre en México, 1968*, Chicago, Obrero Revolucionario (periódico del Partido Comunista Revolucionario de Estados Unidos), 15 pp.

¹³ Nos referimos a las guerrillas urbanas, toda vez que las guerrillas rurales tienen un origen distinto y son anteriores a 1968. Vid. ARANDA FLORES, Antonio, *Los cívicos guerrerenses*, s. p. i., 1979, 196 pp. (se narra el desarrollo de la Asociación Cívica Nacional Revolucionaria, comandada por Génaro Vázquez Rojas).

De igual forma, Vid. CAMPOS CHACÓN, Sergio Alberto, *Barrancas rojas*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Nacional de Bellas Artes, Gobierno del Estado de Chihuahua, Edamex, 1991, 188 pp. (relato novelado del ataque al cuartel militar de Ciudad Madera, Chihuahua, el 23 de septiembre de 1965, copia del asalto que el 26 de julio de 1953 Fidel Castro comandó contra el Cuartel Moncada, en Cuba). Lucio Cabañas y el Partido de los Pobres. *Una experiencia guerrillera en México*, Nuestra América, México, 1987, 442 pp. MIRANDA RAMÍREZ, Arturo, *El otro rostro de la guerrilla. Genaro, Lucio y Carmelo: experiencias de la guerrilla*, El Machete, México, 1996, 207 pp.

¹⁴ Entre las organizaciones guerrilleras que surgieron a partir de la represión de 1968, se puede mencionar al Frente Urbano Zapatista, Movimiento Armado Revolucionario, Frente Armado Revolucionario del Pueblo, Comandos Armados del Pueblo y las Fuerzas de Liberación Nacional.

¹⁵ Vid. Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, 16a. ed., México, Porrúa, 1978, pp. 395 y 396. De manera general Cf. VERA MORALES, Luis Reynaldo, *El movimiento estudiantil de 1968. Un estudio sociológico jurídico*. s. l., tesis de la Escuela Libre de Derecho, 1989, XXIV, 208 pp.

¹⁶ Vid. las obras mencionadas de Miguel BASÁÑEZ, Luis GUTIÉRREZ OROPEZA, Enrique KRAUZE, José REVUELTAS y Sergio ZERMEÑO, entre otras.

¹⁷ "Cuarto Informe de Gobierno del Presidente Gustavo Díaz Ordaz, 1 de septiembre de 1968", en *Los Presidentes de México ante la Nación, 1821-1984*, tomo V, op. cit., pp. 77 y 78.

¹⁸ En esta cronología hemos decidido seguir las siguientes fuentes:

El movimiento estudiantil y popular del 68 es página heroica de la lucha del pueblo. s. l, Organización Juvenil Internacionalista Revolucionaria, 1994, p. 27 y siguientes. Elena PONIATOWSKA, *La noche de Tlatelolco. Testimonios de historia oral*, 40a. ed., Era, México, 1981, pp. 275 y siguientes. Gastón GARCÍA CANTÚ, *Javier Barros Sierra, 1968*, op. cit., pp. 183 y siguientes.

¹⁹ Para una narración periodística de los hechos Cf. Aurora CANO ANDALUZ, 1968. *Antología periodística*, op. cit.

²⁰ En adelante, se continúa la cronología de la manera más resumida posible, con el objeto de señalar los principales hechos y no entrar en detalles exhaustivos. Cabe mencionar que aun cuando no sean mencionados determinados días, en todos ellos ocurrieron hechos de pequeña o mediana importancia, que contribuyeron a darle continuidad al clima de violencia, tensión y zozobra que vivió la capital del país de julio a octubre de 1968.

²¹ En esta acción intervienen un Batallón de Fusileros Paracaidistas, un Batallón de Policía Militar, tres Batallones de Infantería, un Escuadrón Blindado de Reconocimiento y un Grupo Mixto de Armas de Apoyo. Vid. Julio SCHERER GARCÍA y Carlos MONSIVÁIS, *Parte de Guerra. Tlatelolco 1968*. México, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 1999, pp. 90 y 91.

²² Con el tiempo se incorporarían a las acciones para restablecer el orden, otras unidades del ejército como batallones de transmisiones, regimientos de caballería mecanizada, batallones de intendencia y el Cuerpo de Guardias Presidenciales.

²³ Gastón GARCÍA CANTÚ, *Javier Barros Sierra, 1968*, op. cit., p. 195.

²⁴ En la vigilancia de esta manifestación participa la Dirección Federal de Seguridad, además de la policía uniformada y la Policía Judicial del Distrito Federal.

²⁵ El texto vigente en 1968 del artículo 145, del entonces Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, es el publicado en el *Diario Oficial* el 15 de enero de 1951 y que a la letra dice:

"Artículo 145. Se aplicarán prisión de dos a doce años y multa de mil a diez mil pesos, al extranjero o nacional mexicano que en forma hablada o escrita, o por cualquier otro medio, realice propaganda política entre extranjeros o entre nacionales mexicanos, difundiendo ideas, propagandas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero que perturben el orden público o afecten la soberanía del Estado Mexicano.

Se perturba el orden público cuando los actos determinados en el párrafo anterior, tiendan a producir rebelión, sedición, asonada o motín.

Se afecta la soberanía nacional cuando dichos actos puedan poner en peligro la integridad territorial de la República, obstaculicen el funcionamiento de sus instituciones legítimas o propaguen el desacato de parte de los nacionales mexicanos a sus deberes cívicos.

Se aplicarán las mismas penas al extranjero o nacional mexicano que por cualquier medio induzca o incite a uno o más individuos a que realicen actos de sabotaje, a subvertir la vida institucional del país, o realice actos de provocación con fines de perturbación del orden o la paz pública y al que efectúe tales actos. En el caso de que los mismos actos constituyan otros delitos se aplicarán además las sanciones de éstos.

Se aplicará prisión de diez a veinte años, al extranjero o nacional mexicano que, en cualquier forma, realice actos de cualquier naturaleza que preparen material o moralmente la invasión del territorio nacional o la sumisión del país a cualquier gobierno extranjero.

Cuando el sentenciado en el caso de los párrafos anteriores sea un extranjero, las penas a que antes se ha hecho referencia se aplicarán sin perjuicio de la facultad que concede al Presidente de la República el artículo 33 de la Constitución."

Vid. Jorge REYES TAYABAS, "Estudio sobre los artículos 145 y 145 bis del Código Penal que rige para toda la República en materia de fuero federal", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*. México, Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, núm. 25, enero-febrero de 1969, pp. 24 y 25.

El texto del artículo 145 bis del Código Penal era en 1968 el siguiente:

"Artículo 145 bis. Para todos los efectos legales, solamente se consideran como de carácter político, los delitos consignados en este título, con excepción de los previstos en los artículos 136 y 140".

De esta forma, eran políticos, rebelión, sedición, asonada o motín y disolución social. Se excluyen de dicho carácter, los siguientes:

Artículo 136. A los jefes o agentes del gobierno y a los rebeldes que, después del combate, dieren muerte a los prisioneros, se les aplicará prisión de quince a treinta años.

Artículo 140. Cuando en las rebeliones se pusiere en ejercicio, para hacerlas triunfar, el homicidio, el robo, el secuestro, el despojo, el incendio o el saqueo, se aplicarán las penas que por estos delitos y el de rebelión correspondan según las reglas de acumulación.

Vid. Luis Norberto CACHO PÉREZ, "El delito político". México, tesis Escuela Libre de Derecho, 1986, pp. 66 y 67.

Hasta 1968 habían presentado en la Escuela Libre de Derecho, tesis profesionales sobre el delito político Leopoldo ORTIZ (1916), José PASTRANA SALAZAR (1932), Jesús NORIEGA VERAZA (1948) y Francisco BADILLO REYES (1957). En 1968 José DEL VALLE PÉREZ presentó la tesis denominada "Disolución social, delito de peligro que debe subsistir".

²⁶ Aurora CANO ANDALUZ, 1968. *Antología periodística*. op. cit., pp. IX y X.

²⁷ Aun cuando alumnos de la Escuela Libre de Derecho pudieron haber participado, a título individual, en el movimiento, cosa que desconocemos, nunca existió una participación organizada y comprometiendo el nombre de la Escuela, ni fueron suspendidas las clases. Esto se dio en estricto cumplimiento al artículo 3o. del Estatuto de la Escuela, donde se prevé que ésta "tiene por objeto exclusivo la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, con independencia de todo fin político o credo religioso" y el artículo 10o. del Reglamento de la misma, donde se establece que "el orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de los alumnos".

²⁸ También fueron parte del Consejo Nacional de Huelga, la Escuela Normal Superior y otras normales, como las de provincia, habiéndose incorporado estas últimas al movimiento hasta después del 2 de octubre. De igual forma, participaron en el Consejo Nacional de Huelga, la Escuela Nacional de Antropología e Historia (dependiente del Instituto Nacional de Antropología e Historia), la Escuela de Teatro, la Escuela de Pintura, Escultura y Grabado "La Esmeralda" y el Conservatorio Nacional de Música (dependientes del INBA), y la Escuela de Periodismo Carlos Septién García.

²⁹ La lucha se mantuvo estudiantil, con un mediano o poco apoyo popular, y con la presencia minoritaria de maestros. Entre éstos destacaron Eli de Gortari y Heberto Castillo, además de la creación de la Coalición de Profesores de Enseñanza Media y Superior Prolibertades Democráticas.

³⁰ Cf. ASCENCIO, Esteban (comp.), 1968. *Mas allá del mito*. México, Milenio, 1998, 153 pp. Un listado de los dirigentes del CNH puede consultarse en Raúl JARDOU, 1968. *El fuego de la esperanza*, México, Siglo XXI, 1998, pp. 297 a 301.

³¹ El CNH publicó en el periódico *El Día*, el 13 de septiembre, un desplegado convocando a la manifestación y que concluía: "Ha llegado el día en que nuestro silencio será más elocuente que las palabras que ayer callaron las bayonetas".

Igualmente, durante la marcha se repartió un volante que decía: "Pueblo Mexicano: Puedes ver que no somos unos vándalos ni unos rebeldes sin causa, como se nos ha tachado con extraordinaria frecuencia. Puedes darte cuenta de nuestro silencio". Vid. Elena PONIATOWSKA, *La noche de Tlatelolco. Testimonios de historia oral*, op. cit., pp. 60 y 61.

³² Participan en la denominada "Operación Galeana" las siguientes unidades:
Escuadrones Blindados de Reconocimiento.
Batallones de Infantería.
Batallón de Fusileros Paracaidistas.
Guardias Presidenciales.

Vid. Julio SCHERER GARCÍA y Carlos MONSIVÁIS, *Parte de guerra*. Tlatelolco 1968, op. cit., pp. 109 a 117.

³³ La indignación y asombro de gran parte de la sociedad, que no de todos los mexicanos, ante los hechos del 2 de octubre, se resumen en el cartón publicado por Quezada, en el periódico *Excelsior*, al día siguiente y que consiste en un espacio rectangular negro, lleno de tinta, donde debería aparecer usualmente la caricatura que publicaba, con un solo y revelador título: "¿Por qué?"

³⁴ "Cuarto Informe de Gobierno del Presidente Gustavo Díaz Ordaz, 1 de septiembre de 1968", en *Los presidentes de México ante la nación*, tomo V, op. cit., p. 82.

³⁵ Para las referencias históricas de este capítulo, hemos seguido las siguientes fuentes: Jesús DE LEÓN TORAL, et. al., *El ejército mexicano*. México, Secretaría de la Defensa Nacional, 1979, pp. 362 y siguientes. Gloria FUENTES, *El ejército mexicano*. México, Grijalbo, 1983, pp. 82 y siguientes. Jorge Alberto LOZOYA, *El ejército mexicano*, 3a. ed., El Colegio de México, México, 1984, pp. 44 y siguientes.

³⁶ No es nuestra intención comentar el procedimiento jurídico que siguió Victoriano Huerta para llegar a la Presidencia, conforme a lo previsto en la entonces Constitución de 1857, por lo que únicamente enunciamos que, desde el punto de vista ético y militar, derrocó a un gobierno legalmente constituido.

³⁷ El texto completo de la excitativa de Carranza al Congreso local y el Decreto que éste expidió, pueden verse en Jesús DE LEÓN TORAL, et. al., *El ejército mexicano*, op. cit., pp. 361 a 363.

³⁸ Para otras referencias sobre el ejército pueden consultarse:

Diccionario Jurídico Mexicano. D-H. 14a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2000, pp. 1238 a 1242. *Diccionario Porrúa. D-K, op. cit.*, pp. 1159 a 1167. *Enciclopedia de México*, tomo IV, *op. cit.*, pp. 2438 a 2440. *Enciclopedia de México*, tomo V, ed. especial, México, Enciclopedia de México, Secretaría de Educación Pública, 1987, pp. 2441 a 2454.

³⁹ Los textos constitucionales mencionados son los mismos en 1968 que en la actualidad. El artículo 89, fracción VI se modificó, según Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 10 de febrero de 1944, para precisar que la fuerza armada está constituida por el ejército terrestre, la marina de guerra y la fuerza aérea.

⁴⁰ Al contrario de lo que ocurría durante el siglo XIX y principios del siglo XX, hasta el ejército federal porfirista, que la incorporación se realizaba por leva.

⁴¹ "Cuarto Informe de Gobierno del Presidente Gustavo Díaz Ordaz, 1 de septiembre de 1968", en *Los Presidentes de México ante la nación, 1821-1984*, tomo V, *op. cit.*, p. 82.

⁴² *Vid. supra* capítulo II.

⁴³ Cf. Los periódicos *Novedades*, *El Universal* y *Excelsior*, entre otros, de ese día.

⁴⁴ *Vid. supra* nota 41.

⁴⁵ *Constitución Política Mexicana, con reformas y adiciones al día*, tomo primero. 16a. ed., Andrade, México, 1986, p. 108-8-I.

⁴⁶ Ernesto Julio TEISSER, "Domingo a Domingo", en *Novedades*, considera justificada la participación del ejército.

⁴⁷ Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano, op. cit.*, pp. 395 y 396.

⁴⁸ Enrique SÁNCHEZ BRINGAS, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 476, hace un comentario general, sin hacer referencia a los hechos de 1968. Considera que la intervención del ejército con fundamento en el artículo 89, fracción VI constitucional, sólo puede darse sin afectar a la población o sin implicar la sustitución de las funciones de las autoridades civiles. En su opinión, el Presidente sólo puede hacer uso del ejército siempre que la sociedad y el Estado se encuentren en grave riesgo y se hubiere declarado el estado de emergencia, conforme a lo previsto en el artículo 29 constitucional. Luis Reynaldo VERA MORALES, *El movimiento estudiantil de 1968*, tesis, Escuela Libre de Derecho, *op. cit.*, p. 120, opina que la intervención militar fue inconstitucional.

⁴⁹ Felipe TENA RAMÍREZ, *Leyes fundamentales de México, 1808-1985*, 13a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 834. El artículo 29 constitucional fue reformado, para tener la redacción actual, según Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 21 de abril de 1981.

El texto original del artículo 89, fracción VI puede verse en la p. 914 de la obra citada. Dicho precepto se modificó el 10 de febrero de 1944, con la redacción vigente en 1968 y en la actualidad, que puede consultarse en las pp. 854 y 855, mientras que el artículo 129 aparece en la p. 875 del citado volumen.

⁵⁰ *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. Antecedentes, origen y evolución del articulado constitucional*, tomo IX, artículos 76 a 89, 3a. ed., LII Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 1985, pp. 89-91 a 89-145.

⁵¹ Fernando ROMERO GARCÍA, *Diario de los debates del Congreso Constituyente*, tomo II, Cámara de Diputados, México, 1922, p. 445.

⁵² *Idem*, pp. 546 y 695.

⁵³ Francisco ZARCO, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, edición acordada por Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, México, 1916, p. 859. *Vid. Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones. Antecedentes, origen y evolución del articulado constitucional*, tomo XII, artículos 117 a 136. 3a. ed., LII Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 1985, pp. 129-126.

⁵⁴ "Quinto Informe de Gobierno del Presidente Gustavo Díaz Ordaz, 1 de septiembre de 1969", en *Los presidentes de México ante la Nación, 1821-1984*, tomo V, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁵ *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena Época)*. 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, pp. 50 y 51. *Vid. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época*, tomo XI, abril de 2000, Pleno y Salas, pp. 549 a 552, 556 y 557.

⁵⁶ *Seguridad Pública. Acción de Inconstitucionalidad 1/96*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1996, XIII-104 pp. (serie Debates Pleno, núm. 8, año 1996), p. 99. Cf. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-2000*, tomo I, *Materia constitucional. Facultades exclusivas. Jurisprudencia y tesis aisladas*. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000, pp. 121 y 122.

⁵⁷ *Seguridad pública. Acción de inconstitucionalidad, op. cit.*, p. 101. *Apéndice 1917-2000, op. cit.*, pp. 122 y 123.

⁵⁸ *Seguridad pública. Acción de inconstitucionalidad, op. cit.*, pp. 101 y 102. *Apéndice 1917-2000, op. cit.*, pp. 123 y 124.

⁵⁹ *Seguridad pública. Acción de inconstitucionalidad, op. cit.*, p. XII.

⁶⁰ "Discurso pronunciado por Gustavo Díaz Ordaz, el 10 de agosto de 1968, en Guadalajara, Jalisco", en *Novedades*, 2 de agosto de 1968.

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Luis Miguel CANO LÓPEZ

SUMARIO: I. *Elementos de la acción de inconstitucionalidad.* 1. *Regulación de la acción de inconstitucionalidad en el derecho mexicano.* 2. *Objeto de la acción de inconstitucionalidad.* A. *Materias sujetas a control.* B. *Materias no susceptibles de control.* 3. *Titulares de la acción de inconstitucionalidad.* A. *Fracciones de cuerpos legislativos.* B. *El Procurador General de la República.* C. *Los partidos políticos.* D. *Otros entes que deberían estar legitimados.* II. *El procedimiento de la acción de inconstitucionalidad.* 1. *Bases generales que rigen al procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad.* 2. *Demanda.* A. *Requisitos.* B. *Plazo para la presentación.* C. *Aclaraciones.* 3. *Improcedencia y sobreseimiento.* 4. *Acumulación y conexidad.* 5. *Informes.* 6. *Alegatos y pruebas.* 7. *Incidentes.* 8. *Sentencias.* A. *Requisitos.* B. *Efectos.* C. *Ejecución.* 9. *Recursos.*

I. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Regulación de la acción de inconstitucionalidad en el derecho mexicano

Resulta necesario hacer una síntesis de la forma en que inició la regulación de este mecanismo de control constitucional en el ordenamiento jurídico mexicano. Es en 1994 cuando, en un ambiente de renovación del Poder Judicial, se crea en México la acción de inconstitucionalidad, instrumento que cuenta con la peculiaridad de prever una declaración con efectos generales para el caso de encontrar una norma general contraria a la Carta Magna.

Ese año se reforma la Constitución para que en su artículo 105, que a continuación se transcribe en la parte conducente, aparezca junto con las controversias constitucionales y la atracción en los recursos de apelación derivados de los procesos en que la federación

sea parte, un nuevo instrumento de control de constitucionalidad, la acción de inconstitucionalidad.

"Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. ...

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

III. ...

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución".¹

¹ Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 116, 122

De acuerdo con el artículo octavo transitorio de la reforma constitucional que nos ocupa, las modificaciones al artículo 105 entrarían en vigor en la misma fecha en que lo hiciera la Ley Reglamentaria correspondiente. Dicha norma apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 11 de mayo de 1995² y en su artículo primero transitorio se estableció que comenzaría su vigencia treinta días después de su publicación en el referido *Diario*. Atendiendo a dicha circunstancia, se debe concluir que fue el 10 de junio de 1995 la fecha en la cual finalmente inició el régimen referente a las acciones de inconstitucionalidad.

No obstante la aparente simplicidad de este punto, existe la opinión de que fue hasta el día 11 de junio de 1995 la fecha de entrada en vigor de la Ley Reglamentaria. La anterior interpretación resultaría acertada siempre y cuando se entendiera que la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* surte efectos al día siguiente de realizada y un día después se inicia el transcurso del periodo establecido para la entrada en vigor de la norma de que se trate, sin embargo, ello no sucede así. Es claro el artículo primero transitorio al establecer un plazo de treinta días posteriores a la publicación del decreto para la entrada en vigor del mismo, así las cosas, entendiendo que el día 12 de mayo es el primer día después de tal acontecimiento y considerando que el mes de mayo tiene 31 días, se obtiene como resultado que los treinta días se cumplen precisamente el 10 de junio de 1995 y no al día siguiente.

En un principio las acciones de inconstitucionalidad no eran procedentes contra normas generales en materia electoral. En dicho contexto, la Corte tuvo que determinar lo que implicaba dicha prohibición,³

y 123 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 31 de diciembre de 1994, tomo CDXCV, núm. 22, primera sección, p. 6.

² Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 11 de mayo de 1995, tomo D, núm. 7, primera sección, pp. 3-12.

³ *Materia electoral. Para establecer su concepto y acotar el campo prohibido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las acciones de inconstitucionalidad, se debe acudir al derecho positivo vigente y seguir como método interpretativo el derivado de una apreciación jurídica sistemática*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, marzo de 1996, tesis P. CXXVII/95, p. 459.

inclinándose por aceptar que las normas generales en materia electoral eran "aquellas que establecen el régimen conforme al cual se logra la selección o nombramiento, a través del voto de los ciudadanos y dentro de un proceso democrático, de las personas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativos del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal".⁴

Afortunadamente, un año después se reformó el artículo 105 constitucional para incluir la materia electoral como objeto de análisis a través de las acciones de inconstitucionalidad, además de agregarse a los partidos políticos en el círculo de legitimados para promover este medio de control de constitucionalidad.

La exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional, la cual fue suscrita por todos los partidos políticos con representación en las Cámaras del Congreso de la Unión, así como por el Presidente de la República, que derivó finalmente en las modificaciones a nuestra Carta Magna publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996, establecía, entre otras cosas, lo siguiente:

"Para crear el marco adecuado que dé plena certeza al desarrollo de los procesos electorales; tomando en cuenta las condiciones específicas que impone su propia naturaleza, las modificaciones al artículo 105 de la Constitución, que contiene esta propuesta, contemplan otros tres aspectos fundamentales: que los partidos políticos, adicionalmente a los sujetos señalados en el precepto vigente, estén legitimados ante la Suprema Corte solamente para impugnar leyes electorales; que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes a la Constitución sea la consignada en dicho artículo y que las leyes electorales no sean susceptibles de modificaciones sustanciales, una vez iniciados los procesos electorales en que vayan a aplicarse o dentro de los 90 días previos a su inicio, de tal suerte que puedan ser impugnadas por inconstitucionalidad, resueltas las impugnaciones por la Corte y, en su caso, corregida la anomalía por el órgano legislativo competente, antes de que inicien formalmente los procesos respectivos".

En ese tenor, el texto del artículo 105 constitucional se reformó de la siguiente forma:

⁴ *Materia electoral. Concepto de, para los efectos de la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, marzo de 1996, tesis P. CXXVI/95, p. 458.

"Artículo 105. ...

I. ...

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

...

a) al d) ...

e) ..., y

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que hayan de aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

[...]"⁵

La entrada en vigor de las modificaciones al artículo 105 de la Ley Fundamental fue regulada por el segundo artículo transitorio de la reforma constitucional aludida. En dicho precepto transitorio se disponía lo siguiente:

"Segundo. Las adiciones contenidas en la fracción II del artículo 105 del presente Decreto, únicamente por lo que se refiere a las legislaciones electorales de los estados, que por los calendarios vigentes de sus procesos la jornada electoral deba celebrarse antes del primero de abril de 1997, entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 1997.

Para las legislaciones electorales federal y locales que se expidan antes del 1 de abril de 1997 con motivo de las reformas contenidas en el presente Decreto, por única ocasión, no se aplicará el plazo señalado en el párrafo cuarto de la fracción II del artículo 105.

Las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general electoral y la Cons-

⁵ Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 22 de agosto de 1996, tomo DXV, núm. 16, primera sección, pp. 6 y 7.

titución, que se ejerciten en los términos previstos por el Artículo 105 fracción II de la misma y este Decreto, antes del 1 de abril de 1997, se sujetarán a las siguientes disposiciones especiales:

- a) El plazo a que se refiere el segundo párrafo de la fracción II del artículo mencionado, para el ejercicio de la acción, será de quince días naturales; y
- b) La Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá resolver la acción ejercida en un plazo no mayor a quince días hábiles, contados a partir de la presentación del escrito inicial.

Las reformas al artículo 116 contenidas en el presente Decreto no se aplicarán a las disposiciones constitucionales y legales de los estados que deban celebrar procesos electorales cuyo inicio haya ocurrido u ocurra antes del 1 de enero de 1997. En estos casos, dispondrán de un plazo de un año contado a partir de la conclusión de los procesos electorales respectivos, para adecuar su marco constitucional y legal al precepto citado.

Todos los demás estados, que no se encuentren comprendidos en la excepción del párrafo anterior, deberán adecuar su marco constitucional y legal a lo dispuesto por el artículo 116 modificado por el presente Decreto, en un plazo que no excederá de seis meses contado a partir de su entrada en vigor”.⁶

Esas modificaciones constitucionales dieron lugar a las correspondientes en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismas que se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 22 de noviembre de 1996 y que entraron en vigor ese mismo día.⁷

Es importante destacar el artículo segundo transitorio del artículo segundo del Decreto que contiene las reformas y adiciones de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional:

“Segundo. En cumplimiento del segundo párrafo del artículo SEGUNDO transitorio del Decreto de reformas y adiciones a diversos artículos de la *Cons-*

⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁷ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; y se expide la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 22 de noviembre de 1996, tomo DXVIII, núm. 15, segunda sección, p. 51.

titución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 22 de agosto de 1996, el plazo para ejercitar las acciones de inconstitucionalidad en contra de las legislaciones electorales federal y locales, que se expidan antes del 1 de abril de 1997, será de quince días naturales y serán resueltas de plano y en definitiva por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sin sujetarse al procedimiento o plazos señalados en los artículos 64 al 70 de la ley que se reforma por el presente Decreto, en un plazo no mayor de quince días hábiles a partir de la presentación del escrito respectivo”.

2. Objeto de la acción de inconstitucionalidad

En primer lugar, resulta indispensable apreciar ciertos aspectos básicos que destacan en la acción de inconstitucionalidad.

1. Las acciones de inconstitucionalidad son procedimientos planteados en forma de juicio. Son precisamente acciones, no recursos. Un recurso supone un proceso, que en él se ha dictado una resolución con la que se está inconforme y que para combatir dicha resolución, se le interpone. Una acción da origen a un juicio, aunque en este caso con características peculiares, puesto que no existe una controversia entre partes, con pretensiones divergentes, sino que lo que se controvierte son dos normas, por un lado, la ley o tratado internacional impugnado, por el otro, la Constitución, con la finalidad de descubrir si los primeros son acordes con la segunda.

La ausencia de una verdadera litis en este tipo de juicios se reconoce en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que derivó en la reforma constitucional que dio vida a las acciones de inconstitucionalidad. Ahí se expresa lo siguiente: “A diferencia de lo que acontece en el juicio de amparo y en las controversias constitucionales, en las acciones de inconstitucionalidad no es necesario que exista agravio para que sean iniciadas. Mientras que en el amparo se requiere de una afectación de las garantías individuales y en las controversias constitucionales de una invasión de esferas, las acciones de inconstitucionalidad se promueven con el puro interés genérico de preservar la supremacía constitucional”.

En este orden de ideas, conviene recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de las acciones de inconstitucionalidad, estimó: “a diferencia del juicio de garantías que esencialmente protege, en su aspecto dogmático, a la Ley Fundamental, y de la controversia constitucional que protege su parte orgánica y por excepción su parte dogmática, la citada acción de inconstitucionalidad salvaguarda ambos apartados. Ello es así, porque la referida acción es un medio de control abstracto, a través del cual se hace una denuncia de inconstitucionalidad respecto de normas o leyes generales que sean contrarias a la Carta Magna, sin más limitación que la disposición u ordenamiento normativo de que se trate la contravenga, por lo que las partes legitimadas para ejercer dicha acción pueden plantear la contradicción de las normas combatidas y la Constitución Federal, ya sea en relación con su parte dogmática u orgánica, pues no existe disposición alguna que establezca limitaciones al respecto ni tampoco se desprende de los antecedentes legislativos de las reformas constitucionales de mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis”.⁸

2. Se llevan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El órgano facultado para conocer y resolver, en única instancia, sobre la constitucionalidad de la norma general impugnada es la Corte. Esa competencia la obtiene de los artículos 104, fracción cuarta, y 105 de la Carta Magna. El conocimiento de estos juicios es uno de los datos que hace pensar que la Corte es un tribunal constitucional.
3. Los promoventes son: cierto número de miembros de los cuerpos legislativos, los partidos políticos y el Procurador General de la República. Ellos son los únicos legitimados para iniciar este juicio y no en cualquier caso. Es necesario visualizar la estrecha relación entre los titulares de la acción de inconstitucionalidad y la norma general que puede ser cuestionada por los

⁸ *Acción de inconstitucionalidad. Las partes legitimadas para promoverla pueden plantear la contradicción de las normas generales frente a la Constitución Federal, ya sea en relación con su parte dogmática u orgánica*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, agosto de 2000, tesis P/J. 73/2000, p. 484.

mismos, para comprender ciertas restricciones en la procedencia de este medio de control constitucional.

4. El objeto de la acción es contrastar una norma general frente a la Constitución. Lo que se busca mediante las acciones de inconstitucionalidad es depurar el ordenamiento jurídico de normas contrarias a la Constitución y con ello hacer real el principio de supremacía constitucional. Aparentemente, las únicas normas generales que pueden ser revisadas por vía de la acción de inconstitucionalidad son las leyes y los tratados internacionales.
5. El resultado que se busca es invalidar la norma general cuestionada para que prevalezca la Constitución. La pretensión de quien promueve la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma general, es que se le declare contraria a la Ley Fundamental. Los motivos que impulsen ese accionar son secundarios, no trasciende si el promovente busca la defensa de la Constitución, o si utiliza este medio para defender sus intereses propios. El efecto de la acción de inconstitucionalidad, si la Corte la estima procedente, será el de invalidar la norma general impugnada. En este punto resalta la facultad de la Corte para determinar los alcances y efectos de la sentencia que resuelva este juicio.

Específicamente por lo que hace al objeto de la acción de inconstitucionalidad, resulta necesario iniciar con el análisis de la fracción segunda del artículo 105 constitucional. En primer lugar, de este precepto pareciera desprenderse que la acción de inconstitucionalidad procede no sólo contra leyes en estricto sentido, sino también contra tratados internacionales, reglamentos, circulares, leyes expedidas en uso de facultades extraordinarias por el ejecutivo, tanto federales como locales, así como cualquier norma jurídica que goce del atributo de generalidad, sin embargo, ese amplísimo margen se ve acotado al relacionarlo con la siguiente parte del artículo donde se señalan los distintos titulares que pueden ejercer la acción.

Por lo que hace a los diputados federales sólo pueden ejercer la acción en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión; los senadores están facultados para promover la acción en contra de esas mismas normas y demás tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; los miembros de alguno de los órganos legislativos estatales, únicamente frente a le-

yes expedidas por el propio cuerpo; los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, tan sólo pueden impugnar leyes expedidas por la propia Asamblea; en cuanto a los partidos políticos, si son nacionales, les es posible cuestionar leyes electorales federales o locales, si son partidos políticos con registro estatal, exclusivamente podrán promover acción contra leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro; finalmente, al Procurador General de la República se le otorgó la facultad de ejercitar la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes federales, estatales, del Distrito Federal y de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano.

De todo ello, a simple vista, se concluye que las únicas normas de carácter general que pueden contrastarse frente a la Constitución, vía acción de inconstitucionalidad, son las leyes, federales o locales, y los tratados internacionales.

Al respecto, resulta oportuno comentar el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES Y NO CONTRA SUS ACTOS DE APLICACIÓN EMITIDOS POR LAS AUTORIDADES ELECTORALES. La acción de inconstitucionalidad que se ejerce en aras del principio de supremacía constitucional, en virtud del cual toda norma debe ajustarse a los lineamientos establecidos en la Carta Magna, no es la vía procedente para impugnar actos concretos emitidos por autoridades electorales por violación a la Ley Fundamental. Ello es así, porque de conformidad con lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, el citado medio de control constitucional únicamente procede en contra de normas generales, entre las que se encuentran las de carácter electoral, por lo que para combatir sus actos concretos de aplicación, las partes legitimadas deben agotar los medios legales conducentes conforme a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, de no hacerlo así, los referidos actos adquirirán definitividad. En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad debe promoverse para impugnar normas de carácter general con motivo de su publicación, y no a causa de su aplicación”.⁹

⁹ *Acción de inconstitucionalidad. Procede contra normas generales y no contra sus actos de aplicación emitidos por las autoridades electorales*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, junio de 2000, tesis P/J. 65/2000, p. 339.

Lo que se plantea en una acción de inconstitucionalidad es la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, acorde con la fracción segunda, primer párrafo, del artículo 105 constitucional. No obstante, la Ley Reglamentaria en su artículo 61, fracción cuarta, establece como requisito de la demanda el señalar los preceptos constitucionales que se estimen violados y, además, el artículo 71 en tratándose de acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, dispone que la sentencia que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto, sólo podrá basarse en la violación de los preceptos constitucionales expresamente señalados.

Considerando que la Corte tiene las más amplias facultades para resolver en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la norma general que se impugna, de acuerdo con la base contenida en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria, con excepción de lo dispuesto en materia electoral, surge un problema: ¿sólo puede una norma general resultar inconstitucional si contradice un específico artículo constitucional, o acaso la inconstitucionalidad podría aparecer al contrariar el espíritu de la Carta Magna?

En opinión del ministro Juventino V. Castro la contradicción se debe presentar entre la norma general y un artículo constitucional concreto. “Para encarar la *litis* es necesario poner frente a frente a una norma general —impugnada—, y a una individualizada disposición de la Constitución —que se pretende reafirmar—, y que, por lo tanto, debe mencionarse en la demanda sin ningún género de duda”.¹⁰

En este punto, el autor omite relacionar esta cuestión con la facultad de la Suprema Corte para fundar la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad, en la violación a cualquier precepto constitucional, sin importar si fue invocado en la demanda, salvo lo dispuesto en relación con la materia electoral. Podría sostenerse que esa facultad encuentra precisamente su límite en este aspecto, es decir, que la Corte necesariamente debe fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación a un específico precepto constitucional.

Por otra parte, podría pensarse que no es necesario restringir a la Corte en su tarea de Tribunal Constitucional para resolver el proble-

¹⁰ CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 2000, p. 188.

ma. Si el artículo 105 constitucional claramente establece que la contradicción se debe presentar entre la norma general y la Constitución, sin señalar expresamente que se afecte a uno de sus artículos en específico, lo consecuente es entender que el constituyente permanente quiso que las normas secundarias respetaran no sólo el texto sino incluso los principios desprendidos de la Carta Magna. En este supuesto, la Ley Reglamentaria no podría limitar lo establecido por la Constitución.

La democracia, la soberanía nacional, serían parte de ese espíritu de la Constitución y ninguna norma general sería apta para contrariarlos sin que pudiera demandarse su control por medio de la acción de inconstitucionalidad. Igualmente, sería posible argumentar la existencia de dichos principios y ubicarlos en artículos como el 3o. o el 25 de la Ley Suprema, que hablan de los ideales que regulan la educación o la rectoría del desarrollo nacional.

De todo ello se concluiría que para que la fracción cuarta del artículo 61 de la Ley Reglamentaria no resultara inconstitucional, se debería interpretar en el sentido de que es posible alegar como concepto de invalidez la contradicción entre una norma general y un principio derivado de la Constitución, aunque no se exprese concretamente un artículo de la Carta Magna.

Sin embargo, contra el peligro de tal interpretación deben recordarse las ideas de Kelsen en el sentido de evitar dejar en la Constitución conceptos indeterminados, porque por medio de ellos el tribunal constitucional o cualquier órgano que tuviera el poder de interpretar las disposiciones fundamentales podría asignar un contenido acorde con sus intereses a las normas generales. Dicho contenido podría ser diametralmente opuesto al querido por el creador de las normas sujetas a control, lo cual convertiría al defensor de la Constitución en un poder exorbitante y lo llevaría a constantes enfrentamientos con el órgano legislativo. Por todo lo anterior, es que recomienda que en la Constitución se debe restringir al máximo el uso de dichos conceptos y que los principios relativos al contenido de las leyes sean lo más precisos posibles.¹¹

¹¹ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1974, pp. 502-504.

Si lo anterior resulta válido como advertencia al legislador constitucional, parece imperativo en el caso del intérprete, por lo que resulta óptimo no buscar formas de alentar la arbitrariedad en el uso de la acción de inconstitucionalidad.

A. *Materias sujetas a control*

Queda claro que las leyes y los tratados internacionales están sujetos al análisis de su constitucionalidad vía la acción de inconstitucionalidad, pero se suscitan dudas en cuanto a si los acuerdos interinstitucionales contemplados en la Ley sobre la Celebración de Tratados y los decretos expedidos por los cuerpos legislativos pueden analizarse a través de este medio de control constitucional.

En cuanto a los decretos, de primera instancia pareciera que quedan fuera de este control constitucional por no gozar del atributo de generalidad, sin embargo, algunos de esos ordenamientos sí poseen efectos generales, lo que hace posible su análisis a través de la acción de inconstitucionalidad.

Así se desprende de la acción de inconstitucionalidad 3/98, promovida por el presidente nacional del Partido de la Revolución Democrática en contra del decreto mediante el cual se regula la división geográfica de los distritos electorales uninominales del estado de Zacatecas, publicado el 27 de diciembre de 1997 en el periódico oficial de esa entidad. En esa ocasión la Corte expresó:

“En el caso concreto el decreto impugnado determina únicamente el ámbito territorial que comprende cada uno de los distritos electorales uninominales del estado de Zacatecas, precisando al efecto las poblaciones que corresponden a cada distrito; con esto, el decreto de mérito regula una situación específica pero con efectos generales para toda la población, en virtud de que con la distritación establecida impone a los ciudadanos, en razón de su domicilio, la consecuente obligación de llevar a cabo todo lo inherente a sus derechos y obligaciones para sufragar en los próximos comicios que habrán de tener lugar en el estado, y correlativamente la obligación de las respectivas autoridades dentro de su esfera de facultades, para actuar dentro de ese marco legal. Destaca que no distingue personas, casos concretos por situaciones individuales, comicios específicos, temporalidad en su vigencia, ni situación análoga que hagan suponer que pudiera constituir una disposición con características opuestas a los

principios de generalidad, abstracción e impersonalidad de que gozan las normas en general.

Esto conlleva a concluir que, si bien, el decreto de mérito no es una ley en sentido estricto, sí lo es en sentido amplio, pues es un ordenamiento formal y materialmente legislativo en tanto que fue emitido por la legislatura estatal; por medio de él se realiza la distritación de la entidad para efectos electorales; y contiene disposiciones permanentes en el tiempo, dirigidas a reglamentar una situación general, de interés para toda la población del Estado, a la que debe sujetarse también la autoridad".¹²

Lo anterior permite concluir que resulta procedente la acción de inconstitucionalidad en contra de ciertos decretos, pues la expresión "ley" debe entenderse en un sentido amplio y no limitado a leyes tanto en sentido formal como material. Lo cual es acorde con el objetivo de este medio de control constitucional, a saber, la defensa del principio de supremacía constitucional.

La distinción entre los decretos, como normas de efectos individuales, y las leyes, como normas de efectos generales, ha quedado claramente establecida en la siguiente jurisprudencia de la Corte:

"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA DETERMINAR SU PROCEDENCIA EN CONTRA DE LA LEY O DECRETO, NO BASTA CON ATENDER A LA DESIGNACIÓN QUE SE LE HAYA DADO AL MOMENTO DE SU CREACIÓN, SINO A SU CONTENIDO MATERIAL QUE LO DEFINA COMO NORMA DE CARÁCTER GENERAL. Para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad es preciso analizar la naturaleza jurídica del acto impugnado y, para ello, es necesario tener en cuenta que un acto legislativo es aquel mediante el cual se crean normas generales, abstractas e impersonales. La ley refiere un número indeterminado e indeterminable de casos y va dirigida a una pluralidad de personas indeterminadas e indeterminables. El acto administrativo, en cambio, crea situaciones jurídicas particulares y concretas, y no posee los elementos de generalidad, abstracción e impersonalidad de las que goza la ley. Además, la diferencia sustancial entre una ley y un decreto, en cuanto a su aspecto material, es que mientras la ley regula situaciones generales,

¹² Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 3/98, promovida por Andrés Manuel López Obrador, en su carácter de presidente nacional del Partido de la Revolución Democrática en contra del Poder Legislativo del estado de Zacatecas y del gobernador del propio estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 16 de marzo de 1998, tomo DXXXIV, núm. 11, primera sección, p. 66.

abstractas e impersonales, el decreto regula situaciones particulares, concretas e individuales. En conclusión, mientras que la ley es una disposición de carácter general, abstracta e impersonal, el decreto es un acto particular, concreto e individual. Por otra parte, la generalidad del acto jurídico implica su permanencia después de su aplicación, de ahí que deba aplicarse cuantas veces se dé el supuesto previsto, sin distinción de persona. En cambio, la particularidad consiste en que el acto jurídico está dirigido a una situación concreta, y una vez aplicado, se extingue. Dicho contenido material del acto impugnado es el que permite determinar si tiene la naturaleza jurídica de norma de carácter general".¹³

En cuanto a las normas internacionales se suscitan dos cuestiones: la necesidad de un control previo de su constitucionalidad, para evitar los inconvenientes que se originan por la responsabilidad internacional, y el saber si existe una distinción entre tratados, convenios, convenciones diplomáticas y acuerdos interinstitucionales.

El maestro Elisur Arteaga expone una complicación surgida en cuanto a la distinción de esos términos.¹⁴ Para él son diferentes los términos convención y tratado, la Constitución los refiere como especies distintas en sus artículos 15 y 76, fracción primera. El problema que se desprende de esto no es meramente académico. La consecuencia sería el dejar fuera del alcance de las acciones de inconstitucionalidad a las normas internacionales que no encuadraran dentro del concepto de tratado internacional o, por lo menos, requeriría de una interpretación amplia por parte de la Corte.

Otro de los pocos autores que han escrito con seriedad sobre el tema, Joaquín Brage Camazano, no comparte la opinión de Elisur Arteaga. Aquél no considera que exista base constitucional, ni menos legal, para sostener diferencia alguna entre convenios y tratados, sin embargo, uno de los argumentos que expone para negar la distinción, el referido a la concepción internacional de tratados, extrañamente lo omite en el caso de los acuerdos interinstitucionales. Sin

¹³ *Acción de inconstitucionalidad. Para determinar su procedencia en contra de la ley o decreto, no basta con atender a la designación que se le haya dado al momento de su creación, sino a su contenido material que lo defina como norma de carácter general*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, abril de 1999, tesis P./J. 23/99, p. 256.

¹⁴ ARTEAGA NAVA, Elisur, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. El caso Tabasco*, Ed. Monte Alto, México, 1996, p. 55.

entrar en polémica en cuanto a su constitucionalidad, niega que estos últimos puedan ser analizados por la vía de la acción de inconstitucionalidad.¹⁵

La Ley sobre la Celebración de Tratados define a los acuerdos interinstitucionales en su artículo 2, fracción segunda, como convenios regidos por el derecho internacional público, celebrados por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que deriven o no de un tratado previamente aprobado, destacando que su ámbito material deberá circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben.¹⁶

Lo primordial en cuanto a estos acuerdos interinstitucionales es analizar si tienen sustento en nuestro orden constitucional. La Carta Magna en ninguna parte los menciona, siendo el Senado y el Presidente de la República los facultados en materia de celebración de tratados internacionales. Por una parte, el artículo 89, fracción décima, le permite al Presidente celebrar tratados internacionales sometiéndolos a la aprobación del Senado, lo cual es confirmado por el artículo 76, fracción primera. En este último precepto se mencionan no sólo a los tratados internacionales sino que se hace alusión a las convenciones diplomáticas, además de que su celebración se encarga ya no al Presidente sino al Ejecutivo de la Unión. Asimismo, el artículo 133 constitucional menciona que los tratados, celebrados o que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, que estén de acuerdo con la Constitución, serán Ley Suprema de la Unión.

De los preceptos mencionados se obtienen tres conclusiones interesantes relacionadas con el control de las normas internacionales por vía de las acciones de inconstitucionalidad.

Primero, se utilizan indistintamente los términos Ejecutivo de la Unión y Presidente de la República. Se podría pensar que al utilizar

el artículo 76 constitucional la primera expresión da bases para sostener que le es permitido a algunos miembros de la administración pública federal llevar a cabo la celebración de los tratados internacionales. Esa conclusión es incorrecta porque los términos administración pública federal y Ejecutivo de la Unión refieren distintas cosas.

El artículo 80 de la Carta Magna claramente establece: "Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominará Presidente de los Estados Unidos Mexicanos".

Por ello cuando el artículo 76, fracción primera, emplea el término "Ejecutivo de la Unión", se debe entender que la facultad que contiene se le otorga al Presidente de la República, en el mismo sentido que los artículos 89 y 133 constitucionales.

Segundo, los únicos facultados por la Constitución para intervenir en la celebración de tratados internacionales son el Senado y el Presidente de la República. Ninguna otra autoridad puede participar en esta materia debido al principio que reza que la autoridad únicamente puede realizar lo que le está expresamente permitido. Lo cual se confirma por el régimen de facultades expresas que rige al sistema jurídico mexicano, derivado de los artículos 16 y 124 constitucionales.

Tercero, los tratados necesariamente deben estar de acuerdo con la Constitución para ser considerados ley suprema de toda la Unión. Si un tratado es contrario a la Carta Magna, sin importar sus posibles efectos en el ámbito internacional, debe ser invalidado dentro del orden jurídico interno. Uno de los medios para defender la congruencia de este tipo de normas respecto del orden constitucional es, precisamente, la acción de inconstitucionalidad.

El siguiente paso consiste en establecer lo que se entiende por "tratado" en el contexto internacional y, con base en ello, estar en posibilidad de conocer si los acuerdos interinstitucionales pueden ser considerados dentro de ese género.

Si un acuerdo interinstitucional se entiende como un tratado en el ámbito internacional, la distinción en el orden jurídico mexicano carecería de objeto. Por lo cual se tendría que aceptar que la Ley sobre la Celebración de Tratados es inconstitucional, puesto que faculta a entes distintos de los expresamente señalados en la Constitución, a saber el Senado y el Presidente de la República, para llevar a cabo la celebración de tratados internacionales. Además, cualquier

¹⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, pp. 153-157.

¹⁶ Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 2 de enero de 1992, tomo CDLX, núm. 1, p. 2.

acuerdo interinstitucional podría ser tachado de inconstitucional por la misma razón.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define a los mismos de la siguiente forma:

“Artículo 2: Términos Empleados.

1. Para los efectos de la presente Convención:

Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹⁷

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, hecha el 21 de marzo de 1986 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 28 de marzo de 1988, se pronuncia en sentido similar al definir el término “tratado”.

“Artículo 2: Términos empleados.

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:

- i) Entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o
- ii) Entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹⁸

En este contexto, resulta que en el ámbito internacional, al reconocerse personalidad jurídica a los Estados sin hacer distinción de los entes gubernamentales que actúan en su representación, no existen bases que permitan sin lugar a dudas distinguir entre tratados y acuerdos interinstitucionales. Ello deriva en la inconstitucionalidad de los acuerdos interinstitucionales y la Ley que las contempla, por la razón expuesta.

¹⁷ Decreto por el que se promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de febrero de 1975.

¹⁸ Decreto de promulgación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 28 de abril de 1988.

Además, se origina un grave riesgo, puesto que cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública, ya sea federal, estatal o municipal, puede crear obligaciones internacionales para México, sin que sea posible alegar la inconstitucionalidad, en el ámbito internacional, del acuerdo que suscriban.

Lo idóneo sería proceder a la derogación de la Ley sobre la Celebración de Tratados. Mientras eso no suceda, las acciones de inconstitucionalidad deben convertirse, en el orden interno, en medio eficaz para invalidar esos acuerdos interinstitucionales.

Para salvaguardar la supremacía constitucional en el orden jurídico interno y evitar que cualquier autoridad administrativa pueda comprometer a México en el ámbito internacional, se necesita que las acciones de inconstitucionalidad procedan contra los acuerdos interinstitucionales y que el control de las normas jurídicas internacionales sea previo.

Un tercer conjunto de normas generales que podrían ser analizadas a través de las acciones de inconstitucionalidad lo constituyen las constituciones locales, incluyendo en ellas al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. La discusión debe centrarse en interpretar si dichas normas generales pueden ser entendidas como leyes y, por consecuencia, se pudiera legitimar a los miembros de los órganos legislativos que participan en su creación, además de al Procurador General de la República, para promover la acción de inconstitucionalidad frente a las mismas o, por supuesto, en contra de sus reformas.

No suscita duda alguna el hecho de que las constituciones locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal deben ajustarse a la Ley Fundamental, ya que de conformidad con los artículos 41 y 122, apartado H, de la propia Constitución, dichas normas generales en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal. En ese contexto, considerando el principio de supremacía constitucional, no debiera existir problema alguno para interpretar de manera amplia el concepto de ley con la finalidad de incluir en él a las constituciones locales y al Estatuto.

De conformidad con tal interpretación, no existe argumento alguno que impida al Procurador General de la República promover acción de inconstitucionalidad en contra de cualquiera de dichas normas generales.

Sin embargo, el problema consiste en que las constituciones locales no son producto únicamente de los órganos legislativos estatales, sino que en su elaboración y modificación participan, por lo general, los municipios de las propias entidades federativas.

Tal inconveniente no se presenta en el Distrito Federal, toda vez que el Estatuto de Gobierno es expedido únicamente por el Congreso de la Unión y, por consecuencia, al considerarlo como una ley, constituye uno de los supuestos en los que tanto los diputados federales y los senadores pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes del Distrito Federal.

El problema expuesto adquiere importancia debido a que con un criterio estricto, en los estados en los que la participación de los municipios es imprescindible para crear o modificar la constitución local, propiamente la acción de inconstitucionalidad no se enderezaría contra una ley expedida únicamente por el órgano legislativo estatal y, en ese contexto, los miembros de los cuerpos legislativos estatales no podrían promoverla.

En este punto resulta indispensable señalar que en la acción de inconstitucionalidad 9/97, promovida por los diputados integrantes del Congreso del estado de Chihuahua en contra del decreto 618/97 VII P.E., mediante el cual se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua, publicado en el anexo al *Periódico Oficial del Estado* del 18 de octubre de 1997, la Corte expresó:

“Como lo señala la parte inconforme en el texto integral de su concepto de invalidez, el Tribunal Estatal Electoral y el Tribunal Estatal de Elecciones, son conceptos a que alude la Constitución Estatal, concretamente en sus artículos 37, 46, 202, entre otros, sin distinguir uno de otro, es el caso que, sin prejuzgar sobre cuál es el correcto o bien si uno ya no tiene vigencia en virtud de la existencia del otro, esto es un vicio atribuible, en todo caso, a la Constitución Estatal y no a la Ley Electoral estatal que la reglamenta.

Por tanto, el agravio resulta inoperante al enderezarse sobre cuestiones que tienen su origen en disposiciones de la Constitución Estatal y que, por ende, debieron hacerse valer mediante la impugnación oportuna y no con motivo de la reforma a la Ley Electoral estatal que ahora se combate”.¹⁹

¹⁹ Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 9/97, promovida por los diputados integrantes del Congreso del estado de Chihuahua en contra de la LVIII Legislatu-

Atento a lo anterior, es posible concluir que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó, desde ese momento, que resultaría viable la impugnación de las disposiciones de cualquier constitución local, siempre y cuando la acción de inconstitucionalidad correspondiente se presentara en el término apropiado, con lo cual se realiza una interpretación amplia a fin de permitir el control constitucional de tales normas generales.

El único problema que resulta de lo expuesto, es el impedimento para los municipios participantes en los procedimientos de reforma constitucional correspondientes, de impugnar a través de la acción de inconstitucionalidad, normas generales en las que su actuación es indispensable.

B. Materias no susceptibles de control

Las reformas constitucionales no pueden ser cuestionadas a través de las acciones de inconstitucionalidad. No las que resulten del proceso establecido en el artículo 135 constitucional, pero sí las que derivan de las facultades del Congreso de la Unión en materia geográfica, en términos del artículo 73 fracciones I, III y V de la Constitución.

Independientemente de la naturaleza que se le atribuya al conjunto de entes que participan en el proceso de reforma que se establece en el artículo 135 de la Constitución, lo cierto es que el resultado de su labor es una norma que participa de las mismas cualidades que cualquier precepto originario de la Carta Magna.

No existe sustento para distinguir entre preceptos constitucionales. No obstante lo seductora que la idea de encontrar artículos fundamentales e inmutables dentro de la Constitución pueda parecer, ello no es conveniente, pues ¿quién sería el encargado de identificar dichos artículos? y ¿con qué autoridad?

En este orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado que: “De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede

ra de dicho Congreso y del gobernador del propio estado, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo VII, enero de 1998, p. 778.

aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional".²⁰

Aceptando lo anterior resulta que el producto de una reforma constitucional es una norma constitucional y contra ellas no procede la acción de inconstitucionalidad. Ello no sólo porque no existe precepto en la Ley Fundamental que así lo establezca, sino sobre todo porque es ilógico. Lo es puesto que no se puede controlar la constitucionalidad de la Constitución.

Asunto distinto es el verificar que el procedimiento contemplado en el artículo 135 constitucional se respete. De no ser así el resultado no sería una norma constitucional y en ese supuesto debería resultar procedente la acción de inconstitucionalidad como medio idóneo para controlar la constitucionalidad de tales normas generales. Lo anterior sólo sería posible de incluirse tal supuesto en nuestra Carta Magna, sin que, considerando esa modificación, continuara siendo válida la objeción acerca de que se está cuestionando la constitucionalidad de un artículo constitucional, puesto que precisamente esa calidad sería la que se analizaría en este supuesto.

Una de las más graves limitaciones de las acciones de inconstitucionalidad se presenta por la imposibilidad de cuestionar, a través de esta vía, la constitucionalidad de las normas generales emitidas por el Poder Ejecutivo.

Los artículos 29, 49 y 131 de la Constitución son los que, en el ámbito federal, establecen los casos en que el Ejecutivo de la Unión posee facultades extraordinarias para legislar. El artículo 29 constitucional regula la suspensión de garantías, mientras que el artículo 131 de la Carta Magna señala ciertas facultades del ejecutivo para regular aspectos relacionados con la exportación, importación y el tránsito de productos, artículos y efectos.

Esta misma situación se presenta en el ámbito estatal, con una agravante. Es el maestro Elisur Arteaga quien la expone: "Por disponerlo expresamente así las cartas fundamentales de los estados, en algunos de ellos, sus gobernadores pueden ser facultados para que,

en uso de facultades extraordinarias, puedan emitir leyes en sustitución de los congresos locales; este supuesto es contrario al artículo 116 constitucional. No obstante lo grosero y grave de la violación, las leyes que emitan los gobernadores con vista a esa inconstitucional facultad, no serán impugnables por la vía del artículo 105".²¹

Además de las normas generales que los ejecutivos pueden emitir en uso de facultades extraordinarias para legislar, existen los ordenamientos que derivan de la facultad reglamentaria.

Resulta extraño que al establecer como medio de defensa constitucional a las acciones de inconstitucionalidad se omitiera establecer como materia sujeta a su control a los reglamentos. Si se toma en cuenta que los cuerpos normativos emitidos gracias a la facultad reglamentaria poseen el mismo carácter de generalidad que las leyes e igualmente están expuestos a contener contradicciones con la Ley Fundamental, no resulta congruente el que no puedan impugnarse por esta vía. En este aspecto, ambos tipos de normas, participan de la misma naturaleza y, aún más, los reglamentos no sólo deben estar acordes con la Constitución, sino con la ley que reglamentan, en cierto sentido, su control es más estricto, deben gozar de sustento constitucional y legal.

¿No resulta ilógico el que las leyes, en las que se basan los reglamentos, estén sujetas a control, y éstos aparezcan exentos? ¿De qué privilegios gozan los reglamentos para escapar a la tutela de las acciones de inconstitucionalidad? ¿Acaso se confía más en la capacidad legislativa del ejecutivo que del propio poder encargado de hacer leyes?

Respecto a la conveniencia de contar con un control de la constitucionalidad de los reglamentos, baste recordar las palabras de Kelsen, el cual se expresa en los siguientes términos:

"La Constitución austriaca vigente de 1920-1930, estableció garantías para asegurar la constitucionalidad, no sólo de las leyes, sino también de los reglamentos. (...) Había dos clases de reglamentos: reglamentos basados en las leyes, cuya función era desarrollar las leyes, permitiendo su aplicación; y reglamentos que, como las leyes, eran sancionados directamente «sobre la base de la Constitución», quiere decir, expedidos en lugar de las leyes. (...)

²⁰ Constitución, todas sus normas tienen la misma jerarquía y ninguna de ellas puede declararse inconstitucional, Octava Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo V, primera parte, tesis XXXIX/90, p. 17.

²¹ Vid supra, ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, p. 54.

Los reglamentos que son expedidos «directamente sobre la base de la Constitución», podrían ser inconstitucionales del mismo modo que las leyes. Los reglamentos expedidos «sobre la base de las leyes» serían ilegales si es que no se deducen de la ley. En cuanto que la Constitución prevé que los reglamentos expedidos sobre la base de las leyes tienen que guardar concordancia con éstas, la promulgación de un reglamento ilegal será una violación de la Constitución. La ilegalidad de reglamentos promulgados sobre la base de las leyes, será de una inconstitucionalidad indirecta.

En tal sistema jurídico, el control de constitucionalidad de los reglamentos es aún más importante que el que se aplica a las leyes, pues el peligro de que los órganos administrativos excedan los límites de su poder de crear normas jurídicas generales, es mucho mayor que el peligro de una ley inconstitucional”.²²

Así pues, resulta inexplicable que no se haya establecido la posibilidad de que los reglamentos sean cuestionados por medio de la acción de inconstitucionalidad. Lo cual se patentiza al tomar en cuenta que la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que derivó en la reforma constitucional que introdujo tales acciones al orden jurídico mexicano, se expresó en los siguientes términos:

“La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas con efectos generales será una de las más importantes innovaciones que nuestro orden jurídico haya tenido a lo largo de su historia. En adelante, el solo hecho de que una norma de carácter general sea contraria a la Constitución puede conllevar su anulación, prevaleciendo la Constitución sobre la totalidad de los actos del Poder Público. La supremacía constitucional es una garantía de todo Estado democrático, puesto que al prevalecer las normas constitucionales sobre las establecidas por los órganos legislativos o ejecutivos federal o locales, se nutrirá una auténtica cultura constitucional que permea la vida nacional”.

Otras materias que no son susceptibles de control a través de la acción de inconstitucionalidad las apunta Elisur Arteaga.²³ Por un lado, las disposiciones generales que dicte el Consejo de Salubridad

²² Kelsen, Hans, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, en *Dereito*, vol. IV, núm. 1, 1995, Santiago de Compostela, España, pp. 216 y 217.

²³ Vid *supra*, ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, pp. 53-55.

General, acorde con la facultad que le confiere la base primera de la fracción XVI del artículo 73 constitucional; el Presupuesto de Egresos de la Federación que es una norma general dictada únicamente por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, según lo establecido por la fracción cuarta del artículo 74 constitucional (aunque la Corte ha establecido que el Presupuesto del Distrito Federal no posee la característica de generalidad); la facultad de la Cámara de Senadores para declarar, cuando hayan desaparecido los poderes de un Estado, que es necesario nombrarle gobernador provisional, basada en el artículo 76, fracción quinta, de la Carta Magna (ello resulta cuestionable, en el entendido que dicha declaración del Senado para ser general, debe considerarse como constitutiva y no declarativa). Además el autor enuncia a los criterios jurisprudenciales y a la convocatoria a sesiones extraordinarias, hecha por la Comisión Permanente, de acuerdo con la fracción cuarta del artículo 78 constitucional, como otras materias que no pueden cuestionarse por la vía de las acciones de inconstitucionalidad.

La Corte, con motivo de la impugnación del Presupuesto de Egresos del Distrito Federal, ha ratificado en la práctica la imposibilidad de cuestionar la constitucionalidad de este tipo de ordenamientos a través de las acciones de inconstitucionalidad, lo cual se muestra en la jurisprudencia siguiente:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE PARA RECLAMAR EL DECRETO DEL PRESUPUESTO DE EGRESOS DEL DISTRITO FEDERAL PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1998, POR NO TENER EL CARÁCTER DE NORMA GENERAL. Por “Ley del Presupuesto” se entiende el conjunto de disposiciones legales que regulan la obtención, administración y aplicación de los ingresos del Estado, otorgando competencias y estableciendo derechos y obligaciones para la administración pública y para los particulares. Por “Presupuesto de Egresos” se entiende el decreto que contempla y autoriza las erogaciones necesarias para la realización de las actividades, obras y servicios públicos durante un periodo determinado. El “Decreto del Presupuesto de Egresos” constituye un acto de aplicación de la “Ley del Presupuesto”, en cuanto autoriza al Poder Ejecutivo a efectuar la inversión de los fondos públicos; empero, no es el decreto el que otorga competencias o establece derechos y obligaciones, pues éstos ya están previstos en la ley que se aplica. En el ámbito del Distrito Federal, la distinción entre “Ley del Presupuesto” y “Presupuesto de Egresos” está expresamente contemplada tan-

to en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. De esta manera, a diferencia de lo que sucede con la Ley de Ingresos, la Constitución, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y la Ley Orgánica de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, no otorgan el carácter de ley al Presupuesto de Egresos; en cambio, la "Ley del Presupuesto del Distrito Federal", esto es, las disposiciones conducentes del Código Financiero del Distrito Federal, le dan expresamente el carácter de decreto. Es relevante señalar que el multicitado decreto contiene algunas disposiciones que pudieran estimarse como normas de carácter general, porque aparentemente otorgan competencias; sin embargo, en realidad únicamente se limitan a reiterar, y en ocasiones de manera expresa, las que ya están otorgadas en las leyes respectivas. Por otra parte, el Presupuesto de Egresos del Distrito Federal, en cuanto a su aspecto material, tiene el carácter de un acto administrativo y no de una ley; es decir, no participa de la generalidad, como característica esencial de ésta. Por lo tanto, la acción de inconstitucionalidad que se promueva en su contra resulta improcedente".²⁴

No obstante lo anterior, se debe considerar que en la acción de inconstitucionalidad que motivó la anterior jurisprudencia, existió un voto de minoría por parte de tres ministros, en el que se estimó al Presupuesto de Egresos del Distrito Federal como una norma general.²⁵ En este contexto, aunque no se esté de acuerdo con negar el carácter de norma general al Presupuesto de Egresos, se debe distinguir que esa es la razón para no aceptar la acción de inconstitucionalidad tratándose del correspondiente al Distrito Federal, pero que no sucede así en el caso del correspondiente a la federación, toda vez que en este supuesto, aun concediendo que es una norma general, no se actualiza el supuesto contemplado en el inciso a) de la fracción II del artículo 105 constitucional, a saber, no se trata de una ley federal

²⁴ Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente para reclamar el decreto del presupuesto de egresos del Distrito Federal para el ejercicio fiscal de 1998, por no tener el carácter de norma general, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, abril de 1999, tesis P./J. 24/99, p. 251.

²⁵ El texto íntegro del voto de minoría, así como la sentencia, puede consultarse en el libro intitulado *Improcedencia de la acción de inconstitucionalidad contra el Presupuesto de Egresos del Distrito Federal*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Serie Debates Pleno, núm. 20, México, 1999.

expedida por el Congreso de la Unión, sino que se está frente a una norma que únicamente aprueba la Cámara de Diputados.

3. Titulares de la acción de inconstitucionalidad

El artículo 105 constitucional, fracción segunda, establece los entes legitimados para ejercitar las acciones de inconstitucionalidad, a saber, el equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; el equivalente al 33% de los integrantes del Senado; el equivalente al 33% de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales; el equivalente al 33% de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; el Procurador General de la República, y los partidos políticos, ya sea con registro ante el Instituto Federal Electoral, o con registro estatal.

Además, la legitimación de estos entes se debe relacionar con las normas contra las que pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad, de esa manera se percibe que la legitimación activa en este medio de defensa constitucional se rige por un sistema restringido, es decir, no cualquiera puede pedir que la Suprema Corte de Justicia examine si una norma general contraviene a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, Brage Camazano señala que los distintos legitimados pueden reducirse a tres grupos: el Procurador General, los partidos políticos y las agrupaciones de miembros de los distintos órganos legislativos.²⁶

A. Fracciones de cuerpos legislativos

En este aspecto es necesario señalar un error de técnica legislativa que se contiene en el artículo 105 constitucional en su fracción segunda. En los incisos donde se manejan los porcentajes de miembros de los distintos órganos legislativos, se utiliza la expresión "el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes..." del distinto cuerpo legislativo, esa expresión en estricto sentido se refiere a un número fijo de los miembros del cuerpo legislativo, en el caso de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión el 33% de los 500

²⁶ Vid supra, BRAGE CAMAZANO, *op. cit.*, p. 110.

diputados equivaldría a 165 de ellos, no más ni menos, en la Cámara de Senadores el 33% de 128 equivale a 42.24 senadores, lo cual por obvias razones es imposible, en este caso la acción tendría que ser ejercitada por 43 senadores, no por 42, aunque en ambos casos ese número ya no representa el equivalente al treinta y tres por ciento.

Lo anterior es corregido por la ley que reglamenta las acciones de inconstitucionalidad, ella prevé en su artículo 62, párrafo primero, que la demanda en que se ejercite la acción deberá estar firmada por "cuando menos" el 33% de los integrantes de los correspondientes órganos legislativos, de esa manera se establece un número mínimo que permite variación. Sin embargo, esa regulación por parte de la Ley Reglamentaria, a pesar de solucionar el problema, puede ser cuestionada por no seguir al pie de la letra una base esencial que la Constitución marca para las acciones de inconstitucionalidad, lo cual puede ser justificado por la finalidad de toda ley reglamentaria, a saber, hacer viable la operación de la institución que reglamenta.

El más grave de los problemas en cuanto al porcentaje requerido para que el órgano legislativo promueva la acción de inconstitucionalidad es que resulta que el número de miembros exigidos podría llegar a ser mayor que el necesario para aprobar la norma general. Veamos, acorde con el artículo 63 constitucional las cámaras del Congreso de la Unión no pueden abrir sesiones ni ejercer su cargo sin que concurren, en cada una de ellas, más de la mitad del número total de sus miembros, de donde resulta que se necesitan 251 diputados (de un total de 500) y 65 senadores (de los 128) como mínimo para que funcionen; ahora bien, siguiendo el artículo 72 constitucional, en sus apartados A, D y E, resulta que, en ciertos supuestos, se requiere de la mayoría absoluta de los miembros presentes en cada una de las cámaras, para que un proyecto de ley sea aprobado, éste en caso de no ser vetado por el ejecutivo se publicaría inmediatamente. De ello resulta que con el voto de sólo 126 diputados y 33 senadores, en una sesión poco concurrida, en una sesión que apenas cumpla con el quórum de asistencia, se aprobaría una ley, pero si esa ley fuera cuestionada de inconstitucional, serían necesarios por lo menos 165 diputados o 43 senadores para ejercer la acción de inconstitucionalidad. Así pues, a dichos legisladores les sería más fácil intentar derogar la susodicha ley que pedir que se declare su inconstitucionalidad.

Lo anterior expone la problemática de pedir tan alto porcentaje de miembros en los órganos legislativos, a fin de que éstos puedan intentar la acción de inconstitucionalidad. ¿Cuál es la utilidad de un número tan elevado? ¿Acaso se pretendió crear este instrumento de defensa constitucional únicamente para aparentar respetar un Estado de derecho, pero en el fondo, con el candado del porcentaje tan elevado, privarlo de eficacia?

Una probable explicación es que se quiera que en la promoción de cualquier acción de inconstitucionalidad sea necesario un razonamiento serio por parte de los miembros del cuerpo legislativo que aprobaron la ley cuestionada, sustentada por una parte respetable del órgano que la emitió y, con ello, buscar salvar la legitimidad de la impugnación, considerando que una ley es la expresión del poder encargado de representar al soberano, es decir, el pueblo, según cuentan los artículos 39 y 41 constitucionales. En pocas palabras, un número tan elevado pretende justificar la acción de inconstitucionalidad y dotarla de sustento democrático.

En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de reforma constitucional que introdujo la figura de las acciones de inconstitucionalidad se estableció, respecto de este punto, lo siguiente: "Siendo indudable que México avanza hacia una pluralidad creciente, otorgar a la representación política la posibilidad de recurrir a la Suprema Corte de Justicia para que determine la constitucionalidad de una norma aprobada por las mayorías de los congresos, significa, en esencia, hacer de la Constitución el único punto de referencia para la convivencia de todos los grupos o actores políticos. Por ello, y no siendo posible confundir a la representación mayoritaria con la constitucionalidad, las fuerzas minoritarias contarán con una vía para lograr que las normas establecidas por las mayorías se contrasten con la Constitución a fin de ser consideradas válidas".

Si se entiende a la acción de inconstitucionalidad como instrumento que tutela los intereses de las minorías parlamentarias ante el peso de la mayoría, no resulta congruente el exigir un porcentaje tan elevado, menos en un país como México donde el pluralismo político está en sus inicios.

Si la razón de ser de la acción de inconstitucionalidad es contrastar a una norma general con la Constitución, en aras de salvaguardar la supremacía constitucional, el camino seguido por el legislador

mexicano no es el correcto, porque ese porcentaje del 33% resulta un grave obstáculo para intentar la acción de inconstitucionalidad; además, aceptando que no se dota de constitucionalidad a una ley por el hecho de ser aprobada por la mayoría del cuerpo legislativo, lo idóneo sería reducir el número de miembros en los órganos legislativos a tal grado que se respete el pluralismo reflejado en la sociedad.

El porcentaje requerido podría fijarse tomando en cuenta la representación de las diversas fuerzas políticas que existan en los órganos legislativos. Aunque esa opción, mal entendida, resaltaría peligrosamente un carácter político en las acciones de inconstitucionalidad.

Este medio de control constitucional no es primordialmente un derecho de minorías parlamentarias, sino una forma de defender la supremacía constitucional. No causa ningún perjuicio, al contrario, que se intente depurar al orden jurídico de normas inconstitucionales, por ello el reducir el porcentaje a un 10% de los miembros de los cuerpos legislativos, constituye una mejor vía para intentar acceder al Estado de derecho. Esa apertura, sin dejar de tomar en cuenta el principio democrático, ni perder representatividad, permitiría que la acción de inconstitucionalidad deviniera en instrumento eficaz de defensa del orden constitucional.

Existen posiciones encontradas en doctrina respecto de este último aspecto. En opinión de Alberto Arriaga Becerra la idea subyacente en la legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad, por parte de las minorías de los órganos legislativos señalados en el artículo 105 constitucional, "se traduce en una tutela, al menos aparente, de una mayoría más que calificada en cada órgano para aprobar leyes, permitiendo a las minorías que alcancen un tercio del cuerpo colegiado, la posibilidad de someter sus argumentos, que no hubieren sido escuchados en su seno, a otro poder del Estado".²⁷

Recordando que en México opera un sistema restringido en la legitimación para promover acciones de inconstitucionalidad, que se estrecha, aún más, al relacionarlo con las normas que pueden ser cuestionadas, se puede prever que estas limitaciones susciten ciertos cuestionamientos.

²⁷ ARRIAGA BECERRA, Hugo Alberto, "La acción de inconstitucionalidad", en *LEX*, 3a. Época, año I, núm. 4, octubre, 1995, Torreón, Coahuila, México, p. 63.

Expone Miguel Carbonell Sánchez que si el argumento para restringir la legitimación para promover acciones de inconstitucionalidad por parte de las minorías de los órganos legislativos, a tan sólo las normas aprobadas por dichos cuerpos, fuera el que son las únicas cuya constitucionalidad deben procurar, sería, al menos, inconsistente. Resulta así porque "no se tomó en cuenta que, por ejemplo, los tratados internacionales definitivamente atañen a las entidades federativas o que existen leyes del Congreso de la Unión que regulan las llamadas materias concurrentes con los estados de la federación (...) sin que las entidades federativas puedan promover contra ellas las correspondientes acciones de inconstitucionalidad".²⁸

Tal argumento resulta igualmente aplicable para el caso, ya expuesto, de los municipios que participan en los procedimientos de reforma de las constituciones de las entidades federativas de las que forman parte.

B. El Procurador General de la República

Resulta necesario cuestionarse la razón por la cual se legitima al Procurador General de la República para participar en las acciones de inconstitucionalidad. En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que derivó en la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 únicamente se señaló: "En el ámbito de la procuración de justicia, la Procuraduría General de la República debe consolidarse como protectora de los intereses de la federación y fortalecer su carácter de representante de la sociedad y su capacidad para perseguir los delitos". Asimismo, se expresó: "Debido a que la Constitución le otorga al Procurador General de la República el carácter de representante de los intereses de la nación en las materias del juicio de amparo y las controversias y las acciones de inconstitucionalidad, se hace necesario someter el nombramiento que haga el Ejecutivo Federal a la ratificación del Senado de la República".

De lo anterior resulta que el Procurador debe su participación en el procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad porque se sobrentendió que él es responsable de la representación de los intere-

²⁸ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, "Breves reflexiones sobre la acción de inconstitucionalidad", en *Indicador Jurídico*, vol. 1, núm. 3, mayo, 1997, México.

ses nacionales, en una doble vertiente, pues responde tanto por los intereses de la federación, como los de la sociedad en general.

No obstante, persisten ciertas dudas respecto de la vinculación que guarda el Procurador con el Ejecutivo Federal, debido a que el artículo 89 constitucional en su fracción décima establece como facultad del Presidente de la República el designar, con ratificación del Senado, al Procurador, lo cual se confirma en el artículo 102 constitucional apartado A, primer párrafo, en donde se añade que el Procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo. Si es el Presidente quien nombra y además remueve al Procurador, podría pensarse que éste no guarda una independencia frente a aquél. Lo anterior, en relación con las acciones de inconstitucionalidad, lleva a preguntarse de la viabilidad, eficacia y lo real de que el Procurador lleve a una norma promovida por el Presidente o a un tratado realizado por él junto con el Senado, ante la Corte para pedir que se declare su inconstitucionalidad.

En opinión del ministro Juventino V. Castro,²⁹ el Procurador General de la República necesita de la voluntad del Presidente para impugnar leyes federales y, en cuanto a la posibilidad de cuestionar tratados internacionales, ésta le parece desconcertante por el hecho de que a través de esa vía el Procurador cuestionaría la labor conjunta de los dos órganos que intervienen en su nombramiento; así las cosas, sólo por lo que hace a las leyes locales, ya sea de las entidades federativas o del Distrito Federal, podría aparecer una razón que justifique esa legitimación. Para el autor, el papel que desempeña el Procurador dentro del ordenamiento constitucional se reduce a dos opciones: “*Si representa* al Presidente de la República, pretende *discretamente* oponerse a leyes locales que no le parecen adecuadas. *Si no lo representa*, es en verdad el *órgano de la constitucionalidad*, que vigila que no se incumpla *el espíritu constitucional*”.³⁰ Si la primera opción es cierta, el Presidente se vuelve pluripotencial y, de ser correcta la segunda afirmación, el Procurador se levanta como un nuevo poder en México, con la limitación de su intervención, según el autor, en cuanto a leyes electorales.

²⁹ Vid supra, CASTRO, *op. cit.*, pp. 126-133.

³⁰ *Ibidem*, p. 131.

La explicación proporcionada por Brage Camazano,³¹ para salvaguardar la independencia del Procurador General de la República resulta sumamente interesante. Considerando la intención que el Ejecutivo muestra en la exposición de motivos de su iniciativa de reforma constitucional de 1994, que toca el artículo 102 de la Carta Magna referente al Procurador, el autor concluye que la única forma de salvar la independencia de ese funcionario ante el Presidente se obtiene porque la remoción libre que establece el citado artículo, a favor del Ejecutivo, la entendió éste como discrecional y no como arbitraria. Ello porque en esa exposición de motivos expresó que la permanencia de la remoción libre se debía a que al Presidente, como responsable último de la administración pública, se le debe facultar para remover al Procurador si la institución de la Procuraduría se maneja con negligencia o indolencia en sus atribuciones. De lo anterior, el autor concluye que a pesar de ser discrecional para el Presidente el remover al Procurador, esto sólo lo puede hacer si se presenta esa negligencia o indolencia, conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de someterse al control judicial. Finalmente, el considerar que el Procurador ha dejado de ser el consejero jurídico del gobierno, le sirve como argumento adicional para sustentar su posible independencia frente al Ejecutivo.

C. Los partidos políticos

La legitimación que se otorga a los partidos políticos, a partir de 1996, para cuestionar la constitucionalidad de las leyes electorales da lugar a diversas interpretaciones. Antes que nada se debe recordar que los partidos políticos nacionales conservan para sí la facultad de impugnar tanto leyes electorales federales como locales, mientras que los partidos políticos estatales sólo pueden promover acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro, según lo expresado por el artículo 105, fracción segunda, inciso f), de la Constitución, adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 22 de agosto de 1996.

³¹ Vid supra, BRAGE CAMAZANO, *op. cit.*, pp. 119-130.

Los partidos políticos podrán ejercitar la acción de inconstitucionalidad por conducto de sus dirigencias, ya sean nacionales, si están registrados ante el Instituto Federal Electoral, o estatales, si el partido cuenta con un registro estatal.

Antes de la reforma de 1996 la materia electoral quedaba vedada como objeto de las acciones de inconstitucionalidad, ahora es posible para los titulares de la acción el cuestionar las normas electorales. Sin embargo, existe controversia en cuanto a si únicamente los partidos políticos pueden impugnar las leyes electorales, como aún sostiene en su libro *El artículo 105 constitucional*, el ministro Juventino V. Castro, o si se abre esa posibilidad para todos los entes que señala el artículo 105 constitucional, según sostiene Brage Camazano.

La interpretación correcta es la que abre la posibilidad para que cualquiera de los titulares mencionados en el artículo 105 de la Constitución pueda acudir ante la Corte para que resuelva si es o no constitucional la norma electoral impugnada. Lo anterior, tomando en cuenta que una restricción en el objeto materia de las acciones de inconstitucionalidad, sólo podría señalarse expresamente en la norma constitucional, lo cual no se hace. Si a ello se suma que la restricción con que nacen las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral es suprimida por la reforma de 1996 y considerando que el principio rector de todo este medio de defensa es la preservación de la supremacía constitucional, necesariamente se debe concluir que el intérprete no puede limitar a sólo los partidos políticos el ejercicio de la acción en contra de normas electorales.

Ello se ve corroborado por el artículo 62, último párrafo, de la Ley Reglamentaria, en el que se señala que se considerarán parte demandante en los procedimientos por acciones en contra de leyes electorales, además de la entidad, poder u órgano que promueva la controversia, acorde con lo señalado por el artículo 10 del mismo ordenamiento, a los partidos políticos por conducto de sus dirigencias nacionales o estatales, según sea el caso.

Este precepto deja en claro que los partidos políticos no son los únicos legitimados para cuestionar la constitucionalidad de las normas electorales, sin embargo, la remisión al artículo 10 es poco afortunada, pues este artículo establece las partes en las controversias constitucionales y su redacción es acorde con esa circunstancia, pues

en estos procedimientos la alusión a entidad, poder u órgano es correcta, pero ella no se aplica en lo referente a las acciones de inconstitucionalidad, donde las partes en estricto sentido no son órganos, sino una fracción de los integrantes de los cuerpos legislativos, además del Procurador y los partidos políticos, ninguno de los cuales puede ser calificado como un poder y mucho menos como entidades integrantes de la federación.

La anterior interpretación es confirmada por la Corte en la siguiente jurisprudencia:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SON LOS ÚNICOS QUE PUEDEN COMBATIR EN ESTA VÍA LEYES ELECTORALES. Con motivo de la reforma al artículo 105, fracción II, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y seis, se suprimió la prohibición expresa que se contenía en el primer párrafo de la citada fracción, que impedía ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales, con lo que se estableció un régimen genérico en virtud del cual las partes legitimadas a que se refiere la fracción II en todos sus incisos, pueden acudir a dicha vía para impugnar leyes electorales, sin más limitantes que las que los propios incisos establecen. Con esta reforma se adicionó el inciso f) y los dos párrafos siguientes a este inciso, del citado precepto constitucional, que autorizan a los partidos políticos a impugnar leyes electorales en esta vía y se establece que la única vía para plantear la contradicción entre este tipo de leyes y la Constitución, es la acción de inconstitucionalidad. La introducción de este inciso no significa que únicamente los partidos sean los que pueden impugnar leyes electorales, pues de ser así, el Poder reformador expresamente lo hubiera señalado; y, el que enseguida del inciso se haya adicionado un párrafo en el que se establece que la única vía para impugnar leyes electorales por inconstitucionales lo sea la acción, tampoco implica que se refiera únicamente a los partidos políticos, pues tal disposición debe entenderse como parte del sistema general y no vinculado estrictamente al citado inciso, ya que, de otra manera, en el referido párrafo se habría señalado expresamente que la única vía para impugnar leyes electorales que sean contrarias a la Constitución sería la prevista en el referido inciso f). Así, armónicamente interpretada la disposición constitucional y acorde con el espíritu de su reforma, se concluye que se amplía la legitimación de la acción de inconstitucionalidad frente a una clase específica de leyes: las electorales; respecto de las cuales el círculo de legitimación se extiende, bajo ciertas condiciones formales y territoria-

les, a los partidos políticos, lo que se explica por el especial interés que éstos tienen en cuanto tales respecto de este tipo de leyes, pero ello no justificaría la exclusión de los legitimados por el régimen común para impugnar las leyes y, por lo mismo, la legitimación específica de los partidos es concurrente con la de los demás legitimados, quienes también pueden participar de manera relevante en esta tarea de control constitucional".³²

D. Otros entes que deberían estar legitimados

Existen propuestas para que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos pueda promover acciones de inconstitucionalidad.

Miguel Carbonell señala como posible evolución en cuanto a la legitimación en las acciones de inconstitucionalidad, el que se faculte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para participar en este medio de defensa constitucional como accionante. De tal manera que se sume otro ente eminentemente jurídico, como el Procurador General de la República, al círculo de legitimados para promover acciones de inconstitucionalidad, que en su mayoría tienen un carácter político.³³

Otro ente que se estima puede llegar a estar legitimado para ejercer acciones de inconstitucionalidad es el Instituto Federal Electoral.

Santiago Nieto Castillo³⁴ propone que se faculte al Instituto Federal Electoral para promover acciones de inconstitucionalidad, además de ser sujeto en controversias constitucionales y tener la facultad de iniciativa de leyes en materia electoral. Con ello pretende eliminar un elemento partidocrático en el sistema jurídico mexicano. Para el autor la partidocracia consiste en la preponderancia que adquieren los partidos políticos, debido a ciertas fallas en el orden jurídico constitucional, traducida en el goce de ciertas facultades por encima de los poderes establecidos o de los órganos constitucionales autónomos. En este caso: un partido político se encuentra legitimado para

³² *Acción de inconstitucionalidad. Los partidos políticos no son los únicos que pueden combatir en esta vía leyes electorales*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, abril de 1999, tesis P.J. 27/99, p. 253.

³³ *Vid supra*, CARBONELL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

³⁴ NIETO CASTILLO, Santiago, "La acción de inconstitucionalidad en materia electoral como elemento partidocrático", en *Ciudad Ciudadano*, año 1, núm. 4, agosto-octubre, 1997, México.

promover acciones de inconstitucionalidad, mientras que un órgano autónomo como el Instituto Federal Electoral, no lo está.

De aceptarse dichas propuestas, para ser congruente con la forma en que se encuentra regulada la acción de inconstitucionalidad, debería atribuírsele tanto a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como al Instituto Federal Electoral, la facultad para promover tales acciones, siempre y cuando se mantuviera circunscrita a normas generales de las materias que abarcan sus respectivas competencias. En la misma línea de razonamiento, no existiría inconveniente en legitimar de igual manera a los institutos electorales estatales, así como a las comisiones de los derechos humanos de las distintas entidades federativas, para que impugnaran leyes expedidas por los cuerpos legislativos de sus estados en las materias correspondientes.

El reverso de tal legitimación sería, en todo caso, que en el evento de que cualquiera de estos órganos constitucionalmente autónomos llegara a tener facultades para expedir normas generales, se facultara a los miembros de los órganos legislativos correspondientes a su esfera de competencia, ya sea federal o estatal, así como al Procurador General de la República, a fin de que, a su vez, contaran con la posibilidad de impugnar dichas normas a través de la acción de inconstitucionalidad.

II. EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Bases generales que rigen al procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad

En primer lugar, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*,³⁵ que hace

³⁵ Cuando se transcriba un artículo de dicho ordenamiento, se utilizará el texto de la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 11 de mayo de 1995, tomo D, núm. 7, primera sección, pp. 3-12, modificada por el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

aplicable supletoriamente, en materia de acciones de inconstitucionalidad, las disposiciones que rigen a las controversias constitucionales.

De la lectura del referido artículo resulta claro que las normas que se contienen en el Título II de la Ley Reglamentaria son aplicables a las acciones de inconstitucionalidad únicamente en todo aquello que no esté previsto en el Título III de dicho ordenamiento jurídico, que es el que específicamente regula el procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad. Ello implica que la supletoriedad de dichos preceptos queda sujeta a que no se prevea textualmente lo que se quiera suplir, pero además, que no resulte contrario o extraño a la regulación de las acciones de inconstitucionalidad. Es más, al realizarse dicha labor se debe interpretar la regulación de las controversias no en sus términos textuales, sino en el contexto de las normas que rigen a las acciones de inconstitucionalidad.

La supletoriedad que dispone el artículo 59 de la Ley Reglamentaria tiene como su consecuencia más importante el que los criterios jurisprudenciales relacionados con las controversias constitucionales, que resulten conducentes dentro de los términos enunciados en el párrafo anterior, sean aplicables a las acciones de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, debe destacarse que en el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad la figura del ministro instructor es fundamental. Su labor inicia con el estudio de la procedencia de la demanda, si en dicho momento no encontrare motivo alguno para desecharla, una vez analizadas minuciosamente las causales de improcedencia correspondientes, deberá admitirla. Hecho lo anterior, será quien se encargue de conducir el proceso hasta su resolución. Lo anterior se plasma en los artículos 24 y 25 de la Ley Reglamentaria.

Sobre el particular, han surgido dudas acerca de si es el auto del Presidente de la Corte el que inicia el procedimiento admitiendo la demanda, o bien, ello se encuentra a cargo del ministro instructor. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que el auto del Presidente de la Corte no califica la proce-

canos; de la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación; del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; y se expide la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 22 de noviembre de 1996, tomo DXVIII, núm. 15, segunda sección.

dencia de la demanda ni resuelve sobre su admisión a trámite, sino que es el proveído del ministro instructor el que lo hace; el anterior razonamiento lo deriva del estudio armónico de los artículos 24 y 25 de la Ley Reglamentaria, de los cuales concluye que el Presidente de la Corte únicamente recibe la demanda, ordena formar y registrar el expediente relativo y designa al ministro instructor. Será éste quien califique la procedencia de la demanda a efecto de admitirla a trámite y sustanciar el procedimiento respectivo, o bien, en caso de existir algún motivo manifiesto e indudable de improcedencia, decretar su desechamiento de plano.³⁶

En este punto cabe destacar que por Acuerdo número 3/2000 del Pleno de la Corte, relativo a la suplencia en caso de ausencia de algún ministro instructor para la sustanciación de los procedimientos de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad, con el fin de evitar dilaciones en los procedimientos respectivos debido a eventuales faltas de los ministros por razón de licencia, vacaciones, comisión, permiso u otra razón análoga, se estableció que en los asuntos en que se haya designado ministro instructor y éste no se encuentre por las razones indicadas, por acuerdo del Presidente de la Corte podrá turnarse el asunto a otro ministro para que continúe con la instrucción del procedimiento hasta en tanto se reincorpore a sus labores el ministro designado en primer término. Asimismo, se indica que en los periodos de receso de la Corte tal sustitución se hará por cualquiera de los ministros que integren la Comisión respectiva.³⁷

De esto último resulta que una vez que el Presidente de la Corte designa a un nuevo ministro para continuar con el procedimiento respectivo, llegado el tiempo de receso de la Corte y en caso de que tal ministro no forme parte de la referida Comisión, uno de sus miembros lo sustituirá a su vez únicamente durante tal periodo.

³⁶ *Controversias constitucionales. El auto de presidencia que ordena formar, registrar y turnar al ministro instructor el asunto, no califica la procedencia de la demanda*, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VII, febrero de 1998, tesis 1a. I/98, pp. 335 y 336.

³⁷ Acuerdo número 3/2000 del diecisiete de febrero de dos mil, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la suplencia en caso de ausencia de algún ministro instructor para la sustanciación de los procedimientos de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 25 de febrero de 2000, tomo DLVII, núm. 19, primera sección, p. 98.

Al ser el ministro instructor el responsable de admitir o desechar la demanda, es de especial importancia dejar en claro lo que se entiende por motivo manifiesto e indudable de improcedencia. Sobre el tema, la Corte ha señalado: "la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad que permita desechar de plano la demanda presentada, debe ser manifiesta e indudable, pues ello supone que el juzgador, con la mera lectura del escrito inicial y de sus anexos, considera probada la correspondiente causal de improcedencia sin lugar a dudas, sea porque los hechos sobre los que descansa hayan sido manifestados claramente por el demandante o porque estén probados con elementos de juicio indubitables, de suerte tal que los actos posteriores del procedimiento no sean necesarios para configurarla en forma acabada y tampoco puedan, previsiblemente, desvirtuar su contenido".³⁸

De la misma forma, al ser la Corte la encargada de la defensa de la Constitución, sería incongruente que el inicio de tal labor quedara supeditado a la decisión de una sola persona. El ideal es hacer corresponsables a todos los miembros de la Corte en un análisis de fondo sobre la posible inconstitucionalidad de una norma jurídica, lo cual ocurre al llegar el momento de discutir el proyecto de sentencia; por tal razón, se busca evitar que en caso de incertidumbre se impida dicho estudio.

En este contexto, conviene recordar el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CAUSAS DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO. CORRESPONDE ANALIZARLAS AL PLENO DE LA SUPREMA CORTE CUANDO NO SEAN MANIFIESTAS E INDUDABLES. Al ministro instructor, de acuerdo con lo que preceptúan los artículos 24, 25 y 36 de la ley reglamentaria, le corresponde examinar, ante todo, el escrito respectivo de la demanda a fin de cerciorarse acerca de la eventual existencia de motivos manifiestos e indudables de improcedencia que generarían el rehusamiento categórico de la demanda; le compete también llevar a cabo el trámite de la instrucción del juicio hasta ponerlo en estado de resolución; le concierne, asimismo, elaborar el proyecto de resolución que deberá someter a la consideración del

³⁸ *Acción de inconstitucionalidad. Su improcedencia debe ser manifiesta e indudable*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, octubre de 1995, tesis P. LXXII/95, p. 72.

Tribunal en Pleno. Sin embargo, por ser las controversias constitucionales juicios con características y peculiaridades propias, si frente al motivo de improcedencia hubiere alguna duda para el ministro instructor, entonces no podría decretarse el desechamiento de la demanda y, en consecuencia, las causas de improcedencia que se invocaran por los demandados sólo podrían ser analizadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia al pronunciar la sentencia definitiva. La característica de los motivos manifiestos e indudables de improcedencia de la demanda sobre controversia constitucional, estriba en que su naturaleza ostensible y contundente autoriza al desechamiento de plano de la demanda; en cambio, las causas diversas de improcedencia que las partes interesadas puedan invocar durante la secuela del procedimiento, o que de oficio se adviertan, sólo significa que se decretan después de haberse abierto el juicio y con apoyo en las pruebas allegadas por las partes durante la etapa respectiva".³⁹

A pesar de que las normas generales traen aparejada una presunción de legalidad, una vez puesta en duda su constitucionalidad, se debe estar en favor de descubrir sus posibles contradicciones con la Constitución. Lo anterior se reconoce en el hecho de que es posible impugnar la decisión del ministro instructor que decrete la improcedencia o sobreseimiento del juicio correspondiente a través del recurso de reclamación, siendo éste, el único caso en que se admite tal recurso contra los autos de dicho ministro. Con ello se busca la corresponsabilidad aludida, puesto que será el Tribunal en Pleno el encargado de fallar el recurso y entonces se llevará a cabo el pretendido estudio.

Son otros preceptos de la Ley los que refieren las demás funciones del ministro instructor. Dichas funciones son las siguientes: durante el procedimiento, es él quien previene sobre posibles aclaraciones de la demanda oscura o irregular; igualmente, da vista de la demanda a los órganos encargados del proceso legislativo que derivó en la norma impugnada, con la finalidad de que rindan sus informes justificando su actuación, o bien, pretendan demostrar la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad; también será quien dé vista al

³⁹ *Controversias constitucionales. Causas de improcedencia del juicio. Corresponde analizarlas al Pleno de la Suprema Corte cuando no sean manifiestas e indudables*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, junio de 1996, tesis P./J. 32/96, p. 386.

Procurador General de la República para que formule su pedimento, cuando sea conducente; pondrá los autos a disposición de las partes para que presenten sus alegatos; posee las más amplias facultades para allegarse de los elementos que juzgue convenientes para la mejor solución del asunto y, finalmente, es el responsable de elaborar el proyecto de sentencia que decida sobre la inconstitucionalidad planteada.

En tercer lugar, las acciones de inconstitucionalidad promovidas en contra de normas generales de carácter electoral reciben un trato diferenciado que se refleja en el procedimiento. Además de que en esta materia todos los días se consideran hábiles para el cómputo de los plazos correspondientes, según lo establece el segundo párrafo del artículo 60 de la Ley Reglamentaria, tales plazos son menores buscando la celeridad en las decisiones sobre estos asuntos; no obstante lo cual, resulta discutible que se asimile la rapidez de la resolución, con su importancia.

Respecto de este punto, en la exposición de motivos de la iniciativa que originó la reforma a la Ley Reglamentaria del 22 de noviembre de 1996 se manifestó lo siguiente:

“La introducción del control de constitucionalidad de leyes electorales resulta de relevancia singular en la consolidación de las bases mismas del sistema de justicia electoral mexicano. Sin embargo, el nuevo mecanismo requiere de una reglamentación precisa que optimice su eficiencia y oportunidad, dadas las particulares características temporales a que está sujeto el ámbito del derecho electoral.

De esta manera, se introduce la previsión, que responde a una tradición en este medio, para que en el cómputo de plazos correspondiente a la materia electoral, todos los días se consideren hábiles. Se promueve así suprimir dilaciones procesales que no corresponderían al trámite expedito que requieren los principios de certeza y definitividad a que está sujeto el desarrollo del proceso electoral.

En el mismo sentido, se prevén términos específicos para el desahogo de las diversas etapas procesales de la acción, todos ellos más breves que los establecidos para el procedimiento ordinario. También se establecen plazos específicos para el desahogo del recurso de reclamación”.

Independientemente de ello, lo que aquí interesa es acotar lo que la Corte entiende actualmente por materia electoral, ya que las acciones de inconstitucionalidad que se presenten contra normas pertain-

necientes a este ámbito se llevarán con un procedimiento especial, con las consecuencias que ello implica.

Una vez consideradas las reformas acontecidas en 1996, la Corte ha interpretado en su jurisprudencia: “las normas generales electorales no sólo son las que establecen el régimen normativo de los procesos electorales propiamente dichos, sino también las que, aunque contenidas en ordenamientos distintos a una ley o código electoral sustantivo, regulan aspectos vinculados directa o indirectamente con dichos procesos o que deban influir en ellos de una manera o de otra, como por ejemplo, distritación o redistribución, creación de órganos administrativos para fines electorales, organización de las elecciones, financiamiento público, comunicación social de los partidos, límites de las erogaciones y montos máximos de aportaciones, delitos y faltas administrativas y sus sanciones. Por lo tanto, esas normas pueden impugnarse a través de la acción de inconstitucionalidad y, por regla general, debe instruirse el procedimiento correspondiente y resolverse conforme a las disposiciones específicas que para tales asuntos prevé la Ley Reglamentaria de la materia, pues al no existir disposición expresa o antecedente constitucional o legal alguno que permita diferenciarlas por razón de su contenido o de la materia específica que regulan, no se justificaría la aplicación de las reglas genéricas para unas y las específicas para otras”.⁴⁰

2. Demanda

Se debe conocer si existe la posibilidad de que alguien pueda representar a los legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad al presentar la demanda y/o a lo largo del juicio, o bien, si las actuaciones en el procedimiento son personales. Por ello resulta importante el estudio de los artículos 62, 63 y 11 de la Ley Reglamentaria, desprendiéndose del contenido de los artículos mencionados, que la representación en las acciones de inconstitucionalidad varía según el acto de que se trate y el ente legitimado para promoverla.

⁴⁰ *Acción de inconstitucionalidad. Materia electoral para los efectos del procedimiento relativo*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, abril de 1999, tesis P/J. 25/99, p. 255.

Al respecto, conviene dejar claro que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar que los partidos políticos pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales, por conducto de sus dirigencias nacionales o estatales, según corresponda; que el Procurador General de la República, intervendrá personalmente en las acciones de inconstitucionalidad; así como también que en el caso de los órganos legislativos, se dispone que deberán suscribir la demanda, cuando menos, el treinta y tres por ciento de sus integrantes, ha concluido que las partes legitimadas para ejercer el medio de control constitucional de que se trata, deben hacerlo directamente y no por conducto de apoderados, puesto que no existe ordenamiento alguno que prevea este supuesto.⁴¹

En el caso de los órganos legislativos la demanda debe estar firmada por el número de miembros requerido y, una vez hecho esto, comprobarse el nombramiento o nombrarse los representantes comunes. Serán éstos quienes actúen en nombre del cuerpo legislativo en cuestión a lo largo del procedimiento y podrán auxiliarse de los delegados necesarios.

El caso del Procurador General de la República no se contempla en los artículos referidos y su participación suscita ciertas variantes. Acorde con el mandato del artículo 102 constitucional debe intervenir personalmente en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Lo cuestionable es si dicha participación personal debe presentarse a lo largo de todo el juicio y en cada acto en que intervenga, o bien, puede aplicársele a su actuación el artículo 11 de la Ley Reglamentaria, permitiéndole que para ciertos actos pueda comparecer a juicio por conducto de los funcionarios facultados para representarlo, así como nombrar delegados. Al respecto la Corte ha emitido las siguientes jurisprudencias:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL DELEGADO QUE DESIGNE EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA PUEDE FORMULAR PROMOCIONES, SIEMPRE Y CUANDO SE TRATE DE EJERCER FACULTADES PROCESALES QUE, POR SER MERAMENTE AUXILIARES, NO REQUIERAN LA INTERVENCIÓN PERSONAL DE

⁴¹ *Acción de inconstitucionalidad. Los partidos políticos sólo pueden ejercerla por conducto de sus dirigencias nacionales o estatales, según corresponda*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, agosto de 2000, tesis P./J. 67/2000, p. 484.

ÉSTE. Debe estimarse que los actos vinculados y sujetos a la intervención personal del procurador general de la República, en las controversias constitucionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 102, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son aquellos que tienen que ver con la facultad de manifestar y demostrar la preservación y respeto de la supremacía constitucional, lo cual puede suceder cuando pide la declaración de validez o invalidez de los actos impugnados, cuando solicita la adopción de medidas decisorias tendientes al desechamiento de la demanda, o cuando promueve la declaración de sobreseimiento, entre otros supuestos. Por tanto, quedan fuera de la gestión directa y personal del procurador los actos procesales que carezcan de las características enunciadas, pues sería ilógico y contrario al buen sentido obligar a esta parte a intervenir, necesariamente, en forma personal, aun en el acto más irrelevante”.⁴²

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA PUEDE VÁLIDAMENTE SOLICITAR COPIAS POR CONDUCTO DE SU DELEGADO. El propósito fundamental del reconocimiento del procurador general de la República, como parte ordinaria en una controversia constitucional, radica en la vigilancia permanente orientada hacia el respeto de la supremacía constitucional, actividad que dicho funcionario debe ejercer en forma personal, de acuerdo con el artículo 102, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta delimitación permite establecer que la solicitud de copias de constancias que obran en el expediente de la controversia, constituye sólo un medio de auxilio necesario para imponerse de los autos, susceptible de ser realizado por el delegado del procurador, con apoyo en los artículos 4o., último párrafo y 11, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Ley Fundamental, pues la intervención, en este caso, de un delegado, no incide en la atribución exclusiva conferida a la parte indicada; en cambio, proporciona mayor campo de acción para que esta parte asuma cabalmente su función de vigilante de la constitucionalidad de los actos materia de las controversias constitucionales”.⁴³

⁴² *Controversia constitucional. El delegado que designe el Procurador General de la República puede formular promociones, siempre y cuando se trate de ejercer facultades procesales que, por ser meramente auxiliares, no requieran la intervención personal de éste*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VIII, agosto de 1998, tesis P./J. 47/98, p. 581.

⁴³ *Controversia constitucional. El Procurador General de la República puede válidamente solicitar copias por conducto de su delegado*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VIII, agosto de 1998, tesis P./J. 46/98, p. 600.

De los criterios anteriores se desprende no sólo la caracterización de la función del Procurador General de la República como defensor de la supremacía constitucional, sino también que su participación se da a través de dos vías. Debe intervenir personalmente en los actos relevantes, tales como, firmar la demanda de acción de inconstitucionalidad que él presenta; formular el escrito donde expone la invalidez o validez de la norma impugnada, o bien, solicite la improcedencia o sobreseimiento de la acción en los casos en que no promovió él la demanda; participar, de la forma en que se detalla más adelante, acorde con lo establecido en el artículo 28 de la Ley Reglamentaria, así como promover el recurso de reclamación cuando sea procedente. La otra forma de participación se da con relación a actos secundarios y puede realizarla por medio de delegados.

Antes de analizar ciertos aspectos en el caso de los partidos políticos, es necesario tener presente algunos criterios de la Corte que detallan la presunción legal a que se refiere el artículo 11 de la Ley Reglamentaria.

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA PRESUNCIÓN LEGAL EN CUANTO A LA REPRESENTACIÓN Y CAPACIDAD DE LOS PROMOVENTES NO OPERA CUANDO DE LA DEMANDA SE DESPRENDE QUE CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA EJERCER ESA ACCIÓN. El artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relacionado estrechamente con el artículo 10 del propio ordenamiento que señala como actor en las controversias constitucionales a la entidad, poder u órgano que la promueva, establece la presunción de que quien comparezca a juicio en su representación goza de tal representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario. Sin embargo, debe considerarse que tal presunción no opera cuando de la demanda derive que quienes pretenden actuar con tal carácter carecen de legitimación para ejercitar la acción de controversia constitucional al expresarse que el carácter referido lo derivan de actuaciones realizadas al margen de las disposiciones constitucionales y legales aplicables, pues en esa hipótesis debe desecharse la demanda pues al carecer de legitimación no pueden representar a la entidad, poder u órgano que como parte actora puede promover la controversia constitucional”.⁴⁴

⁴⁴ *Controversia constitucional. La presunción legal en cuanto a la representación y capacidad de los promoventes no opera cuando de la demanda se desprende que carecen de legitimación para ejercer esa acción*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de

“CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA REPRESENTACIÓN DEBE PREVERSE EN LA LEGISLACIÓN QUE LA RIGE Y EN CASOS EXCEPCIONALES PRESUMIRSE. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, existen dos formas para tener por acreditada la representación de las partes: a) Porque derive de la legislación que las rige; y b) Porque en todo caso se presuma dicha representación y capacidad, salvo prueba en contrario. Atento los dos supuestos que prevé la norma y conforme al orden lógico y jurídico en que los propone, para acreditar la representación de quien actúa en nombre del ente público, debe estarse primero a lo dispuesto por la legislación ordinaria que prevé las facultades y sólo en caso de duda, en virtud de la deficiente regulación o laguna legislativa, o por alguna situación análoga, y siempre que existan elementos que lo permitan, deberá presumirse dicha representación. Esto lleva a considerar que la presunción aludida no puede darse de primer momento, pues sería erróneo considerar que opera en cualquier circunstancia y con independencia de las normas que reglamentan la legitimación del funcionario representante, pues esto llevaría al extremo de hacer nula la regla establecida en la primera parte del primer párrafo del citado artículo 11, ya que de nada serviría atender a la regulación normativa ordinaria, si de cualquier manera se presumiría válida la representación, en términos de la segunda parte de dicho dispositivo, por el simple hecho de acudir a la vía y ostentarse con esas facultades”.⁴⁵

“CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y EN EL PROCESO. La legitimación en la causa, entendida como el derecho sustantivo para poder ejercer la acción, y la legitimación en el proceso, entendida como la capacidad para representar a una de las partes en el procedimiento, son aspectos de carácter procesal que, para el caso de las controversias constitucionales, se cumplen de la siguiente manera: 1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 10, fracción I, de la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Federal, solamente tienen derecho para acudir a la vía de controversia constitucional las entidades, poderes u órganos a que se refiere el citado precepto fundamental; de esto se sigue que son estos entes

Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, febrero de 1996, tesis P. X/96, p. 166.

⁴⁵ *Controversias constitucionales. La representación debe preverse en la legislación que la rige y en casos excepcionales presumirse*, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, agosto de 1997, tesis 1a. XVI/97, p. 466.

públicos a los que, con tal carácter, les asiste el derecho para ejercer la acción de referencia; y 2. De conformidad con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 11 de la ley reglamentaria, atento el texto de la norma y el orden de los supuestos que prevé, el órgano jurisdiccional, primero debe analizar si la representación de quien promueve a nombre de la entidad, poder u órgano, se encuentra consignada en ley y, en todo caso, podrá entonces presumirse dicha representación y capacidad, salvo prueba en contrario".⁴⁶

Una vez señalado lo anterior, debe considerarse que de conformidad con lo establecido por el tercer párrafo del artículo 62 de la Ley Reglamentaria, para que los partidos políticos puedan promover acción de inconstitucionalidad en contra de normas generales de carácter electoral, deberán contar con registro, ya sea del Instituto Federal Electoral, si son partidos nacionales en el supuesto de impugnar leyes electorales federales o locales, o bien, de ser partidos locales, el registro estatal, de tal manera que se encuentren en posibilidad de impugnar leyes electorales expedidas por el órgano legislativo de la entidad federativa que les otorgó el referido registro.

Al respecto, la Corte ha emitido jurisprudencia en el sentido de negar la legitimación para promover una acción de inconstitucionalidad al partido político que haya solicitado su registro condicionado conforme a la convocatoria expedida por la autoridad electoral, si ésta le negó tal registro. En este supuesto, se ha estimado que tal partido carece de la legitimación necesaria por no acreditar contar con el certificado respectivo expedido en términos de lo dispuesto por la legislación electoral aplicable.⁴⁷

En este punto se debe contrastar que, por un lado, al partido político al que le fue negado el registro condicionado no le será posible promover una acción de inconstitucionalidad, mientras que, por otra parte, resulta irrelevante que un partido político haya obtenido su registro con posterioridad a la entrada en vigor de la norma impugnada, pues

⁴⁶ *Controversias constitucionales. Legitimación en la causa y en el proceso*, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, agosto de 1997, tesis 1a. xv/97, p. 468.

⁴⁷ *Acción de inconstitucionalidad. Carece de legitimación procesal para promoverla el partido político que solicitó registro condicionado y éste le fue negado por la autoridad electoral*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo V, febrero de 1997, tesis P/J. 16/97, p. 357.

en este supuesto, sí le será posible promover la acción correspondiente. Ello al considerar la siguiente jurisprudencia de la Corte:

"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA SU EJERCICIO TRATÁNDOSE DE LA MATERIA ELECTORAL. DEBE REALIZARSE A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE AL DE LA PUBLICACIÓN OFICIAL DE LA NORMA IMPUGNADA Y NO CON MOTIVO DE SU APLICACIÓN O DE OTRAS SITUACIONES DIVERSAS. Del análisis de lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Federal y en el diverso numeral 60 de su ley reglamentaria, en relación con el antepenúltimo párrafo del precepto constitucional citado, que establece que la única vía para impugnar de inconstitucionales las leyes electorales es la prevista en ese propio precepto, se advierte que el plazo de treinta días naturales que ahí se fija para ejercitar la acción, debe computarse a partir de la publicación de la norma general impugnada, sin que admita la posibilidad de que en este tipo especial de procedimiento constitucional se pueda combatir la norma con motivo de su aplicación; por tanto, resulta irrelevante que un partido político haya obtenido su registro con posterioridad a la entrada en vigor de la norma impugnada, pues el citado artículo 60 de la ley reglamentaria expresamente establece que la demanda deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes al de la publicación de la disposición combatida, sin que instituya algún otro supuesto o plazo para tal efecto".⁴⁸

Por otra parte, conviene recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la representación de los partidos políticos en tratándose de acciones de inconstitucionalidad, ha mencionado: "los partidos políticos con registro nacional están legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales por conducto de su dirigencia nacional; por lo tanto, el presidente de un Comité Ejecutivo Estatal carece de legitimación para ejercer la referida acción a nombre y en representación del partido político que cuenta con registro nacional".⁴⁹

⁴⁸ *Acción de inconstitucionalidad. Cómputo del plazo para su ejercicio tratándose de la materia electoral. Debe realizarse a partir del día siguiente al de la publicación oficial de la norma impugnada y no con motivo de su aplicación o de otras situaciones diversas*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, agosto de 2000, tesis P/J. 66/2000, p. 483.

⁴⁹ *Acción de inconstitucionalidad. El presidente de un Comité Ejecutivo Estatal carece de legitimación para promoverla en representación del partido político nacional*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, abril de 2000, tesis P/J. 55/2000, p. 547.

Finalmente, por lo que hace a la participación del Presidente de la República en los procedimientos de las acciones de inconstitucionalidad, la cual únicamente consiste en rendir un informe que sostenga la validez de la norma impugnada o la improcedencia de la acción, debido a su intervención en la realización de tratados internacionales y como órgano encargado de promulgar las normas generales atacadas de inconstitucionales, se deben considerar los artículos 63 y 11 de la Ley Reglamentaria.

La Corte ha emitido jurisprudencia en el sentido de que será el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal quien lo represente, si éste así lo acuerda; además, dicho acuerdo debe presumirse en todo caso, salvo prueba en contrario, según lo establecido en el artículo 11, párrafos primero y tercero, que establecen que la persona que comparece a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad legal para hacerlo.⁵⁰ El anterior criterio fue emitido con relación a las controversias constitucionales, pero no existe razón que impida hacerlo extensivo a las acciones de inconstitucionalidad en lo que resulte aplicable. Es de destacarse que para conocer quién tiene la referida representación hay que atenerse al acuerdo del Presidente de la República y que, para este caso, la regla general es presumir la capacidad de quien la ejerce.

El anterior criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ve confirmado en el "Acuerdo por el que se establece que el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal tendrá la representación del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en los asuntos que se mencionan",⁵¹ que señala precisamente que en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad dicho funcionario representará al Presidente de la República, salvo que expresamente se encomiende dicha representación a algún otro servidor público.

⁵⁰ *Controversia constitucional. Legitimación procesal. El consejero jurídico del Ejecutivo Federal la tiene, salvo prueba en contrario, para promover en nombre del Presidente de la República*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, septiembre de 1997, tesis P/J. 70/97, p. 546.

⁵¹ Acuerdo por el que se establece que el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal tendrá la representación del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en los asuntos que se mencionan, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de enero de 2001, tomo DLXVIII, núm. 6, p. 19.

Asimismo, se especifica que la representación conferida se otorga con las más amplias facultades, incluyendo la de acreditar delegados que hagan promociones, concurren a audiencias, rindan pruebas, formulen alegatos y promuevan incidentes y recursos, así como para que oigan y reciban toda clase de notificaciones, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 4 y el segundo párrafo del artículo 11, ambos de la Ley Reglamentaria.

A. Requisitos

El artículo 61 de la Ley Reglamentaria establece los requisitos de la demanda de acción de inconstitucionalidad. En este contexto, importa destacar los elementos indispensables que deben incluirse en la redacción de la demanda de acción de inconstitucionalidad, razón por la cual se debe tomar en cuenta la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA QUE SE ESTUDIEN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA QUE SE IMPUGNA CON CUALQUIER PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la lectura integral de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se desprende que exija como requisito esencial e imprescindible para demostrar la inconstitucionalidad de la norma general que se impugne, que la expresión de los conceptos de invalidez se haga como un verdadero silogismo. Ello es así porque, conforme al citado precepto, para que se proceda a su estudio será suficiente con que en el escrito de demanda respectivo se exprese con claridad la contravención de la norma combatida con cualquier precepto de la Constitución Federal, sin perjuicio de que hecho el análisis de los conceptos de invalidez expuestos, éstos deban desestimarse".⁵²

De los requisitos señalados en el artículo 61, fracción II, uno de ellos puede no ser necesario. En el supuesto de leyes orgánicas de los

⁵² *Acción de inconstitucionalidad. Para que se estudien los conceptos de invalidez, basta con expresar claramente la contravención de la norma que se impugna con cualquier precepto de la Constitución Federal*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, septiembre de 2000, tesis P/J. 93/2000, p. 399.

cuerpos legislativos comúnmente se deja la promulgación de tal ordenamiento a cargo del mismo órgano legislativo que la emitió, por lo cual, el ejecutivo en cuestión no participa de ninguna forma. En primer lugar, debe dejarse claro que dichas leyes sí poseen el atributo de generalidad a pesar de que en un principio únicamente resultan aplicables a los integrantes del órgano legislativo que las expidió, puesto que, no obstante, organizan el funcionamiento y las atribuciones de tales órganos de forma permanente y su aplicación no se circunscribe a dicha legislatura y sus miembros, sino que deviene obligatoria para las subsecuentes y para todas aquellas personas que las integren.⁵³ Asimismo, la Corte ha emitido jurisprudencia en el sentido de que no es parte en el procedimiento de una acción de inconstitucionalidad promovida en contra de una ley orgánica de una legislatura estatal, el gobernador de la entidad, puesto que la promulgación de tal norma se encuentra a cargo del propio cuerpo legislativo.⁵⁴

Por otra parte, respecto de los conceptos de invalidez, tomando en cuenta la finalidad perseguida en los procedimientos de control constitucional de someter a decisión judicial el examen integral de validez de las leyes controvertidas, la Corte ha manifestado, dentro del procedimiento de la acción 1/98 en la que se cuestionó la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Congreso del Estado de Morelos, que en las acciones de inconstitucionalidad resulta procedente su análisis, si en ellos se alega una contradicción con el artículo 16 constitucional, relacionándolo con otras disposiciones, sean de una constitución local o pertenezcan a leyes secundarias, siempre que se encuentren vinculadas de *modo fundamental* con las normas generales impugnadas.

De ese procedimiento derivó la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

⁵³ *Acción de inconstitucionalidad. Procede en contra de la Ley Orgánica del Congreso del Estado de Morelos por ser una norma de carácter general*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, febrero de 1999, tesis P./J. 5/99, p. 288.

⁵⁴ *Acción de inconstitucionalidad. El gobernador del estado de Morelos no tiene el carácter de demandado, cuando se combate la ley orgánica del congreso de dicho estado*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, febrero de 1999, tesis P./J. 1/99, p. 286.

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE EL CONCEPTO DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES INDIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIEMPRE QUE ESTÉN VINCULADAS DE MODO FUNDAMENTAL CON LA LEY RECLAMADA. Resulta procedente el estudio del concepto de invalidez invocado en una acción de inconstitucionalidad, si en él se alega contravención al artículo 16 de la Constitución Federal, en relación con otras disposiciones, sean de la constitución local o de leyes secundarias, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con el acto o la ley reclamados, como sucede en el caso en que se invocan transgresiones a disposiciones ordinarias y de la constitución local dentro del proceso legislativo que culminó con el ordenamiento combatido que, de ser fundadas, lo invalidarían. Lo anterior es acorde con la finalidad perseguida en el artículo 105 de la Carta Magna, de someter a la decisión judicial el examen integral de validez de las leyes impugnadas”.⁵⁵

Considerando en sus términos expuestos esta jurisprudencia de la Corte que prevé la figura de las “violaciones indirectas a la Constitución”, derivan graves incongruencias posibles de desarrollar en el sistema de control constitucional de nuestro país, debido a que no se explica qué se entiende por “vínculo fundamental”, así como por la inclusión de los conceptos de “leyes secundarias” y “disposiciones ordinarias”, que en ella se utilizan.

En primer lugar, cabe destacar que a las constituciones locales no se les entendió como leyes secundarias, ni como disposiciones ordinarias. Por otra parte, en el evento de que formen parte de las “disposiciones ordinarias”, las leyes, sean federales o locales, así como los tratados internacionales, resulta que, siempre considerando a la Carta Magna como norma fundamental, a través de la figura de la “violación indirecta”, una ley o un tratado podrían ser declarados como inconstitucionales por contravenir de facto disposiciones de otra “ley secundaria” con la misma jerarquía.

En este contexto, debe mencionarse que recientemente el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandonó el criterio sustentado en el sentido de que las leyes federales y los tratados interna-

⁵⁵ *Acción de inconstitucionalidad. Es procedente el concepto de invalidez por violaciones indirectas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con la ley reclamada*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, febrero de 1999, tesis P./J. 4/99, p. 288.

cionales poseen la misma jerarquía normativa, al aprobar la siguiente tesis que aún no constituye jurisprudencia:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedi-

das por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este máximo tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.⁵⁶

Acorde con estos criterios, un tratado internacional no podría ser declarado como inconstitucional por "violaciones indirectas a la Constitución", si tales violaciones derivan de que no se apejó a una ley, pero estaría en posibilidad de contravenir la Carta Magna si no es congruente con otro tratado internacional. En el supuesto contrario, una ley resultaría inconstitucional si contradice lo dispuesto en cualquier tratado internacional. Asimismo, podría argumentarse que una constitución local es inconstitucional por contravenir un tratado internacional, aunque no resulta fácil, a la luz de ambos criterios jurisprudenciales, determinar el resultado de tal impugnación.

De todo ello se concluye que para evitar estos problemas, si la Corte quiere utilizar la figura de "violaciones indirectas a la Constitución" para declarar la inconstitucionalidad de una norma, debe tomar en cuenta la jerarquía de las mismas, cualquiera que resulte después de considerar los cambios originados gracias al novedoso criterio que coloca a los tratados internacionales por encima de las leyes, y teniendo siempre presente las relaciones que guardan el derecho local y el federal en nuestro sistema jurídico.

B. Plazo para la presentación

El segundo párrafo de la fracción segunda del artículo 105 constitucional, establece el plazo en el cual se podrá ejercitar la acción de inconstitucionalidad, a saber, durante los treinta días naturales si-

⁵⁶ *Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, tesis P. LXXVII/99, p. 46.

güentes a la fecha de publicación de la norma general impugnada. La Ley Reglamentaria desarrolla este punto en su artículo 60, agregando que si el último día de dicho plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente. Lo anterior ha sido reiterado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁵⁷ Además, dicho precepto señala que en materia electoral todos los días son hábiles para el cómputo de los referidos plazos. Únicamente habría que distinguir que, en tratándose de tratados internacionales, el plazo referido sería en relación con la publicación del decreto promulgatorio correspondiente.

La Corte ha emitido jurisprudencia explicando que si la norma general cuya constitucionalidad se contraviene inició su vigencia con anterioridad a la fecha de su publicación, o bien, con base en ella se realizó un primer acto de aplicación antes de dicha publicación, ello resulta irrelevante para efectos del cómputo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad, ya que el plazo para promoverla es de treinta días naturales, contados a partir del día siguiente a aquél en que la ley cuya invalidez se reclama fue publicada en el medio oficial correspondiente.⁵⁸

Para efectos de dicho cómputo también resulta irrelevante el que el promovente de la acción de inconstitucionalidad haya tenido conocimiento de la norma general cuya constitucionalidad se contraviene con anterioridad a su publicación.⁵⁹

No obstante lo anterior, resulta interesante comentar que en tratándose de controversias constitucionales, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó la tesis jurisprudencial siguiente:

⁵⁷ *Acción de inconstitucionalidad. Si el plazo para presentar la demanda vence en día inhábil y ésta se presentó el siguiente día hábil, debe considerarse oportuna*, Novena Época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, junio de 1999, tesis 2a. LXXX/99, p. 658.

⁵⁸ *Acción de inconstitucionalidad. El plazo para interponerla es a partir del día siguiente de la publicación oficial de la norma impugnada*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, febrero de 1999, tesis P./J. 2/99, p. 287.

⁵⁹ *Acción de inconstitucionalidad. El cómputo del plazo para la presentación de la demanda debe realizarse a partir del día siguiente de la publicación de la disposición general combatida*, Novena Época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, junio de 1999, tesis 2a. LXXIX/99, p. 657.

“CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL CÓMPUTO PARA DETERMINAR LA OPORTUNIDAD DE LA DEMANDA PRESENTADA, POR EQUIVOCACIÓN EN LA VÍA, ANTE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL INCOMPETENTE, DEBE REALIZARSE ATENDIENDO A LA FECHA DE PRESENTACIÓN ANTE ÉL. Para determinar la oportunidad de una demanda de controversia constitucional que por error en la vía intentada se planteó ante un órgano jurisdiccional incompetente para conocer de este tipo de procesos y que, posteriormente, es remitida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es la competente para conocer de la misma, en términos del artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe atenderse a la fecha de presentación de la demanda ante dicho órgano y no a la en que se recibió en la Suprema Corte. Lo anterior es así pues, atendiendo a la complejidad de los asuntos materia de estos procesos y del interés supremo para resolver respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos o disposiciones impugnadas, la equivocación en la vía no debe dar lugar a imposibilitar el ejercicio de la acción de la actora ante actos que se aducen violatorios de la Constitución Federal por posible invasión de la esfera de competencia que le establece la propia Norma Fundamental”.⁶⁰

Cabe preguntarse si resultaría aplicable tal criterio respecto de las acciones de inconstitucionalidad. Se ha entendido, párrafos atrás, que tal supletoriedad legal y jurisprudencial queda sujeta a que no se prevea textualmente lo que se quiera suplir, así como que no resulte contrario o extraño a la regulación de las acciones de inconstitucionalidad y que, al realizarse dicha labor, se interprete la regulación de las controversias constitucionales no en sus términos textuales, sino en el contexto de las normas que rigen a las acciones de inconstitucionalidad.

Considerando lo anterior, es de resaltar que las razones que llevaron al Pleno de la Suprema Corte a adoptar el criterio mencionado, a saber, la complejidad de los asuntos materia de estos procesos y el interés supremo para resolver respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos o disposiciones impugnadas, resultan igualmente aplicables en tratándose de acciones de inconstitucionalidad.

⁶⁰ *Controversias constitucionales. El cómputo para determinar la oportunidad de la demanda presentada, por equivocación en la vía, ante un órgano jurisdiccional incompetente, debe realizarse atendiendo a la fecha de presentación ante él*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VIII, diciembre de 1998, tesis P./J. 76/98, p. 792.

Aunque pudiere argumentarse que las acciones de inconstitucionalidad no comparten la complejidad de las controversias constitucionales, en este punto resulta evidente que para ambos medios de defensa la determinación de la vía idónea para su tramitación se establece claramente en la Constitución, pues de conformidad con sus artículos 104, fracción IV, y 105, corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación su conocimiento.

Lo anterior sirve para ilustrar que la razón fundamental que debe considerarse para adoptar como criterio el que la equivocación en la vía no debe imposibilitar el ejercicio de la acción ante actos que se aducen violatorios de la Carta Magna, encuentra sustento en el principio de supremacía constitucional.

Atento a lo expuesto, es posible afirmar que en las acciones de inconstitucionalidad resulta aplicable como criterio el que para determinar la oportunidad de una demanda que por error en la vía intentada se planteó ante un órgano jurisdiccional incompetente para conocer de este tipo de procedimientos y que, posteriormente, es remitida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe atenderse a la fecha de presentación de la demanda ante dicho órgano y no a aquella en que se recibió en la Suprema Corte, así como que dicho principio es viable no sólo respecto de posibles invasiones de competencia, sino ante cualquier posible contradicción entre una norma general y la Ley Fundamental, puesto que las acciones de inconstitucionalidad tienen como finalidad un control abstracto de constitucionalidad.

C. Aclaraciones

En este punto es pertinente recordar la primera parte del artículo 64 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone: "Iniciado el procedimiento, conforme al artículo 24, si el escrito en que se ejercita la acción fuere oscuro o irregular, el ministro instructor prevendrá al demandante o a sus representantes comunes para que hagan las aclaraciones que correspondan dentro del plazo de cinco días..."

Por su parte, el plazo para realizar las aclaraciones en los procedimientos por acciones de inconstitucionalidad en donde se cuestionen leyes electorales, se reduce a tres días, según lo establece el segundo párrafo del artículo 64.

Cabe cuestionarse si resulta aplicable a las acciones de inconstitucionalidad el segundo párrafo del artículo 28 de la Ley Reglamentaria, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 59 del mismo ordenamiento. Dicho párrafo dispone: "De no subsanarse las irregularidades requeridas, y si a juicio del ministro instructor la importancia y trascendencia del asunto lo amerita, correrá traslado al Procurador General de la República por cinco días, y con vista en su pedimento si lo hiciere, admitirá o desechará la demanda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes".

Este precepto origina ciertas dudas: ¿resulta posible en las acciones de inconstitucionalidad que dado el supuesto que la demanda sea oscura o irregular y que no se presenten las aclaraciones correspondientes, el ministro instructor pueda desecharla? y, en caso afirmativo, ¿el procurador podría intervenir de la manera que lo faculta dicho artículo 28 de la Ley Reglamentaria?

Podría pensarse que la facultad conferida al Procurador General de la República en el citado artículo 28, aplicada a las acciones de inconstitucionalidad, es similar a la contenida en el artículo 66 de la Ley Reglamentaria. La diferencia es que, en caso de que el primer artículo fuera aplicable a las acciones de inconstitucionalidad, el procurador se tendría que pronunciar por la procedencia o improcedencia de las mismas, para que el ministro instructor tomara en cuenta su pedimento y decidiera lo conducente; luego, de estimar procedente la acción, se aplicaría el artículo 66, para que el procurador opinara si en la sentencia se debe estimar o desestimar la acción de inconstitucionalidad.

La finalidad del segundo párrafo del artículo 28 es facultar al ministro instructor para admitir o desechar una demanda oscura o irregular. El contenido de dicho precepto es similar al establecido en los artículos 146 y 178 de la Ley de Amparo. En las controversias constitucionales y los juicios de amparo se desarrollan procesos que implican un verdadero conflicto donde existe una disputa entre pretensiones contrapuestas, lo que no sucede en las acciones de inconstitucionalidad. Debido a ello los principios que regulan dichas instituciones son distintos. El punto central es saber si en una acción de inconstitucionalidad, donde no existe tal conflicto, puede llegar a desecharse la demanda alegando su oscuridad o irregularidad.

Las controversias constitucionales y los juicios de amparo, en realidad, implican la defensa de ciertos intereses de las partes. Si la

demanda resulta oscura o irregular, es lógico que se le pida a quien la promueve que la aclare y se le aperciba que, de no hacerlo, la consecuencia será el que se deseche o tenga por no interpuesta. Por otro lado, en las acciones de inconstitucionalidad no existe, como se ha indicado, ningún conflicto donde se contrapongan distintas pretensiones, a través de ellas los promoventes no buscan defender sus propios intereses, la finalidad es la defensa de la Constitución.

Finalmente, hay que considerar lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley Reglamentaria. Dicho precepto permite a la Corte realizar tres tipos de correcciones con el fin de subsanar las posibles irregularidades en la demanda de acción de inconstitucionalidad, aplicables de distinta forma en tratándose de materia electoral: la suplencia del error en los preceptos invocados, la suplencia de los conceptos de invalidez planteados en la demanda e, incluso, fundar la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma impugnada en la violación de cualquier precepto constitucional, no importando si fue invocado en la demanda o no.

De todo ello se concluye que el intentar aplicar el artículo 28 de la Ley Reglamentaria, para conceder al ministro instructor la posibilidad de desechar una acción de inconstitucionalidad, alegando irregularidades en cuanto a la identificación de los preceptos constitucionales violados o por defectos de los conceptos de invalidez, resulta incongruente con el principio establecido en el artículo 71 del mismo ordenamiento, según el cual a la Corte se le otorgan amplias facultades para decidir la constitucionalidad de la norma cuestionada. Aunque, en materia electoral, si pudiera aplicarse el artículo 28 en tratándose de irregularidades en la identificación de los artículos constitucionales violados, sirviendo de esta forma, para que el promovente aclare los preceptos controvertidos y salve los errores u omisiones que pudieran acarrearle la desestimación de la acción.

Por otro lado, el artículo 28 resultaría igualmente aplicable en caso de que no se hubieran subsanado las irregularidades relacionadas con la acreditación de la personalidad del promovente. En ese caso, el procurador podría formular su pedimento aportando datos para sostener o negar la dudosa personalidad de quien promueve y, con base en dicho escrito, el ministro instructor decidiría si admite o desecha la demanda de acción de inconstitucionalidad.

3. Improcedencia y sobreseimiento

El régimen de improcedencia y sobreseimiento en las acciones de inconstitucionalidad tiene por base el artículo 65 de la Ley Reglamentaria.

En primer lugar, es de precisarse que las causales de improcedencia y sobreseimiento aplicables a las acciones de inconstitucionalidad, deben utilizarse en el contexto propio a estos juicios y no en los términos literales con que se utilizan para regular las controversias constitucionales. Así lo ha entendido la Corte en la siguiente jurisprudencia:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ÚNICAMENTE SON APLICABLES LAS NORMAS PREVISTAS EN EL TÍTULO II DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, EN AQUELLO QUE NO ESTÉ PREVISTO EN EL TÍTULO III DE DICHO ORDENAMIENTO. Si bien es cierto que el artículo 65 de dicha ley reglamentaria hace una remisión a las causales de improcedencia de las controversias constitucionales, previstas por el artículo 19, autorizando, con ciertas excepciones, su aplicación en las acciones de inconstitucionalidad, ello no debe entenderse en el sentido de que las causales de improcedencia previstas para las controversias constitucionales deban aplicarse a las acciones de inconstitucionalidad en términos textuales. Por lo que se refiere a las controversias constitucionales se debe atender a los plazos que fija el artículo 21, mientras que el plazo para promover la acción de inconstitucionalidad está previsto en el artículo 60; es decir, para que se actualizara la causal de improcedencia prevista por el artículo 19, fracción VII, de la ley reglamentaria, tratándose de una acción de inconstitucionalidad, resultaría necesario que la demanda no fuera promovida dentro del plazo de treinta días naturales contados a partir del día siguiente de la publicación de la ley impugnada; no habiendo lugar a que se apliquen los supuestos que contempla el artículo 21, que exclusivamente se refiere a los plazos para la interposición de controversias constitucionales. En efecto, debe destacarse que en las acciones de inconstitucionalidad únicamente son aplicables las normas que se contienen en el título II de la ley reglamentaria, en todo aquello que no esté previsto en el título III de dicho ordenamiento jurídico, que regula el procedimiento relativo a las acciones de inconstitucionalidad, según se desprende del artículo 59, pues la ley reglamentaria, en su artículo 60, expresamente prevé los plazos en que se debe presentar la demanda en la vía de acción de inconstitucionalidad.”

dad, por lo que no resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 19 de dicho ordenamiento".⁶¹

Resulta igualmente importante intentar establecer el momento procesal oportuno en que el ministro instructor debe pronunciarse respecto de las causales de improcedencia y sobreseimiento.

No existe duda alguna sobre el hecho de que el ministro instructor puede utilizar en el proyecto de sentencia que somete al Tribunal Pleno, cualquier causal de improcedencia o sobreseimiento, a fin de desestimar la acción de inconstitucionalidad de que se trate. No obstante ello, pudieran surgir dudas respecto de la posibilidad de pronunciarse sobre dichas causales durante el procedimiento hasta antes de agotarlo.

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Reglamentaria, pareciera que la referencia que en dicho precepto se hace al diverso artículo 25, pudiera llegar a interpretarse como señal de que el ministro instructor únicamente puede acudir a las causales de improcedencia, además de en el proyecto comentado, al momento de resolver sobre la admisión o el desechamiento de la demanda y nunca durante otra parte del procedimiento.

Una conclusión en tal sentido sería errónea, toda vez que las causales de sobreseimiento necesariamente deben presentarse con posterioridad a la admisión de la demanda, y una de ellas se actualiza precisamente en el evento de que durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia, por lo que queda demostrado que éstas resultan aplicables independientemente del momento procesal señalado en el artículo 25 de la Ley Reglamentaria.

Finalmente, en cuanto a las causales de sobreseimiento, no existe disposición alguna que obligue al ministro instructor a esperar al proyecto de sentencia para pronunciarse sobre ellas, por lo que de presentarse un caso en el que claramente sean aplicables, podrá dictar el auto correspondiente finalizando así el procedimiento.

⁶¹ *Acción de inconstitucionalidad. Únicamente son aplicables las normas previstas en el título II de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, en aquello que no esté previsto en el título III de dicho ordenamiento*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, febrero de 1999, tesis P./J. 3/99, p. 289.

Una vez realizados los comentarios anteriores, resulta conveniente analizar los artículos 19 y 20 de la Ley Reglamentaria, a fin de precisar si los supuestos que contemplan son o no de fácil actualización en los procedimientos sobre acciones de inconstitucionalidad.

La primera fracción del artículo 19 refiere un supuesto obvio, toda vez que al ser la acción de inconstitucionalidad un instrumento que tiene por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, resultará improcedente cada vez que se interponga en contra de decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puesto que ninguna de ellas crea una norma general que califique como objeto de la acción.

Se ha mencionado que, en tratándose de acciones de inconstitucionalidad, las causales de improcedencia deben ajustarse a la naturaleza de este tipo de procedimientos para su correcta aplicación, un ejemplo de ello lo constituye el supuesto de la fracción II del artículo 19 de la Ley Reglamentaria, puesto que ahora es posible cuestionar normas generales de carácter electoral sin que se actualice tal causal, lo cual se confirma en el diverso artículo 65. En todo caso, la improcedencia subsistente se ubica tratándose de actos en materia electoral, pero ello debido no a la materia de que participan, sino a que no es posible impugnar actos individuales a través de las acciones de inconstitucionalidad.

No obstante, la referida causal se mantuvo vigente mientras subsistió la prohibición para analizar leyes electorales. La siguiente jurisprudencia de la Corte se emitió con motivo del recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad 1/95 y muestra que la causal aludida no podía considerarse como indiscutible, sin embargo, cuando eventualmente se concretó lo que debía entenderse por materia electoral antes de las reformas de 1996, fue finalmente usada.

"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL DERECHO A POSTULAR CANDIDATOS PARA OCUPAR EL CARGO DE CONSEJEROS CIUDADANOS, DEMANDADO EN EJERCICIO DE AQUELLA, NO CONSTITUYE CAUSA MANIFIESTA E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA. (LEY DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA DEL DISTRITO FEDERAL). Conforme a lo dispuesto en los artículos 105, fracción II, de la Constitución Federal y 19, fracción II, en relación con el 65 de la ley reglamentaria de dicho precepto constitucional, la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra normas generales o actos en materia electoral; por tanto, al no estar precisado en la Constitución, en la legislación, ni en

la doctrina el concepto o definición de la "materia electoral", ni contarse al momento de resolver un recurso de reclamación en contra del auto que desechó la demanda correspondiente con elementos que permitan establecerlo, cabe considerar que no es posible determinar si el derecho a postular candidatos para ocupar el cargo de consejeros ciudadanos queda comprendido o no en esa materia y, por lo mismo, no se actualiza el motivo manifiesto e indudable de improcedencia requerido por el artículo 25 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para desechar de plano la demanda presentada".⁶²

El comentario inicial respecto de las fracciones III y IV del artículo 19 de la Ley Reglamentaria, es en el sentido de que los supuestos ahí previstos deben entenderse en relación con normas generales únicamente, así como aludiendo exclusivamente a las acciones de inconstitucionalidad. Lo anterior de conformidad con el segundo párrafo del artículo 65 del ordenamiento referido.

La fracción tercera del artículo 19 de la Ley Reglamentaria establece como causa de improcedencia la litispendencia, no obstante, la actualización de esta causal resulta sumamente difícil al considerar el plazo de treinta días naturales para ejercer la acción de inconstitucionalidad, ello es así porque lo corto del plazo dificulta el que se esté en aptitud de interponer en dos ocasiones la acción de que se trate. Sin embargo, resulta interesante cuestionarse sobre la viabilidad de su uso a fin de impedir que la parte que promueva la acción correspondiente, plantee de nueva cuenta otra acción ajustándola para reforzar sus conceptos de invalidez.

En tal supuesto, ¿sería correcto negar una sustitución o, incluso, una ampliación de la demanda de acción de inconstitucionalidad, a través de la aplicación de esta causal de improcedencia, ignorando los posibles cambios realizados a los conceptos de invalidez? En todo caso, considerando la amplitud de la suplencia de la queja en esta materia, ¿qué utilidad representa el presentar dos acciones de in-

constitucionalidad similares con el objeto de mejorar los argumentos de la primera en la segunda?

Al respecto, un supuesto de gran importancia se presentaría en el evento de que en una acción de inconstitucionalidad en materia electoral, en la que la Corte sólo decide sobre la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial, se olvidara o se errara al mencionar todos los preceptos constitucionales contrariados y, en su momento, no se hubiera presentado la oportunidad de aclarar la demanda. En este caso, la parte promovente se vería impedida de presentar una nueva acción contra ese tipo de normas generales que estarían pendientes de resolverse, porque existiría identidad de partes, normas generales y conceptos de invalidez. Lo anterior en detrimento del control constitucional y la supremacía de la Carta Magna.

En cuanto a la fracción IV del artículo 19 de la Ley Reglamentaria, una de las causales de improcedencia que prevé es la de cosa juzgada, mientras que la otra causa ahí regulada refiere la prohibición de impugnar las consecuencias derivadas de la ejecución de las sentencias que ya resolvieron una acción de inconstitucionalidad.

De inicio resulta necesario aclarar que la referencia que ahí se hace del último párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional, no debería traer por resultado la exclusión del análisis sobre la aplicabilidad de estas causales a las acciones de inconstitucionalidad. No obstante lo cual, tal referencia sí resulta del todo extraña a las controversias constitucionales y sus consecuencias devienen en razón de su injusticia, ininteligibles.

Injusticia que resalta al entender que, si exclusivamente en los casos en que las controversias no versen sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por la federación, de los municipios impugnadas por los estados, o en los casos en que se presenten controversias entre poderes sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, resulta aplicable la causal de improcedencia por cosa juzgada, lo que realmente se está permitiendo es que tanto la federación respecto de los estados y municipios, como los estados respecto de los municipios, se encuentren en posibilidad de impugnar de nueva cuenta normas o actos que fueron ya materia de una ejecutoria dictada en otra controversia que fue resuelta contraviniendo sus intereses. Peores consecuencias aparecen si se relaciona con las resoluciones dictadas con motivo de la ejecución

⁶² Acción de inconstitucionalidad. El derecho a postular candidatos para ocupar el cargo de consejeros ciudadanos, demandado en ejercicio de aquella, no constituye causa manifiesta e indudable de improcedencia. (Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal), Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, octubre de 1995, tesis P. LXXIII/95, p. 71.

de la sentencia correspondiente, toda vez que en dichos casos lo que se está permitiendo es que la federación, en un supuesto, y los estados, en otro, promuevan una controversia constitucional contra las consecuencias motivadas por la ejecución de la primera controversia constitucional que les fue adversa, haciendo así interminables los conflictos de que se trate. Por lo que hace a las controversias entre poderes esta disposición igualmente resultaría en una eterna discusión entre los mismos.

¡Qué mayor evidencia de centralismo en una República supuestamente federal! ¡Qué incongruencia el hacer de una vía para poner fin a los problemas entre entidades y poderes, un medio de aplazar tales conflictos al infinito!

Independientemente de lo anterior, cabe señalar que resulta inverosímil el que se pueda fallar sobre una acción de inconstitucionalidad antes de que transcurra el plazo de treinta días naturales en el que es posible promover este tipo de acciones y, en consecuencia, la segunda acción presentada será improcedente en razón del plazo, antes que siquiera se analice si se ubica en el supuesto que contempla la causal de cosa juzgada.

Por lo que hace a la improcedencia en contra de las resoluciones dictadas con motivo de la ejecución de la sentencia que decidió la acción de inconstitucionalidad, debiera descartarse la acción en contra de cualquiera de esas consecuencias si no son una norma general, porque la improcedencia en este caso sería en razón de la naturaleza del objeto impugnado, toda vez que no es posible impugnar actos individuales a través de las acciones de inconstitucionalidad. Así las cosas, a no ser que la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidiera legislar con motivo de la ejecución de sus sentencias, supuesto que no debiera ocurrir, esta causal no podría aplicarse nunca.

Otra cosa sería que en la sentencia que decidió la acción de inconstitucionalidad de que se trate, la Corte estableciera pautas para que el órgano legislativo correspondiente expidiera una nueva norma general, en ese supuesto, esta nueva norma general sí podría llegar a cuestionarse válidamente, toda vez que su creación, aunque motivada por la resolución dictada en razón de la ejecución de la sentencia mencionada, sería un acto independiente de dicha resolución.

El supuesto que contempla la fracción V del artículo 19 de la Ley Reglamentaria se actualiza cuando "en una acción de inconstitucio-

nalidad se plantea la invalidez de una norma general que durante el procedimiento ha sido abrogada por otra posterior".⁶³ En consecuencia, deberá sobreseerse el juicio, acorde con lo dispuesto por el artículo 20, fracción II, de la Ley Reglamentaria.

La causal de improcedencia contenida en la fracción VI del artículo 19 del ordenamiento en estudio, es la de definitividad, sin embargo, resulta inoperante toda vez que no existe en la Constitución ningún otro medio previsto para la solución de los conflictos que tanto en las acciones de inconstitucionalidad como en las controversias constitucionales se resuelven. De nada sirve que la fracción del precepto aludido se refiera a "la vía legalmente prevista", puesto que no se podría argumentar que en alguna ley, ya sea federal o local, se contempla un recurso de previo agotamiento para promover una acción o una controversia que las hiciera improcedentes de no tomarlo en cuenta y, de ser el caso, tal vía sería inconstitucional en razón de que establecería un requisito que la Ley Fundamental no prevé.

Por lo que hace a la séptima fracción del artículo analizado, ya se ha comentado que el plazo aplicable es el de 30 días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial, no importando en lo absoluto los diversos plazos previstos en el artículo 21 de la Ley Reglamentaria.

Un caso en el que la causal de improcedencia no se encuentra contenida expresamente en las primeras siete fracciones del artículo 19 de la Ley Reglamentaria y que por lo tanto debe incluirse en su fracción VIII, derivado de la interpretación armónica de dicho ordenamiento, es el de la impugnación de normas que no sean generales. Debe recordarse que las normas generales que pueden ser controvertidas a través de las acciones de inconstitucionalidad, son únicamente los tratados internacionales y las leyes, incluyendo los supuestos ya expuestos de decretos con efectos generales y acuerdos interinstitucionales. Dicha causal de improcedencia se desarrolla en la siguiente jurisprudencia de la Corte:

⁶³ *Acción de inconstitucionalidad. Si durante el procedimiento es abrogada la norma general impugnada, debe estimarse que ha cesado en sus efectos, por lo que procede sobreseer en el juicio*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, junio de 1999, tesis P./J. 47/99, p. 657.

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES. Del análisis y la interpretación de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que: a) Si las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, entonces sólo son procedentes contra normas de carácter general. b) En el propio precepto se habla sólo de leyes y tratados internacionales entendidos como normas de carácter general. Consecuentemente, las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales. En iguales términos, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, tratándose de acciones de inconstitucionalidad, se refiere únicamente a normas generales, leyes y tratados internacionales; por lo tanto, también debe concluirse que prevé la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de esas normas. La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas diversas, ya que en tales casos, por la propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 19, fracción VIII, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 1o. de la misma ley y con la fracción II del artículo 105 constitucional, las acciones de inconstitucionalidad sólo son procedentes contra normas de carácter general, es decir leyes o tratados, y son improcedentes en contra de actos que no tengan tal carácter”.⁶⁴

Si la Corte considera que la procedencia de una acción de inconstitucionalidad depende de que los efectos de la sentencia que la resuelve sean generales, lo cual no es posible de permitirse la impugnación de normas distintas a las leyes y los tratados internacionales,

⁶⁴ *Acción de inconstitucionalidad. Sólo procede contra normas generales que tengan el carácter de leyes o de tratados internacionales*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, abril de 1999, tesis P./J. 22/99, p. 257.

porque traería como consecuencia efectos relativos debido a la naturaleza del acto combatido, dicha conclusión convalida el control de otras normas de carácter general como los reglamentos. Sin embargo, la verdadera razón de que no sea procedente la acción de inconstitucionalidad contra otras normas generales diversas a leyes y tratados, estriba en la prohibición que resulta de la combinación entre normas impugnables y entes facultados para promover la acción, contenida en la fracción II del artículo 105 de la Constitución.

Al analizar el artículo 20 de la Ley Reglamentaria, el cual refiere los casos de procedencia del sobreseimiento, se debe tomar en cuenta que en términos del diverso artículo 65 únicamente resultan aplicables a las acciones de inconstitucionalidad la segunda y tercera de las fracciones del primer precepto, toda vez que los supuestos previstos en sus fracciones I y IV ni siquiera en tratándose de controversias constitucionales son viables, en razón de que no se permite el desistimiento ni el convenio entre las partes como solución a las impugnaciones relacionadas con normas generales.

En este contexto, se debe recordar que si la causal de improcedencia resulta manifiesta e indudable, la consecuencia de ello será que el ministro instructor deseche la demanda de conformidad con el artículo 25 de la Ley Reglamentaria, así como de presentarse el caso contrario, procederá aceptarla y, atendiendo a los elementos que se conozcan durante el procedimiento, resolver en el proyecto de sentencia lo que se estime conducente. Lo anterior importa al estudiar la fracción II del artículo 20, porque a pesar de que contempla distintos supuestos, resulta necesario como criterio de clasificación de las causales de improcedencia que aparecen o sobrevienen en las acciones de inconstitucionalidad.

Si se considera el diverso carácter que puede tener la causal de improcedencia que aparece, o bien, que sobreviene a lo largo del procedimiento correspondiente, se entenderá que resulta trascendente el que el ministro instructor aprecie si la misma es manifiesta e indudable, porque de ser así tendría que decretar el sobreseimiento sin esperar a que se agote el procedimiento de que se trate o, por el contrario, dejar su estudio para el momento en que cuente con todos los elementos necesarios a fin de preparar el proyecto de sentencia respectivo.

Asimismo, por lo que hace al caso establecido en la fracción III del artículo 20 de la Ley Reglamentaria, parece extremadamente difícil

el que los promoventes de la acción de inconstitucionalidad presenten su denuncia en contra de una norma general inexistente y que, en todo caso, ello no hubiere originado el desechamiento de su demanda. En razón de lo anterior, no queda más que concluir que este supuesto se actualiza cuando la norma impugnada es abrogada y que la hipótesis prevista, detona igualmente la causal de improcedencia establecida en la fracción V del artículo 19, por lo que al final resulta aplicable de nueva cuenta la causa de sobreseimiento contenida en la segunda fracción del artículo 20.

4. Acumulación y conexidad

La acumulación y la conexidad en las acciones de inconstitucionalidad se regulan de acuerdo con lo establecido en los artículos 69, 37 y 38 de la Ley Reglamentaria.

Resulta claro al comparar el primer párrafo del artículo 69 con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley Reglamentaria, que la acumulación únicamente procede en tratándose de acciones de inconstitucionalidad y no así en controversias constitucionales, así como que el requisito para decretarla es la impugnación de la misma norma general en las acciones que se pretendan acumular.

Sirva de ejemplo en este punto la acción de inconstitucionalidad 14/2000 y sus acumuladas 15/2000, 16/2000, 17/2000, 18/2000, 20/2000 y 21/2000, promovidas por los partidos políticos Acción Nacional, Civilista Morelense, Alianza Social, del Trabajo, Verde Ecologista de México, Convergencia por la Democracia y de la Sociedad Nacionalista, en contra del decreto mil ciento noventa mediante el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Electoral del Estado de Morelos, publicado el 13 de septiembre de 2000 en el Periódico Oficial *Tierra y Libertad* de esa entidad, en ocasión de las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló:

“QUINTO. Mediante proveídos de fecha dieciocho de octubre de dos mil, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ordenó formar y registrar los expedientes relativos a las acciones de inconstitucionalidad 14/2000, 15/2000, 16/2000, 17/2000, 18/2000, 20/2000 y 21/2000, y turnar los asuntos al ministro Humberto Román Palacios, por virtud de que en las mismas existe coincidencia del Decreto impugnado; y por la misma

razón, se ordenó hacer la acumulación de los expedientes 15/2000, 16/2000, 17/2000, 18/2000, 20/2000 y 21/2000 a la 14/2000, lo cual así se hizo por auto de dieciocho de octubre de dos mil, dictado en el expediente 14/2000 por el propio Presidente de este Alto Tribunal.

SEXTO. Por auto de diecinueve de octubre de dos mil, el ministro instructor admitió las demandas relativas y ordenó emplazar a las autoridades demandadas para que rindieran su respectivo informe, correr traslado al Procurador General de la República para lo que a su competencia corresponde y requerir a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para que expresara su opinión”.⁶⁵

Resulta interesante destacar que aún antes que las acciones de inconstitucionalidad sean acumuladas, el Presidente de la Corte las turna al mismo ministro para que, de esta forma, la instrucción de los procedimientos respectivos sea llevada por una sola persona después de que se confirme su acumulación. Asimismo, resalta el que esta medida preceda la admisión de las demandas correspondientes, con lo que pudiera suceder que alguna de las acciones que se consideraron en aptitud de ser acumuladas, se encontrara improcedente manifiesta e indudablemente y, en consecuencia, fuera desechada. Lo anterior, de ninguna manera significa que la acumulación no pueda decretarse en algún otro instante durante el procedimiento y a petición de cualquier parte.

Por lo que hace a la conexidad de las acciones de inconstitucionalidad con los juicios de amparo, lo procedente en términos del artículo 37 de la Ley Reglamentaria, es que mediante acuerdos generales dictados a iniciativa de alguno de los ministros, se acuerde el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hasta en tanto se resuelva la acción de inconstitucionalidad de que se trate, estableciéndose como única condición el que las normas impugnadas en unos y otra sean

⁶⁵ Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 14/2000 y sus acumuladas 15/2000, 16/2000, 17/2000, 18/2000, 20/2000 y 21/2000, promovidas por el Partido Acción Nacional, el Partido Civilista Morelense, el Partido Alianza Social, el Partido del Trabajo, el Partido Verde Ecologista de México, el Partido Convergencia por la Democracia y el Partido de la Sociedad Nacionalista en contra de la XLVII Legislatura del Congreso del estado de Morelos y del Gobernador Constitucional de dicho estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 4 de diciembre de 2000, tomo DLXVII, núm. 1, segunda sección, pp. 33 y 34.

las mismas; originando en consecuencia que no corra el término de caducidad respecto de los juicios de amparo. Esta última disposición es muestra de una técnica legislativa deficiente, toda vez que rompe con la idea de que la regulación de los mecanismos de control constitucional, en este caso el juicio de amparo, debe realizarse por el legislador exclusivamente en la ley reglamentaria del medio de defensa constitucional respectivo.

Igualmente, de conformidad con el artículo 38 de la Ley Reglamentaria, las controversias y las acciones que resulten conexas en razón de que las normas impugnadas en unas y otras fueren las mismas, traerán por consecuencia el que, de permitirlo su estado procesal, se pueda acordar resolverlas en la misma sesión del Pleno de la Corte.

Las medidas anteriores persiguen por fin el que no existan criterios encontrados provenientes del máximo Tribunal en materia constitucional, precisamente en relación con la interpretación de las normas generales que se cuestionan por contrariar la Ley Fundamental.

5. Informes

Las disposiciones relativas a los informes que deben rendir las autoridades encargadas de expedir y promulgar la norma impugnada, se encuentran en el artículo 64 de la Ley Reglamentaria.

Atendiendo lo dispuesto en el precepto mencionado, únicamente debiera señalarse que de ser el caso que la demanda de acción de inconstitucionalidad no sea oscura ni irregular, no resulta necesario esperar a que transcurra el plazo referido en dicho artículo para que el ministro instructor requiera los informes relativos, pudiéndolo hacer desde el momento en que dicte el auto admisorio de dicha demanda.

En todo caso, conviene recalcar que los informes representan la oportunidad para las autoridades responsables en las acciones de inconstitucionalidad, de sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción correspondiente, argumentando en contra de lo manifestado por la parte promovente en el escrito inicial, en contraste con los alegatos, cuya principal función debiera consistir en la oportunidad que se le brinda a la parte que promovió la acción para pronunciarse respecto de lo dicho en los informes de los órganos legislativos que hubieren emitido la norma impugnada y el órgano ejecutivo que la hubiere promulgado.

Asimismo, se debe de considerar lo establecido en el artículo 66 de la Ley Reglamentaria, del tenor siguiente: "Salvo en los casos en que el Procurador General de la República hubiere ejercitado la acción, el ministro instructor le dará vista con el escrito y con los informes a que se refiere el artículo anterior, a efecto de que hasta antes de la citación para sentencia, formule el pedimento que corresponda".

La alusión al "artículo anterior" en el precepto transcrito es errónea, en realidad se refiere al artículo 64 de la Ley Reglamentaria.

Con base en el artículo 66 se le hacen llegar al Procurador, tanto la demanda de acción de inconstitucionalidad, como los informes que emiten los cuerpos legislativos que hubieren emitido la norma y el órgano ejecutivo que la hubiere promulgado, para que considere dichos elementos cuando formule su pedimento a la Corte.

El momento oportuno para solicitar del Procurador su pedimento, lógicamente debiera ser después de haberse presentado los informes previstos en el artículo 64 de la Ley Reglamentaria o, al menos, habiendo transcurrido el plazo para ello, razón por la cual resulta extraño el que en la misma fecha en que se dicta el auto por el que se admite la demanda relativa y se ordena emplazar a las autoridades demandadas para que rindan su respectivo informe, se corra traslado al Procurador General de la República para que realice lo que a su competencia corresponde, puesto que, no obstante que dicho funcionario podrá aguardar a que se rindan los informes correspondientes, en ese preciso momento aún no cuenta con todos los elementos para emitir su pedimento. La razón que explicaría esta medida por parte del ministro instructor puede ser que actúa en aras de la cabal aplicación del principio de economía procesal.

Es pertinente preguntarse si la facultad derivada del artículo 66 para el Procurador General de la República es discrecional o si implica una obligación para dicho funcionario.

La facultad del Procurador para participar en las acciones de inconstitucionalidad, sin considerar su legitimación para promover dichas acciones, se encuentra en el párrafo tercero del artículo 102 de la Constitución que le manda su intervención personal en los procesos señalados en el artículo 105 constitucional.

Se ha aludido a distintos puntos de vista relacionados con la facultad del Procurador para promover acciones de inconstitucionalidad. Independientemente de ello, el artículo 102 constitucional y el artícu-

lo 66 de la Ley Reglamentaria, le confieren una misión mayor dentro del procedimiento respectivo, a saber, la formulación de un pedimento en torno a si procede o no declarar la invalidez de la norma impugnada en todos los casos en que ese funcionario no haya promovido la acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, es necesario cuestionarse la razón por la cual se confiere al Procurador General de la República tal encargo. La respuesta es que la Constitución y la Ley Reglamentaria depositan en él la tarea de ser uno más de los defensores del orden constitucional.

No hay que olvidar lo establecido en el artículo 128 de la Carta Magna, el cual dispone: "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".

Por lo tanto, si el Procurador General de la República está obligado a resguardar la Constitución y, además, se le faculta para intervenir en los procesos de acciones de inconstitucionalidad, resulta que dicha intervención es la vía idónea para cumplir con el mandato que establece el artículo 128 constitucional. Es por ello que debe concluirse que la facultad que le confiere el artículo 66 no es discrecional, sino obligatoria. Al Procurador se le encarga dar su opinión en estos procesos y ello no puede ser opcional, porque no es un derecho personal que se le otorga, implica una responsabilidad que busca perpetuar la supremacía de la Ley Fundamental.

6. Alegatos y pruebas

Los alegatos en el procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad están previstos en el artículo 67 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, recordando que en las acciones de inconstitucionalidad no existe litis, resulta difícil encontrar una razón que justifique el formular los alegatos correspondientes. Lo anterior pareciera acentuarse considerando aplicable a las acciones, el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LOS ALEGATOS EN ÉSTAS NO FORMAN PARTE DE LA LITIS. Los argumentos que, a título de alegatos, esgriman las

partes en las controversias constitucionales no son constitutivos de la litis planteada, dado que ésta se cierra con la demanda y su correspondiente contestación, salvo el caso en que la primera se amplíe, supuesto en el cual la respuesta respectiva operará en igual sentido, sobre todo, cuando no se refieran a la mejor prueba. En otras palabras, no cabe en las controversias constitucionales examinar las cuestiones de alegatos que sean ajenas a la mejor prueba, y esto no implica transgresión a ningún derecho procesal".⁶⁶

Con base en lo expuesto se podría establecer que si en las acciones de inconstitucionalidad no se logra encontrar una razón para justificar que los alegatos proporcionan una "mejor prueba", el resultado será que se haga caso omiso de los argumentos que pudieran exponerse en ellos.

Aunado a esto, en el procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad no se encuentra expresamente regulado el que las partes estén en posibilidad de ofrecer pruebas, salvo la facultad del ministro instructor en términos del artículo 68 de la Ley Reglamentaria, entendiéndose que resultaría innecesario, toda vez que el derecho no se prueba y el conflicto se centra aparentemente en encontrar si una norma jurídica contradice o no a la Constitución.

Para contradecir la afirmación de que no existe aplicación de una norma a un caso concreto en la resolución que establece si una norma se opone o no a la Constitución, Kelsen argumenta: "El «hecho concreto», que en la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley es subsumido bajo la norma constitucional no es una *norma*... sino que es la generación de una norma... si un Tribunal constitucional declara inconstitucional una ley, en todos estos casos el *hecho concreto de la generación de una norma* es subsumido por la norma que lo regula y se lo reconoce conforme o contrario a la norma. El Tribunal constitucional reacciona también ante el conocimiento de la inconstitucionalidad de una ley con un acto que se corresponde como *actus contrarius* al hecho concreto inconstitucional de la generación de la norma: es decir, con la *anulación* de la norma inconstitucional, sea sólo para un caso concreto (individual), sea para todos los casos (general). [...] En cuanto a la jurisdicción constitucional...

⁶⁶ *Controversias constitucionales. Los alegatos en éstas no forman parte de la litis*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, junio de 1996, tesis P./J. 39/96, p. 390.

consiste... simplemente en que una norma debe ser anulada en su validez individual o general en razón de que el hecho concreto de su generación se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho concreto, y que por ello es una norma superior".⁶⁷

Independientemente de lo expuesto, podría suceder que se necesitaran pruebas en relación con la fecha de publicación de la norma impugnada, o bien, respecto de su existencia. Si se presentara un caso en el que después de haberse promovido la acción de inconstitucionalidad, los órganos legislativos y/o el ejecutivo que hubieren emitido y promulgado la norma general impugnada, contradijeran la fecha de publicación para señalar que la acción deviene en improcedente porque la demanda se presentó fuera del plazo previsto en este procedimiento, se haría imperativo el aportar las pruebas necesarias para solucionar tal conflicto. Así las cosas, la parte que promovió la acción no debería esperar que el ministro instructor utilice la facultad que le concede el artículo 68 de la Ley Reglamentaria para hacerse de los elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto, y en el escrito de alegatos, le convendría aportar lo que estuviera a su alcance para proveer una "mejor prueba" al respecto.

Lo anterior demuestra que en tratándose de acciones de inconstitucionalidad, los alegatos sí resultan de alguna utilidad después de todo.

No obstante, para la parte que promueve la acción de inconstitucionalidad, la principal función de los alegatos debiera consistir en la oportunidad que se le brinda para pronunciarse respecto de lo dicho en los informes de los órganos legislativos que hubieren emitido la norma impugnada y el órgano ejecutivo que la hubiere promulgado, así como respecto de lo argumentado por el Procurador General de la República, de ya haberse presentado para ese momento, el pedimento correspondiente. Al ser utilizados de esa manera los alegatos, el ministro instructor podría encontrar en ellos elementos a considerar en el estudio que le compete para preparar el proyecto de sentencia.

Por otra parte, no examinar los alegatos sí implicaría un agravio que, en ciertas circunstancias, pudiera hacerse valer en el recurso de

⁶⁷ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Roberto J. Brie, estudio preliminar Guillermo Gasió, Edit. Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, Madrid, 1995, pp. 25-27.

reclamación correspondiente. Este caso podría llegar a presentarse en el evento de que en el auto del ministro instructor que declarara el sobreesimiento de la acción de inconstitucionalidad, se consideraran contundentes los informes de los órganos participantes en la creación de la norma impugnada respecto de las manifestaciones que ahí se hicieran señalando que la acción se promovió extemporáneamente, o bien, alegando su inexistencia, sin tomar en cuenta los alegatos de la parte denunciante, cuyo contenido mostrara el error de la inicial apreciación del ministro instructor.

Las referidas facultades del ministro instructor en materia probatoria, relativas a las acciones de inconstitucionalidad, se regulan en los primeros dos párrafos del artículo 68 de la Ley Reglamentaria.

Aparentemente, el momento oportuno para que se solicite la opinión a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se establece en el artículo 67 de la Ley Reglamentaria, a saber, el ministro instructor deberá requerir al Tribunal Electoral su opinión después de haberse presentado los informes previstos en el artículo 64 de dicho ordenamiento o habiendo transcurrido el plazo para ello. En todo caso, como aún resulta discrecional para el ministro instructor pedir o no la referida opinión, podría esperar a que se formularan los alegatos correspondientes para realizar la solicitud que nos ocupa. No resulta conveniente extender más este plazo debido a que únicamente tendría por consecuencia el indebido retraso del procedimiento.

Afortunadamente, en la práctica la solicitud comentada se realiza en el mismo momento en que se ordena emplazar a las autoridades responsables para que rindan su respectivo informe.⁶⁸

⁶⁸ Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 9/99 y su acumulada 10/99, promovida por José Antonio González Fernández, en su carácter de Presidente del Comité Ejecutivo Nacional del Partido Revolucionario Institucional, Tomasa Rivera Juárez, María Elena Chapa Hernández, Ricardo Salinas Cantú, Luis Carlos Treviño Berchelman, Eliud Tamez Gómez, Ovidio Ángel Rodríguez Suárez, Mario Jesús Peña Garza, Enrique Núñez Vela, Arturo B. de la Garza Tijerina, Manuel Peña Doria, César Lucio Coronado Hinojosa, Jaime Rodríguez Calderón, Leopoldo González González y Óscar J. Adame Garza, en su carácter de diputados integrantes de la LXVIII Legislatura Constitucional del estado de Nuevo León, en contra del Congreso, del gobernador y del secretario general de gobierno del propio estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 5 de noviembre de 1999, segunda sección, p. 16.

un plazo de cinco días, contados a partir de que el ministro instructor haya presentado su proyecto.

El principio que mejor muestra la naturaleza de las acciones de inconstitucionalidad como medio de defensa abstracto de la Constitución se encuentra plasmado en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria.

“Artículo 71. Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial”.

Tal precepto fue modificado con la reforma a la Ley Reglamentaria publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de noviembre de 1996. En la exposición de motivos de la iniciativa que originó tal reforma se estableció lo siguiente:

“Tomando en consideración los citados principios de certeza y definitividad a que está sujeto el proceso electoral, se plantea en esta iniciativa que en las sentencias sobre la no conformidad de leyes electorales a la Constitución, sólo podrán referirse a los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial, lo que significa una excepción del principio que permite a la Suprema Corte suplir los conceptos de invalidez y los preceptos violatorios de la Constitución aun cuando no hayan sido invocados en el escrito inicial de la acción”.

Acorde con lo anterior se adicionó un segundo párrafo al artículo 71 de la Ley Reglamentaria, en los términos siguientes:

“Las sentencias que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la no conformidad de leyes electorales a la Constitución, sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial”.

Atento a la parte conducente de la exposición de motivos citada, así como a la consecuente reforma a la Ley Reglamentaria, es posible realizar ciertos comentarios.

En todo caso, el texto adicionado al artículo 71 de dicho ordenamiento no refleja la intención que se estableció en la exposición de

motivos, toda vez que en ésta, si bien se señala expresamente que las sentencias derivadas de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral sólo podrán referirse a los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial, es claro que el objetivo que se persigue con tal medida es establecer una excepción al principio que permite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación suplir los conceptos de invalidez y no sólo los preceptos violatorios de la Carta Magna que no hayan sido invocados en el escrito inicial de la acción correspondiente.

Tal incongruencia resulta porque lo que finalmente prohíbe el segundo párrafo del artículo 71 de la Ley Reglamentaria es precisamente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación funde su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de algún precepto constitucional que no haya sido invocado en la demanda y, en todo caso, derivado de ello, que no le resulte posible corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados. Esto último porque a pesar de existir diferencias entre la suplencia del error en la cita de los preceptos constitucionales que se estiman violados y la adición de artículos constitucionales que no fueron señalados, al preverse que las sentencias sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente mencionados, se descarta la posibilidad de utilizar la suplencia del error.

De lo anterior, resulta intacta la facultad de la Corte para suplir los conceptos de invalidez señalados en la demanda de acción de inconstitucionalidad aunque se limita a los artículos constitucionales expresamente invocados. Esto es, si en la demanda correspondiente se solicita la inconstitucionalidad de una norma general porque contradice el artículo “X” de la Constitución, por las razones “a” y “b”, resulta válido a la Suprema Corte de Justicia invalidar tal norma general por los motivos “c” y “d” en relación con la violación al artículo “X” de la Ley Fundamental, pero se le prohíbe hacerlo por la violación manifiesta a los artículos “Y” y “Z” constitucionales.

No obstante lo expuesto, resulta imprescindible recordar que el primer párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, claramente establece que las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la propia Constitución, toda ella, sin señalar excepción alguna. Por lo tanto, es válido concluir que la limitación que introduce el segundo

párrafo del artículo 71 de la Ley Reglamentaria es inconstitucional y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en uso de su función de interprete máximo de la Ley Fundamental, no debiera limitarse en su tarea de defensor del régimen constitucional por lo que hace a las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral.

Tomando en cuenta las consideraciones hechas con anterioridad, los términos del artículo 71 de la Ley Reglamentaria son de tal amplitud, que hacen concluir que la Suprema Corte únicamente debe tomar como pretexto la acción de inconstitucionalidad promovida, para realizar, a partir de ese momento, un examen íntegro de la constitucionalidad de la disposición impugnada.

Esto es, en vista del margen que se deja a la Corte para suplir la deficiencia de los conceptos de invalidez y gracias a que puede fundar la declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera de los preceptos constitucionales sin importar si fueron invocados, se debe concluir que lo que realmente puede hacer la Corte es, previo análisis de la norma controvertida, utilizar cualquier argumento para poner de manifiesto su contradicción con la Constitución.

Resulta interesante señalar que en la acción de inconstitucionalidad 4/97, promovida por diputados integrantes de la LVI Legislatura del Congreso del Estado de Aguascalientes en contra del Decreto número 80 emitido por dicho órgano legislativo, por el que se reformaron los artículos 38, 67 y 84 de la Ley Orgánica del Congreso de esa entidad, publicado el día 25 de mayo de 1997 en el Periódico Oficial de ese estado, la Corte expresó lo siguiente:

"...independientemente de si los conceptos de invalidez son o no auténticos razonamientos tendientes a demostrar la inconstitucionalidad material o formal de una ley, dada la obligación de esta Suprema Corte de suplir tales conceptos, establecida en el artículo 71 de la ley de la materia, debe concluirse que bastará el simple planteamiento de inconstitucionalidad, aunque sea deficiente, para que proceda el análisis del tema.

"Resulta aplicable al respecto, por igualdad de razón, la jurisprudencia 68/98 de este Tribunal Pleno, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo IV, noviembre de 1996, p. 325, que dice:

"CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EN ELLA NO ES POSIBLE JURÍDICAMENTE CONSIDERAR DEFICIENTES LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ PLANTEADOS. De

acuerdo con lo establecido por los artículos 39 y 40 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratándose de controversias constitucionales la Suprema Corte corregirá los errores en la cita de los preceptos invocados, examinará en su conjunto los razonamientos de las partes para resolver la cuestión efectivamente planteada y deberá suplir la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos y agravios. De ello se sigue, necesariamente, que no es posible jurídicamente que se establezca que los argumentos hechos valer por el promovente de la controversia o conceptos de invalidez puedan considerarse deficientes, pues ello en nada afectará el estudio que deba realizarse conforme a las reglas establecidas en los preceptos mencionados".

Por tanto, ... el hecho de que en una demanda de acción de inconstitucionalidad se expresen deficientemente los conceptos de invalidez, no trae como consecuencia que la acción sea improcedente, sino la obligación de la Suprema Corte de suplir esa deficiencia".⁶⁹

Finalmente, las anteriores ideas evolucionaron hasta originar el siguiente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que definitivamente confirma el carácter de medio de control constitucional abstracto que ostentan las acciones de inconstitucionalidad.

"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA SÓLO ESTÁN FACULTADAS PARA DENUNCIAR LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE UNA NORMA GENERAL Y LA PROPIA CONSTITUCIÓN. Al ser la acción de inconstitucionalidad un tipo especial de procedimiento constitucional en el que, por su propia y especial naturaleza, no existe contención, las partes legitimadas para promoverla, en términos de lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no ejercen la acción para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general, pues el Poder reformador de la Constitución las facultó para denunciar la posible contradicción entre aquella y la propia Carta Magna, a efecto de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atendiendo al principio de supremacía constitucional, la someta a revisión y

⁶⁹ Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 4/97, promovida por diputados integrantes de la LVI Legislatura del Congreso del estado de Aguascalientes, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo VIII, agosto de 1998, pp. 555-579.

establezca si se adecua a los lineamientos fundamentales dados por la propia Constitución".⁷⁰

Por otra parte, para que una sentencia dictada por el Pleno de la Corte pueda invalidar una norma general impugnada a través de una acción de inconstitucionalidad es indispensable que así lo decida una mayoría calificada de los ministros que la integran.

De acuerdo con el último párrafo de la fracción segunda del artículo 105 constitucional, son necesarios cuando menos ocho votos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para declarar la invalidez de la norma cuestionada. La anterior base constitucional es desarrollada por el artículo 72 de la Ley Reglamentaria.

Considerando que el artículo 4o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala que es suficiente la presencia de al menos ocho ministros para que pueda funcionar el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los casos de controversias constitucionales que se susciten entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por la federación y de los municipios impugnadas por los estados, además de los casos de acciones de inconstitucionalidad, resulta que la mayoría calificada para aprobar la declaración de invalidez de las normas impugnadas a través de ellas se convierte en unanimidad, lo cual obstaculiza el eficaz funcionamiento de esta garantía constitucional.

No se puede negar que el número tan elevado se pensó acorde con la importancia de declarar la inconstitucionalidad de una norma general, que con ello se buscó que las decisiones de la Corte fueran emitidas

⁷⁰ Acción de inconstitucionalidad. Las partes legitimadas para promoverla sólo están facultadas para denunciar la posible contradicción entre una norma general y la propia Constitución, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, tesis P/JJ. 129/99, p. 791.

después de analizar minuciosamente el asunto planteado y buscando que la mayor parte de los ministros se encontraran convencidos de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sin embargo, no debe olvidarse que la mayoría de los supuestos en que se controvierte la constitucionalidad de una norma no son claros y la labor de defensa de la Constitución se dificulta con la exigencia de unanimidad.

El problema que se origina por tan alta exigencia de votos a favor, se muestra con los siguientes supuestos: en una sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la que asistieran únicamente ocho ministros, en la que se tuviera que resolver la impugnación de inconstitucionalidad de una norma, a pesar de que siete de ellos estuvieran plenamente convencidos de que la norma impugnada contraviene a la Constitución, bastaría que uno solo no se convenciera para que tal ordenamiento continuara vigente; asimismo, si fueran nueve ministros, bastarían dos que estuvieran convencidos de la constitucionalidad de la norma impugnada para que siguiera formando parte del orden constitucional; en caso de que asistieran diez ministros, tres serían suficientes; de estar presentes todos los ministros, la opinión de cuatro de ellos tendría más peso que la de los siete restantes, y finalmente, igual destino tendría la impugnación si la votación fuera tan cerrada como para que seis ministros estuvieran en pro de la inconstitucionalidad y cinco en contra.

Lo anterior a todas luces contraviene un principio democrático necesario en la resolución de cualquier asunto al interior de un órgano colegiado, a saber, que la decisión de tal órgano sea adoptada por la mayoría de sus miembros.

La más grave consecuencia de esta forma de proceder aparece en la legitimidad de la norma subsistente. Tal norma seguirá siendo parte del orden jurídico a pesar de que la mayoría de los ministros de la Corte, intérprete supremo de la Constitución, opine que es inconstitucional. ¿Quién querrá obedecer tal norma? ¿Qué juzgado que conozca de un amparo en su contra no compartirá la opinión de la mayoría de los ministros?

A. Requisitos

El artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

canos enumera los requisitos que deben contener las sentencias que resuelvan las acciones de inconstitucionalidad. Este precepto es aplicable de acuerdo con lo establecido por el artículo 73 del mismo ordenamiento.

La importancia que los considerandos tienen en la sentencia que resuelve una acción de inconstitucionalidad se manifiesta en dos vertientes. En primer lugar, su contenido muestra el sentido que asigna a los preceptos de la Carta Magna el intérprete máximo de nuestro orden constitucional. En segundo lugar, los razonamientos que contienen, son los que permiten que prevalezcan los argumentos jurídicos sobre las cuestiones políticas. El control ejercido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se mantendrá con carácter jurídico, no obstante las implicaciones políticas que conlleva, y a salvo de la politización, siempre que sus decisiones se inclinen por el derecho.

Otro de los aspectos que refieren la importancia de los considerandos de las sentencias en materia de acciones de inconstitucionalidad, se señala en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria, aplicable a las acciones de inconstitucionalidad por mandato expreso del artículo 73 de dicho ordenamiento.

Esta disposición establece las bases para la creación de jurisprudencia en materia de acciones de inconstitucionalidad. Al respecto, se debe precisar que es necesario considerar el texto completo de las sentencias que resuelven estos juicios, toda vez que es en ellas donde se encuentran de manera íntegra los considerandos que fundan los resolutivos y ya, en segundo término, acudir a los textos que aparecen publicados como tesis de jurisprudencia, los cuales resumen algún criterio relevante.

El fundamento constitucional de esta regulación se encuentra en el octavo párrafo del artículo 94 de la Ley Fundamental. Dicho precepto, al hablar de la jurisprudencia, permite que sea la legislación ordinaria la encargada de establecer el modo en que ella resulte obligatoria.

El ministro Juventino V. Castro al estudiar el artículo 43 de la Ley Reglamentaria alude a ciertos problemas relacionados con el tema de la jurisprudencia en esta materia.⁷¹ Señala lo errado que resulta limitar la obligatoriedad de la jurisprudencia que contiene interpre-

tación constitucional a, únicamente, las autoridades judiciales, así como que no se le refiera de manera expresa.

Por otra parte, al autor citado le desconcierta la falta de claridad con relación al número de sentencias necesarias para obtener un criterio jurisprudencial obligatorio, así como lo referente a la interrupción, contradicción y modificación de los mismos, aunque finalmente termina por señalar: "No queda otro camino de interpretación que el concluir que *un solo criterio*, establecido *en una sola ejecutoria*, de hecho constituye jurisprudencia. Que por lo demás, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, único Tribunal de Constitucionalidad, puede variar el criterio, y resultar obligatorio el nuevo para todos los tribunales del país, abandonando el anterior. Que bajo este nuevo sistema no hay interrupción, ni requisitos que cumplir en ella; simplemente se establece la soberanía de los criterios únicos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque sí obliga a sus Salas".⁷²

Efectivamente, no existe otro camino de interpretación que concluir que un solo criterio, establecido en una sola ejecutoria, de hecho constituye jurisprudencia, puesto que si la acción de inconstitucionalidad resulta procedente, la consecuencia es que se invalide la norma general impugnada, dejando de existir en el ordenamiento jurídico, motivo por el cual no se puede presentar una nueva acción contra esa norma invalidada que origine otro criterio en el mismo sentido.

Asimismo, en el evento de que en la acción no se encuentre que la norma cuestionada contraviene la Constitución, de todos modos es poco probable que otra acción de inconstitucionalidad, utilizando los mismos conceptos de invalidez, se promueva contra esa norma general en el plazo oportuno, razón por la cual, los criterios que puedan surgir con motivo de la primera impugnación, se convierten prácticamente en irrepetibles y, consecuentemente, no resultaría factible exigir más de un criterio para crear jurisprudencia.

No obstaculiza la anterior conclusión, el hecho de que exista la posibilidad de que distintos entes legitimados promuevan acción de inconstitucionalidad contra una misma norma con los mismos conceptos de invalidez, lo cual pudiera originar que se dieran dos criterios en el mismo sentido respecto del mismo asunto, porque precisa-

⁷¹ Vid supra, CASTRO, *op. cit.*, pp. 233-236.

⁷² *Ibidem*, p. 236.

mente para evitar que pudiera juzgarse en sentidos contrapuestos una misma acción, se ha establecido que en dicho supuesto se puede decretar la acumulación de las diversas acciones; ello tiene como consecuencia el que también se impida repetir el mismo criterio, puesto que una sola sentencia y por lo tanto, únicamente un conjunto de considerandos, resuelve sobre ambos cuestionamientos.

En todo caso, pudiera suceder que diversas acciones de inconstitucionalidad se tomaran como pretexto para interpretar un artículo constitucional independientemente de lo planteado en tales procedimientos; de ser así, es posible que surgieran criterios similares, originando la duda sobre el número de los mismos que resultarían necesarios para crear jurisprudencia. Siendo congruente con lo hasta aquí analizado y considerando lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria, se debe concluir que aun en dicho supuesto se requeriría tan sólo un criterio para entender que existe jurisprudencia.

Extendiéndose en el análisis del artículo 43 de la Ley Reglamentaria, resulta indispensable mencionar el "Acuerdo relativo a los efectos de los considerandos de las resoluciones (aprobadas por cuando menos ocho votos) de los recursos de reclamación y de queja interpuestos en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad".⁷³

En dicho Acuerdo 4/1996, al considerar las disposiciones aplicables a la elaboración de jurisprudencia, así como los artículos 53 y 58 de la Ley Reglamentaria, de conformidad con los cuales, los proyectos de resolución de los recursos de reclamación y de queja se someten para su aprobación al Pleno de la Suprema Corte, el Tribunal Pleno se manifestó a favor de que las razones contenidas en los considerandos que sirvan de fundamento a las resoluciones de dichos recursos promovidos con motivo de cualquier controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad, constituyan jurisprudencia, siempre y cuando sean aprobadas por un mínimo de ocho votos de los ministros.

La interpretación que se utilizó para arribar a la conclusión reseñada, se originó por la idea de que existe una igualdad de razón en

⁷³ Acuerdo relativo a los efectos de los considerandos de las resoluciones (aprobadas por cuando menos ocho votos) de los recursos de reclamación y de queja interpuestos en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IV, septiembre de 1996, acuerdo 4/1996, p. 773.

estos supuestos, toda vez que tanto las razones contenidas en los considerandos que sirven de fundamento a las resoluciones de las sentencias sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, como las de los recursos de reclamación y queja interpuestos en las mismas, se someten a la decisión y reflexión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, por consecuencia, de igual forma reflejan los criterios que sobre control constitucional expresa el más alto tribunal de la materia.

Por otra parte, no resulta claro el que la Suprema Corte de Justicia prevea diferencias entre los criterios de jurisprudencia que emite, estableciendo a unos como tesis jurisprudenciales y a otros como tesis aisladas. En estricto sentido, de conformidad con el referido artículo 43, lo que obliga son las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos y, en todo caso, cualquier criterio que surja al presentarse las circunstancias ahí descritas posee el mismo valor y obliga en iguales términos.

En todo caso, serviría la distinción entre tesis jurisprudenciales y tesis aisladas, para establecer a las primeras como el resultado de una sentencia aprobada por cuando menos ocho votos y, por lo tanto, obligatoria en los términos del artículo 43 de la Ley Reglamentaria, mientras que las segundas resultarían de una sentencia aprobada por menos de ocho votos, siendo únicamente evidencia de los criterios discutidos con motivo de los juicios correspondientes.

Por otra parte, uno más de los efectos de la acción de inconstitucionalidad que debe señalarse, lo constituye la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establecida en la fracción IV del artículo 41 de la Ley Reglamentaria, que le permite fijar los alcances y efectos de la resolución que decida el asunto planteado ante ella a través de la acción correspondiente.

Al respecto, de conformidad con la referida fracción IV, se manda hacer extensivos los efectos de la sentencia que resuelva la invalidez de la norma general impugnada, de tal manera que influyan, a su vez, en las disposiciones basadas en dicha norma, la cual ha resultado inconstitucional. Lo anterior resulta congruente con el principio de jerarquía de las normas jurídicas.

En cuanto a la declaración sobre la validez o invalidez de las normas generales impugnadas que se realiza en las sentencias, es impor-

tante tomar en cuenta lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia siguiente:

"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. AL ESTAR FACULTADA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 41, FRACCIÓN V, DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA DECLARAR LA VALIDEZ O INVALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES O ACTOS COMBATIDOS, TAMBIÉN PUEDE DECLARAR SU INAPLICABILIDAD TEMPORAL. En virtud de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las acciones de inconstitucionalidad, está facultada para declarar la validez o invalidez de las normas o actos impugnados y, en su caso, para decretar la absolución o condena respectivas, por mayoría de razón, cuando el caso así lo amerite, debe considerarse que también tiene facultades para declarar la inaplicabilidad para un determinado proceso electoral, de las disposiciones impugnadas que se consideren contrarias a la Constitución Federal, en el supuesto de que haya resultado fundada la acción de inconstitucionalidad intentada en contra del decreto que reforma diversas disposiciones de alguna ley electoral dada su extemporaneidad. Ahora bien, en atención al espíritu del artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal que exige la oportunidad de la reforma en materia electoral, para que previamente y durante el proceso electoral respectivo no se presenten reformas fundamentales, es de concluirse que el motivo de inconstitucionalidad sólo se actualiza para efectos del proceso electoral inmediato, por lo que, en tales condiciones, no existe impedimento, por razón de temporalidad, para que dichas reformas puedan aplicarse o cobren vigencia para ulteriores procesos electorales; entonces, al tratarse de un vicio que no destruye la ley reformada materia de impugnación en la presente vía constitucional, únicamente procede declarar su inaplicabilidad para el siguiente proceso electoral".⁷⁴

B. Efectos

No se debe perder de vista que el más importante de los posibles efectos de las sentencias que resuelven las acciones de inconstitucio-

⁷⁴ Acción de inconstitucionalidad. Al estar facultada la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 41, fracción v, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, para declarar la validez o invalidez de las disposiciones o actos combatidos, también puede declarar su inaplicabilidad temporal, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, abril de 2000, tesis P/J. 41/2000, p. 546.

nalidad, es que de estimar la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la norma general impugnada resultó contraria a la Constitución, declarará su invalidez y, por consecuencia, dicha norma dejará de formar parte del ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que el artículo 44 de la Ley Reglamentaria, aplicable en virtud del artículo 73 del mismo ordenamiento, dispone que una vez dictada la sentencia, el Presidente de la Corte ordenará se les notifique a las partes involucradas en el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad correspondiente.

Igualmente se establece que deberá ordenar publicar la sentencia de manera íntegra en el *Semanario Judicial de la Federación*, conjuntamente con los votos particulares que se hubieren formulado con motivo de la misma. Además, si la Corte estimó en la sentencia que la norma impugnada resultó contraria a la Constitución, el Presidente de la Corte deberá ordenar su inserción en el *Diario Oficial de la Federación* y en el órgano oficial en que tal norma inconstitucional hubiere sido publicada, verbigracia, tratándose de leyes locales, el periódico oficial de la entidad correspondiente.

En otro orden de ideas, cabe resaltar que de conformidad con el penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional, se establece que de estimarse procedente la acción de inconstitucionalidad, la declaración de invalidez que contenga la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del asunto en cuestión, no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal y acorde con los principios y normas propios de esa materia.

En relación con este punto, Kelsen al considerar el principio de seguridad jurídica, adopta como criterio general el atribuir efectos a la invalidación de una norma general únicamente para el futuro, es decir, a partir del momento en que la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada se pronuncia, estimando necesario, incluso, que exista la opción de impedir que tal anulación se dé sino hasta transcurrido cierto plazo. No obstante lo anterior, manifiesta que bajo ciertas circunstancias podría resultar necesario dotar de efectos retroactivos tal anulación.

En ese sentido, se expresa en los siguientes términos: "... sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente

realizados en base a la norma en cuestión. Pero este interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto —al momento en que la anulación se produce— de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales, si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados —en virtud de que la norma general es anulada *pro futuro*, esto es, para los hechos posteriores a la anulación— de acuerdo con la norma anulada”.⁷⁵

Independientemente de lo anterior, la disposición contenida en el penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional es congruente con el diverso artículo 14 de la Ley Fundamental que señala que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Al respecto, si bien es cierto que la declaración de invalidez contenida en la sentencia de la Corte no es propiamente una ley, en consideración del principio de seguridad jurídica debe dársele el mismo trato.

En este contexto, cabe resaltar el siguiente criterio emitido por el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito que establece lo siguiente:

“JURISPRUDENCIA. ES LA CREACIÓN DE UNA NORMA GENERAL, PUEDE APLICARSE RETROACTIVAMENTE EN BENEFICIO DE ALGUNA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. Las entonces Primera y Cuarta Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecieron las tesis jurisprudenciales números 1062 y 1063, consultables en las pp. 1695, 1696 y 1698, Segunda Parte, Salas y Tesis del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, ambas con el rubro: “JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA, SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA”, en cuyo texto se sostiene que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación de la ley, es decir, que la jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma positiva y que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio del que emana el acto reclamado y que es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional en el sentido de prohibir la aplicación retroactiva de la ley. Sin embargo, el entonces tribunal en pleno del más alto tribunal de la Nación al resolver el amparo en revisión

número 1711/88, fallado el veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, por unanimidad de veinte votos, sostuvo el criterio en torno a la naturaleza de la jurisprudencia que se opone al que informan las aludidas tesis jurisprudenciales de la Primera y Cuarta Salas, al sostener que el establecimiento de una jurisprudencia es la creación de una norma general y que esta norma general es la que determina el carácter obligatorio del criterio sustentado, pues se trata de una norma positiva, ya que ha cumplido con los requisitos formales que la Ley de Amparo establece como proceso de creación de la norma jurisprudencial. En consecuencia, si la jurisprudencia que establecen los órganos facultados del Poder Judicial de la Federación, es la creación de una norma general, es decir, una norma positiva, resulta ineludible el que deba equipararse a una ley y, por ende es lógico sostener que se encuentra condicionada por la garantía prevista en el primer párrafo del artículo 14 constitucional. En este sentido, si se aplica la jurisprudencia formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de amparo, época en la que existía distinta jurisprudencia, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, tal aplicación sería retroactiva; empero, si por lo que hace a la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia han admitido su aplicación retroactiva, cuando ésta se hace en beneficio de persona alguna, así también la jurisprudencia puede aplicarse retroactivamente si se hace dicha aplicación en beneficio y no en perjuicio de una persona, al tenor de lo que establece el invocado artículo 14 constitucional”.⁷⁶

El hecho de que la disposición analizada únicamente permita la aplicación retroactiva en materia penal, resulta congruente con la interpretación *a contrario sensu* del artículo 14 constitucional que prohíbe se dote de efectos retroactivos a cualquier norma en perjuicio de persona alguna, pero que no hace extensiva tal prohibición si resulta benéfica la aplicación de la norma en cuestión.

Por otra parte, Kelsen pone de manifiesto otra de las consecuencias resultado del control de la constitucionalidad, que se explica como uno más de los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma impugnada, al señalar: “...la anulación de una ley por el tribunal constitucional no acarrea, absolutamente

⁷⁶ *Jurisprudencia. Es la creación de una norma general, puede aplicarse retroactivamente en beneficio de alguna persona en términos del artículo 14 constitucional*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, marzo de 1996, tesis VI. 4o. I K, p. 964.

⁷⁵ *Vid supra*, KELSEN, *op. cit.*, p. 504.

te, el restablecimiento del estado de derecho existente antes de la entrada en vigor de la ley anulada, la anulación no hace revivir la antigua ley referida al mismo objeto y que la ley anulada abrogó. De la anulación resulta, por así decirlo, una esfera vacía de derechos. Una materia que hasta entonces se encontraba regulada, deja de serlo, las obligaciones jurídicas desaparecen, la libertad jurídica les sucede".⁷⁷

Como remedio al vacío jurídico que la anterior consecuencia acarrea, Kelsen inmediatamente señala dos soluciones: se pueden posponer los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y otorgar un plazo contado desde que la sentencia que resolvió el asunto sea publicada, de tal manera que los órganos encargados de legislar suplan con nuevas disposiciones la norma anulada; o bien, permitir al órgano encargado de resolver sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas, que establezca que las disposiciones que se mantuvieron vigentes hasta que la norma declarada inconstitucional las abrogó, vuelvan a formar parte del orden jurídico.

Esta última opción implica dotar de efectos retroactivos a la sentencia que establece la inconstitucionalidad de la norma controvertida, puesto que actuaría en el pasado, específicamente, sobre el hecho de la derogación de las normas que la disposición inconstitucional suplió en su momento.

Por lo que respecta a la primera opción, sin que se especifique la finalidad perseguida, se puede decir que es adoptada en el primer párrafo del artículo 45 de la Ley Reglamentaria, que señala que las sentencias que decidan una acción de inconstitucionalidad producirán sus efectos a partir de la fecha que disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

C. Ejecución

Se debe entender cabalmente que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma general, se cumple por sí misma desde el momento en que se invalida tal norma, por el simple hecho de contener tal declaración. Dicho momento, no se debe olvidar, lo fija la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es por ello que al analizar el tema de la ejecución de las sentencias sobre acciones de inconsti-

⁷⁷ *Vid supra*, KELSEN, *op. cit.*, p. 505.

cionalidad, se debe considerar que ésta sólo es posible respecto de los efectos diversos a la invalidación de la norma impugnada.

Aclarado lo anterior, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el último párrafo del artículo 105 constitucional.

En el ámbito de las acciones de inconstitucionalidad, la aplicación del primer párrafo de la fracción XVI del artículo 107 constitucional implica consecuencias de muy grave magnitud. Esto es así porque la "autoridad responsable" la constituyen los mismos órganos involucrados en la expedición de la norma inconstitucional y la repetición del acto reclamado sólo puede presentarse si tales órganos dictan una nueva norma general de idéntico contenido a la invalidada, mientras que el intento de eludir la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se presentaría en caso de que ésta les impusiera la tarea de modificar las disposiciones impugnadas en cierto sentido para corregir la inconstitucionalidad y no lo hicieran, o bien, si ignorasen cualquier otro mandato que se señalara como efecto en la sentencia correspondiente.

Resulta discutible el que una nueva norma de idéntico contenido que el de la declarada inconstitucional implique realmente una repetición del acto reclamado, pero de no aceptarse tal supuesto, ¿de qué servirían las acciones de inconstitucionalidad?

Tomando por cierto tal supuesto, si la Suprema Corte de Justicia estimara que es inexcusable el incumplimiento en cuestión, la consecuencia que se produciría sería el que las autoridades responsables fueran inmediatamente separadas de su cargo y consignadas al juez de Distrito que corresponda. ¿A quién se le ocurre que ello pudiera ser aplicable para los integrantes de cualquiera de los órganos involucrados en la expedición de las normas inconstitucionales? ¿Se consignaría al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos o a cualquiera de los gobernadores de los estados? Tomando en cuenta que una ley es adoptada por todo el órgano legislativo, resultaría que aunque algunos de los miembros del mismo la hubieren impugnado también se verían afectados por los términos del artículo 107 constitucional. ¿Se disolvería de esta forma a algún cuerpo legislativo?

Ante semejantes consecuencias, la Corte optaría por aplicar la segunda parte del párrafo referido y encontrar excusable el incumplimiento, de tal modo que, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Corte requeriría a la responsable y le otorgaría un plazo prudente para que ejecutara la sentencia. ¿Qué pasaría si aun así

la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido? ¿Acaso la Suprema Corte de Justicia de la Nación procedería en los términos primeramente señalados?

En todo caso, debe considerarse que a los órganos que participan en la expedición y promulgación de las normas inconstitucionales les resulta aplicable el Título Cuarto de la Constitución y todo lo que ello implica. Esta sería la única vía para hacer realidad lo dispuesto por el párrafo final del artículo 105 de la Constitución.

Se avanzará en la solución de este asunto en la medida que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda asegurar el cumplimiento de sus sentencias, originando de esta forma, el adecuado respeto a la garantía de tutela jurisdiccional efectiva que consagra el tercer párrafo del artículo 17 de la Carta Magna.

Por lo que toca al segundo párrafo de la fracción XVI del artículo 107 constitucional, resulta igualmente difícil el justificar su aplicación en el ámbito de las acciones de inconstitucionalidad.

Una norma general es de tal naturaleza que resultaría inverosímil que la Corte dispusiera de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias correspondientes. ¿Cómo sería tal cumplimiento? En las acciones de inconstitucionalidad el "quejoso" no es el promovente de las mismas, puesto que lo que se persigue es la defensa de la Constitución, el interesado es todo aquél que viva bajo el régimen jurídico derivado de la Carta Magna. ¿De qué manera se argumentaría para señalar que la ejecución de la sentencia afecta gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener tal "quejoso"? ¿Quién estaría encargado de representar al "quejoso" para solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento sustituto de la sentencia?

Finalmente, el marco legal relacionado con la ejecución de las sentencias que resuelven una acción de inconstitucionalidad, se encuentra en los artículos 46 a 50 de la Ley Reglamentaria, aplicables gracias al artículo 59 de dicho ordenamiento.

9. Recursos

Derivado de un análisis superficial, pareciera que el único recurso que se contempla en relación con las acciones de inconstitucionalidad se encuentra previsto en el artículo 70 de la Ley Reglamentaria.

Analizando el texto expreso de este precepto, aparentemente sí es posible concluir que el recurso de reclamación exclusivamente puede interponerse contra los autos dictados por el ministro instructor que decreten la improcedencia o el sobreseimiento de la acción de inconstitucionalidad, sin embargo, un estudio más detenido de la cuestión sirve para entender que la limitación establecida en el citado artículo 70 respecto de la procedencia de la reclamación en tratándose de acciones, obra únicamente respecto de los autos del ministro instructor, no afectando los otros supuestos contemplados en el artículo 51 de la Ley Reglamentaria.

Así las cosas, atendiendo a este precepto y considerando las funciones que el ministro instructor desempeña en el procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad, las cuales se analizaron anteriormente, se puede establecer que los supuestos previstos por las primeras cinco fracciones contemplan los posibles autos o resoluciones que corresponde dictar a dicho ministro, no obstante lo cual, la limitación prevista en el artículo 70 actúa para que el recurso de reclamación no resulte procedente más que en dos casos de los enunciados en dichas cinco fracciones.

Un primer supuesto de procedencia del recurso de reclamación, el que señala la fracción cuarta del artículo 51 de la Ley Reglamentaria, se descarta por sí mismo, toda vez que, en tratándose de acciones de inconstitucionalidad, no existe el incidente de suspensión. Por otra parte, los supuestos previstos en las fracciones III y V, se excluyen precisamente en virtud de la limitación que se prevé en el artículo 70 de dicho ordenamiento.

En la fracción primera es posible distinguir uno de los casos en que resulta procedente el recurso de reclamación, ello es así, porque de conformidad con el artículo 25 de la Ley Reglamentaria, únicamente si el ministro instructor encuentra un motivo manifiesto e indudable de improcedencia, le está permitido desechar la demanda, razón por la cual se actualiza lo dispuesto por el artículo 70, en el sentido de que la reclamación sólo procederá en contra de los autos del ministro instructor que decreten precisamente tal improcedencia, es decir, el auto que desecha la demanda de que se trate. Con esto, los autos que admiten la demanda, no dan pauta para que se interponga el recurso de reclamación.

De igual forma, toda vez que en las acciones de inconstitucionalidad no se prevén la contestación de la demanda, ni las correspondientes ampliaciones, estos supuestos a que se refiere la fracción primera no traen por consecuencia la procedencia de la reclamación.

Por su parte, en la fracción II del artículo 51 se aprecia el otro de los casos en que resulta procedente el recurso de reclamación, a saber, es posible interponerlo en contra de los autos que ponen fin a la controversia, que no pueden ser otros que aquéllos por los cuales el ministro instructor dicta el sobreseimiento de la acción de inconstitucionalidad en los casos que se le permite, sin esperar a proponerla en el proyecto de sentencia que debiera presentar al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con ello se excluyen como causa de procedencia de la reclamación, los autos o resoluciones que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar un agravio material a alguna de las partes no reparable en la sentencia definitiva.

Considerando lo expuesto, la limitación prevista en el artículo 70 no impide que el recurso de reclamación en tratándose de acciones de inconstitucionalidad, resulte igualmente procedente en contra de los autos o resoluciones del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los que se tengan por cumplidas las ejecutorias dictadas por el Pleno de la propia Corte, en el evento de que se presenten las circunstancias necesarias para la existencia de tal posibilidad.

Por lo que hace al procedimiento que debe seguirse para interponer la reclamación, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo 70 para la materia electoral, es necesario establecer que la misma deberá interponerse en un plazo de cinco días y en el escrito correspondiente deberán expresarse agravios y acompañarse las pruebas que se estimen necesarias, promovándose ante el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien correrá traslado a las demás partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga y, posteriormente, turnará los autos a un ministro distinto del instructor, a fin de que elabore el proyecto de resolución que deberá someterse al Pleno de la Corte.

En cuanto al recurso de queja, debe señalarse que el primer supuesto de procedencia del mismo se descarta, toda vez que, en tratándose de acciones de inconstitucionalidad, no existe el incidente de suspensión, razón por la cual únicamente resulta procedente, de

conformidad con la fracción II del artículo 55 de la Ley Reglamentaria, contra la parte condenada por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia que resuelva sobre la acción de que se trate, en el evento de que se presenten las circunstancias necesarias para la existencia de tal posibilidad.

En las acciones de inconstitucionalidad, el recurso de queja se interpondrá ante el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del año siguiente al de la notificación a la parte interesada de los actos por los que se haya dado cumplimiento a la sentencia, o al año en que la entidad o poder extraño afectado por la ejecución tenga conocimiento de esta última.

En términos del artículo 57 de la Ley Reglamentaria, admitido el recurso se requerirá a la autoridad contra la cual se hubiere interpuesto para que, dentro de un plazo de quince días, deje sin efectos la norma general o acto que diere lugar al recurso, o bien, para que rinda un informe y ofrezca pruebas, estableciéndose al respecto que la falta o deficiencia de este informe traerá por consecuencia la presunción de ser ciertos los hechos imputados. Asimismo, transcurrido el término señalado y siempre que subsista la materia del recurso, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación turnará el expediente al ministro instructor correspondiente para que fije fecha para la celebración de una audiencia dentro de los diez días siguientes, a fin de que se desahoguen las pruebas y se formulen por escrito los alegatos.

Finalmente, el ministro instructor elaborará el proyecto de resolución respectivo y lo someterá al Pleno de la Corte, quien, de encontrarlo fundado, sin perjuicio de proveer lo necesario para el cumplimiento debido de la ejecución de que se trate, determinará en la propia resolución que se aplique lo dispuesto en el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo que respecta a esta última medida, cabe recordar lo comentado en relación con la ejecución de las sentencias que resuelven las acciones de inconstitucionalidad.

ORDEN SOCIAL, ORDEN JURÍDICO Y LEGITIMIDAD
UN INTENTO POR COMPRENDER Y EXPLICAR
LA PROBLEMÁTICA DE LO JURÍDICO

Óscar A. ESTRADA CHÁVEZ

A Martín Díaz y Díaz, *in memoriam*

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. *Del universo normativo al mundo jurídico*. 2. *Norma jurídica y función social del derecho*. II. *Orden social*. III. *Orden jurídico*. IV. *El contenido de las normas jurídicas*. V. *Eficacia del orden jurídico y legitimidad del poder público*. VI. *Excursus sobre la enseñanza del derecho*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Del universo normativo al mundo jurídico

En la situación actual de la evolución social, tanto el derecho, como el Estado, se encuentran en todas partes.

Nuestra vida se desenvuelve dentro de un universo de disposiciones a las que se debe ajustar nuestro comportamiento, o normas, tan comunes y ordinarias que su presencia casi pasa desapercibida. "Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una estrechísima red de reglas de conducta".¹

Letreros con instrucciones, señalamientos de tránsito en las calles y en los edificios, símbolos que nos permiten hacer determinadas cosas como comer en algún espacio de un centro comercial, tirar

¹ Norberto BOBBIO, *Teoría general del derecho*, 1a. ed., traducción de Eduardo Roza Acuña, Ed. Debate, Madrid, 1991, p. 5.

basura en un determinado sitio o recipiente, o hasta cambiar de ropa a algún bebé que haya tenido a bien hacer sus necesidades fisiológicas. Por otra parte, también hay normas que nos prohíben desarrollar ciertas acciones como el fumar en lugares públicos, correr en los pasillos, alimentar animales en los zoológicos, alzar la voz en una biblioteca e, inclusive, entrar a ciertos lugares, como restaurantes o bares, con ropa que no se considere adecuada o si no se cuenta con cierta edad.

En otra faceta de la vida humana nos encontramos con que todo individuo, consciente o inconscientemente, pertenece a diversos grupos sociales de naturaleza familiar, deportiva, religiosa, política, académica, etcétera, y que cada una de esas agrupaciones se constituye y desarrolla a través de un conjunto ordenado de reglas de conducta. En este contexto tenemos normas que marcan requisitos respecto al perfil de la persona que aspira a pertenecer a la asociación o disposiciones de cuyo cumplimiento depende la permanencia en ella, así como algunas otras que otorgan a sus miembros ciertas prerrogativas al interior del grupo.

Las reglas que hemos mencionado son muy diversas por los fines que persiguen, por el tipo de obligación que hacen surgir, por los sujetos a los que están dirigidas, por su jerarquía, etcétera, pero todas tienen un elemento común: se trata de proposiciones que tienen como objetivo influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de éstos hacia ciertos fines o metas antes que a otros.²

Dentro de esta experiencia normativa cotidiana el derecho es quizá la más sobresaliente.

Hans Kelsen señala que las conductas con las que el orden jurídico pretende orientar a la comunidad pueden provocarse, ya sea al demostrar al individuo la conveniencia de las mismas, ponérseles vía de ejemplo o, finalmente, mediante una autoridad que lo instiga

² *Ibidem*, p. 17. Cuando nos encontramos inmersos en el universo del "deber ser", que es aquél al cual pertenecen las normas, percibimos que al dárselas forma y contenido, entre varias posibilidades de conducta se seleccionan algunas a las que se consideran como ideales y que, en tal virtud, se convierten en un modelo de acción, aunque éste pueda ser contradicho por las personas a las que va dirigido; sin embargo, este universo del "deber ser" se encuentra íntimamente ligado con el diverso del "ser", en virtud de que las normas en última instancia son válidas por emanar de una orden dictada por una voluntad real y porque tienen como destinatarios a seres racionales con una existencia material.

amenazándolo con un perjuicio;³ este perjuicio potencial es lo que, primordialmente,⁴ da a una norma su naturaleza de jurídica y la diferencia de otro tipo de normas, como las religiosas, las éticas y las del trato social.

Si bien la posibilidad de sufrir una sanción proveniente de una autoridad pública, o coercitividad, no es el único elemento que otorga a una regla de conducta juridicidad, desde nuestro punto de vista es, al igual que la originalidad en cuanto al órgano que la crea o establece, el carácter preponderante para otorgarle tal naturaleza.⁵ Si las normas jurídicas tienen como función, entre otras cosas, implantar un orden real, no tendrían sentido si no fuera posible lograr su

³ Hans Kelsen, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 28. Para Raz, el derecho motiva de dos maneras: "vinculando consecuencias de varias formas de comportamiento y estableciendo estándares para el comportamiento." Joseph RAZ, *El concepto de sistema jurídico*, 1a. ed., traducción de Rolando Tamayo Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986, p. 276.

⁴ "Es evidente que la observancia de normas jurídicas se halla también asegurada en amplia medida por ordenaciones no jurídicas de carácter natural, social y normativo, por las situaciones económicas de intereses, por las reglas convencionales, la religión y la moral y asimismo por los órganos de otras organizaciones distintas del Estado. Ningún Estado podría subsistir ni una hora sin estas garantías naturales y sociales de su ordenación jurídica". Hermann HELLER, *Teoría del estado*, 12a. reimp., de la 1a. ed., en español, traducción de Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 205. En el mismo sentido tenemos a Hernández Gil: "... no podría existir una sociedad en la que todas las normas necesitaran para su puesta en práctica el aparato de la coacción... La coacción cumple, indiscutiblemente, una función diferenciadora de lo jurídico, más no llega a calificarlo". Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pp. 46 y 49.

⁵ Para Bobbio las "... normas jurídicas son aquéllas cuyo ejercicio está garantizado por una sanción externa institucionalizada...", es decir, cuentan con "eficacia reforzada", *op. cit.*, pp. 125 y 126. Raz, aunque enfocado al carácter aplicador de normas jurídicas que tienen los tribunales, habla también de la naturaleza institucional del derecho: "... el derecho es un sistema de razones reconocidas y aplicadas por instituciones jurídicas... aplicadoras *autoritativamente*". *Op. cit.*, p. 255; en otra parte, de manera semejante a Heller, el mismo Raz señala que el carácter del derecho depende de instituciones que lo "crean" y "aplican", *ibidem*, pp. 275 y 276. La referencia de Heller se encuentra en *op. cit.*, p. 204. Según Max Weber, un orden debe llamarse derecho, "cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión... Para nosotros lo decisivo en el concepto del 'derecho' es la existencia de un *cuadro coactivo*." *Economía y sociedad*, 8a. reimp. de la 2a. ed., en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 27 y 28.

observancia regular una vez que han sido hechas del conocimiento de sus destinatarios.⁶ “Es esencial al derecho constituir no sólo un querer y un deber ser, sino también un poder realmente activo y eficaz en la vida del pueblo”.⁷

El conjunto de reglas que establecen pautas de comportamiento obligatorio en un espacio o para un grupo determinado de actividades, que producen deberes así como la posibilidad de exigir de los demás determinada conducta, y que son aceptadas por un grupo de seres humanos o, por lo menos, por la generalidad de quienes lo conforman, es lo que, en un primer acercamiento, se podría llamar el mundo de lo jurídico.

2. Norma jurídica y función social del derecho

Si se pidiera a un estudiante de alguna facultad mexicana una definición de lo que es el derecho, lo más común es que nos dijera, de una manera sencilla, que se trata de un conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad. Por ello es que generalmente se acepta que el objeto de conocimiento del derecho son las normas jurídicas.⁸

⁶ “El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica... La tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal... es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno”. BOBBIO, *op. cit.*, p. 21. Sin embargo, Bobbio, fundamentándose en la pertinencia de respetar la costumbre, simpatiza con una concepción más general del derecho: “... si debiera dar mi opinión, diría que me parece más oportuna la definición amplia... porque limitando el significado de la palabra ‘derecho’ a las normas de conducta emanadas del poder estatal, se va contra el uso lingüístico general que llama derecho también al derecho internacional y al de la Iglesia, y se puede crear cierta confusión”. *Ibidem*, p. 23.

⁷ Gustavo RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del derecho*, 1a. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 7.

⁸ Raz objeta esta noción al afirmar que no todas las disposiciones dotadas de juridicidad tienen una estructura normativa y al efecto cita una enumeración hecha por A. M. Honoré: 1) Disposiciones existenciales: crean, destruyen o regulan la existencia o no existencia de entidades. 2) Reglas de inferencia: establecen cómo pueden, tienen que o deben ser, preferiblemente, probados los hechos y qué inferencias pueden, tienen que o deben ser, preferiblemente, derivados de las pruebas. 3) Reglas que categorizan: explican cómo traducir acciones, eventos y otros hechos en las categorías apropiadas. 4) Reglas de rango: fijan el alcance de otras reglas. 5) Reglas que especifican posición: establecen la posición

Nosotros no quisiéramos conceder que tal objeto agota la totalidad de la problemática, sin embargo, aceptamos que la teoría de la norma o regla jurídica puede ser la sonda o hilo conductor que nos adentre en el estudio del mundo del derecho.

Si entendemos a la ciencia como un cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del saber humano, la ciencia jurídica podría ser el estudio e investigación que se realiza sobre las disposiciones dotadas de juridicidad, los órdenes normativos que forman y sus fenómenos correlativos.

Por lo tanto, el derecho, si es ciencia, es una ciencia con un objeto de estudio eminentemente normativo. Sus normas son discursos prescriptivos, pero estas prescripciones tienen un sentido, regular al hombre, y sólo en cuanto trasciende a cierto tipo de relaciones: las relaciones sociales. A nuestra disciplina le importa la conducta humana en cuanto incida o influya en la colectividad.⁹ “La tarea específica del jurista consiste en separar, interpretar y sistematizar, entre los modos de conducta con importancia para la ordenación de la convivencia social, aquellas significaciones o contenidos de sentido que valen como ‘derecho’.”¹⁰ y que, en consecuencia, han de ser protegidas e impuestas por los órganos públicos.

De esta manera tenemos que si alguien, como el que esto escribe, gusta de arrojar piedras al mar mientras reflexiona sobre el sentido de la vida, desarrolla una conducta que para el derecho no tiene la menor trascendencia, sin embargo, si al finalizar la piedra su trayectoria viene a dar en la cabeza de algún individuo que se encontraba nadando y lo mata, la misma acción se convierte en un “hecho jurídico”, al encuadrar en una hipótesis contemplada por el derecho penal y deviene por ello, de un mero hecho auxiliar en la acción de filosofar, en un delito imprudencial, en homicidio culposo; sin embargo, las consecuencias jurídicas de la acción no necesariamente terminan allí, pues es posible que el individuo tuviera una familia que, de conformidad con las reglas del derecho civil, debe

jurídica de personas o cosas en términos de derecho, responsabilidades, *status* y situaciones similares. *Op. cit.*, p. 267.

⁹ “... el derecho no contempla al individuo en su soledad biológica o espiritual, sino en su vida de relación. Y la vida de relación da lugar a sociedades intermedias, desde la familia al Estado”. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰ HELLER, *op. cit.*, p. 206.

acceder a la herencia del difunto el cual, para terminar de complicar el asunto, no había dejado testamento y había procreado hijos con una concubina, los que también tienen prerrogativas respecto de la masa hereditaria.

Es así como una conducta aparentemente intrascendente, como el lanzar una piedra al mar, puede llegar a desencadenar un sinnúmero de consecuencias en el mundo de lo jurídico si se conjuga con determinadas circunstancias contempladas por las disposiciones legales con el objeto de proteger ciertos bienes o valores.

Regresando a la mencionada definición común de derecho, y reiterando, se observa que las normas jurídicas aparecen en ella como un instrumento, como medios de modelación de la conducta sujetos a una función: regular al hombre en sociedad. Es decir, el derecho tiene una función o finalidad a la cual deben atender las disposiciones normativas que lo conforman.¹¹

Según Luis Recaséns Siches esta función del orden jurídico en la sociedad se puede concretar en lo siguiente:

- Otorgar certeza o seguridad jurídica a la vez que posibilitar el cambio.
- Resolución de los conflictos de interés.
- Organización, legitimación y restricción del poder público.¹²

Una vez hechos los comentarios previos, en el resto de este ensayo pretendemos, tomando como base un análisis del enlace dialéctico orden social-orden jurídico, así como una descripción de los factores que dan contenido a las normas jurídicas, y vinculando esta descripción con la función administradora y reguladora que en la sociedad aspira a realizar el derecho,¹³ llegar a una noción más acabada de lo que debe comprender el objeto de estudio de la ciencia jurídica y establecer el papel que dentro de esta tarea corresponde a los abogados.

¹¹ "El derecho... se define ante todo por su función. Su ser es su función. Y su función consiste en su realización práctica en cuanto normatividad rectora del fenómeno de la convivencia". HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 37.

¹² Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*; 11a. ed., Ed. Porrúa, México, 1996, pp. 112 y siguientes.

¹³ "Por *orden administrativo* debe entenderse el que regula la 'acción de la asociación'. *Orden regulador* es el que ordena otras acciones sociales, *garantizando*, mediante esa regulación, a los agentes las probabilidades ofrecidas por ella". WEBER, *op. cit.*, p. 41.

II. ORDEN SOCIAL

Es incuestionable que el hombre siempre ha vivido en sociedad y que si alguna persona aspira a vivir fuera de ella seguramente se deberá a que se trata, como dijera Aristóteles, o de un bruto o de un ser superior. En el ejercicio de su raciocinio el hombre siempre termina por aceptar el hecho de que pertenece a un mundo de relaciones del cual recibe influencias e, inclusive, es producto, pero al que, a la vez, puede contribuir a modelar.

En toda sociedad existe interacción entre individuos y grupos de individuos a la cual, bajo ciertas circunstancias, podemos denominar "acción social".¹⁴ En ella destacan ciertas pautas de conducta relativamente permanentes que se aceptan derivadas de la tradición, por conveniencia o por imposición y que representan una especie de división social del trabajo. De lo anterior derivan determinados roles o "competencias sociales" que corresponden a los diversos grupos de individuos dentro del conglomerado de interacciones.

La observación permite afirmar que la mezcla de todos estos factores de la vida en sociedad se traduce en un cierto estado de cosas, en un orden o equilibrio más o menos estable, en una verdadera armazón o estructura social. "Existe convivencia social allí donde se dé una masa de hombres que mantienen entre sí relaciones ordenadas. Sin una ordenación de los individuos no puede haber modo alguno de trabazón social y mucho menos un grupo social".¹⁵

Luego entonces, todo grupo social, por primitivo que sea, requiere de una pluralidad de seres humanos alrededor de un cierto acomodo encaminado con un sentido o dirección comprensible, es decir, bajo la influencia de cierto criterio o inteligencia ordenadora. Este sentido o conjunto de ideas dominantes actúa para dar sustento a un *status* o equilibrio en evolución que podemos denominar, de manera convencional, como "orden social".

En este contexto podemos definir al orden social como "... el resultado estable en el tiempo y en la forma de la interacción de los

¹⁴ "La acción social, por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo". *Ibidem*, p. 5.

¹⁵ HELLER, *op. cit.*, p. 200. "... la sociedad no es más que un ordenamiento de las relaciones recíprocas entre individuos". KELSEN, *op. cit.*, p. 27.

individuos, constituyendo un modelo estructural y valorativo de conducta,¹⁶ ... el hecho, comprobado a través de la experiencia, de que dentro de un determinado círculo social y bajo ciertas circunstancias, sus hombres se conducen, de hecho, en una forma determinada...¹⁷

Kelsen va más allá al asignar al orden social una cierta responsabilidad: "La función de todo orden social... es provocar cierta conducta recíproca entre individuos, inducirlos a abstenerse de ciertos actos que, por cualquier razón, se consideren perjudiciales a la sociedad y a realizar otros, considerados de utilidad para ella".¹⁸ En este orden de ideas, Gaetano Mosca señala:

En toda sociedad llegada a un cierto grado de cultura se pueden distinguir dos órdenes de fuerzas que aseguran su cohesión: uno de naturaleza intelectual y moral, y otro de naturaleza material. Las del primer orden consisten en una identidad o semejanza de algunas ideas fundamentales y de algunos sentimientos entre los individuos que forman parte del mismo consorcio político... mientras que las fuerzas materiales actúan mediante aquellas jerarquías de funcionarios que, disponiendo de los medios necesarios de coerción, saben y pueden guiar la acción de las masas hacia los fines queridos a veces por las mismas masas, pero que, en todo momento, están de acuerdo con los propósitos de la clase dirigente.¹⁹

Cada orden social, por lo tanto, es una individualidad histórica.

¹⁶ DOWSE y HUGHES, *Sociología política*, cita de Bonifacio Padilla, versión mecanográfica de los apuntes del curso de sociología, Escuela Libre de Derecho, 1984-1985, México, p. 38.

¹⁷ Hermann HELLER, *La soberanía, contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de Mario de la Cueva, México, 1965, p. 86. Para Weber, esta última acepción de orden social es, más bien, una relación social, la cual "... consiste, pues, plena y exclusivamente, en la probabilidad de que se actuará socialmente en una forma (con sentido) indicable; siendo indiferente, por ahora, aquello en que la probabilidad descansa". *Op. cit.*, p. 21. Para el mismo autor, el contenido de sentido de la relación social deviene "orden" "... cuando la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por 'máximas' que pueden ser señaladas". *Ibidem*, p. 25.

¹⁸ KELSEN, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹ Gaetano MOSCA, *Historia de las doctrinas políticas*, traducción de Luis Legaz Lacambra, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, p. 1.

Esto resulta tener relación con los presupuestos que se desprenden de una idea de derecho de Santi Romano. De conformidad con este autor, dicho concepto debe contener los siguientes elementos:

- El concepto de sociedad.
- La idea de orden social.
- La idea de organización, de estructura.²⁰

Para tratar de explicar cómo un orden social adquiere la calidad de orden jurídico recurriremos a algunos conceptos de la teoría del Estado.

III. ORDEN JURÍDICO

Una simple unión consciente de hombres en un espacio determinado no constituye propiamente un pueblo político, fundamento de un Estado; existe en la medida que tenga vida, paralelamente, un conjunto de normas públicas de las cuales todos los individuos puedan servirse, es decir, es necesario que haya una "comunidad jurídica".²¹

La organización social se configura como una estructura de conducta orientada con sentido y este sentido se formaliza mediante un cuerpo de disposiciones, consuetudinarias o expresadas materialmente, que postulan una serie de valores y de intereses a los que se les dota de fuerza, de carácter imperativo: "... el proceso de institucionalización y el proceso de producción de reglas de conducta no pueden ir separados... dondequiera que hallemos un grupo organizado estamos seguros de encontrar también un sistema de normas de conducta que dan vida a la organización..."²²

²⁰ Referencia de BOBBIO, *op. cit.*, pp. 19 y siguientes.

²¹ En términos ciceronianos esto implica la existencia de un *iuris consensus* y Álvaro D'ors lo explica de la siguiente forma: "... el derecho común al servicio de todos es lo que hace que un agregado humano natural se convierta en 'pueblo' y se pueda hablar de 'gobierno público' o 'república'... una *res publica* propia de ese *populus*. Cuando el gobierno es tal que esa comunidad del derecho desaparece... la república también desaparece..." Introducción a *Sobre la república*, de Marco Tulio CICERÓN, 1a. reimp., de la 1a. ed., traducción de Álvaro D'ors, Ed. Gredos, biblioteca clásica Gredos 72, Madrid, 1991, pp. 21 y 23. La noción de "comunidad jurídica" presupone la de "comunidad", que según Weber es "... una relación social cuando y en la medida en que la actitud de la acción social se inspira en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de constituir un todo". *Op. cit.*, p. 33.

²² BOBBIO, *op. cit.*, p. 25.

Señala Bobbio que para que se pueda desarrollar el proceso de institucionalización que transforma un grupo inorgánico en un grupo organizado se requieren tres cosas, las cuales, desde nuestro punto de vista, se encuentran implícitas en todo orden jurídico:

- Que se determinen los fines propios de la institución.
- Que se establezcan los medios, al menos los principales, necesarios para lograr aquellos fines.
- Que se distribuyan las funciones específicas de los individuos que componen al grupo para que cada uno colabore para el logro del fin.²³

En este contexto entendemos por orden jurídico a un orden social consagrado y garantizado por la autoridad de la comunidad, a fin de guiar normativamente la conducta externa, "... un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas —integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible— son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público".²⁴

Para Kelsen el derecho es una "...técnica social consistente en obtener de los hombres el comportamiento social que se desee, por medio de la amenaza de una medida coercitiva aplicable en caso de conducta contraria".²⁵ Desde nuestro punto de vista se trata de una herramienta institucionalizada para evitar el caos, mediante el encauzamiento de la tendencia natural al desorden de todas las manifestaciones sociales cuando se desarrollan de manera autónoma sobre el mismo espacio.

²³ *Ibidem*, p. 24.

²⁴ Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del derecho*, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 1989, p. 135.

²⁵ KELSEN, *op. cit.*, pp. 29 y 30. "La técnica social llamada 'derecho' consiste en inducir a los individuos a abstenerse de toda intervención por la fuerza dentro de la esfera de intereses de los demás, valiéndose de un medio específico, que consiste en lo siguiente: en el caso de que los sujetos no se abstengan de aquellas intervenciones indebidas, entonces la comunidad jurídica reaccionará interviniendo en forma semejante en la esfera de intereses del individuo responsable... En el fondo, es la idea de la retribución la que forma la base de esta técnica social". *Ibidem*, pp. 34 y 35.

El derecho es una técnica o herramienta social normalmente manejada por los órganos representativos de la propia sociedad. Por esto tenemos, en palabras del propio Kelsen: "La paz que proporciona el derecho no es una situación de ausencia absoluta de fuerza... sino más bien una situación en la que el uso de la fuerza se halla monopolizado por la comunidad".²⁶ El fenómeno de fuerza latente en todo poder público, el cual fija y protege al orden jurídico, no necesita manifestarse materialmente sino hasta el momento en que algún sujeto o grupo de sujetos amenaza o desafía el orden social que sus normas consagran.

De esta forma toda sociedad viene a quedar reflejada en un orden normativo de la interacción humana institucionalizado o formalizado jurídicamente.²⁷

IV. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Las normas jurídicas no surgen de la nada o por sí mismas, tampoco nacen por la actuación de algún ente divino o por la inspiración de algún ser humano superdotado.

Como ya se señaló, la organización social se configura como una estructura de conducta orientada con sentido y este sentido se formaliza y adquiere fuerza mediante un cuerpo de disposiciones públicas que postulan una serie de valores y de intereses a las que se les dota de carácter imperativo.

Los factores y elementos que en la sociedad dan lugar a estos valores e intereses constituyen las fuentes materiales o reales de las normas jurídicas, "... esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son".²⁸ Esto se

²⁶ *Ibidem*, 34.

²⁷ "La historia se nos presenta como un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden, se sobreponen, se contraponen y se integran. Estudiar una civilización desde el punto de vista normativo significa, en última instancia, preguntarse cuáles acciones en esa determinada sociedad fueron prohibidas, cuáles obligatorias, cuáles permitidas... descubrir la dirección o las direcciones fundamentales hacia las cuales se dirigió la vida de cada individuo". BOBBIO, *op. cit.*, p. 16.

²⁸ Ferdinand LASALLE, *¿Qué es una constitución?*, 3a. ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 84. "Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho,

traduce en lo siguiente: "... la normación de la ley es el producto de la lucha de intereses; a base de una ponderación de éstos, el legislador indica en la ley al juez el establecimiento de una determinada relación entre determinadas manifestaciones de fuerza".²⁹ Aquí viene a relucir el papel eminentemente político que tiene el derecho, de institución cristalizadora de poder, lo que termina por plasmarse en el documento que viene a representar la estructura propia de los estados, la "constitución política".³⁰

El orden normativo viene a ser una síntesis de la dinámica social y de las tensiones en las cuales se desenvuelve y que, al ser analizadas con detenimiento, nos llevan a percatarnos de ese necesario enlace entre el derecho y la política.³¹ Esto nos lleva a aceptar: "El derecho es orden social normativo... se manifiesta en las normas jurídicas y está determinado por las fuerzas vivas de la comunidad".³² "La materia que se recoge en la norma como contenido tiene antes una existencia o validez social o moral".³³ Sin embargo, esto hay que tomarlo con la siguiente reserva: "... aceptamos, en efecto, que el derecho acota realidades sociales; pero esto no significa, a nuestro juicio, ni que la realidad social, sin más, implique una ordenación jurídica, ni que las relaciones jurídicas configuradas sean una simple versión literal de la realidad social".³⁴ El derecho no se reduce a describir una regularidad social meramente de hecho.

sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social..." *Ibidem*, p. 119.

²⁹ Müllereisert, cita de Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, p. 212.

³⁰ "Los capítulos, artículos y párrafos de la ley suprema son un plan estratégico para ordenar futuros choques de intereses a través de canales pacíficos, civilizados". Ivo D. DUCHACEK, *Mapas del poder, política constitucional comparada*, Instituto de Estudios Políticos, traducción de María José Treviño, Madrid, 1976, p. 393. "Sin el apoyo de una élite nacional y del pueblo, las constituciones se vuelven en tales circunstancias trozos de papel sin valor alguno". *Ibidem*, pp. 396 y 397.

³¹ "Los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales 'autárquicas', son un aspecto o una dimensión de algún sistema político". RAZ, *op. cit.*, p. 253.

³² HELLER, *op. cit.*, p. 130.

³³ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 21.

³⁴ *Ibidem*, p. 25.

Los hombres que forman la sociedad tienen, además de inclinaciones fundadas en el mero provecho o conveniencia, algunas otras que toman fuerza de aspiraciones más trascendentes, "Las ordenaciones normativas sociales se refieren a los hombres en cuanto soportes de intereses y entes capaces de querer".³⁵

En este orden de ideas, tenemos: "... una sociedad pretende que su sistema de valores sea reconocido legalmente en el derecho constitucional. Si éste no lo recepciona, o lo rechaza, se opera un desajuste nocivo...";³⁶ por otra parte, Ranelletti nos dice: "Toda manifestación del poder del Estado que choca con las exigencias de la vida de un pueblo y con los principios y el grado de su dignidad cívica, no puede durar y ni siquiera es posible".³⁷ Esto es así porque el hombre, que tiene una faceta eminentemente egoísta, como señalaran Maquiavelo y Hobbes, también cuenta con una faceta utópica, que lo lleva a plantear en su mente y, en ocasiones, a luchar materialmente por, un mundo mejor, una organización política que proteja un estado de cosas como él considera que "debe ser", en conclusión, a pugnar por un "estado ideal".³⁸

Si se acepta lo expuesto, tendríamos que concluir que las consideraciones que hiciera a Sócrates el sofista Trasímaco, y que hasta nuestros días mantienen muchos adeptos, en el sentido de considerar a las leyes como la expresión de los deseos de los más fuertes, y sólo eso, viene a ser extremadamente pesimista.

Por estas reflexiones es que señalamos anteriormente que las fuentes reales de las normas jurídicas se conforman de una mezcla de valo-

³⁵ HELLER, *Teoría del estado*, p. 203. Esta idea se deriva también del concepto de sociedad de Weber: "Llamamos *sociedad* a una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social se inspira en una *compensación* de intereses por motivos racionales (de fines o de valores) o también en una *unión* de intereses con igual motivación". *Op. cit.*, p. 33.

³⁶ Germán BIDART CAMPOS, *La constitución de frente a su reforma*, EDIAR, Buenos Aires, 1987, p. 49.

³⁷ Ranelletti, cita de Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, 21a. ed., Ed. Porrúa, México, 1985, p. 29.

³⁸ "El ser y el deber ser son, sin duda, elementos antagónicos que no pueden ser referidos ni el uno al otro ni ambos a una común raíz lógica, pero que sí pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social. Pues un deber ser social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social a que hubiera que dar forma, no sería en pureza, un deber ser". HELLER, *op. cit.*, p. 203.

res y de intereses. La doctrina de las normas jurídicas debe atender también a los hechos sociales y a las ideas políticas y filosóficas "no sólo porque un derecho desprovisto de fines carecería de sentido, sino porque su vigencia presupone que hay sujetos reales que quieren realizar, a través de él, determinadas aspiraciones".³⁹

Al tener en cuenta lo señalado podemos llegar a interpretar cabalmente muchas disposiciones jurídicas que desde un punto de vista meramente lógico o formal podrían no parecer tan comprensibles. El jurista tiene que desentrañar el contenido político e ideológico de las normas que componen un determinado orden jurídico y comprender, en su caso, las causas de su eficacia. Bajo estos parámetros nos acercamos a una concepción científica del derecho más apegada al significado tradicional de la ciencia, al entender a ésta como un conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas.

Ahora bien, todas estas manifestaciones de la vida social a las que hemos hecho referencia, antes de plasmarse válidamente en el sistema normativo del Estado precisan de un cierto ritual o procedimiento formal que, una vez cumplimentado, nos permita exteriorizarlas y reconocerlas como parte del orden jurídico. De conformidad con García Máynez, podemos decir que las fuentes formales del derecho representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan sus fuentes reales.⁴⁰

El proceso constituyente y el proceso legislativo vienen a ser, por lo tanto, una parte fundamental del mundo jurídico pero, paradójicamente, se trata de procesos que no son, ni por mucho, exclusivos de los abogados. Lo anterior es consecuencia de que el derecho, tal y como teóricamente está concebido en los estados de tradición política occidental, al aplicar la teoría de la representación política, no deja de ser una expresión democrática y soberana, que permite que participen en la confección de las leyes desde los juristas más talentosos hasta personas con notorias carencias intelectuales.

³⁹ Hans Nawiasky, cita de GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ "De acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia." Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, 34a. ed., Ed. Porrúa, México, 1983, p. 51.

V. EFICACIA DEL ORDEN JURÍDICO Y LEGITIMIDAD DEL PODER PÚBLICO

Existen normas formalmente perfectas o válidas pero dicha formalidad no agota el mundo de lo jurídico, no garantiza por sí que el derecho cumpla la función que tiene en la sociedad.⁴¹

Los órdenes establecidos por el hombre, como lo es el orden jurídico, tienden siempre a un propósito: "los ordenamientos humanos asumen, en todo caso, carácter medial... aparecen como medios o instrumentos de realización de los propósitos de su creador. Se ordena no por ordenar, sino para conseguir, a través de la ordenación, determinados objetivos".⁴² A estos objetivos primarios nosotros los hemos identificado anteriormente como la función social del derecho, que se traduce en dar seguridad o certeza permitiendo el cambio, dirimir conflictos de interés y organizar, limitar y legitimar al poder público.

"En cuanto los ordenamientos están al servicio de fines, su eficacia depende del grado en que permitan realizar las miras del ordinante".⁴³ Aplicado lo anterior al orden jurídico tenemos, como presupuesto, que sólo en la medida en que se cumpla mayoritariamente con las normas jurídicas por los súbditos, en la medida en que realmente regulen al hombre en sociedad, el derecho podrá aspirar a cumplir con las finalidades que justifican su existencia.

Nos encontramos así frente al problema de la eficacia de las normas jurídicas, "... el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto".⁴⁴

Desde nuestro punto de vista, del contenido de las normas que lo conforman depende la eficacia del orden jurídico, su capacidad de

⁴¹ "Puede ser que se estime que el poder se legitima en virtud de apoyarse, o estar sostenido por el sistema de legalidad. Para nosotros no es así, la legitimación se sitúa en dimensiones distintas a la estrictamente jurídica..." Raúl HERNÁNDEZ VEGA, *Problemas de legalidad y legitimación en el poder*, 1a. ed., Ed. Biblioteca Universidad Veracruzana, Xalapa, 1986, p. 1.

⁴² GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del derecho*, pp. 29 y 30.

⁴³ *Ibidem*, p. 30.

⁴⁴ BOBBIO, *op. cit.*, p. 35.

producir los efectos sociales que persigue, de lo cual, a su vez, depende la legitimidad del Estado, su justificación.

El Estado se considera indispensable en cuanto representa la organización necesaria para asegurar el derecho en una determinada etapa de su evolución, pero no cualquier derecho, no cualquier *status quo*. Las pretensiones del Estado no se justifican por el hecho de que éste asegure cualquier orden social, sino en cuanto aspire a lograr una ordenación que la mayoría de su población valore como justa.⁴⁵ "Sin la creencia en la rectitud obligatoria de los criterios sobre los cuales se basa el sopesamiento de los intereses no se concibe, en último extremo, la autoridad de ningún gobierno... el derecho es la forma de manifestación éticamente necesaria del Estado... de todo poder permanente".⁴⁶

De esta manera hemos ido más allá de la legalidad para llegar a la legitimidad como fundamento de la realización positiva del poder del Estado:

... el instituto estatal,... requiere no sólo de la organización de la capacidad de la violencia, sino que ésta se separe del conjunto de la sociedad, formando un cuerpo policial y militar como una estructura institucional del Estado,... esta fuerza organizada se constituye en la última *ratio* del poder público... Sin embargo, el Estado como autoridad dispone a título legítimo de la violencia, título que adquiere por la legitimidad social objetiva que detentan los valores que resguarda, los que se reflejan en las normas positivas que el derecho estatal consagra y que esa violencia legítima sanciona.⁴⁷

⁴⁵ "El problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran a un determinado orden jurídico." BOBBIO, *op. cit.*, p. 33. Como puede observarse, calificar algo como justo lleva implícita la adecuación del objeto que se valora con el ideal de justicia de quien hace la calificación, lo que nos lleva a considerar cualquier noción de un "derecho justo" como eminentemente subjetiva y que las más de las veces encubrirá alguna postura ideológica. En este sentido tenemos: "... nuestra época tiene que rechazar sin condiciones... la ficción de una comunidad jurídica completamente homogénea dominada por principios unitarios de justicia". HELLER, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁶ HELLER, *op. cit.*, pp. 209 y 210. "Evidentemente que la aceptación es tanto mayor y tanto más reducida la coacción y tanto más fuerte el poder del conjunto, cuanto más firme sea la creencia en la legitimidad del derecho formador de poder". *Ibidem*, p. 214.

⁴⁷ Miguel R. ESCOBAR, *Introducción al estudio del poder*, 1a. ed., UNAM-ENEP Acatlán, México, 1988, p. 44.

La clave del funcionamiento del Estado se encuentra en las relaciones que permiten que exista un orden, en las relaciones autoridad-súbdito, en última instancia, en relaciones de sometimiento o dominación.⁴⁸ El poder público desaparecería en el instante en que careciera de reconocimiento social, es decir, en el momento en que la suma de sus mandamientos dejara de ser obedecida. Estas consideraciones explican que la coacción sea indispensable al poder, pero sólo como algo supletorio. En palabras de Hermann Heller: "Para que alguien tenga poder, es decir, para que sus órdenes sean cumplidas de modo constante, es preciso que quienes lo sostienen, o al menos aquellos de más influjo, estén convencidos de la legitimidad de su poder".⁴⁹

El Estado, como el orden jurídico, no es un fin en sí mismo, si se justifica o no depende de los resultados con que provee a los súbditos. En principio, los fines que debe materializar son los valores culturales, políticos y económicos generalmente aceptados, el equilibrio de poderes, el *status* de la sociedad concreta. La aceptación que a este orden dispensen los miembros de la sociedad le otorga legitimación al Estado como instrumento o estructura de convivencia.

Todo interesado en el estudio del derecho tiene el deber de analizar si el sistema de normas que institucionaliza la organización política cumple con los objetivos funcionales de todo orden jurídico, además de recoger las disposiciones particulares que exige el pueblo del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, se tiene que observar que todo orden jurídico debe contar con la suficiente flexibilidad para adaptarse a las representaciones ideales de los miembros de la comunidad, de lo contrario, se convertiría en un lastre para el desarrollo de la organización política al colocar grilletes a su impulso evolutivo.

Existen casos en que el sistema jurídico es cerrado, de tal rigidez que se agota al no poder ir a la par que la sociedad a la cual pretende ordenar; no se permite que el orden jurídico, producto y soporte a la vez del orden social, conserve su pertinencia frente a la sociedad concreta. Siempre existe el peligro de que, en aras de una supuesta protección al orden público o a la seguridad jurídica, olvidándose del

⁴⁸ "Por *dominación* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas..." WEBER, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁹ HELLER, *op. cit.*, p. 209.

valor justicia, el poder en el Estado oponga la idea de la razón de Estado en contra de cualquier tendencia que pretenda implantar una idea nueva de derecho; en estos casos el pueblo del Estado cuenta legítimamente con el derecho a la revolución. Si la revolución es exitosa, implantará un nuevo orden jurídico que sustituya al agotado.

En palabras de Hernández Gil: "La estrategia de cambio no es exclusivamente política y revolucionaria. Es, también, esencialmente jurídica. La disconformidad con el orden establecido, si no se afirma también desde una instancia jurídica, reduce el derecho a un formalismo indiferente y retrógrado".⁵⁰

En consecuencia, el estudio del derecho debe comprender el desentrañamiento de las razones por las cuales las disposiciones jurídicas vigentes cumplen o no con los fines señalados, con su función arbitral, organizadora, legitimadora y de certidumbre y, en su caso, la averiguación conducente a encontrar la mejor manera para que se mantengan cumpliéndola.

Asimismo, se deben explorar las formas y medidas jurídicas conducentes a evitar que el derecho sea utilizado como arma política de grupo o de facción por quienes detentan el poder en el Estado, lo cual también viene a demeritar la eficacia de todo orden jurídico.

La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico social, y se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma como de la típicamente jurídica acerca de su validez.⁵¹

VI. EXCURSUS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

En nuestra opinión, el propósito de captar la totalidad de la problemática jurídica no es de realización fácil y requiere ser acometido al menos desde cuatro puntos de vista, con el auxilio, además, de una serie de disciplinas auxiliares:

- Teoría del derecho. Centra su atención en los conceptos y categorías, pretendidamente comunes, a todos los sistemas e insti-

⁵⁰ HERNÁNDEZ GIL, *Conceptos jurídicos fundamentales*, p. 38.

⁵¹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 35.

tuciones jurídicas, a la validez de las normas, a las fuentes formales y se utiliza principalmente por los teóricos del derecho. A pesar de ello consideramos que sus exploraciones, sobre todo en los temas de lógica y argumentación jurídica, contribuirían mucho en la formación de cualquier abogado.

- Dogmática jurídica. Ésta abarcaría las que tradicionalmente se conocen como las disciplinas jurídicas específicas, tales como el derecho civil, penal, etcétera y es cultivada en la vida práctica por los tribunales y litigantes. Se traduce en una actividad acrítica eminentemente técnica, relacionada con el texto de las normas y los métodos de interpretación tradicionales encaminada a obtener la victoria en un juicio o disputa.
- Crítica jurídica. Encuentra su lugar en la filosofía del derecho y se ocupa de averiguar cómo debe de ser el derecho desde un punto de vista ideal. Comprende el análisis de la justicia como valor y de los fundamentos y fines del orden jurídico. Se trata de una actividad eminentemente especulativa, íntimamente relacionada con aspectos ideológicos. Para ser crítica debe encaminar el resultado de sus especulaciones a un orden jurídico concreto y no, simplemente, quedarse en las nubes de la metafísica.
- Fenomenología jurídica. Se encargaría de comprender la función social del derecho y cómo debe aplicarse en un Estado determinado a efecto de que cumpla dicha función. Se ocupa preponderantemente de las fuentes materiales del derecho, del problema de la eficacia y se traduce en una actividad eminentemente empírica.
- Disciplinas auxiliares. Sirven de apoyo a las anteriores y son, principalmente, la historia del derecho, la teoría del Estado, la historia de las ideas políticas y económicas, la ciencia política y el derecho comparado.

Actualmente en las facultades de derecho domina, y hasta cierto punto es correcto que así sea, el estudio de la vertiente dogmática. Su interés para los estudiantes radica en el esclarecimiento de conceptos y técnicas para plantear a los tribunales los diferentes conflictos que se dan en la sociedad, así como dotar de instrumental a los futuros jueces para resolver dichos conflictos con base en la ley. Como vimos, el dirimir conflictos de interés es una de las finalidades funcio-

nales del derecho. Sin embargo, la preponderancia de este aspecto técnico en el estudio del derecho ha ocasionado el que llegue a ser inclusive aborrecido por quienes lo han cursado como carrera profesional: "Si el hombre ha realizado ciertas experiencias sobre lo supremo, el sumergirse servilmente en lo positivo, como exige la jurisprudencia, lo mataría".⁵²

La interpretación jurídica como objeto de conocimiento pertenece, y así debe de ser, a los estudiosos del derecho, de la misma manera que a los médicos corresponde curar a los enfermos, sin embargo, esta actividad técnica no agota todas las facetas de la ciencia jurídica. Hay que tener cuidado del muchas veces estrecho horizonte del abogado práctico y sus preocupaciones, como señala Raz.⁵³ Heller también hace referencia a lo anterior, al señalar una especie de desconexión de lo que él llama "jurista dogmático" o "judicial" con la realidad.⁵⁴

Además del conocimiento de las técnicas de interpretación y aplicación concreta de las normas jurídicas, se debe aceptar la necesidad de una actitud cognoscitiva que se plantee el problema no sólo de lo que el orden jurídico es desde un punto de vista formal, sino de lo que, en un proceso de perfeccionamiento, deba tender a ser.

Mientras el aproximamiento dogmático domina en la preparación de los abogados, el estudio de la crítica jurídica se promueve de una manera magra. Sin embargo, la filosofía jurídica ha ocupado la atención de muchos investigadores y maestros que se interesan por colocar al derecho y a las instituciones jurídicas en el más amplio contexto de la vida social y política.

Para lograr lo anterior, el filósofo se ve en la necesidad de "...insertar el derecho en el complejo de las doctrinas sobre el Estado,

⁵² Friedrich Hebbel, cita de RADBRUCH, *op. cit.*, p. 260, "La miserable jurisprudencia que me repugna desde que la he conocido bajo otro aspecto que el práctico..." *Idem*. Señala Radbruch que "¡De ninguna otra ciencia han escrito sus neófitos tantas maldiciones en sus libros de memorias!" *Ibidem*, p. 261.

⁵³ RAZ, *op. cit.*, p. 264.

⁵⁴ "El jurista dogmático o, más exactamente, el jurista judicial que sólo se interesa por la aplicación de preceptos jurídicos positivos en la jurisdicción civil y penal, puede, con facilidad, incurrir en el error de creer que los preceptos jurídicos que encuentra en los cuerpos legales y en la jurisprudencia son normas ideales, independientes de toda actualidad volitiva y de toda facticidad". HELLER, *op. cit.*, p. 207.

de las concepciones unitarias del universo, de los sentimientos capitales de la vida".⁵⁵ "La justicia tiene muchos posibles encasillamientos, pero al mismo tiempo los desborda. Está en la filosofía, en la ética, en el pensamiento social, en las ideas políticas".⁵⁶ Se va, como dijera Radbruch, en pos del "fantasma del derecho justo",⁵⁷ aunque en su búsqueda la teoría jurídica tenga que mezclarse con la ideología y, en consecuencia, ver afectada su pretensión científica.

En cuanto a las disciplinas auxiliares tenemos que reconocer que sí se encuentran diseminadas a través de los planes de estudio de la carrera de derecho, aunque no de una manera homogénea y también cuentan con sus detractores entre quienes, seguramente llevados por un espíritu dogmático o filosófico, las han tenido que estudiar.⁵⁸

Lo que se tiene totalmente descuidado en la preparación de los abogados es el estudio sistemático de la fenomenología jurídica. Muchas veces este estudio se reduce a un curso de sociología general o, en contadas ocasiones, de sociología jurídica, además, no en todos los casos se ha logrado añadir a los programas de estudio la enseñanza de la teoría política de manera independiente de la enseñanza de la teoría del Estado y es una pena que no se estudie de manera sistemática la historia del pensamiento político. Un semestre o curso en la carrera para estudiar los presupuestos teóricos que nos permitan abordar atinentemente la problemática de la eficacia (que de manera superficial se trata en los cursos de introducción al derecho) y de las fuentes reales del orden jurídico parece ser muy poco. ¿Por qué no incorporar a los programas de estudio de la carrera de derecho un curso que se podría denominar política jurídica?⁵⁹

⁵⁵ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 261.

⁵⁶ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 59. "El proyecto de un derecho justo en todas sus significaciones posibles es irrealizable; pero abandonar la empresa y romper toda ligadura del derecho con la justicia supondría un conformismo y una abdicación". HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁷ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁸ "Derecho romano, te tengo ojeriza, me oprimes el corazón como una pesadilla, me pesas en el estómago como una rueda de molino, y siento la cabeza como una tabla claveteada". Scheffel, cita de RADBRUCH, *op. cit.*, p. 260.

⁵⁹ Este curso podría tener como ejes fundamentales un análisis más profundo de la función social del derecho; el problema de la eficacia de las normas y de los sistemas u órdenes jurídicos; las fuentes reales del derecho; la planeación o ingeniería jurídico-política y la recepción e implantación del derecho. Entre otros temas, podrían desarro-

A pesar de nuestros deseos porque las personas que estudian la carrera de derecho tengan una preparación que abarque la mayoría de la problemática señalada, tenemos que reconocer que el mundo jurídico no es exclusivo, ni debe serlo, de los abogados; una área tan importante para el hombre no podría ser monopolizada por personas que muchas veces se dedican a estudiar una disciplina sin tener una motivación precisa: "No había más remedio que elegir una rama que proporcionara empleo e ingresos más rápidamente que la filosofía".⁶⁰ El mundo jurídico viene a ser, finalmente, de todos. Todos hacen las normas y a todos, supuestamente, se les aplican por igual. A todos corresponde otorgarles o contribuir a negarles eficacia.

Nos permitimos reiterar que las normas jurídicas no pueden ser estudiadas sólo como espacios vacíos de una base de datos que forma parte de una estructura o sistema hermético, sino que también deben ser analizadas detenidamente en cuanto a sus contenidos, lo que éstos representan en la vida social, la manera como se han originado y su pertinencia en relación con la sociedad concreta que pretenden regular.

El objeto de estudio del derecho, más allá del fundamental análisis respecto de la validez formal de las normas jurídicas, y de la noble indagación sobre lo que se requiere para lograr un derecho justo, debe poder ser reintegrado a la sociedad y al orden sobre la que ésta descansa, al análisis del ser humano, de sus pasiones, temores, reacciones y aspiraciones, tanto individuales como colectivas, y nos obliga a observar tanto aquellos aspectos de la conducta que convierten al hombre en un ser detestable, como aquellos que lo

Ilarse dentro de esos ejes problemas tales como la tensión entre orden y evolución, la actitud del hombre frente a las normas, la ubicación del sistema jurídico dentro del sistema político, el derecho como instrumento de poder, el derecho como símbolo legitimador, estrategia legislativa, interés de partido e interés nacional, el derecho y los medios de comunicación, etcétera. Desde luego que mucho dependería de las decisiones que se tomaran respecto de la necesidad de incorporar la sociología jurídica a los planes de estudio y de los temas que comprendiera dicha materia; en todo caso la política jurídica vendría a ser una teoría política aplicada al campo del derecho.

⁶⁰ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 266. Sin embargo, la nobleza de la ciencia jurídica le ha permitido en muchos casos ser consuelo de inclinaciones vocacionales frustradas, por lo que tenemos que se han dedicado al estudio del derecho personas que posteriormente han descollado en otras áreas. De las facultades de derecho han egresado abogados con inclinaciones de poetas, historiadores, filósofos, políticos, pianistas y hasta pintores.

enaltecen. Semejante tarea, desde luego, no puede ser desarrollada únicamente por quienes hacen de la abogacía su profesión.

Además de resaltar la necesidad de dar más atención a la fenomenología jurídica, la presente exposición aspira a haber logrado comunicar que el mundo jurídico resulta de la incumbencia de todo estudioso de lo social en tanto que la fuente de sus preocupaciones resulta ser, en última instancia, el ser humano y sus agrupaciones, en toda la complejidad con que se nos presentan.

LA APELACIÓN FRENTE AL SENADO EN LA EDAD ADRIANA

UNA TEORÍA CON BASE EN D.5.3.20.6¹

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Problemática: las teorías que sobre el funcionamiento del senado como tribunal de apelación han sido realizadas por la doctrina no encuentran confirmación en el imperio de Adriano.* 1. Posición de Mommsen. 2. Posición de Marini Avonzo. 3. Posición de Arcaria. II. *Nuestra hipótesis a la luz de los datos que presenta D.5.3.20.6.* III. *Fundamento formal de nuestra hipótesis: el consilium de Adriano tiene función jurisdiccional.* 1. Integrantes del consilium. A. Amici comites. B. Los juristas. C. Individuos aprobados por el senado. 2. La comisión senatorial que participó en el consilium jurisdiccional de Adriano pudo haber sido la misma que resolvió la controversia del Juvenciano en grado de apelación. IV. *Fundamento material de nuestra hipótesis: la probable formulación del senadoconsulto Juvenciano por parte de jurisconsultos.* 1. La intervención de Juvencio Celso en la elaboración de nuestro senadoconsulto encuentra confirmación en D.5.3.45; D.5.3.13.13; D.5.3.18.1. 2. La teoría de Juliano sobre la responsabilidad del poseedor hereditario frente al heredero no contradice los postulados del Juvenciano, sino por el contrario lo confirman. 3. Identificación de los juristas autores de algunos principios del Juvenciano. V. *Las razones por las que el senado no decidió directamente la materia de apelación.*

¹ La presente investigación ha sido realizada en el transcurso del año 2000 con el apoyo financiero del "Ministerium fuer Schule, Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen-Heinrich Hertz-Stiftung" en el Instituto de Derecho Romano de la Universidad de Colonia, Alemania, del cual es director el Prof. Dr. Andreas Wacke, a quien deseo agradecer su generosa hospitalidad.

I. PROBLEMÁTICA: LAS TEORÍAS QUE SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SENADO COMO TRIBUNAL DE APELACIÓN HAN SIDO REALIZADAS POR LA DOCTRINA NO ENCUENTRAN CONFIRMACIÓN EN EL IMPERIO DE ADRIANO

El senado romano además de la función jurisdiccional penal de primer grado² tuvo una civil-administrativa en materia de apelación;³ en el número 22 de la presente revista tratamos de demostrar que el *senatus consultum Iuventianum* es un posible ejemplo de la segunda sin haber entrado en el análisis detallado del procedimiento respectivo;⁴

² Sobre el presente aspecto ver: Franca DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano* (s/e, Giuffrè, Milán, 1957) pp. 1 a 36; 61 a 167; Francesco ARCARIA, *Senatus censuit* (s/e, Giuffrè, Milano, 1992), pp. 15 a 21, con amplia bibliografía.

³ Sobre tal argumento ver: Theodor MOMMSEN, *Roemisches Staatsrecht*, (Unveraenderter, photomechanischer nachdruck, der dritten auflage, der Akademifche Druck-u. Verlagsanstalt, Graz, 1952), pp. 106 a 108; Robert VILLERS, "Appel devant le prince et...", *op. cit.*, pp. 375 a 391 limitando su investigación al primer siglo del imperio; Heinz BELLEN, "Zur Appellation vom Senat an den Kaiser", *ZSS*, v. 79 (1962), pp. 164 a 168; Jochen Bleicken, *Senatsgericht und Kaisergericht. Eine Studie zur Entwicklung des Prozessrechtes im fruhen Prinzipat* (s/e, Vandenhoeck & Ruprecht, Goettingen, 1962), pp. 153 a 157, limitando su estudio al imperio de Nerón; Wieslaw LITEWSKI, "Die roemische Appellation in Zivilsachen", *RIDA*, v. 13 (1966), pp. 278 a 283; DE MARINI AVONZO, *op. cit.*, pp. 36 a 60; Max Kaser, *Das Roemische Zivilprozessrecht* (zweite Auflage, neu bearbeitet von Karl Hackl, C. H. Beck'sche, Muenchen, 1996), p. 504; O. E. TELLEGEN-COUPERUS, "Did the senate function as a court of appeal in the later Roman empire?", *TR*, v. 53 (1985), pp. 309 a 320, cuya investigación se centra en un texto epiclásico de Arcadio CARISIO, *libro singuli de testibus* D.22.5.21.1; ARCARIA, *op. cit.*, pp. 11 a 323; centrándose al imperio de Nerón, Randazzo, "Apello Civile e Processo Fiscale...", *op. cit.*, pp. 337 a 367.

⁴ Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN, "Senatusconsultum Iuventianum. Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano", *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, v. 22 (1998), específicamente en el §VI, pp. 180 a 187, explicamos que el senadoconsulto Juvenciano es una sentencia de apelación porque: a) En los primeros siglos del imperio existen fuentes literarias que demuestran la facultad del Senado de conocer controversias jurídicas en grado de apelación (Dio Cass.55.34.2; Tacito, ann.1.75.2; 4.6.2; 14.28.1 y Suetonio, Tib.30; Nero 17). b) En la época de Adriano se observa una *oratio* realizada por el príncipe, citada en Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2, que dice lo siguiente: *Sciendum est appellari a Senatu non posse Principem; idque Oratione divi Hadriani effectum*. (Se ha de saber que el príncipe no puede ser apelado por el Senado, y esto se dispuso en una oración del divino Adriano). En el texto se niega la posibilidad de apelación de las sentencias del príncipe por parte del senado, deduciéndose que, fuera de tal situación, el Senado podía ser llamado a funcionar como autoridad de apelación. c) El contenido de la exégesis que realizamos en dicha investigación trató sobre la reconstrucción de un caso práctico, identificándose incluso el nombre de la persona fallecida y obteniéndose mayores datos de la interpretación que hici-

por lo tanto, nos parecería importante afrontar el problema de la reconstrucción del procedimiento de apelación en época de Adriano (periodo en que el senado promulgó el Juvenciano) con base en los datos que presenta el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* en D.5.3.20.6. Los resultados recabados no tendrán como finalidad determinar criterios generales de aplicación en toda la edad del principado, sino simplemente constatar la posible situación vigente en la mencionada etapa histórica.

1. Posición de Mommsen

Según Mommsen,⁵ las apelaciones civiles dirigidas a los *patres* eran en teoría dirigidas a los cónsules y al senado; pero este último desarrollaba simplemente la función de un *consilium* consular de manera análoga al procedimiento criminal, porque con base en un senadoconsulto permanente (que no especifica el autor) quienes decidían eran exclusivamente los cónsules; el senado ejercitaba su derecho no de manera autónoma sino delegando su facultad a los mismos.

Si aceptásemos la posición de Mommsen sobre el procedimiento de apelación frente al senado, deberíamos considerar que los autores del senadoconsulto Juvenciano fueron Juvencio Celso y Quinto Julio Balbo; tal suposición podría encontrar elementos de prueba en D.5.3.20.6 en donde se observa que tales cónsules presentaron al senado una propuesta (*Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt de his...*), y en Celso, *libro quarto digestorum* D.5.3.45 y Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.13 textos que reflejando el pensamiento de Celso sobre la materia podrían demostrar su intervención en la realización de la presente disposición (tales serán analizados más adelante); aunque, dichos fundamentos puedan hacer pensar en la veracidad de la posición mommseniana (al menos en el imperio de Adriano), la referencia en D.5.3.22 y D.5.3.40 a una *oratio principis*

mos del esolío 7 a Bas.42.1.20. Ocasionalmente tal *lis* en un determinado momento una *vindicatio caducorum*, por ello, puede compartirse la opinión dominante en doctrina, según la cual era posible la apelación de las sentencias de tal materia frente al Senado. d) La resolución del senado tiene las características propias de una sentencia.

⁵ MOMMSEN, *op. cit.*, pp. 106 a 108.

que provocó la decisión del senado⁶ demostraría que la controversia jurídica fue resuelta por el emperador (dentro de su *consilium* del que también formaba parte Celso) y no *motu proprio* por los cónsules.⁷

2. Posición de Marini Avonzo

De Marini Avonzo,⁸ que por un lado presenta una serie de textos que podrían demostrar resoluciones del senado en grado de apelación incluyendo al senadoconsulto Juvenciano como un claro ejemplo, por el otro, al referirse al procedimiento durante el transcurso de la edad del principado, llega a la conclusión que la falta total de noticias sobre el funcionamiento concreto de este órgano como tribunal civil hacen que el problema tenga una difícil solución. Tal conclusión nos impediría encontrar en su obra una respuesta que pudiésemos aplicar al imperio de Adriano; cabe simplemente destacar que el problema entre la *oratio* que hemos citado y el presente *senatus consultum* lo resuelve aceptando una posición de Appleton que niega la relación entre ambas disposiciones;⁹ la presente investigadora, en

⁶ Textos que serán analizados en el siguiente §.

⁷ Remitimos a la doctrina las convincentes críticas que despertaría la tesis mommseniana en su aplicación durante toda la época imperial: DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale... op. cit.*, pp. 43 y 44; ARCARIA, *Senatus censuit, op. cit.*, pp. 122 a 123.

⁸ DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale... op. cit.*, pp. 36 a 60.

⁹ Charles APPLETON, "Le vrai et le faux sénatus-consulte Juvenien", *RHD*, v. 9 (1930), pp. 1 a 19, considera que los compiladores o sus predecesores bizantinos confundieron el Juvenciano con otro senadoconsulto de la misma época en materia de rescisión de usucapión lucrativa *pro herede* citado en Gayo 2.57; y que la *oratio* mencionada por Paulo tendría relación con el segundo senadoconsulto y no con el Juvenciano; el fundamento de la posición de Appleton se basaría en los siguientes argumentos:

1. En D.5.3.20.6.pr se menciona la palabra "*libello*", en lugar de "*oratione*", demostrando que el senadoconsulto Juvenciano no tuvo el carácter de acto legislativo votado por el senado y propuesto por el emperador mediante *oratio*, sino simplemente de una consulta de Adriano al senado, y como tal contenida dentro del *libellus*; en el Juvenciano quien habla es el senado y habla por sí solo (*de qua re ita censuerunt*) respondiendo a una simple petición del emperador (*libellus*) no originada por ninguna *oratio principis*; si realmente el Juvenciano hubiese sido un senadoconsulto emitido *ex auctoritate Hadriani* el texto debería haber empleado el término *oratione*.

2. El texto D.5.3.22 de Paulo (citado anteriormente) trataría de la *oratio* que originaría el senadoconsulto en Gayo 2.57, porque se mencionarían los efectos de la rescisión de la *usucapio pro herede* consistentes en que el poseedor debería restituir todo el lucro que hubiese obtenido de la posesión de la herencia, independientemente de que se hubiese actuado de buena o mala fe. La falta de distinción entre ambos tipos de posesión iría en

contra del espíritu del senadoconsulto Juvenciano que, por el contrario, realizaría tal distinción.

3. El otro texto de Paulo en D.5.3.40.pr (también citado anteriormente), según el cual el momento de la determinación del lucro que el poseedor debe restituir al actor correrá a partir de que fue pedida la herencia, se encuentra en contraposición al del mismo jurista en el *liber vicensimo ad edictum* D.5.3.36.4 que dice lo siguiente: *Quo tempore locupletior esse debeat bonae fidei possessor, dubitatur: sed magis est rei iudicatae tempus spectandum esse*. (Se duda en qué momento deba considerarse más rico el poseedor de buena fe; pero es más verdadero que se deba mirar el momento de la cosa juzgada). Tal distinción mostraría una contraposición entre la *oratio* que originó el senadoconsulto citado por Gayo 2.57, donde el momento correría a partir de que fue pedida la herencia, y el senadoconsulto Juvenciano, en que sería a partir de la sentencia.

4. La Constitución del emperador Marco Aurelio A. *Augurino, proconsuli Africae* del 170 en C.3.31.1 que dice: *Senatus consultum auctore divo Hadriano, avo meo, factum, quo cautum est, quid et ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet*. (Un senadoconsulto hecho con base en la autoridad del divino Adriano, abuelo mío, con el cual fue establecido qué cosa y de cuál momento deba ser restituido cuando la herencia es evicta no sólo hace referencia a las controversias del fisco, sino también a los privados que piden la herencia). Tal constitución mencionaría las disposiciones de D.5.3.22 y 40 que corresponderían a la *oratio* de Adriano, no teniendo ninguna relación con el senadoconsulto Juvenciano, y consecuentemente excluyéndose una extensión del mismo a la petición de herencia entre privados en la época de Marco Aurelio. ¿Cómo sería posible que los juristas clásicos posteriores al Juvenciano como Juliano, Gayo, Paulo hubieran ignorado esta extensión? Conforme a la tesis de Beseler consistente en que tal extensión es fruto de interpolaciones, como la constitución hace referencia a la *oratio*, para obtener el texto original bastaría eliminar los términos *<solum>* y *<etiam>*, de tal forma la consulta senatorial que llamamos Juvenciano regularía las peticiones de herencia fiscales, mientras que el senadoconsulto de Adriano las peticiones de herencias entre privados.

Los fundamentos en que se basa Appleton para negar la existencia de relaciones entre la *oratio* y el senadoconsulto Juvenciano despiertan ciertas dudas que a continuación presentamos:

1. La utilización del término "*libello*" en lugar de "*oratione*" en D.5.3.20.6.pr no demuestra necesariamente que el contenido del *libellus* fue simplemente una consulta que el emperador realizó al senado excluyendo por lo tanto la relación con la *oratio* citada en D.5.3.22 y D.5.3.40, porque podría interpretarse en los siguientes sentidos:

a) Que Adriano había tenido presente el *libellus* de los herederos (*libello complexus est*) y que en el *rescriptum* había fijado el principio de las *usurae* como piensa Carcaterra; o bien,

b) Que el concepto "*libellus*" diese simplemente una idea de forma y que en su posible contenido incluyese la respectiva *oratio*.

Por otra parte, la afirmación: *de qua re ita censuerunt* (de la cosa que así han decidido) ciertamente implicaría una decisión del senado; pero tal enunciado no excluye que dicha decisión hubiese sido provocada por una *oratio*. Consideraríamos poco probable que el emperador pidiese al senado un parecer sobre determinado problema jurídico cuando dentro de su *consilium* se encontraban los más renombrados juristas de la época que hubieran podido resolverlo.

2. La relación que observa Appleton entre D.5.3.22 y Gayo 2.57 es difícil de aceptar, tratándose en el primer texto de la subrogación del precio a la cosa hereditaria vendida y

en el segundo de la eliminación en la misma época de la *usucapio pro herede lucrativa*. Falta en Gayo 2.57 la más mínima referencia a una subrogación real, impidiéndonos de presuponer mucho menos que la *oratio* que dio origen a tal senadoconsulto tratase del mencionado argumento. Es cierto que en D.5.3.22 no se considera la buena o la mala fe, pero esto no significa que la *oratio* corresponda a Gayo 2.57 en lugar de D.5.3.20.6; la conducta del poseedor no tendrá relevancia en el caso de la devolución del precio, porque tal tendrá lugar, bien sea que hubiese actuado de buena o de mala fe; la conducta, por el contrario, será relevante en materia de intereses, argumento que no es tratado en tal parte de la *oratio*.

3. Aunque sea cierto que existe una contraposición entre los dos textos de Paulo, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.40 y D.5.3.36.4, eso no significaría que para el senadoconsulto citado por Gayo 2.57 el momento fuese el de la introducción de la instancia, mientras que para el senadoconsulto Juvenciano el de la sentencia, porque la razón de la discrepancia entre los dos textos de Paulo radicaría en que para el jurista el criterio seguido en la *oratio* sería "duro algunas veces" (*interdum durum est*), como expresamente lo critica en D.5.3.40, proponiendo una posición alternativa personal en D.5.3.36.4, que se aleja de la disposición de la *oratio* incorporada en el senadoconsulto Juvenciano; tal hecho podría ser comprobado con la utilización del término *dubitatur* en el último de los textos citados, que parecería poco adecuado cuando el propio senadoconsulto Juvenciano establecía una reglamentación al respecto. Probablemente tal disposición había dejado de estar en vigor en la edad tardoclásica por haber sido considerada "dura algunas veces", dudándose sobre el nuevo criterio que podría aplicarse al respecto, por lo que Paulo propuso el suyo propio. Desconocemos cuál de los dos hubiese sido seguido en el senadoconsulto citado por Gayo en 2.57, porque el texto no lo menciona, posiblemente pudo aplicarse analógicamente el establecido en D.5.3.40, si bien tal aplicación no significaría que la *oratio* anterior correspondiese a la materia de la rescisión de la *usucapio pro herede*, porque tal materia concierne a un argumento distinto.

4. Es difícil admitir que la constitución de Marco Aurelio al procónsul de África Augurino en C.3.31.1 no tenga nada que ver con el senadoconsulto Juvenciano, y que, por el contrario, corresponda a la *oratio* que originaría el senadoconsulto de Gayo 2.57, cuando en D.5.3.22 y D.5.3.40 se citan partes de la *oratio* que encuentran confirmación en el senadoconsulto Juvenciano.

5. Interpretar el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.20.9 en el sentido restringido de que, si fuese un *pater* el que reivindicaba los *caduca*, deberían aplicarse las disposiciones del Juvenciano y no en el sentido amplio de incluir todo tipo de peticiones de herencia entre particulares es un argumento poco fundamentado, porque, como todos sabemos, en la *vindicatio caducorum* el fisco es el beneficiario de los *caduca* y no los particulares; aparte que debemos recordar que la controversia fiscal que motivó el senadoconsulto Juvenciano se originó como resultado de una indignidad, no existiendo casos en las fuentes en que tales *caduca* pudiesen acrecer la parte de los demás coherederos.

6. Considerar que los juristas clásicos ignoraron la extensión de las disposiciones del Juvenciano a la petición de herencia entre privados, y que tal extensión fue realizada por los compiladores parecería otra suposición poco aceptable, porque como veremos a lo largo de la presente investigación, el pensamiento de los juristas clásicos se encuentra reflejado en el presente senadoconsulto.

La posición de Appleton ha sido seguida además por Joseph DÉNOYEZ, *Le défendeur à la pétition d'hérité privée en Droit Romain*, (s/e, Recueil Sirey, París, 1953), p. 116; Pablo FUENTESECA, reseña a la obra de Dénoyez, *AHDE*, v. 24 (1953), pp. 721 a 722;

un estudio posterior,¹⁰ afirmó que respecto al Juvenciano, Adriano no presentó una propuesta sobre tal, sino por el contrario envió a los cónsules un *memorandum* sobre un caso que debería ser discutido nuevamente en el senado en materia de apelación. La presente opinión parecería difícil de aceptar, porque la *oratio* de Adriano ciertamente presentaba el contenido del Juvenciano, el cual simplemente debía ser ratificado por los *patres*, como demostraremos a continuación.

Al respecto Paulo, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.22 cita parte de la *oratio* en la siguiente manera:

... "*Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum*"... (Examinen, padres conscriptos, si tal vez sea más equo que el poseedor no haga lucro, y el precio que por cosa ajena hubiere percibido, lo restituya, porque puede estimarse que en lugar de la cosa vendida de la herencia haya sucedido su precio, y que en cierto modo este mismo se hizo parte de la herencia...).

En la *oratio* de Adriano se presentan los problemas jurídicos del enriquecimiento del poseedor de una cosa hereditaria ajena y de la restitución del precio de su venta, pudiendo creerse que dicho precio se hubiere sustituido a la cosa vendida formando en cierto modo parte de la misma herencia.

Puesto que el poseedor no tenía que enriquecerse en caso de venta de una cosa hereditaria ajena, la posición del emperador es orientada en el sentido de que sería más equitativo que se restituyese el precio en lugar de la cosa, poniendo dicha propuesta a consideración de la asamblea. Cuando hicimos la reconstrucción del litigio fiscal que

Pelayo DE LA ROSA DÍAZ, "Hereditatis petitio", *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, v. 3 (1988), pp. 1271; ARCARIA, *Senatus censuit, op. cit.*, p. 223; en sentido contrario: Paulo Federico GIRARD, *Manuale Elementare di Diritto Romano* (versione italiana sulla quata edizione francese di Carlo Longo, Società Editrice Libreria, Milán, 1909), p. 914; Antonio CARCATERRA, *L'azione ereditaria nel diritto romano* (s/e, Cuore di Maria, Roma, 1948), v. 2, pp. 252 a 259.

¹⁰ En "Cognitio Senatus. Origeni, competenze, forme processuali", *Gli Ordenamenti Giudiziari di Roma Imperiale. Princeps e Procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico G. Boulvert. Copanello 5-8 giugno 1996* (Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999), pp. 377 a 383.

originó el Juvenciano en un estudio anterior,¹¹ constatamos que en la controversia de la herencia de Rústico se trataba de dos poseedores del precio y no de uno solo, como parecería hacer referencia la presente *oratio*, pero, según nuestra opinión, tal aspecto no representa un obstáculo para considerar que se trata de un mismo problema, porque la *oratio* es expresada en términos generales, que en su aplicación práctica produciría efectos a cada uno de los poseedores del precio.

La opinión del emperador parecería haber sido aceptada incondicionalmente por los *patres* en la formulación del senadoconsulto Juvenciano y aplicada al presente caso práctico, manifestándose en D.5.3.20.6b de la siguiente forma:

Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent...

(Del mismo modo es aprobado, que a los que hubiera sido pedida la herencia, si contra ellos hubiera sido juzgado, los precios, que a éstos hubieran llegado de las ventas de las cosas de la herencia...).

El emperador propuso en la *oratio* la regla general de que el precio percibido por la venta de cosa ajena fuese restituido, enunciándose en singular (*possessore, pretium*); mientras que el senadoconsulto incorporando tal principio lo expresa en plural (*a quibus; adversus eos; pretia; ad eos*). La razón de tal diversidad radicaría, como hemos dicho, en que el emperador estableció el principio jurídico aplicable al caso concreto, y que el senado procedió a tal aplicación.

Otra referencia a la *oratio* la menciona Paulo, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.40.pr:

Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas... (También eso se expresa en la oración del divino Adriano, que después de aceptado el juicio se entregue al actor lo que habría tenido, si le hubiese sido dada la herencia al tiempo en que la pidió...)

La propuesta del emperador establece que después de la *litis contestatio* el valor de la cosa debida será el correspondiente al mo-

¹¹ GONZÁLEZ ROLDÁN, "Senatusconsultum Iuventianum..." *op. cit.*, pp. 140 a 148.

mento en que fue pedida por el actor. Interpretando tal *oratio* a la luz del caso práctico nos podemos cuestionar a qué actor se refiere, si al *delator* que provocó el inicio de la *lis* y que ejercitó la acción a nombre del fisco o bien al propio *fiscus* que era el efectivo titular de los correspondientes *caduca*. Según nuestra opinión, si bien materialmente el *delator* es el actor en la *vindicatio caducorum*, el texto no puede referirse a éste, porque carece de un derecho sustancial (el premio que recibe por la denuncia de los *caduca* es un elemento secundario y poco relevante dentro del contenido del presente juicio); tal situación nos haría pensar que más que concerniese al *quivis de populo* se tratase del efectivo titular del derecho, esto es, del fisco;¹² tal aseveración podría comprobarse con la exégesis que realiza Ulpiano respecto al Juvenciano en D.5.3.20.7:

Ait Senatus: 'Cum antequam partes caducae fisco peterentur'; hoc evenerat, ut partes caducae fisco peterentur... (Dice el senado: Como antes que por el fisco se pidieran las porciones caducas; había sucedido esto, que se pidieran por el fisco las porciones caducas...).

Es posible constatar que Ulpiano hace referencia al titular del derecho sustancial y no al *delator* que ejercitó materialmente la acción, siendo este último simplemente el instrumento mediante el cual el fisco pudo obtener su respectivo derecho; además como es notorio, en el presente caso se trata de resolver el problema de las *partes caducae* y no del premio que por la respectiva denuncia recibiría el *delator*.

Siguiendo con la interpretación de la parte de la *oratio* expresada en D.5.3.40.pr, podemos afirmar que el fisco tendrá derecho a la cuantía de la cosa debida (entiéndase el precio de los *caduca* según propuesta del emperador y ratificación del senado) a partir del momento en que la pidió; esto es, cuando el procedimiento fue iniciado mediante la *denuntiatio* o *evocatio litteris* o *edictis*, porque, como es notorio, el ejercicio de la acción requiere del conocimiento de los demandados. Al respecto, el senadoconsulto en D.5.3.20.6d dice:

¹² Al respecto PROVERA, *La vindicatio caducorum, op. cit.*, p. 100 manifiesta que el *delator* actúa *nomine fisci* y que en caso de que permaneciera inactivo el magistrado inclusive tenía la facultad de realizar la *evocatio* bien sea del mismo *delator* como del *possessor*.

Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris, vel edicto evocatus esset, censuerunt. (Y dictaminaron que se ha de considerar pedida por el fisco la herencia desde aquel momento en que primeramente hubiere sabido alguno que a él se le pedía, esto es, cuando hubiese recibido la *denuntiatio* o la *evocatio litteris* o *edictis*).

El senado decidió que el momento en que se considerará pedida por el fisco la herencia será a partir de que alguno de los demandados hubiera sido notificado mediante la *denuntiatio*, o la *evocatio litteris* o *edictis*. De tal aseveración podemos comprobar una vez más que la petición de la parte de la herencia transformada en *caduca* iniciará según criterio del Juvenciano cuando fue realizada la notificación del ejercicio de la respectiva acción a alguno de los dos demandados; esto es, cuando dentro del procedimiento el fisco hubiera pedido la parte de la herencia de Rústico que le correspondía; así también Ulpiano confirmando lo anterior dice en D.5.3.20.11 que los términos *petitam autem hereditatem* deberán ser interpretados como: *ex quo quis scit a se peti...id est, quum primum aut denuntiatum esset...* (desde que alguno sabe que se le pide... esto es, no apenas o se hubiese realizado la *denuntiatio*...).

Haciendo una comparación entre la parte de la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.40.pr y la correspondiente al senadoconsulto que se encuentra en D.5.3.20.6d podemos considerar que ambos ordenamientos se complementan entre sí, porque mientras el primero dice que deberá entregarse al actor (entiéndase el fisco como hemos afirmado anteriormente) lo que habría de haber tenido si le hubiese sido restituida la herencia al tiempo en que la pidió; el segundo fija de forma más precisa el momento necesario para dicha restitución; por ello, podríamos pensar que el texto del senadoconsulto nos ayuda a entender las breves palabras citadas en la *oratio*, porque si la herencia deberá ser restituida al tiempo en que la pidió el fisco, el senadoconsulto nos confirma por otra parte, que dicho momento comenzará a partir de que hubiese sido efectuada la notificación; esto es, cuando judicialmente el fisco pidió a los demandados la respectiva *hereditas*.

De la comparación que acabamos de realizar entre la *oratio* de Adriano citada por Paulo en D.5.3.22 y D.5.3.40pr y el Juvenciano podemos constatar la dificultad de aceptar la posición de Marini

Avonzo respecto a que Adriano presentó simplemente un *memorandum* sobre un problema jurídico que debía ser resuelto por el senado porque el contenido de la *oratio* es una propuesta sobre el presente ordenamiento.

3. Posición de Arcaria

El estudio de Arcaria sobre la apelación frente al senado en época imperial representa hoy en día la mayor aportación sobre la materia, logrando identificar elementos de carácter procedimental;¹³ si bien en líneas generales compartimos las conclusiones del estudio durante la época imperial (e incluso en nuestra investigación anterior aplicamos dichas conclusiones al Juvenciano)¹⁴ encontraríamos ciertas dudas en lo referente a dos aspectos; el primero, correspondiente a la continuidad de la actividad jurisdiccional del senado en materia civil dentro del periodo que va del 69 al 117 d. C; y el segundo, el ejercicio de tal función de forma directa en el imperio de Adriano. Las razones por las que nos parecen discutibles tales aseveraciones son las siguientes:

- a) La ausencia de fuentes sobre la actividad judicial de apelación senatorial en la época que va de la muerte de Nerón a la de Nerva

¹³ ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 11 a 323; específicamente sus conclusiones sobre el procedimiento pueden observarse en la p. 125: Instrucción preliminar de la controversia por parte de los cónsules y la transmisión del juicio a la asamblea (Tac. Ann. 3.63.1-2; 14.17.1-2; 13.4.2); la competencia exclusiva para Italia y las provincias senatoriales (Tac. Ann. 13.4.2); depósito de sumas de dinero y el pago de una sanción en caso de *lis temeraria* (Suet. Gai. 40 y Tac. Ann. 14.28.1); la votación *per discessionem* (Sen. De vita beata 1.5-2.1); la audición de las partes mediante abogados (Plin. Epist. 4.12.1-4); la garantía del contradictorio (Plin. Epist. 5.4.1); la condonación de las *multae* (Plin. Epist. 4.29.2); la actuación del senado no en sesión plenaria, sino mediante el trámite de comisiones numéricamente restringidas (Tac. ann. 4.6.2 y SHA. vita M. Ant. Phil. 10.2). Recensiones a la presente obra por M. MARRONE en *Iura*, v. 43 (1992), pp.135 a 144 y Olindo DI POPOLO, "Il Ruolo Giudiziario del Senato nel Principato", *Labeo*, v. 40 (1994), pp. 392 a 403, los cuales parecerían compartir las conclusiones del presente estudio; así también Franca DE MARINI AVONZO, "Sulle competenze del Senato imperiale", *Index*, v. 25 (1997), pp. 621 a 625, la cual se reserva cualquier crítica a Arcaria, en virtud de que la presente obra es una profundización sobre la propuesta que había realizado anteriormente ella en *La funzione giurisdizionale...*, op. cit., pp. 36 a 60.

¹⁴ GONZÁLEZ ROLDÁN, *Senatusconsultum Iuventianum*, op. cit., pp. 180 a 184.

(68-98 d. C.) no puede seguramente interpretarse, como lo hace Arcaria,¹⁵ en el sentido de considerar la continuidad de tal actividad; las noticias sobre la función jurisdiccional penal de primer grado en tal periodo no presuponen necesariamente la existencia paralela de una función civil-administrativa de segundo grado.

- b) En lo que respecta al imperio de Vespasiano, la fuente citada Suet. *Vesp.* 10¹⁶ no hace ninguna referencia a la función del senado como tribunal de apelación, no siendo posible demostrar tal actividad en el mencionado periodo.
- c) Dudosas son las fuentes que el autor presenta sobre el funcionamiento del senado como tribunal de apelación en el imperio de Trajano.¹⁷ La primera es Plinio, *epist.* 4.12.1-4:

...Egnatius Marcellinus...Cum in provinciam quaestor exisset scribamque, qui sorte obtigerat, ante legitimum salarii tempus amisisset, quod acceperat, scribae daturus, intellexit et statuit subsidere apud se non oportere. Itaque reversus Caesarem, deinde Caesare auctore senatum consuluit, quid fieri de salario vellet. Parva quaestio, sed tamen quaestio. Heredes scribae sibi, praefecti aerari populo vindicabant. Acta causa est; dixit heredum advocatus, deinde populi, uterque percommode. Caecilius Strabo aerario censuit inferendum, Baebius Macer heredibus dandum; obtinuit Strabo. (Ignacio Marcelino...habiendo partido a la provincia como *quaestor* y habiendo perdido el escribano¹⁸ que le había correspondido en suerte, antes del tiempo legítimo del salario que había recibido y que era al punto de dar

¹⁵ ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 95 y 96.

¹⁶ *Litium series ubique maiorem in modum excreverant, manentibus antiquis intercapedine iuris dictionis, accedentibus novis ex condicione tumultuque temporum...* (Series de litigios en todos lugares habían crecido en medida mayor, permaneciendo los antiguos a causa de la suspensión de la jurisdicción, y añadiéndose nuevos a causa de la condición y confusión de los tiempos).

¹⁷ ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 97 a 102; en el mismo sentido DE MARINI AVONZO, "Cognitio Senatus...", op. cit., p. 377, considera que el presente texto trata de un problema de apelación.

¹⁸ Sobre el término escribano, en el *Dizionario di antichità Classiche di Oxford*, op. cit., *vox scribi (scribae)* se menciona que eran en origen todas las personas que practicaban la escritura, cuando los copistas vienen a ser llamados "librarios", el término viene limitado a los secretarios de personas privadas o de los magistrados, especialmente de los que se ocupaban de cuestiones financieras o municipales. Estos *scribae publici* eran en general ciudadanos libres pertenecientes a la clase de los caballeros y recibían un sueldo regular, el cual como puede ser observado resulta ser la causa del problema jurídico mencionado en el presente texto; así también ver Camillo SOLIMENA, *Plinio il Giovine e il diritto pubblico di Roma* (s/e, Luigi Pierro, Nápoles, 1905), p. 188, núm. 2, con referencias bibliográficas.

al escribano, entendió, y estableció que no debía retenerlo consigo mismo. Por tanto una vez regresado consultó al César, después con base en la autoridad del César al senado, qué quería que fuese hecho de tal salario. Pequeña cuestión, pero sin embargo cuestión. Los herederos del escribano lo reivindicaban para sí, los prefectos del erario para el pueblo. Fue hecho un litigio; habló el abogado de los herederos, después del pueblo, ambos muy oportunamente. Cecilio Estrabón deliberó que debía encajarse al erario, Bebio Macer que debía darse a los herederos; ganó Estrabón).

Según Arcaria el presente caso haría referencia a una controversia jurídica (*Acta causa est*) —y en tal punto estamos de acuerdo—; las dudas existirían en la posibilidad de que habría sido resuelta en grado de apelación. El fundamento de tal hipótesis radicaría en la siguiente afirmación: los herederos del escribano iniciaron la instancia y el *quaestor* después de haber conocido de la cuestión estableció que la suma de dinero destinada al pago del *salarium* no podía permanecer en sus manos, decidiendo por lo tanto de consultar directamente al emperador al regresar a Roma; las pruebas al respecto serían los verbos *intellexit et statuit*, que testimoniarían respectivamente el *cognoscere* en sentido técnico y el decidir, así como la expresión *Caesarem consuluit*, que indicaría el típico procedimiento de consultación imperial por parte de funcionarios y magistrados, que era la *consultatio ante sententiam*; por lo tanto, concluye el estudioso que el texto expresaría la existencia de un juicio en parte de primer grado, en cuanto se sigue delante al *quaestor*, y en parte de apelación, en cuanto el senado parecería sustituir la propia decisión emanada por Ignacio Marcelino, que tendría la naturaleza de *interlocutio* por ser una decisión emanada *ante sententiam*.

Parecería difícil de aceptar la interpretación de Arcaria, porque, si bien se inició una controversia jurídica sobre el salario del escriba muerto frente al *quaestor*, de la *consultatio ante sententiam* no podría desprenderse la existencia de una *interlocutio* o resolución de primer grado emanada por tal autoridad. El *quaestor* debe decidir entorno a la controversia, y al no saber cómo resolverla consulta al emperador, respondiéndole a su vez que el senado deberá decidir al respecto; de lo anterior podríamos pensar que independientemente que el *quaestor* hubiese sido la autoridad competente, el senado fue quien resolvió

excepcionalmente en primera instancia por decisión del emperador, sustituyendo por lo tanto la función del *quaestor* en virtud de su desconocimiento sobre la forma en que debería actuar en el presente caso.¹⁹

El segundo ejemplo que presenta es igualmente dudoso siempre Plinio en *epist.* 5.4.1 dice:

Res parva, sed initium non parvae. Vir praetorius Sollers a senatu petiit, ut sibi instituere nundinas in agris suis permetteretur. Contra dixerunt legati Vicetinum; adfuit Tuscilius Nominatus. Dilata causa est. (Cosa pequeña, pero al inicio no pequeña. El expretor Sollers pidió al senado, que a él fuese permitido instituir un mercado en su terreno. Contrariamente se pronunciaron los *legati Vicetinum*; asistió Tuscilio Nominato. La controversia ha sido reenviada).

Las razones por las que Arcaria consideraría que el presente caso es una controversia de segundo grado radicarían en el empleo de los términos "*dilata causa est*" que demostrarían la existencia de un litigio, así como también la presencia del abogado Tuscilio Nominato; tales argumentos, según nuestra opinión, no son prueba suficiente para demostrar una apelación frente al senado, ya que los mismos podrían aplicarse igualmente en la hipótesis de que Sollers hubiese solicitado la autorización administrativa al senado mediante su abogado Tuscilio Nominato, y existiendo oposición por parte de los *legati*, Plinio hubiese calificado como *causa* el conflicto de intereses.

¹⁹ Dentro de la bibliografía que ha tratado el presente texto únicamente Arcaria ha identificado la existencia de una sentencia de apelación que, como hemos observado parecería difícil aceptar; DE MARINI AVONZO, *op. cit.*, p. 54, parecería ser de la idea que la presente controversia se resolvió en primera instancia y según ella sólo en caso de que un magistrado menos escrupuloso que Ignacio Marcelino la hubiese resuelto según su propio criterio hubiera sido posible la intervención del senado en segunda instancia (tal hipótesis necesitaría ser comprobada en fuentes del mencionado periodo histórico); KASER, "*Das Roemische Zivilprozessrecht*", *op. cit.*, p. 358, núm. 42, considera que la intervención del senado se debió a "Anrufung des Kaisers in einem Sonderfall"; sobre las razones por las que Marcelino se dirigió al *princeps* en lugar del senado, la interpretación de los términos "*parva quaestio*" y los datos que el presente texto presenta sobre la organización financiera del imperio romano en el tiempo de Trajano ver Pietro CERAMI, "*Parva quaestio, sed tamen quaestio*", *Riflessioni su Plin. Epist. 4.12*", *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, v. 2, pp. 215 a 219.

d) Arcaria aplicando al senadoconsulta Juvenciano la hipótesis de que los *patres* hubiesen ejercitado directamente la facultad de apelación en el imperio de Adriano negaría la relación entre la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22 y D.5.3.40.pr y nuestro senadoconsulta.²⁰ El autor aceptaría al igual que De Marini Avonzo, la posición de Appleton que criticamos anteriormente sobre una "confusión" de los compiladores entre el senadoconsulta Juvenciano y la mencionada *oratio* sin dar argumentos al respecto.

De lo anterior hemos podido constatar que la doctrina no nos da una respuesta sobre el procedimiento de apelación frente al senado en la época de Adriano que pueda resolver la relación existente entre la respectiva *oratio* y el senadoconsulta Juvenciano; por ello, consideramos necesario afrontar la presente problemática mediante los datos que otorga D.5.3.20.6 y así tratar de reconstruir el procedimiento respectivo en tal periodo histórico.

II. NUESTRA HIPÓTESIS A LA LUZ DE D.5.3.20.6.

La doctrina ha constatado la práctica a partir de la época adrianea que el emperador tomase la iniciativa de *senatusconsulta* mediante *orationes* comunicadas al senado por escrito, que, una vez leídas, eran aprobadas por la asamblea sin realizar modificaciones.²¹ A partir de Adriano tales *orationes* empiezan a tener mayor relevancia y a ser consideradas con mayor atención por la jurisprudencia,²² aunque por sí solas carecían de fuerza de ley. La razón de tal situación podría consistir en el hecho que siendo el resultado de discusiones jurisprudenciales efectuadas en el *consilium* representasen la opinión predominante o bien los puntos de encuentro entre las dos escuelas jurídicas que en tal época encontrarían a sus últimos representantes. Ahora

²⁰ *Idem*, pp. 223 a 229.

²¹ Así, por ejemplo, Mario MAZZA en *Lineamenti di storia del diritto romano* (2a. edizione sotto la direzione di Mario Talamanca, Milán, Giuffrè, 1989), p. 398; Mario BRETONE, *Storia del Diritto Romano*, (3a. edizione ampliata, Roma-Bari, Laterza, 1989), pp. 222 a 228.

²² v. g. GAYO, 2.57; ULPIANO, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2; *idem*, *libro primo de censibus* D.50.15.1.1; PAULO, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.22 y D.5.3.40.pr.

surge la cuestión de cómo se efectuaba el procedimiento de apelación frente al senado en la época de Adriano. Además de la especial dificultad que presenta el problema durante el transcurso del principio porque las fuentes sobre la materia carecen de una continuidad cronológica,²³ los datos identificados en doctrina²⁴ no encuentran confirmación a la luz de D.5.3.20.6pr, texto con que inicia el Juvenciano; por ello, trataremos de realizar una hipótesis sobre su funcionamiento aplicado exclusivamente al imperio adrianeo, etapa a partir de la cual el *consilium principis* se encuentra representado oficial y permanentemente entre otros, por juristas, los cuales pudieron haber participado en la elaboración de la presente disposición.

El prefacio del senadoconsulto Juvenciano se encuentra en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.20.6, que lo manifiesta con las siguientes palabras:

...*Pridie idus Martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae imperator Caesar Traiani Parthici filius divi Nervae nepos Hadrianus Augustus imperator maximusque princeps proposuit quinto nonas Martias, quae proximae fuerunt, libello complexus esset, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt.* (El día anterior al quince de marzo, los cónsules Quinto Julio Balbo y Publio Juvencio Celso Ticio Aufidio Eno Severiano, pidieron (a los senadores) que se decida que sea hecho de lo que el emperador César hijo de Trajano Pártico, nieto del divino Nerva, Adriano Augusto, óptimo emperador y máximo príncipe propuso el 3 de marzo, que fue próximo, comprendiéndolo en un documento. Y de esto así (los senadores) decidieron.

La doctrina está de acuerdo en afirmar que la redacción del presente pasaje es poco feliz;²⁵ así Carcaterra²⁶ adecuadamente observó que el latín del texto presenta problemas desde el punto de vista gramatical; <*quid fieri placeat*> expresado en subjuntivo presente fren-

²³ Existen lagunas sobre la materia en el periodo que va del 69 d. C., al 117 d. C.; en sentido contrario ver ARCARIA, *op. cit.*, pp. 95 a 102, tesis que hemos tenido oportunidad de criticar anteriormente.

²⁴ Específicamente nos referimos al mismo ARCARIA, *op. cit.*, principalmente ver p. 125.

²⁵ Ver al respecto las notas que se encuentran en la edición del Digesto de Mommsen; así también APPLETON, *op. cit.*, pp. 3 a 4; CARCATERRA, *op. cit.*, v. 2, pp. 92 a 95.

²⁶ CARCATERRA, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

te a *fecerunt* (indicativo perfecto) y en una interrogativa indirecta; así también el <*complexus esset*>, es dirigido al subjuntivo abandonado con el “*proposuit*”.

Frente a tal problemática se han realizado diferentes propuestas de interpretación; por un lado, Mommsen,²⁷ bajo un aspecto simplemente formal agrega el término *divi* antes de Trajano y *optimus* en lugar de *imperator*, modificaciones que no resuelven el presente problema; Appleton²⁸ considera que se podría armonizar el <*proposuit*> con el <*complexus esset*> mediante una conjunción copulativa <*et*>, descartándola de antemano porque tal conjunción faltaría en el texto, aparte que, como observa Carcaterra,²⁹ tal reconstrucción sería imposible desde el punto de vista sintáctico (efectivamente un indicativo no puede estar unido mediante una conjunción a un subjuntivo). Los autores anteriores aceptan una opinión realizada en el siglo XVI por Pitou³⁰ discípulo de Cuyacio que dice que el verbo <*proposuit*> fue un error de escritura, considerando que el manuscrito utilizado por los compiladores tenía probablemente la abreviatura <*pp*>, que fue traducido de tal forma y que realmente significaba <*pater patriae*>,³¹ por lo que el texto originariamente debió haber dicho del siguiente modo:

...*verba fecerunt de his quae imperator <pater patriae> quinto nonas martias, quae proximae fuerunt, libello complexus esset, quid fieri placeat...* (hicieron las palabras sobre lo que el emperador <padre de la patria> el 3 de marzo, que fue próximo había comprendido en un documento, de lo que sea decidido que sea hecho).

La presente propuesta, si bien permitiría una mejor sintaxis, continuaría a tener el problema del <*placeat*> en lugar de un <*placeret*>.

²⁷ MOMMSEN, *op. cit.*, p. 114.

²⁸ APPLETON, *op. cit.*, p. 3.

²⁹ CARCATERRA, *op. cit.*, p. 94.

³⁰ Al respecto ver MOMMSEN, *op. cit.*, p. 114, núm. 7; Ernest Levy-Ernest Rabel, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* (Hermann Boehlaus Nachfolger, Weimar, 1929), p. 78; posición aceptada por Fliniaux, “Le Sénatusconsulte Juvencien...” *op. cit.*, p. 82; APPLETON, *op. cit.*, pp. 3 y 4; CARCATERRA, *op. cit.*, p. 94; por último, ver DE MARINI AVONZO, “*Cognitio Senatus...*”, *op. cit.*, p. 379.

³¹ Sobre tal apelativo honorífico ver Francesco DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* (s/e, Jovene, Nápoles, 1974), v. IV, parte prima, pp. 227 a 229.

por lo que Carcaterra³² presenta la hipótesis de que Ulpiano, al traducir el discurso directo en indirecto, se le escapó el tiempo correcto del verbo.

Difícilmente podremos dar una solución al respecto, porque si bien son fundadas las presentes hipótesis³³ nos encontramos dentro del campo de la especulación; nosotros tratando de salvar el término <proposuit> (porque una *oratio* fue propuesta al senado, como ya vimos), sobreentendimos la existencia de un <cum> que permitiría armonizar el <complexus esset> y así traducirlo como gerundio.

Aunque sean discutibles las presentes soluciones; bien sea que aceptemos la posición de Pithou o la nuestra, se desprenden del presente pasaje los siguientes elementos:

- a) Una propuesta del príncipe dirigida al senado mediante un *libellus* (*de his quae imperator... <pater patriae> ...libello complexus esset*; o bien; *de his, quae imperator...proposuit...<cum> libello complexus esset*.)
- b) Tal propuesta fue presentada por los cónsules (...*Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt...*).
- c) El senado decidió al respecto (*De qua re ita censuerunt*).

La *quaestio* que surgiría de la lectura del texto sería la referente a la intervención del emperador en la presente controversia; ya tuvimos ocasión de criticar en nota la posición de Appleton que consideraba que tal se limitaba a una simple consulta que sobre el presente problema jurídico realizaba al senado, porque, como afirmamos, dentro de su *consilium* se encontraban los más renombrados juristas de la época que hubieran podido resolverlo (como veremos en el siguiente §).

³² CARCATERRA, *ibid*, p. 95, según el presente autor originariamente el senadoconsulto se enunciaba de la siguiente forma: *Quinto nonas martias. Caesar Senato ave. De his quae libello complexus sum, quid fieri placeat rogamus censeatis Quirites...*

³³ Efectivamente la propuesta de Pithou parecería encontrar confirmación en ciertas constituciones en que aparece tal referencia como en *Vat. Frag.* 283; y la última de Carcaterra encontraría ejemplos análogos en el mismo libro *ad edictum* de Ulpiano v. g 31.5 y 20.3 donde el jurista omitió <Julianus scribit> dejando sin verbo el periodo indirecto.

De Marini Avonzo,³⁴ negando la relación entre el senadoconsulto y la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22 y D.5.3.40.pr, es de la idea que Adriano simplemente delegó al senado la decisión sobre la controversia, pero, como demostramos en la *oratio* se encontraba la posición del emperador sobre el presente argumento.

Al respecto, Arcaria³⁵ considera que los herederos interpusieron la apelación frente al emperador, y que Adriano, respetando la competencia de los *patres* de decidir contra las decisiones de los jueces del erario transmitió mediante *libellus* la petición de revisión, por lo que el emperador, más que una delegación *ad hoc* en favor de la asamblea, simplemente respetaría la competencia propia del senado; tal interpretación del texto, según nuestra opinión, presentaría las siguientes dudas:

- a) Ya tuvimos oportunidad de demostrar en una investigación anterior que la autoridad competente fue probablemente el fisco y no el erario.³⁶
- b) Su razonamiento niega la falta de relación entre la *oratio*, citada por Paulo en D.5.3.22 y D.5.3.40.pr, y nuestro senadoconsulto que, como observamos, difícilmente podría aceptarse.
- c) Se presupondría la existencia de un error por parte de los agraviados consistente en la interposición de la apelación frente a una autoridad incompetente (el emperador), que además *motu proprio* lo subsanaría solicitándole a los cónsules la presentación del *libellus* al senado para su respectiva resolución.

Según nuestra opinión, parecería más probable otra solución, consistente en que si bien el senado fue competente en segunda instancia, los agraviados, conforme al procedimiento respectivo, interpusieron la apelación frente al emperador, para que de tal manera tuviese conocimiento el mismo, y gracias al apoyo del *consilium principis* resolviese al respecto; así una vez concluida dicha fase, se presentaría a los *patres* la decisión mediante la forma de una *oratio* para que fuese aprobada. La presente hipótesis se basaría en dos argumentos principales:

³⁴ DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale... op. cit.*, p. 47.

³⁵ ARCARIA, *Senatus censuit, op. cit.*, pp. 225 a 226.

³⁶ GONZÁLEZ ROLDÁN, "Senatusconsultum Iuventianum", *op. cit.*, pp. 158 a 165.

1. El *consilium* de Adriano tiene función jurisdiccional.
2. La probable formulación del senadoconsulto Juvenciano por parte de jurisconsultos.

III. FUNDAMENTO FORMAL DE NUESTRA HIPÓTESIS:

EL *CONSILIIUM* DE ADRIANO TIENE FUNCIÓN JURISDICCIONAL³⁷

La función jurisdiccional del *consilium principis* bajo el imperio de Adriano se encuentra en S. H. A. *De vita Hadriani* 18.1 que al respecto menciona:

Cum iudicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum sed iuris consultos et praecipue Iuventium Celsum, Salvium Iulianum, Neratium Priscum aliosque, quos tamen senatus omnis probasset. (Cuando juzgaba, tuvo en el consejo no sólo sus amigos o bien *comites*, sino jurisconsultos y principalmente Juvencio Celso, Salvio Juliano, Neracio Prisco, y otros, que sin embargo hubiera aprobado todo el senado).

Como es posible observar, el texto hace referencia a la actuación del emperador en su función judicial, asesorado de su respectivo *consilium*. Tal hecho se desprende del término *iudicaret*, que implica subsecuentemente la facultad del príncipe de decidir sobre controversias jurídicas. Palazzolo³⁸ acertadamente afirma que el valor del

³⁷ Sobre el presente argumento ver: Edouard CUQ, *Le conseil des empereurs d'Auguste á Diocletien*, Mémoires présentés par divers savants a l'académie des inscriptions et belles-lettres de l'institut de France. (Première série, Imprimerie Nationale, París, 1884), pp. 1 a 361; E. DE RUGGIERO, *vox "Consilium"*, Dizionario epigrafico di antichità romane, v. 2.1, Roma, 1900, pp. 609 y sig.; Giovanni CICOGNA, *Consilium principis* (ristampa anastatica dell'edizione 1902; Roma; L'Erma di Bretschneider, 1971), pp. 1 a 292; CROOK, *Consilium principis. Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian* (s/e, Cambridge, 1955); Giuseppe GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano* (5a. edizione; Torino, Giappichelli, 1965), p. 375; Wolfgang KUNKEL, "Die Funktion des Konsiliums in der magistratischen Strafjustiz und im Kaisergerecht, ZSS, v. 85 (1968), pp. 265 y sig.; Francesco DE MARTINO, *Storia della costituzione romana, op. cit.*, v. 4, parte prima, pp. 671 a 680; Francesco AMARELLI, *Consilia principum* (s/e; Nápoles, Jovene, 1983), pp. 15 a 194. Limitado el argumento a determinada etapa histórica ver: Gian GALEAZZO TISSONI, "Sul *consilium principis* in età traianea", SDHI, v. 31 (1965), pp. 222 a 245; Nicola PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C* (s/e; Milán, Giuffrè, 1974), pp. 26 a 49; Valerio MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio* (s/e; Milán, Giuffrè, 1988), pp. 39 a 49.

³⁸ *Potere imperiale, op. cit.*, p. 32, núm. 30.

mencionado verbo no debe ser limitado al sentido restrictivo de pronunciar un *decretum*, sino al más amplio, que comprenda toda actividad jurídica; por otra parte, si bien Arcaria³⁹ acepta tal posición, niega sin embargo que el presente pasaje haga referencia a la actividad judicial, porque existirían textos que, al tratar tal argumento omitirían toda referencia a los juristas citados anteriormente, como sería el caso de los siguientes:

- a) S. H. A. *De vita Hadr.* 8.9. *Erat enim tunc mos, ut, cum princeps causas agnosceret, et senatores et equites Romanos in consilium vocaret et sententiam ex omnium deliberatione proferret.* (Ciertamente existía entonces la costumbre, que cuando el príncipe conocía los litigios, llamaba en consejo bien sea los senadores, bien sea los *equites* romanos y emanaba la sentencia con base en la consulta de todos).
- b) S. H. A. *De vita Hadr.* 22.11. *Causas Romae atque in provinciis frequenter audivit adhibitibus in consilio suo consulibus atque praetoribus et optimis senatoribus.* (Oía frecuentemente los litigios en Roma y en las provincias predispuestos en su consejo los cónsules y los pretores y los óptimos senadores).
- c) Dio Cass. 69.7.1. Solucionó todos los litigios más importantes y necesarios también mediante el senado y juzgaba (εδικάζε) con los primeros a veces en el palacio.

Las presentes fuentes, aunque les falte la mención textual de los jurisconsultos, no son prueba suficiente y decisiva para excluirlos de la actividad jurisdiccional, como opina Arcaria, por las siguientes razones:

1. En los textos a) y b) se afirma genéricamente la presencia de senadores y *equites* sin insistir si tenían o no el carácter de juristas (el hecho de no haberlo expresado no significa que carecieran de tal título).⁴⁰

³⁹ Francesco ARCARIA, "Commissioni senatorie e *consilia principum* nella dinamica dei rapporti tra senato e principe", Index, v. 19 (1991), pp. 286 a 287.

⁴⁰ Sobre el carácter senatorial o ecuestre de los mencionados juristas, ver BRETONI, *Storia del diritto romano, op. cit.*, p. 217.

2. En SHA *De vita Hadr.* 22.11 se habla de cónsules, referencia que podría incluir a los juristas Neracio Prisco (*consul suffectus* en el año 86 d. C) y a Juvencio Celso (cónsul por segunda vez en el 129 d. C).⁴¹
3. La cita de Dio Cass. 69.7.1 es únicamente de los *patres* y no de los *equites*, explicándose tal hecho en que el texto enfatiza simplemente el respeto de Adriano al senado, incluyendo en su *consilium* a representantes del mismo.⁴²

De lo anterior, podríamos afirmar que no existen sólidos argumentos en contra que pudiesen excluir la interpretación de que el término *iudicaret* utilizado en S. H. A *De vita Hadriani* 18.1 incluyese también a la actividad jurisdiccional.

Bajo el imperio de Adriano el *consilium principis* empieza a presentar estabilidad en su organización constitucional otorgándosele una representación oficial y permanente;⁴³ en el texto de la Historia Augusta 18.1 citado anteriormente puede identificarse la composición de sus integrantes: amigos del príncipe o *comites* (acompañantes), jurisconsultos (entre los cuales se encontraban Juvencio Celso, Salvio Juliano, Neracio Prisco), y otros, que “sin embargo hubiera aprobado todo el senado” y tal aprobación, aparte del carácter permanente de sus miembros, determinaría la solidez constitucional del *consilium*. La *quaestio* que surge en relación con tal problema concierne al alcance de la facultad del senado; una parte de la doctri-

⁴¹ Así también con posterioridad Juliano fue también pretor y cónsul, según referencia de él mismo en el libro *XLII Digestorum* D.40.2.5.

⁴² Así ya CICOGLA, *Consilium principis*, *op. cit.*, p. 62, observando en la p. 121 que en el *consilium* los jurisconsultos debían pertenecer en su mayor parte al “ordine senatorio”, así también Tissoni, “Sul *consilium*...” *op. cit.*, pp. 236 y 237; DE MARTINO, *Storia... op. cit.*, pp. 675 y 676, núm. 160.

⁴³ Efectivamente, la falta de estabilidad en su organización constitucional puede constatarse en los siguientes testimonios literarios anteriores a Adriano que demuestran que sus integrantes no tenían un encargo permanente: v. g. Plinio, *ep.* 4.22.1 comenta en una carta dirigida a Sempronio Rufo que asumió parte de un *consilium* reunido en sede jurisdiccional (*interfui principis optimi cognitioni in consilium adsumptus*); en *ep.* 6.31.1 le comenta a Corneliano su alegría por una importante reunión del *consilium* donde fue admitido (*evocatus in consilium a Caesare nostro*...). En tal sentido, CICOGLA, *Consilium principis*, *op. cit.*, p. 63; DE MARTINO, *Storia... op. cit.*, pp. 674 a 678; PALAZZOLO, *Potere imperiale*, *op. cit.*, p. 31; en sentido contrario, AMARELLI, *Consilia principis op. cit.*, p. 194, ARCARIA, *Commissioni senatorie... op. cit.*, p. 286.

na⁴⁴ interpreta el texto en el sentido que la aprobación del senado no incluiría a los juristas ya nombrados, sino a otros juristas. Tal interpretación se fundamentaría en que el pronombre “*quos*” probablemente se refiera al precedente “*aliosque*”, el adverbio “*tamen*” encontraría su explicación en relación al pronombre; por ello existirían dos grupos de juristas, los designados por el emperador y los aprobados por todo el senado. Arcaria,⁴⁵ por el contrario, considera la presente hipótesis no probada, porque el término “*aliosque*” no necesariamente se relacionaría con los tres juristas ya citados, faltando además motivos para explicar por qué ciertos juristas eran designados por el emperador y otros por el senado; por lo tanto, le parecería más adecuado considerar un tercer grupo independiente a los dos anteriores que requiriese de la aprobación del senado. Efectivamente, resultan adecuadas las observaciones del estudioso; por una parte, el emperador en sus decisiones utilizaba personas que no requerían de la aprobación del senado, como sería el caso de los *amici* o *comites* y los juristas; los primeros porque se encontraban bajo una estrecha relación de confianza, mientras que los segundos por su competencia específica y prestigio social;⁴⁶ por otra parte, había una tercera categoría de miembros del consejo imperial, aprobados por el senado, independientemente de los anteriores. Veamos a continuación cada una de las mencionadas categorías.

1. Integrantes del *consilium*

A. *Amici* o *comites*

Como podemos notar, el término *amicus*, aparte de su significado de carácter afectivo, fue utilizado a partir de Augusto para designar a

⁴⁴ CICOGLA, *Consilium principis*, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁵ *Commissioni senatorie... op. cit.*, p. 287.

⁴⁶ Que los juristas citados en S. H. A *De vita Hadriani* 18.1, hayan gozado de prestigio social puede comprobarse dentro de la propia citación del famoso texto de POMPONIO, libro singulari *Enchiridii* D.1.2.2.47 que al tratar del *ius publice respondendi* trata a los mencionados juristas. Ciertamente la muestra mayormente palpable de dicho prestigio consistía en el *respondere ex auctoritate principis*, al respecto ver: Giuseppe PROVERA, “Ancora sul *Ius Respondendi*”, *SDHI*, v. 28 (1962), pp. 342 a 360; Mario BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (s/e, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1971), pp. 146 a 160; Antonio GUARINO, *Le Ragioni del Giurista. Giurisprudenza e Potere Imperiale nell'età del Principato Romano* (s/e, Jovene, Nápoles, 1983), pp. 95 a 122.

personas sostenidas por el príncipe con base en su *auctoritas*,⁴⁷ según las observaciones de Crook⁴⁸ es casi un título oficial que frecuentemente se emplea en los documentos públicos como calificación de los gobernadores provinciales, procuradores y secretarios de rango ecuestre. En nuestro texto se menciona *amicos suos aut comites*, términos que podrían interpretarse en dos sentidos; que además de sus amigos se incluyese a los *comites*,⁴⁹ o bien que este último término fuese utilizado con un mismo valor sustancial al de *amicus*; si aceptásemos la primera posición podríamos pensar que cualquier amigo suyo sin tener el título de funcionario imperial podía intervenir dentro del *consilium* en cualquier momento, sin embargo, tal posible interpretación atentaría al carácter permanente del mencionado consejo; por ello, parece mayormente posible la segunda solución, porque si bien el término *comes* o funcionario imperial no es sinónimo de *amicus* (todos los *comites* son *amici* del príncipe pero no todos los *amici* del príncipe son *comites*), al encontrarse los *amici* dentro del consejo de forma permanente asumían subsecuentemente el carácter de *comites*.

B. Los juristas

Por otra parte encontramos a los juristas, cuya intervención oficial y permanente al *consilium* fue probablemente establecida a partir de Adriano, aunque si bien es cierto tenemos noticias que también bajo los emperadores anteriores llegaron a participar.⁵⁰ Según

⁴⁷ Sobre tal término ver CROOK, *Consilium principis*, op. cit., p. 22; Bernardo ALBANESE, "L'amicizia nel diritto privato romano, Jus (1963), pp. 130 a 147; Balducci, "Intorno al *iudicium domesticum*", AG, p. 95, núm. 37; Gaudemet, "Note sur les *amici principis*", Romanitas-Christianitas. Untersuchungen zur Geschichte und Literatur der römischen Kaiserzeit, Berlín-Nueva York, 1982, pp. 42 y sig.; Ciccotti, *Amicus*, DE 1 (1894), p. 449; Amarelli, *Consilia principis*, op. cit., pp. 121 a 127; Marotta, *Multa... op. cit.*, p. 40.

⁴⁸ *Consilium principis*, op. cit., pp. 148 y sig.

⁴⁹ Sobre tal concepto ver: MOMMSEN, "Die *comites Augusti* der fruheren Kaiserzeit, Hermes, v. 4 (1869), pp. 120 a 131; Gesammelte SCHRIFTEN, v. 4, p. 311; Seeck, *vox: Comites*, RE, v. 4 (1901), p. 622; Grossi GONDI, *vox: Comes*, DE 2.1 (1910), p. 468; Tizzoni, "Sul *consilium principis*..." op. cit., p. 228, observa que en el origen los *comites* desempeñaban la función de guardia del cuerpo toda vez que el *princeps* se movía de Roma para realizar un viaje.

⁵⁰ v. g en el principado de Tiberio, *Cocceius Nerva* es citado como consejero del príncipe, al respecto ver: TÁCITO, *ann.* 4.58.1; Neracio PRISCO y ARISTÓN en el *consilium* de Trajano, según muestra PAPIANO, *libro undecimo quaestionum* D.37.12.5.

Grelle,⁵¹ nuestro texto fundiría en conjunto y generalizaría episodios diferentes, ya que la presencia de Neracio debería corresponder a uno de los primeros años del principado de Adriano, pareciéndole improbable que el viejo consular hubiese hecho parte de la ambulante comitiva del príncipe, y que hubiese permanecido en actividad después del 131; por el contrario, Juliano habría sido todavía muy joven para encontrarse dentro del mismo consejo. Mientras se puede aceptar tal aseveración en lo referente al carácter general y simplificador del testimonio de S. H. A 18.1, las deducciones concernientes a Neracio y Juliano despertarían ciertas dudas, si efectivamente Neracio era de edad avanzada y, como veremos en el siguiente §, difícilmente pudo haber participado en la elaboración del senadoconsulto Juvenciano, debemos, sin embargo, también recordar que la función jurisdiccional del príncipe se concentraba principalmente en Roma, y que la designación de Neracio podría simplemente explicarse por haber sido ya miembro del *consilium* de Trajano; del mismo modo, si bien no dudamos de la juventud de Juliano, tampoco podríamos ignorar el dato que aproximadamente en el año 130 d. C realizó la codificación del edicto, haciéndonos pensar que en el 127 d. C, fecha del senadoconsulto Juvenciano, se encontrase en plena actividad junto con Celso. Cabe hacer notar, por último, que la citación de los tres jurisconsultos no podría entenderse en sentido restrictivo, y que seguramente intervinieron además otros juristas menos conocidos en el *consilium*, porque en el propio texto SHA *vita Hadr.* 18.1 se emplea el término *praecipue* que permitiría entender la existencia de otros de menor prestigio.

C. Individuos aprobados por el senado

Respecto a la tercera categoría, los individuos aprobados por todo el senado, se otorgaría a los *patres* la posibilidad de ser representados en el *consilium* del príncipe, participando y en cierto grado influenciando en sus deliberaciones. Adriano, mediante tal participación, trataría de subsanar la falta de consideración que habían

⁵¹ Francesco GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano* (s/e, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1972), p. 134, tesis aceptada por AMARELLI, *Consilia principis*, op. cit., p. 91, núm. 21.

tenido los anteriores emperadores respecto al senado⁵² actuando conjuntamente con sus representantes en las funciones jurisdiccionales del imperio.⁵³ Si bien en el texto SHA 18.1 no se mencionan los requisitos que debiesen tener las personas aprobadas por el senado, sería difícil pensar que dentro de la presente categoría se incluyesen a personas que no fuesen senadores. Tampoco parecería probable que cualquier senador formase parte del *consilium*, porque el texto SHA 18.1 al requerir la necesidad de aprobación de todos sus miembros (*senatus omnis probasset*) haría pensar en la necesidad de que dentro de los candidatos propuestos se requiriese un prestigio mayor a los demás; por lo tanto, podríamos pensar que los miembros del consejo debieron ser senadores consulares o pretorios. Tal aseveración podría ser confirmada con el ya citado texto de Dio Cas. 69.7.1 que comenta que Adriano juzgaba con los primeros (tvn prwtwn) en el palacio y con el de SHA. 8.1. *Optimos quosque de senatu in contubernium imperatoriae maiestatis adscivit* (admitió a cada uno de los mejores del senado en convivencia de la majestad imperial). Es posible constatar que en SHA 18.1 se utiliza el término “*probasset*” y no “*nominasset*”, pudiéndose interpretar por ello que la designación de los senadores consulares o pretorios como candidatos fuese realizada por el propio emperador, y que de tal elenco propuesto resultasen elegidos aquellos que hubiesen obtenido la aprobación total del senado.

⁵² Al respecto SHA *De vita Hadriani* 8.9. *Exsecratus est denique principes, qui minus senatoribus detulissent*. (Y después maldijo a los príncipes que hubiesen concedido menos a los senadores).

⁵³ Es posible constatar, a partir del imperio de Augusto, la presencia de comisiones senatoriales en las funciones de gobierno (Dio Cass. 54.13-14; 56.28.2-3). Aunque no podríamos desprender de tales fuentes su aplicación a la función jurisdiccional; sin embargo, nos muestra el origen de una práctica aplicada a tal función por parte de los emperadores siguientes; así bajo el imperio de Tiberio es posible observar con base en Suet. Tib.55 que entraron dentro del *consilium* los viejos consejeros de Augusto y veinte miembros *e numero principum civitatis* refiriéndose de tal modo a los senadores; la función judicial de tal *consilium* puede constatar en Dio Cass.57.7.2; en el imperio de Claudio en base a Dio. Cass. 60.4.3; en lo referente a Nerón en Tac. *Ann.* 15.25.2 se menciona que el emperador consultó a los *primores civitatis* en materia de guerra. En los siguientes emperadores se podría pensar en una disminución de los senadores dentro del *consilium* de acuerdo con el texto SHA 8.10.

2. La comisión senatorial que participó en el *consilium* jurisdiccional de Adriano pudo haber sido la misma que resolvió la controversia del Juvenciano en grado de apelación

De lo visto anteriormente, se observa que Adriano conocía de controversias judiciales con el apoyo del *consilium principis*, que estaba constituido en parte por senadores consulares o pretorios en representación de los *patres*. En la reconstrucción del procedimiento de apelación frente al senado Arcaria,⁵⁴ con base en los textos de Tácito, *ann.* 4.6.2⁵⁵ y SHA. *vita M. Ant. Phil.* 10.2,⁵⁶ ha identificado que tal se realizaba también mediante comisiones numéricamente restringidas de senadores. Tomando en consideración ambos datos podría configurarse la siguiente hipótesis: la comisión senatorial que participó en el *consilium* jurisdiccional de Adriano fue la misma que resolvió la controversia del Juvenciano en grado de apelación. Para aceptar tal hipótesis deben tomarse en consideración los siguientes datos.

- a) Como hemos mencionado se encuentran fuentes jurídicas que demostrarían a inicios de edad imperial la facultad del senado de conocer controversias en grado de apelación, explicándose la carencia de noticias sobre la misma del lapso que va del imperio de Nerón al de Adriano como falta de su respeto por los emperadores del 68 al 117 d. C.⁵⁷

⁵⁴ En su obra *Senatus censuit*, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁵ *Iam primum publica negotia et privatorum maxima apud patres tractabantur, dabaturque primoribus disserere...* (Entonces al principio eran tratados los negocios públicos y los más importantes de los privados frente a los padres, y era dado a los primeros de discutirlos).

⁵⁶ *Neque quisquam principum amplius senatui detulit. In senatus autem honorificentiam multis praetoriis et consularibus privatis decidenda negotia delegavit, quo magis eorum cum exercitio iuris auctoritas cresceret.* (Ninguno de los príncipes defirió más ampliamente al senado. De otra parte, el senado a honorar de muchos pretores y cónsules delegó de decidir los negocios de privados, con el que mayormente crecería la autoridad de éstos con el ejercicio del derecho.)

⁵⁷ En la época de Augusto ver: Dio Cass. 55.34.2 donde el emperador delega al senado determinadas *cognitiones*; respecto al imperio de Nerón, ver Tácito *Ann.* 14.28, que establece que las apelaciones temerarias al senado tuviesen la misma penalidad que en los casos de juicios realizados en segunda instancia frente al tribunal imperial, mencionando que anteriormente las apelaciones al senado no eran objeto de ninguna sanción, permitiendo entender que antes de Nerón el senado conocía de tal materia. El texto más

- b) Adriano en su imperio trató de presentar una política de atención hacia al senado, como podría desprenderse de SHA *De vita Hadriani* 8.9: *Exsecratus est denique principes, qui minus senatoribus detulissent*. (Y después maldijo a los príncipes que hubiesen concedido menos a los senadores). Eso haría pensar que la facultad del senado de resolver controversias en materia de apelación fuese aplicada nuevamente a la práctica; en esta dirección se ponen los testimonios de nuestro senadoconsulto y del texto de Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2 (ver nota 4).
- c) Mientras que entre el imperio de Augusto al de Nerón el procedimiento de apelación frente al senado resulta ejercitado directamente por los *patres*,⁵⁸ designando ellos mismos las comisiones que resolviesen los litigios en segunda instancia, el único dato que puede encontrarse en la época adrianea a tal respecto en el texto D.5.3.20.6, motivo de nuestro análisis, lo sometería a un conocimiento del príncipe de la controversia previo. Tal situación permitiría pensar en un respeto formal de la función senatorial, resolviéndose las controversias dentro el *consilium principis* constituido en parte por una comisión que lo representase.
- d) En la constitución de Marco Aurelio a Augurino del año 170 d. C. en C.3.31.1, al mencionar el senadoconsulto Juvenciano inicia de la siguiente forma: *Senatusconsultum auctore divo Hadriano...*(Un senadoconsulto bajo la autoridad del divino Adriano...). Tal enunciado podría referirse no sólo al momento histórico, sino también a su creación imperial.
- e) Después de Adriano carecemos de noticias respecto al imperio de Antonino Pío de cómo se desarrolla el procedimiento de apelación, pudiéndose pensar que siguió realizándose de la forma

representativo sería la última parte de Suetonio, *Nero* 17 que dice: *omnes appellationes a iudicibus ad senatum fierent*. (Todas las apelaciones de los jueces devenían al senado). DE MARINI AVONZO, *La funzione...* op. cit., p. 38, no puede determinar con certeza que la atribución del senado en materia de apelación hubiese sido observada durante el tiempo en que las fuentes guardan silencio. Aceptando por el contrario tal funcionamiento ver ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 95 a 102; opinión que ya hemos tenido oportunidad de criticar.

⁵⁸ Remito a la obra de ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 33 a 94, con amplia citación de fuentes que demostrarían tal hecho.

anterior, porque, como sabemos, el mencionado emperador confirmó una política de respeto hacia el senado. En lo que concierne a Marco Aurelio encontramos una información en SHA. *vita M. Ant. Phil.* 10.1 que a primera vista podría desconcertar:

Senatum multis cognitionibus et maxime ad se pertinentibus iudicem dedit... (Dio el senado como juez en muchas *cognitiones* y principalmente en aquellas al mismo pertenecientes).

Si Adriano y probablemente Antonino Pío respetaron la función del senado en materia judicial, no se explicaría la razón por la cual se atribuyese nuevamente a Marco Aurelio el otorgamiento al senado de la facultad de actuar como juez en muchas *cognitiones* y especialmente las correspondientes a su atribución (entendiéndose dentro de las mismas a la apelación); salvo que interpretásemos el texto en otro sentido, que si bien es cierto a partir de Adriano la facultad del senado en materia de apelación había sido respetada, los *patres* no actuaron directamente, sino mediante la injerencia del *consilium principis*, y que gracias a Marco Aurelio se readquiría nuevamente la posibilidad de decisión directa en la mencionada materia.

- f) El texto de Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2 (ver nota 4), cuando niega la posibilidad de apelar las sentencias del senado al príncipe con base en una *oratio* de Adriano, reflejaría una situación en que las resoluciones del senado ya eran tratadas previamente en el *consilium principis*, donde el emperador intervenía y tenía prácticamente el poder de decisión de la controversia.

De los datos anteriores podríamos pensar que posiblemente la facultad del senado de resolver controversias en grado de apelación bajo el imperio de Adriano se realizaba mediante una comisión senatorial que estaba compuesta por los mismos miembros que participaron dentro del *consilium* jurisdiccional del emperador; la controversia de la herencia de Rústico que originó el Juvenciano pudo haber sido resuelta en segunda instancia dentro del mismo *consilium* formulándose mediante una *oratio principis* que una vez aprobada por el senado se transformaría en un senadoconsulto; tratemos de cons-

tatar a continuación la probable intervención de los juristas citados en S. H. A *De vita Hadriani* 18.1 en la realización del mencionado ordenamiento.

IV. FUNDAMENTO MATERIAL DE NUESTRA HIPÓTESIS: LA PROBABLE FORMULACIÓN DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO POR PARTE DE JURISCONSULTOS

El Juvenciano no es el único senadoconsulto emanado por iniciativa de los juristas componentes del *consilium principis*; en efecto, es posible identificar en otros senadoconsultos de la época de Adriano indicios que permiten suponer la intervención de los mismos en su realización como sería en los siguientes casos:

- a) En un senadoconsulto en materia de ciudadanía citado indirectamente en las Instituciones de Gayo 1.30,77,80,81,92⁵⁹ que modificó el principio de la ley Minicia (que atribuía a los hijos la ciudadanía del padre o madre que fuese extranjero el *status deterioris parentis*), es posible constatar la actuación de Celso como consejero o bien autor del texto, como adecuadamente ha afirmado Casavola,⁶⁰ porque representaría un claro ejemplo de la aplicación de la regla enunciada por el mismo jurista en D.1.3.18: *benignius leges interpretandae sunt quo voluntas earum conservetur* (más benigno son interpretadas las leyes en que sea conservada la voluntad de éstas).
- b) También la intervención de Celso podría considerarse en un senadoconsulto en materia de legados referido por el mismo en el *libro sexto decimo digestorum* D.28.5.26; al respecto en D.28.5.24 dice:

⁵⁹ El senadoconsulto establece las siguientes reglas: el nacido de ciudadana romana y latino es ciudadano romano; el nacido de ciudadana romana y peregrino no existiendo *conubium* es justo hijo del padre; el nacido de latino y peregrina o de peregrino y latina sigue la condición de la madre; si la peregrina haya concebido vulgarmente y siendo hecha ciudadana romana paria, el hijo es ciudadano romano, pero si haya concebido de un peregrino según las leyes y costumbres de los peregrinos pare un ciudadano romano si también a su padre sea dada la ciudadanía romana; al respecto ver: Claudia TERRENI, "Gaio e l'*erroris causae probatio*", *Labeo*, (1999), pp. 1 a 33.

'Titius et Seius uterve eorum vivet heres mihi esto'. existimo, si uterque vivat, ambo heredes esse, altero mortuo eum qui supererit ex asse heredem fore. ('Ticio y Seyo uno u otro que vivirá, será mi heredero'. Estimo que si los dos vivan, ambos son herederos, si uno de los dos muere el que haya sobrevivido será heredero de la totalidad).

Tal opinión es aplicada analógicamente por el senado a la materia de legados: *idque et in legato eodem modo relicto senatus censuit.* (y esto también en el legado dejado en el mismo modo decidió el senado) en D.28.5.26.

La doctrina⁶¹ ha considerado tal decisión emanada en sede judicial con referencia a un caso concreto y particular; si aceptásemos esta opinión, parecería posible la inspiración por parte de Celso en la decisión senatorial, aplicando su opinión (*existimo*) de D.28.5.24 a un caso análogo presentado al senado en grado de apelación.⁶²

Diffícilmente podríamos aceptar la posición de Arcaria⁶³ que la decisión senatorial fuese anterior a la opinión de Celso, porque parecería poco probable que el jurista encontrase en el senadoconsulto un precedente autorizado que respaldase su opinión cuando el propio Celso formando parte del *consilium principis* daba los principios generales contenidos en las disposiciones senatoriales mediante *orationes*; así también, la sucesión lógica del discurso demostraría que es anterior el principio establecido para los herederos, y que posteriormente sería realizada la extensión a los legatarios; en efecto se dice: *idque et in legato...*(y esto también en un legado...).

⁶⁰ Franco CASAVOLA, "Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano ed Antonino Pio", *Labeo*, v. 14 (1968), pp. 251 a 270; *Giuristi Adrianei* (s/e, Jovene, Nápoles, 1980), pp. 197 a 226.

⁶¹ En tal sentido DE MARINI AVONZO, *La funzione*, op. cit., pp. 48 y 49; ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 253 a 256.

⁶² Parte de la doctrina ha tratado de identificar en la presente decisión el denominado senadoconsulto Aciliano, como Pietro CERAMI, "La concezione celsina del *ius*", *Annali Palermo*, v. 38 (1985), p. 187; no obstante, nos parecería posible considerar que fuese una decisión autónoma, en el mismo sentido ver: Richard J. A. TALBERT, *The senate of imperial Rome* (s/e, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1984), p. 454; ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., p. 256.

⁶³ *Senatus censuit*, op. cit., p. 255.

Según nuestra tesis, si el senadoconsulto Juvenciano fue predispuesto dentro del *consilium principis*, los juristas adrianeos que lo integraron debieron haber intervenido en su formulación, y tal hecho hubiese podido reflejarse en sus obras. Haciendo una comparación entre los textos que han llegado a nosotros de los jurisconsultos citados en S. H. A. *De vita Hadriani* 18.1 y las disposiciones del senadoconsulto Juvenciano, es posible identificar que el contenido de estas últimas son referidas o por lo menos encuentran analogía con el pensamiento de Celso y de Juliano; en el caso de Neracio Prisco, por el contrario, no encontramos referencias que hagan pensar en su posible intervención. Esto podría explicarse con la edad avanzada del mencionado jurista (recordemos que ya había sido consejero de Trajano) que no se sabe si todavía en el año 129 d. C., se encontrase en plena actividad.

1. La intervención de Juvencio Celso en la elaboración de nuestro senadoconsulto encuentra confirmación en D.5.3.45; D.5.3.13.13; D.5.3.18.1

Dentro de las obras de Celso, la correspondiente al libro *quarto digestorum* que Lenel⁶⁴ denominó *Si hereditas petatur* en su palingenesia, menciona nuestro argumento; los textos que tienen relación con el senadoconsulto son referidos bien sea de forma directa por el mismo Celso en D.5.3.45 como indirectamente por Ulpiano en D.5.3.13.13 y D.5.3.18.1. El primero dice de la siguiente forma:

Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditas petitioni optulit, ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi. (El que se ofreció a la controversia, no poseyendo la cosa, es condenado, a no ser que pueda ostentar con evidentes pruebas, que el actor sabía desde el inicio de la controversia, que él no poseía; porque de este modo no fue engañado. También el que se ofreció a la petición de la herencia, se obliga por la cláusula de dolo; y a la verdad, convenirá que se estime lo que a aquel le importó no ser engañado).

⁶⁴ Otto LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (Akademische Druck-U. Verlagsanstalt, Graz-Austria), v. 1, p. 132.

Del presente pasaje podemos constatar que Celso trató en el libro *quarto digestorum* un problema que se encuentra reflejado en el senadoconsulto de su mismo nombre, consistente en la legitimación pasiva del demandado que no posee el cuerpo hereditario, aceptando el jurista tal legitimación en virtud del principio *dolus pro possessione est*. Tal criterio es afirmado en D.5.3.20.6c,⁶⁵ porque los invasores de los bienes hereditarios conociendo la ilegitimidad de su posesión los habían abandonado antes de la *litis contestatio*, hecho irrelevante para excluirlos de la responsabilidad respectiva, *perinde condemnandos quasi possiderent* (deberán ser condenados lo mismo que si los poseyeran).

También Ulpiano en el libro *quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.13 realiza indirectamente la citación del presente texto:

Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. (Pero no sólo puedes pedir la herencia a él que posee un cuerpo hereditario, sino también si nada posee. Y se ha de ver, si no poseyendo, se hubiere, sin embargo, ofrecido a la petición, ¿quedará acaso responsable? Y escribe Celso en el libro cuarto de los digestos, que es responsable por el dolo; porque obra con dolo el que se ofrece a la petición. Cuya opinión la aprueba en general Marcelo en Juliano, cuando dice que cada uno que se ofrece a la petición se obliga como si poseyera).

Como podemos observar el mismo principio referido por Celso es citado por Ulpiano; interesante resulta la referencia de Marcelo en Juliano: (*Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat*), porque demostraría que Marcelo compartiendo la opinión de Celso comentó los *digesta* de Juliano (probablemente el *liber sexagensimus* como veremos más abajo) en la que se trataba un problema que tenía relación con el senadoconsulto Juvenciano.

⁶⁵ *Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent...* (Del mismo modo los que hubiesen invadido los bienes sabiendo que no les pertenecían, también si antes de la *litis contestatio* hayan hecho, de modo que no los poseyesen, igualmente deben ser condenados, como si poseyesen...).

La tercera referencia al senadoconsulto en la obra celsiana podría verse en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.1:

Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hereditatis videatur teneri? et Celsus libro quarto digestorum recte scribit hunc condemnandum, licet initio nihil possedit. (Si alguien, cuando a él se pidiese la herencia, no era como poseedor ni de la cosa, ni del derecho, pero después adquirió alguna cosa, ¿se entenderá acaso que es responsable por la petición de la herencia? Y escribe Celso en el libro cuarto de los digestos, que éste ha de ser condenado, aunque al principio nada poseyó).

Tal texto nos recuerda la controversia analizada en nuestra investigación anterior,⁶⁶ al iniciarse la *vindicatio caducorum* los coherederos habían vendido los *caduca* y recibido un precio; la mencionada situación había ocasionado que los demandados no tuviesen ni la posesión, ni algún derecho sobre los mismos; no obstante, al haber adquirido el precio se encontrarían igualmente obligados, como lo expresaría el senadoconsulto en D.5.3.20.6b.⁶⁷

Cabe destacarse que con base en los textos considerados anteriormente Celso en el libro *quarto digestorum* presenta problemáticas relacionadas con el senadoconsulto Juvenciano, como serían las referentes al principio *dolus pro possessione est* y la subrogación del precio a la herencia; si bien tales principios son aplicados a la *petitio hereditatis*, es posible considerar que los mismos los hubiera utilizado el mencionado jurista en la resolución de la controversia de Rústico que originó el Juvenciano aplicándolos a la *vindicatio caducorum*.

⁶⁶ GONZÁLEZ ROLDÁN, "Senatusconsultum Iuventianum", *op. cit.*, pp. 140 a 148.

⁶⁷ *Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaevae fuissent, restituere debere.* (También es decidido que aquellos a quienes se hubiese pedido la herencia, si contra ellos se hubiese juzgado, deban restituir los precios que a poder de ellos hubiesen llegado de los bienes vendidos procedentes de la herencia, aunque hubiesen perecido o se hubiesen disminuido antes de pedida la herencia).

2. La teoría de Juliano sobre la responsabilidad del poseedor hereditario frente al heredero no contradice los postulados del Juvenciano, sino por el contrario lo confirma

En cuanto a la intervención de Juliano el problema presenta una mayor dificultad, porque jamás hace una referencia directa al Juvenciano e incluso parte de la doctrina ha considerado que ciertas soluciones del mismo ignoran, contradicen o simplemente se separan del mencionado ordenamiento;⁶⁸ tales posiciones se fundamentarían en los siguientes textos:

Paulo, libro XX *ad edictum* D.5.3.30:

Julianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atqui secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit; quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere, id est vel sortem et usuras eius, si et eas percepit, vel nomina cum eorum cessione in id faciendam, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris. (Escribe Juliano, que el actor debe elegir si es que quiera percibir sólo el capital, o también los intereses con el riesgo de los créditos. Pero según esto, no observaremos lo que quiso el senado, que el poseedor de buena fe se obligue por cuanto sea más rico; porque qué se dirá, si el actor eligiera el capital, que no puede ser conservado? Así, pues, se ha de decir respecto al poseedor de buena fe, que él debe entregar sólo esto, a saber, o el capital y sus intereses, si también los percibió, o los créditos con la cesión que de ellos debe hacer por lo que por los mismos aun se debiese, a riesgo, por supuesto del demandante).

⁶⁸ De la opinión que Juliano jamás aplicó el Juvenciano a la materia hereditaria se encuentra Charles APPLETON, "La date des *Digesta* de Julien", *RHDE*, v. 34 (1910), pp. 747 a 771; que lo hubiera conocido pero aplicado de forma parcial ver: Arnold LEINWEBER, *Die Hereditatis Petitio* (s/e, Carl Heymanns, Berlín, 1899), pp. 88 a 91; que en el momento en que redactó el libro sexto de sus Digestos todavía no había sido promulgado y, por lo tanto, su pensamiento es contrario al mismo: Hermann Fitting, *Alter und Folge der Schriften Roemischer Juristen von Hadrian bis Alexander* (zweite, Voellig neue Bearbeitung, Osnabrueck; Otto Zeller, 1965), p. 26; en contra de las presentes posturas confrontar a CARCATERRA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, *op. cit.*, pp. 145 a 160.

Adecuadamente Longo⁶⁹ y Schipani⁷⁰ han explicado el pasaje en el sentido que el demandado ha dado dinero de la herencia en mutuo; Juliano le otorga al actor la decisión entre la restitución del capital y la cesión del crédito e intereses; la contraposición entre el presente texto y el senadoconsulto Juvenciano consistiría según Fitting⁷¹ en que mientras el segundo fundamenta el criterio de responsabilidad en la buena o mala fe, en el caso del primero tal distinción parecería irrelevante con base en el reproche que le realiza Paulo a Juliano (*atqui secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit...*); si bien es cierto, en el presente caso no podemos afirmar que la buena fe sea el criterio de responsabilidad que fundamenta la posición juliana, tampoco podemos descartar que no sea un presupuesto *sine quo non* de la presente hipótesis, porque si Paulo afirma que, siguiéndose el criterio de Juliano, no se respeta el principio del senadoconsulto en D.5.3.20.6c que el poseedor de buena fe se obligue por cuanto sea más rico, podría pensarse que la aplicación de tal hipótesis se refiriese exclusivamente a tal poseedor, porque la crítica se centra sobre dicho aspecto y no sobre la mala fe que también podría tener el mencionado poseedor que celebra el mutuo.⁷²

Ahora bien, si en el presente caso se trata de la responsabilidad que tenía el poseedor de buena fe frente al heredero por el respectivo crédito, veamos a continuación si dicha solución propuesta por Juliano efectivamente contradice los principios del senadoconsulto o por el contrario los confirma:

1. *El heredero opta por la entrega del capital.* En tal hipótesis, si bien el poseedor de la herencia debería restituir la cantidad dada

⁶⁹ Giannetto LONGO, *L'Hereditatis Petitio* (s/e, Padova, Cedam, 1933), p. 176.

⁷⁰ Sandro SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale* (s/e, Giappichelli, Torino, 1971), pp. 185 a 187.

⁷¹ Fitting, *Alter und Folge der Schriften Römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, op. cit., p. 26; así también aceptando tal contraste ver: APPLETON, "La date des *Digesta* de Julien", op. cit., pp. 734, 758.

⁷² Adecuadamente CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, op. cit., p. 154, afirma que en el presente pasaje no existía razón para que Juliano distinguiera entre buena y mala fe, dicha distinción se encuentra *in re ipsa*, aparte que posiblemente los compiladores sintetizaron el texto, porque como puede constatarse inicia con *Julianus scribit...*, sin citar la obra y el libro de Juliano cuando normalmente la cita es completa.

en mutuo, conservaría las acciones para exigirle al mutuatario el crédito así como sus respectivos intereses; esto significa, que entregando el capital obtiene el poseedor un beneficio porque permanecerá con los intereses, confirmándose así el principio establecido en el Juvenciano que los poseedores de buena fe no deberán entregar las *usuras*.⁷³

2. *El heredero opta por los intereses con el riesgo de los créditos.* En dicho caso el actor no recibe el dinero de la herencia, sino un derecho de crédito para obtener del mutuatario la cantidad prestada así como los intereses que se obtendrían una vez cumplida la obligación. Carcaterra⁷⁴ afirma que no se aplica el Juvenciano, argumentando que las razones se deben a que en tal ordenamiento no se había establecido nada respecto al riesgo de la insolvencia, se dejaban los intereses al demandado porque la *sors* había sido pagada por el deudor, no se asumía ningún riesgo por parte del heredero situación por la que los intereses le correspondían a los poseedores; en el presente caso, el hecho de que el riesgo a la insolvencia del deudor lo asuma el heredero, le otorga la posibilidad de obtener los respectivos intereses a diferencia del Juvenciano. Nosotros estamos de acuerdo con Carcaterra en el hecho de que se trata de una hipótesis diferente al Juvenciano, porque en este último no existió riesgo respecto a la insolvencia del deudor; el poseedor se libera transmitiendo los créditos, y si bien es cierto, no obtendrá los intereses respectivos, también cabe destacar que en el presente caso desconocemos si dichas *usuras* fueron entregadas parcialmente o en su totalidad; tal hecho no significa una contraposición al senadoconsulto, porque como es notorio, los intereses a los que tendrá derecho el poseedor de buena fe de acuerdo con D.5.3.20.6a serán los efectivamente obtenidos (*placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas*), y no aquellos que parcialmente o en un futuro podrán ser recibidos.

Sobre el reproche que realiza Paulo a Juliano referente a la presente solución, no sabemos hasta qué punto pueda ser válida, porque al preguntarse Qué se dirá, si el actor eligiera el capital

⁷³ En el mismo sentido CARCATERRA, *idem*, p. 154.

⁷⁴ CARCATERRA, *idem*, p. 154.

que no puede ser recibido? La respuesta de acuerdo con la solución de Juliano sería que el actor no obtendría el capital dado en mutuo por falta de liquidez del poseedor; sin embargo, esto no implica una contraposición al senadoconsulto respecto a que será obligado “por cuanto sea más rico”, porque la falta de liquidez, no significa necesariamente la insolvencia del demandado, ya que en último de los casos tiene un crédito a su favor que le permitiría cumplir con su respectiva obligación.⁷⁵

El texto de Ulpiano, en el libro XV *ad edictum* D.5.3.33.1, cita al jurista adrianeo de la siguiente forma:

Iulianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestitutum, imputaretur enim ei, si non distraxisset; quodsi necessarium hereditati, si quidem vivit, ipsum praestandum, si decesserit, fortassis nec pretium. Sed non passurum iudicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari, scribit; et verius est. (Escribe Juliano, que si el poseedor hubiera vendido un esclavo, si verdaderamente no era necesario a la herencia, en la petición de la herencia deberá entregar el precio, porque se le imputaría, si no lo hubiese vendido; pero si era necesario a la herencia, si es que vive, deberá entregar el mismo, mas si hubiere fallecido, acaso ni aun el precio. Pero escribe, que no ha de con-

⁷⁵ La doctrina ha negado la genuinidad de tal parte del texto; así Gerhard BESELER, *Beitraege zur Kritik der roemischen Rechtsquellen* (s/e, Tuebingen, J. C. B. Mohr, 1910), p. 63; Emilio ALBERTARIO, “La Responsabilidad del *bonae fidei possessor* fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti”, *BIDR* (1914), v. 26, p. 280, núm. 1, considera que tal es una muestra de la “spiccata tendenza” de alterar y remanear notablemente los textos; a LONGO, *L’Hereditatis Petitio*, *op. cit.*, p. 177, le parece bizarro el reproche que le hizo Paulo a Juliano desde un punto de vista formal; sin embargo, no explica la razón por la que los justinianos le atribuyeron a Paulo una afirmación que jamás diría; así también CARCATERRA, *op. cit.*, p. 153, porque si bien al inicio Juliano decía *actorem eligere debere*, en la siguiente parte dice: *dicendum itaque est in bonae fidei possessore haec tantummodo eum praestare debere...sortem et usuras...vel nomina*; de lo anterior, el supuesto reproche que Paulo realiza a Juliano no solamente no es válido, sino que él mismo no lo aplica, porque constriñe al poseedor de buena fe a restituir *nomina cum usuris*, mientras que el Juvenciano lo exonera de la devolución de los frutos e intereses; respetuosos de la claridad de tal parte encontramos a Joseph DÉNOYEZ, *Le défendeur á la pétition d’héritité privée en Droit Romain* (s/e, París, Publications de L’Institut de Droit Romain de L’Université de París, 1953), p. 152; así también SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto... op. cit.*, p. 186, acepta como clásica la opinión de Paulo, que se fundamentaría en la distinción existente entre *bonae* y *malae fidei possessor*.

sentir el juez, que conoce del asunto, que el poseedor se lucre el precio; y es más verdadero).⁷⁶

Sobre el presente texto cabe antes que nada tratar de determinar el significado de (*necessarium-non necessarium*) *hereditati* porque tal distinción es la razón de los diferentes criterios de responsabilidad propuestos. Según nuestra opinión, de acuerdo con las recientes investigaciones de la romanística moderna sobre el papel de los esclavos en la gestión de las actividades económicas,⁷⁷ podemos realizar la hipótesis que un *servus* es o no necesario a la herencia conforme con el papel que desempeñe dentro de la administración de la misma; por ello, Juliano tomando en consideración tal diferencia, es de la idea que si el esclavo no es necesario a la herencia, será suficiente que el poseedor entregue el precio al heredero; mientras que, si por el contrario, resulta necesario, deberá entregar al mismo, porque como es notorio, una actividad comercial sin el empresario que conoce su gestión difícilmente podrá continuar a producir rendimientos económicos para la herencia.

⁷⁶ Dentro de la doctrina interpolacionística BESELER, *Beitraege...*(1913), Drittes Heft, *op. cit.*, p. 114, considera como no genuina la parte que va de *imputaretur a distraxisset*; así también, *idem* (1920) Viertes Heft, p. 18, la que va de *sed non a verius est*; porque según él una buena administración puede sugerir, pero no imponer de enajenar una cosa no completamente útil; en el mismo sentido CARCATERRA, *op. cit.*, p. 223; Longo, *op. cit.*, p. 170, que si bien acepta como interpolada la parte que va de *imputaretur a distraxisset* agrega además *fortassis nec pretium*; la primera frase porque dentro del desarrollo armónico del texto aparece como un elemento intruso, teniendo el aspecto inconfundible de una anexión posterior hecha por quien trata de explicar el criterio que se encontraba expresado en el texto clásico; pero según nuestra opinión no existen razones para negar que dicha explicación pudiese corresponder al mismo jurista; la segunda porque sustituye inmediatamente una dudosa y reciente afirmación a la forma negativa originaria del texto (confrontar dicha opinión con lo que diremos a continuación); SCHIPANI, *op. cit.*, p. 176, sin negar las presentes críticas textuales acepta su sustancia clásica.

⁷⁷ Bajo diferentes enfoques ver: Ignazio BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi* (s/e, Nápoles, Jovene, 1976), pp. 3 a 181; Andrea DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager* (s/e, Milán, Giuffrè, 1984), pp. 207 a 340; del mismo autor, “*Filius, servus, libertus*, strumenti dell’impreditore romano, *Imprenditorialità e diritto nell’esperienza storica*, a cura di M. Marrone (s/e, Palermo, Palumbo, 1992), pp. 231 a 260; Aaron KIRSCHENBAUM, *Sons, slaves and freedmen in Roman commerce* (s/e, Nueva York-Jerusalem, The magnes press, 1987), pp. 31 a 89; Filippo GALLO, “*Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano*”; *Imprenditorialità*, *op. cit.*, pp. 133 a 168; Jean-Jacques AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome* (s/e, Leiden-New York-Koeln, Brill, 1994), pp. 64 a 84; András FOLDI, “Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law”, *RIDA* (1996), pp. 179 a 211.

A Juliano no le interesa el problema de los medios que podrá emplear el poseedor para poder entregar el esclavo ya vendido; lo cierto es que deberá entregarlo. No obstante, sobre tal aspecto se cuestiona que sucedería si hubiese fallecido, y al respecto la respuesta *fortassis nec pretium* ha hecho pensar que el jurista adrianeo tuviera una posición diferente a la del Juvenciano,⁷⁸ porque en D.5.3.20.6b el senadoconsulto es claro en afirmar que los precios deberán ser pagados aunque las cosas hubieren perecido (*et si eam ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*); no obstante, tal opinión nos parece poco probable, porque, como puede constatar en el texto, la respuesta de Juliano está precedida del término *fortassis* que da una idea de duda, la cual inmediatamente viene acompañada de un “*sed*” que se contrapone a la presente afirmación refiriendo Ulpiano la efectiva concepción de Juliano con la que está también de acuerdo, consistente en que el juez que conoce la controversia no debe consentir que el poseedor se lucre con el precio: *sed non passurum iudicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari, scribit* (Juliano).⁷⁹

Ahora bien, ciertamente en el senadoconsulto falta cualquier distinción respecto al grado de responsabilidad del poseedor dependiendo de la necesidad o no de la cosa vendida y que la solución juliana en D.5.3.33.1 presenta una sutileza científica mucho mayor; no obstante, debemos recordar que el Juvenciano es simplemente una sentencia de apelación referente a un caso práctico, y los *caduca* vendidos al tener la naturaleza de bienes inmuebles (como lo demostraría el

⁷⁸ Así FITTING, *Alter und Folge... op. cit.*, p. 26, presenta tal término como prueba que el libro sexto de los Digestos de Juliano había sido elaborado antes del senadoconsulto, por la existencia de tal contradicción; SCHIPANI, *Responsabilidad del convenuto... op. cit.*, p. 178, aceptando la ausencia de coincidencia entre el senadoconsulto y la posición juliana en cuanto a resultados prácticos, es de la idea que el tratar de armonizar ambos ordenamientos significaría esconder la originalidad de la contribución del jurista adrianeo.

⁷⁹ LONGO, *L'Hereditatis Petitio, op. cit.*, p. 170, bajo un criterio interpolacionístico altera el texto considerando que verosíblemente Juliano decía *si decesserit <ne pretium quidem>*; así también considera inseridas las frases *<imputaretur enim ei si non distraxisset>*, y *<fortassis nec pretium>*, porque según él para Juliano si el esclavo había muerto y faltaba el dolo o la culpa era de la idea de la absolución de la parte demandada; no obstante, nos parecería difícil pensar que Juliano fuese de la idea de la absolución de la parte demandada cuando el poseedor había recibido un precio por la venta de una cosa ajena, lucrándose de tal manera con el mismo sin que existiese una causa jurídica para que pudiera conservarlo.

término *invasissent* utilizado en tal ordenamiento), no daba lugar a mayores precisiones, porque según nuestra opinión, la necesidad o no de una cosa hereditaria depende principalmente del papel que desempeñe dentro de la herencia.

El texto de Juliano en D.5.3.33.1 es análogo al de Ulpiano, en el libro XV *ad edictum* D.5.3.20.1 que dice:

Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Iulianus libro sexto Digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi; at si sui causa emit, pretium venire. (Pero no todas las cosas que se compraron con dinero de la herencia, van comprendidas en la petición de la herencia. Finalmente, escribe Juliano en el libro sexto de los Digestos, que si el poseedor hubiere con dinero de la herencia comprado un esclavo, y a él se le pidiera la herencia, va comprendido en la petición de la herencia, sólo si interés a la herencia que el fuera comprado; pero que si lo compró por interés propio, se comprende el precio).⁸⁰

Como podemos constatar, el presente texto trata la hipótesis contraria, el poseedor compró con dinero de la herencia un esclavo; su responsabilidad dependerá según Juliano de que el *servus* sea o no del interés de la herencia; en el primer caso, deberá entregarse al mismo, mientras que en el segundo, se dará el precio. Como habíamos afirmado anteriormente, que un esclavo sea conveniente o no a la herencia dependerá de su función respecto a la *hereditas*.

Que dichos textos no sigan los mismos criterios que el Juvenciano, no nos parece adecuado, porque como podemos observar, se afirma el principio de la subrogación del precio a la cosa vendida extendiéndose incluso a la cosa comprada; ciertamente falta en el senadoconsulto la distinción entre (*sui causa-hereditatis interesse*;⁸¹ *necessarium-non*

⁸⁰ Sobre la relación existente entre el presente texto y D.5.3.33.1, ver LONGO, *L'Hereditatis Petitio... op. cit.*, p. 169; SCHIPANI, *Responsabilidad... op. cit.*, pp. 175 a 180.

⁸¹ Lo que se entiende con la presente expresión lo explica ULPIANO en D.5.3.20.pr de la siguiente forma: *Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, ut puta mancipia, pecoraque, et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata.* (Asimismo se comprenden en la herencia también las cosas que fueron compradas por causa de la herencia, por ejemplo, los esclavos, los ganados, y algunas otras cosas que por necesidad se compraron para la herencia). Sobre el esclavo, ya explicamos

necessarium); pero como hemos apreciado, dichos criterios se relacionan con el papel y la importancia del esclavo en el ámbito de la herencia, y en el caso de la controversia de Rústico con referencia a los bienes hereditarios vendidos no tenía relevancia el mencionado aspecto.

Ciertamente en D.5.3.33.1 y D.5.3.20.1 falta la distinción entre buena y mala fe que el Juvenciano utiliza como criterio de responsabilidad, pero cabe hacer notar que el poseedor actuando de una u otra forma, deberá entregar bien sea el esclavo o el precio; el problema de los intereses que representa la consecuencia práctica de la distinción del senadoconsulto no es tratado en dichos textos, porque no representa el argumento central de la presente problemática; si el esclavo es necesario a la herencia deberá entregarse, bien sea que el poseedor haya actuado de buena fe o de mala fe; debemos recordar también que los presentes pasajes son referencias indirectas que para diferentes finalidades realizó Ulpiano sobre el libro sexto de los Digestos de Juliano,⁸² que al no haber llegado a nosotros en su integridad, podrían haber incluido también alguna especial referencia a los intereses percibidos; de lo anterior, podríamos considerar que los criterios de responsabilidad *sui causa-hereditatis interesse* y *necessarium-non necessarium* no son alternativos al de buena o mala fe enunciados en el Juvenciano sino complementarios, solucionando problemas específicos que nuestro senadoconsulto no trata.

Ya Carcaterra⁸³ había constatado cómo en el fragmento D.5.3.33.1 aplícase el criterio establecido en el senadoconsulto y en la *oratio*: "*possessorem* (de buena o de mala fe) *non facere lucrum*"; y efectivamente la devolución del esclavo o del precio es una muestra de que al poseedor no se reconoce dicho lucro.

Juliano, específicamente en el libro *sexagensimo quarto*, cuyo título fue denominado por Lenel "*Ad legem Aeliam Sentiam*",⁸⁴ D.4.2.18 dice lo siguiente:

arriba que su necesidad probablemente dependa de la importancia que desempeñe para la administración de la herencia, el caso de los ganados porque son objetos necesarios para la explotación y producción del patrimonio hereditario.

⁸² Confrontar LENEL, *Palingenesia*, *op. cit.*, pp. 329 a 330.

⁸³ CARCATERRA, *op. cit.* pp. 226 a 228.

⁸⁴ *Palingenesia*, *op. cit.*, p. 472. Sobre el problema de que si el mencionado texto corresponde efectivamente al libro *sexagensimo quarto* se ha manifestado en contra

Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiore dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescripsit ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent. (Si la misma cosa, que llegó a otro se perdió, no decimos que es más rico; pero si haya sido convertida en dinero o en otra cosa, no debe ya ser buscado, cuál sea el resultado, pero en todos modos resulta que es hecho rico, aunque después la pierda. En efecto, también el emperador Tito Antonino a Claudio Frontino sobre los precios de las cosas hereditarias hizo un rescripto que a causa de esto mismo puede pedirse a él la herencia porque, aunque las cosas que habían estado en la herencia no se encuentran ya en su poder, sin embargo, el precio de estas cosas con el cual se enriqueció o así haciendo ha cambiado la especie, lo obliga como si las cosas hubiesen sido permanecido todavía en su individualidad).

El problema que trata es el referente al enriquecimiento del poseedor de la cosa hereditaria ajena, presentando dos hipótesis; la primera que tal perezca cuando haya llegado al poseedor, en dicha situación no es considerado como enriquecido (el término *alius* indica al poseedor que es "otro" respecto al legitimado activo a la *hereditatis petitio*); la segunda, si la transformase en dinero o en otro bien (entiéndase por haberla vendido o permutado), existiría enriquecimiento independientemente de la pérdida del nuevo objeto con consecuente responsabilidad frente al heredero.

Tal texto, según parte de la doctrina,⁸⁵ mostraría que Juliano no aplicó el Juvenciano porque falta la distinción entre buena y mala fe, así como una cita expresa al mencionado ordenamiento.

Appleton, "La date des Digesta de Julien", *op. cit.*, pp. 783 a 784, seguido por CARCATERRA, *op. cit.*, pp. 147 a 148; Antonio GUARINO, "Salvius Iulianus. Perfil biobibliográfico", Labeo (1964), v. 10, p. 413; porque consideran que el contenido del mismo no se refiere a la ley *Aelia Sentia*, como se expresa en la *inscriptio*; tal es debida a un error del copista, que al ver LBIV, esto es "libro cuarto" lo interpretó como si dijera LXIV. En el libro IV al tratarse de la *actio quo metus causa* la especie correspondería adecuadamente. En sentido contrario Cuyacio (citado por APPLETON, *op. cit.*, p. 784 y Carcaterra, *op. cit.*, p. 147); Lenel, *Palingenesia*, *op. cit.*, p. 472; LONGO, *L'hereditatis petitio*, *op. cit.*, p. 238.

⁸⁵ Arnold LEINWEBER, *Die hereditatis petitio* (s/e, Berlín, 1899), pp. 88 a 91, que utiliza como fundamento principal para considerar que Juliano apartándose del Juvenciano

En lo que respecta al primer punto, no consideramos que hubiera sido necesario realizar tal distinción, ya que bien sea que el poseedor actúe de buena o de mala fe, podrá exigir el heredero el dinero o la otra cosa en la que se subrogó (los intereses representan otro aspecto no tratado en el presente texto); comparando dicho pasaje con D.5.3.33.1 es posible comprobar nuevamente que el precio por el objeto vendido (bien sea un esclavo o bien inmueble) deberá ser entregado al heredero. El principio de dicha subrogación se encuentra en la parte de la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22 (*in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse*), así como en el propio senadoconsulto, en D.5.3.20.6b (*Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent...*). La afirmación que la pérdida de estas cosas no sería un obstáculo para su exigencia, se encuentra bien sea en D.4.2.18: *sed omnimodo locuples factus videtur, liceat postea deperdat*, así como en nuestro senadoconsulto en el §6b. (*...etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*).

La segunda crítica consistente en que falta una referencia expresa al Juvenciano no es decisiva, porque el término “*et*” (también) utilizado en D.4.2.18 con el que Juliano presenta la disposición imperial (*nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino*) podría significar una cita al senadoconsulto,⁸⁶ o bien que además de la presente disposición existirían otras donde el criterio anterior encontraba aplicación; según nuestra opinión, no existen razones por las que Juliano hubiera tenido que hacer una cita expresa, porque dicha disposición si bien representó importancia en diferentes materias, pudo colocarse como uno de tantos casos prácticos solucionados jurídicamente por el jurista actuando como consejero del príncipe; posiblemente en el tiempo en que redactó tal texto tenía más presente el rescripto de Antonino Pío por ser posterior a nuestro senadoconsulto.⁸⁷

tuvo una teoría diferente en materia de responsabilidad por parte del poseedor; FITTING, *Alter und Folge...* op. cit., p. 28; APPLETON, “La date des Digesta de Julien”, op. cit., pp. 749 a 752.

⁸⁶ En tal sentido, APPLETON, op. cit., p. 151.

⁸⁷ Si en el libro XLII Juliano hace referencia a su consulado con Antonino Pío, ciertamente el rescripto del mencionado emperador es más cercano al tiempo en que redactó el libro LXIV; sobre el presente problema ver FITTING, *Alter und Folge...* op. cit., pp. 21 a 32;

De lo anterior, hemos podido constatar no sólo la dificultad que implica aceptar una contradicción entre los presentes textos y el Juvenciano, sino que además, encontramos en los mismos, la aplicación de principios complementarios a los de este último; así también la subrogación del precio a la herencia es confirmada en la cita que hace Ulpiano a Juliano en el libro *quinto decimo ad edictum* D.5.3.16.5:

Idem Iulianus ait, sive quis possidens sive non rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri, sive iam pretium recepit sive petere possit, ut et hic actionibus cedat. (El mismo Juliano dice, que si bien poseyéndola o bien no, hubiere alguno vendido la cosa, es responsable por la petición de herencia, si bien ya recibió el precio, si bien pudiera pedirlo, para que también en este caso ceda las acciones).

Según Juliano el vendedor de la cosa perteneciente a la herencia bien sea que la posea o bien que la haya dejado de poseer será responsable del precio recibido, y en caso de que todavía no lo hubiera obtenido deberá ceder las respectivas acciones que tiene en contra del comprador. Tanto en el presente texto como en el senadoconsulto Juvenciano podemos constatar la aplicación del principio de la subrogación del precio a la herencia (D.5.3.20.6a y en la parte de la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22), porque como recordaremos, en la controversia de la herencia de Rústico los vendedores al haber recibido el precio resultaban obligados a restituirlo al fisco por ser el nuevo titular de la parte de la herencia transformada en *caduca*.

Si bien es cierto, la subrogación del precio a la herencia es referida a la *petitio hereditatis* y no a la *vindicatio caducorum*, podríamos pensar, que tal criterio lo hubiese aplicado Juliano también a la materia fiscal, con base en la identidad de situaciones: mientras que en la primera es el heredero el que exige al poseedor la cosa o bien el beneficio que hubiese obtenido por la misma (precio o precios), en la segunda, el fisco al subrogarse en los derechos del heredero pide igualmente los mismos; en ambos casos, tanto el heredero como el fisco son titulares de la herencia o de una cuota de la misma.

GIRARD, “La date de l’édit de Julien”, op. cit., pp. 214 a 248; con fuertes dudas confrontar a APPLETON, “La date del Digesta...” op. cit., pp. 731 a 747 y 771 a 793.

Cabe a continuación determinar si Juliano realizó distinción entre posesión de buena o de mala fe en materia de responsabilidad del llamado a juicio en una petición de herencia; en cuanto al primer aspecto, hemos visto que en D.5.3.30 parecería que el caso se limitase a la *bona fides*, así también en el libro *LX digestorum* D.5.3.55 se trata la siguiente problemática:

Evicta hereditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia exegisset non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet. (Evicta la herencia el poseedor de buena fe restituirá no solamente la cantidad tal cual, sino el doble de lo que hubiese percibido por la ley Aquilia; ya que no debe hacer lucro en lo que por causa de la herencia hubiera recibido).⁸⁸

El caso anterior trata el problema del poseedor de buena fe que sufrió un daño en la herencia por parte de un tercero, cuya injustificada resistencia, la *infinitio*, ocasionó su condena al doble;⁸⁹ al realizarse la evicción de la herencia, el mencionado poseedor deberá entregar a su titular no sólo ésta, sino además el lucro obtenido por motivo de la *lex Aquilia*, porque según Juliano no debe conseguir beneficio por la *hereditas*.

Según Lammfromm,⁹⁰ en el presente texto Juliano se refiere al poseedor de buena fe, porque sólo éste y no el *praedo* tiene la posibilidad del ejercicio de la acción de la ley Aquilia mediante una *actio in factum*.⁹¹ Ciertamente la *bona fides* es un presupuesto indispensable

⁸⁸ Sobre la doctrina interpolacionística ver: BESELER, *Beitraege... op. cit.*, p. 31, que considera que los compiladores incluyeron la referencia a la buena fe; así también acepta la teoría de ROTONDI, *Scritti*, v. 2, p. 209, que la referencia al *duplum* es una idea posclásica.

⁸⁹ GAYO 4.9: *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infinitantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae...* (Pero perseguimos la cosa y la sanción en los casos en que ejercitamos por el doble contra quien niega; esto que sucede con la *actio iudicati, depensi*, de daño injusto por la ley Aquilia...); sobre la responsabilidad aquiliana remito a la obra de Sandro Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia criteri di imputazione e problema della culpa* (s/e, Torino, Giappichelli, 1969), pp. 1 a 473.

⁹⁰ Hermann LAMMFROMM, *Zur Geschichte der Erbschaftsklage*, (s/e, Tuebingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1887), pp. 99 y 100.

⁹¹ Sobre el ejercicio de la acción de la ley Aquilia respecto al poseedor de buena fe ver en doctrina: Giuseppe VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini* (s/e, Milán, Giuffrè, 1992),

para que el poseedor hubiera podido obtener tal resarcimiento del daño (independientemente del hecho de que la acción fuera de forma directa o *in factum*);⁹² además de tal constatación, cabe hacer notar que los términos: *lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet* representan la aplicación del principio establecido en el Juvenciano que se ha de quitar todo lucro bien sea al poseedor de buena como de mala fe, de acuerdo con la *oratio* que originó nuestro senadoconsulto en D.5.3.22: *possessorem non facere lucrum* y referencia de Paulo, libro *XX ad edictum* D.5.3.28: *Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni, dicendum est* (Porque después del senadoconsulto se ha de decir, que se ha de quitar todo lucro tanto al poseedor de buena fe como al invasor).⁹³

Según Lenel,⁹⁴ si bien con ciertas dudas, en el libro *sexagensimo digestorum* de Juliano dentro de los argumentos tratados, existía una parte dedicada al senadoconsulto Juvenciano; aunque no podemos afirmar con seguridad que tal obra hubiese considerado nuestro argumento, se encuentran en el texto algunos indicios que nos harían pensar como probable tal hipótesis:

1. Observando la Palingenesia de Lenel⁹⁵ es posible constatar que del libro *LIX* al *XC* los argumentos que trata Juliano correspon-

pp. 303 a 523, específicamente sobre el presente texto ver: pp. 491 a 492; Emilio Valino, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (s/e, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973), p. 73, núm. 109, 74, núm. 110.

⁹² Parecería prevalecer en doctrina la idea de que el poseedor de buena fe pudiere ejercitar la acción de la ley Aquilia de forma directa y no *in factum*, al respecto VALINO, *Acciones pretorias... op. cit.*, p. 73, núm. 109; VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei...*, *op. cit.*, pp. 491 a 492; no obstante, confrontar tal posición con ULPIANO, libro *XVIII ad edictum* D.9.2.11.8; ULPIANO, libro *XVIII ad edictum* D.9.2.17.

⁹³ En el mismo sentido CARCATERA, *L'azione ereditaria... op. cit.*, p. 158.

⁹⁴ Palingenesia, *op. cit.*, p. 466.

⁹⁵ LENEL, *Palingenesia, op. cit.*, pp. 464 a 484; *liber LIX De legibus senatusque consultis: praefatio; ad legem duodecim tabularum: de hereditate legitima; ad SC Tertullianum; liber LX ad SC quod dicitur Iuventianum?; ad legem Cinciam: de donationibus; liber LXI ad legem Falcidiam; liber LXII ad legem Corneliam: de captivis et postliminio; liber LXIII ad legem Aeliam Sentiam 1; liber LXIV ad legem Aeliam Sentiam 2; liber LXV ad legem Aeliam Sentiam 3; libri LXVI, LXVII (no se conservan textos); liber LXVIII ad legem Iuliam de maritandis ordinibus 1; liber LXIX ad legem Iuliam de maritandis ordinibus 2; libri LXX-LXXXV ad legem Papiam; liber LXXXVI ad legem Aquiliam; Rhodiam de iactu; Iuliam de adulteriis; ad senatus consultum Libonianum; liber LXXXVII?;*

den a las leyes y a los senadoconsultos; el principio referido en D.5.3.55 que el poseedor no debe realizar lucro con lo que por causa de la herencia hubiere recibido, debería subsecuentemente estar establecido en alguna ley o senadoconsulto, y de tales disposiciones el Juvenciano podría incorporarlo porque en la *oratio* que lo originó se establece: *possessorem non facere lucrum*.

2. En D.5.3.55 se habla de un poseedor de buena fe de una herencia ajena (*evicta hereditate bonae fidei possessor...*); así también en la controversia de Rústico al estar convencidos los vendedores de los *caduca* que les pertenecían, actuaron consecuentemente también en buena fe.
3. Mientras que en D.5.3.55 el poseedor de buena fe sufrió evicción de la herencia, en la controversia de Rústico que originó nuestro senadoconsulto, si bien dicha evicción no fue realizada (porque los poseedores habían vendido los bienes), se les quitó el beneficio económico que habían recibido, implicando por ello una identidad de consecuencias entre los dos casos que explicaría la posibilidad de aplicación de un mismo principio.

De las razones anteriores (faltan elementos que nos permitan dar mayores pruebas) sería posible aceptar la hipótesis de Lenel que el libro *sexagensimo digestorum* analizase el senadoconsulto Juvenciano, y que si bien tal disposición senatorial no trató problemas de responsabilidad aquiliana, el presente caso fue examinado dentro del presente argumento por ser parcialmente análogo al tratado por el Juvenciano y representar una aplicación del principio *possessorem non facere lucrum*.⁹⁶

La posición de Juliano sobre la responsabilidad del poseedor de mala fe en la petición de herencia podría desprenderse, a nuestro

liber LXXXVIII ad legem Corneliam de adpromissoribus?; liber LXXXIX ad legem Appuleiam de sponsu?; liber XC ad legem Publiliam de sponsu?

⁹⁶ Al respecto el propio JULIANO en el libro *LVIII digestorum* D.1.3.10: *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri*. (Ni las leyes, ni los senadoconsultos pueden escribirse de modo que se comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren, sino que basta que se contengan los que ordinariamente acontecen); sobre el método analógico de Juliano ver: Elmar BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians* (s/e, Koeln-Graz, Boehlau Verlag, 1965), pp. 97 a 121.

parecer, de D.5.3.13.13 (visto anteriormente), porque al tratarse dicho problema por Ulpiano (citando el pensamiento de Celso) hace la siguiente referencia: *Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat...*; de tal constatación podríamos considerar que no sólo Marcelo aceptaba dicha opinión, sino que también Juliano considerase el principio *dolus pro possessione est* en materia de responsabilidad. Dicha suposición podría comprobarse además en Ulpiano, *libro XV ad edictum* D.5.3.16.4:

Iulianus scribit...sed et eum, qui deiecit, petitione hereditatis teneri, quia res hereditarias pro possessore possidet. (Juliano escribe que...pero también aquél que desposeyó es obligado por la petición de la herencia, porque posee los bienes de la herencia como poseedor).

Como podemos constatar, Juliano aceptó el principio que admite la legitimación pasiva del *praedo* en la *petitio hereditatis*, fundamentándose su razón en que el que invade o sustrae bienes ajenos de una herencia será responsable con el titular de los mismos porque posee *pro possessore*, tal criterio es aplicado también a nuestro senadoconsulto en D.5.3.20.6c porque es establecido igualmente que los invasores deben ser condenados.

De lo anterior, hemos podido comprobar la dificultad que significaría aceptar una contraposición entre la doctrina de Juliano y el Juvenciano, ya que en ambos casos, los poseedores de buena o de mala fe serán responsables frente al efectivo titular. Cabe todavía resolver la cuestión si el principio establecido en el senadoconsulto de que los poseedores de buena fe no serán responsables por los intereses respectivos haya sido aplicado por Juliano. Si bien con base en la interpretación que realizamos de D.5.3.30, observamos su probable aplicación, existe un texto de Ulpiano, *libro XV ad edictum* D.5.3.20.2 en donde Juliano, aunque exima al poseedor de la entrega de los frutos, parecería fundamentar tal exención no en la buena fe, sino en otro aspecto, como podemos ver a continuación:

Simili modo, et si fundum hereditarium distraxit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitione venire; quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire, quam pretium. (Del mismo modo, también si vendió un fundo de la herencia, si es que lo vendió sin causa, así el mismo fundo como los frutos se comprenden en la

petición de la herencia; pero si hizo esto para pagar deudas de la herencia, no se comprende más que el precio).

El texto forma parte de una cita que realizó Ulpiano a Juliano⁹⁷ que trata un problema análogo a D.5.3.20.1 enunciado anteriormente; en el presente caso se pregunta el jurista adrianeo sobre el grado de responsabilidad del poseedor de un fundo hereditario que lo vendió (no especificando si tal había actuado de buena o de mala fe). En la solución distingue entre dos aspectos; el primero, si la venta había sido hecha sin causa deberá entregar el fundo y los frutos respectivos, mientras que si fue realizada para pagar deudas de la herencia deberá únicamente el precio.

Según nuestra opinión, el que realiza la venta de un fundo para pagar deudas de la herencia es necesariamente un poseedor de buena fe, porque parecería difícil pensar que el *praedo* que conociendo que su posesión es ilegítima, y que actúa únicamente en interés propio, venda tal cosa para pagar dichas deudas; por ello, si aceptamos tal hipótesis, encontraríamos que al igual que en el Juvenciano la responsabilidad de este poseedor se limitaría simplemente al pago del precio (en conformidad con la aplicación del principio de la subrogación del precio a la herencia). Por otra parte, el que realiza una venta *sine causa*, careciendo de un fundamento para la realización de dicho negocio porque trata de satisfacer un interés personal no legítimo, es probablemente un *praedo*, como puede desprenderse de D.5.3.25, que al considerar como tales a los que invadieron los bienes sabiendo que no les pertenecía la herencia los hacía responsables de la entrega del fundo como de los frutos respectivos.

De lo anterior, el poseedor que pagó deudas de la herencia (entiéndase de buena fe) al estar únicamente obligado al pago del precio, tendría derecho a tener los intereses respectivos, como establece el propio Juvenciano en D.5.3.20.6a (*placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas*); así también, cabe destacar que dicha posición de Juliano es aplicable a la materia de frutos, porque establece en el *liber septimo digestorum* D.22.1.25.1 lo siguiente: *porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est*. (Y a la verdad, el

⁹⁷ Ver al respecto LENEL, *Palingenesia*, op. cit., p. 329.

poseedor de buena fe tiene en cuanto a la percepción de los frutos el derecho que está concedido a los dueños de los predios).

Ahora bien, ya que hemos constatado que la teoría de Juliano de la responsabilidad del poseedor de la herencia frente al efectivo titular encuentra confirmación en el Juvenciano, podríamos tomar en consideración una hipótesis de Carcaterra,⁹⁸ consistente en que la exégesis de Ulpiano sobre el Juvenciano en el libro XV *ad edictum* es una transcripción del pensamiento del jurista adrianeo; aunque dicha aseveración nos parezca excesiva (la cita de la constitución del emperador Severo a Celer del 204 en D.5.3.20.12 y de Papiniano en D.5.3.20.14, hacen cronológicamente imposible tal hecho), podríamos pensar que Ulpiano hubiese utilizado en la realización de su comentario, material que se encontrase dentro de los Digestos de Juliano; con base en dos razones:

- a) En los textos de Ulpiano, libro XV *ad edictum* D.5.3.20.18 y D.5.3.25.17, como adecuadamente observa Carcaterra, al comentarse el Juvenciano se dice en el primero: *Nam et Iulianus libro sexto Digestorum scribit...* (En efecto, también Juliano escribe en el libro sexto de los digestos); en el segundo: *Nam et si id...Iulianus libro quarto Digestorum scribit...* (En efecto también si lo que...Juliano en el libro cuarto de los Digestos escribe...); si el jurista tardoclásico hace referencia a Juliano sobre problemas que se presentan respecto al Juvenciano, con los términos *Iulianus scribit...*, se podría pensar no sólo que Juliano tratase al Juvenciano en sus obras, sino también que dichas citas fueran transcripciones más o menos literales de sus Digestos.
- b) En D.5.3.20.6-21 se aplica el método analógico en el análisis del Juvenciano, que, como es notorio, era usado normalmente por Juliano en el examen de las leyes y senadoconsultos.⁹⁹

⁹⁸ CARCATERRA, op. cit., p. 159.

⁹⁹ Así JULIANO, libro XV *Digestorum* D.1.3.12 dice: *Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendere; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet*. (No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión está presente su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia). Sobre el método analógico de Juliano ver a BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, op. cit., pp. 97 a 121.

3. Identificación de los juristas autores de algunos principios del Juvenciano

A la luz de los indicios que nos confirman que las posiciones jurisprudenciales de Celso como de Juliano se encuentran reflejadas en el senadoconsulto Juvenciano, se pone la cuestión (si bien careciendo de referencias a las discusiones efectuadas dentro del *consilium*), si pudiera ser posible identificar los juristas que propusieron los puntos más significativos de la resolución; según nuestra opinión, sería factible la siguiente hipótesis:

1. El inciso a) del senadoconsulto que trata de la no exigibilidad de los intereses (*placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas*) es una idea expresada por Juliano porque el mencionado jurista afirmó que los poseedores de buena fe tienen derecho a los frutos (confron. D.22.1.25.1 y su aplicación específica a los intereses en D.5.3.30; D.5.3.20.2); así también, la interpretación analógica del presente ordenamiento a casos similares (*idemque in similibus causis*) es una idea propia de Juliano, como se demuestra en D.1.3.10.
2. En el inciso b) la subrogación del precio a la cosa (*item placere, a quibus hereditas petita fuisset, ... pretia, ... restituere debere*) es una idea compartida tanto por Celso (confron. D.5.3.18.1) como por Juliano (confron. D.4.2.18; D.5.3.16.5; D.5.3.20.1; D.5.3.20.2; D.5.3.33.1; D.5.3.55;).
3. En el inciso c) la responsabilidad de los invasores de los bienes (*item eos qui bona invasissent, ... perinde condemnandos*) es una idea de Juliano (confron. D.5.3.16.4); no obstante, la ampliación de tal criterio de responsabilidad, aun en el caso de que los hubieran abandonado, es de Celso (confron. D.5.3.45=D.5.3.13.13).

Después de haber indicado el posible papel de los juristas en la formulación del senadoconsulto Juvenciano en cuanto resultado de las discusiones dentro del *consilium principis*, podemos entender la razón por la que Ulpiano, al referirse al mencionado ordenamiento, no podía dejar de prescindir de la citación de las obras de Celso y de Juliano.

Cabe la cuestión si dentro de las discusiones en el *consilium* hubiesen podido intervenir las partes representadas por sus abogados;

según nuestra opinión, si bien faltan elementos textuales de los que pudiésemos desprender tal conclusión, sería posible considerar tal necesidad¹⁰⁰ porque en el procedimiento fiscal existió un conflicto de intereses entre ambas (fisco y herederos), situación que les permitiría defenderse tanto en primera como en segunda instancia; así también, en tal época se crea la figura del *advocatus fisci*,¹⁰¹ que al tener como función la salvaguarda de los intereses del fisco debió protegerlos en cualquier etapa procedimental.¹⁰²

V. LAS RAZONES POR LAS QUE EL SENADO NO DECIDIÓ DIRECTAMENTE LA MATERIA DE APELACIÓN

De los datos anteriores hemos podido comprobar que en el imperio de Adriano, si bien el senado tuvo nuevamente la facultad de conocer controversias en grado de apelación, las decisiones respectivas eran

¹⁰⁰ En el mismo sentido ver ARCARIA, *Senatus censuit, op. cit.*, p. 125; no obstante, el fundamento sobre el cual basa su hipótesis es el texto de Plinio, *epist.* 4.12.1-4 que como tuvimos ocasión de observar anteriormente en el presente capítulo, difícilmente podría hacer referencia a un juicio de apelación.

¹⁰¹ Sobre la función del abogado del fisco y con especial referencia a su intervención en la primera instancia del presente procedimiento, ver GONZÁLEZ ROLDÁN, *Senatusconsultum Iuventianum, op. cit.*, pp. 170 a 171.

¹⁰² Que dentro del *consilium principis* en la función de juzgar interviniesen las partes representadas por sus abogados en controversias análogas a la anterior puede constatarse en textos posteriores como sería el de Marcelo, *libro vicesimo nono digestorum* D.28.4.3.pr, que narra una controversia bajo el imperio de Marco Aurelio; al respecto se dice: *...et advocatis fisci dixit: 'Vos habetis iudices vestros'. Vibius Zeno dixit: 'Rogo, domine imperator, audias me patienter: ...Antoninus Caesar dixit...Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit...Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit...Priscianus dixit...'* (y a los abogados del fisco les dijo: 'Vosotros tenéis vuestros jueces'. Vibio Zenón dijo: Ruego, Oh señor emperador, escuche a mí pacientemente: ...Antonino Cesar dijo...Cornelio Prisciano, abogado de León dijo: ...Calpurnio Longino, abogado del fisco dijo: ...Prisciano dijo...). De tal citación quisiéramos simplemente destacar que en las *causae* donde decidía el príncipe existían discusiones dentro del *consilium* por parte de los abogados de las partes, y que en el caso anterior existe una referencia explícita a la actuación del *advocatus fisci*, en la que defiende los intereses de tal institución frente al emperador; si bien el texto corresponde al imperio de Marco Aurelio, narra la actuación de una figura creada bajo Adriano tratando al igual que en el caso de Rústico un problema de indignidad (ver en el capítulo I la referencia que sobre el mismo hicimos al respecto); en uno u otro caso el abogado del fisco tiene un interés que proteger, por lo que si bien entre el 169 al 180 d. C., constatamos que actuaba frente al emperador en las *causae* donde era parte interesada, sería posible afirmar que tal actuación se remontase ya al imperio de Adriano por ser el creador del mencionado abogado.

previamente decididas en el *consilium* y presentadas a los *patres* mediante *orationes* para su aprobación. Quedan todavía dos aspectos que necesitan ser explicados; el primero, las razones por las que Adriano vuelve nuevamente a otorgarle al senado la facultad de apelación; y el segundo, el por qué la falta de plena autonomía en dichas decisiones.

Sobre el primer punto nos parece que la explicación de Bellen¹⁰³ resulta convincente; al respecto, según el autor, como Adriano al inicio de su imperio había sido objeto de duras críticas por el senado en virtud de la ejecución capital de cuatro cónsules Palma, Celso, Nigrino y Lucio,¹⁰⁴ había tratado de armonizar nuevamente las relaciones con tal organismo, jurando que no había intervenido en tal ejecución y prometiendo para el futuro que las condenas a los senadores serían realizadas únicamente mediante decisión del senado. De tal hecho parecería que el senado adquirió una ventaja de la posición debilitada de Adriano obteniendo concesiones en el campo jurisdiccional y consiguiendo con la *oratio* referida en D.49.2.1.2 (citada en la nota 4) un privilegio que antes no había tenido; de lo anterior, resultaría que en un inicio la facultad de apelación se originase como una garantía en el aspecto criminal extendiéndose también al aspecto civil.¹⁰⁵

En lo referente al segundo aspecto, las observaciones de Palazzo¹⁰⁶ sobre el principado de Adriano podrían explicar los motivos por los que los *patres* no decidieron autónomamente la materia de apelación; las dos potencias que se habían encontrado durante todo un siglo *princeps* y *senatus* llegan a un equilibrio casi estable,

¹⁰³ BELLEN, "Zur Appellation vom Senat an den Kaiser", *op. cit.*, pp. 164 a 168.

¹⁰⁴ *Dio Cass.* 69.2.6; *S.H.A. Hadr.* 7.4.

¹⁰⁵ Si bien es cierto los términos empleados por Ulpiano harían pensar tanto en una jurisdicción penal como civil en segundo grado, adecuadamente DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, *op. cit.*, pp. 38 a 39 y ARCARIA, *Senatus censuit*, *op. cit.*, pp. 103 a 105 han observado que Ulpiano hacía especial referencia a la civil, porque como dice la primera: "In quest'epoca infatti la giurisdizione criminale del senato era in via di esaurimento, e pertanto il richiamo all'*oratio* deve probabilmente riferirsi alla *cognitio senatus* in materia civile"; además, el argumento de Arcaria que la obra de Ulpiano, *de appellat*, tenga connotación eminentemente civil es comprobable a la luz de la *Palingenesia* de LENEL, *op. cit.*, p. 379; no obstante, que la *oratio* en época adrianea abarcase ambas materias es factible con base en los términos expresados en el texto respectivo.

¹⁰⁶ *Potere imperiale*, *op. cit.*, pp. 20 a 49.

reforzándose el poder central y respetándose las prerrogativas del senado, el príncipe vértice de la administración se convierte también en un vértice del poder legislativo; por ello sus intervenciones en el terreno legislativo, que eran ocasionales, se hacen más frecuentes y se institucionalizan.

Adriano centraliza en sus manos la actividad creadora del derecho, los juristas más connotados tienen el carácter de *amici* del príncipe, que iniciando a partir de tal momento a formar parte de la burocracia imperial apoyan al emperador en la actividad jurídica que se refleja principalmente en el aspecto legislativo y jurisdiccional; así podemos encontrar en tal etapa la codificación del edicto por parte de Juliano y gran cantidad de rescriptos imperiales.¹⁰⁷

Parecería contradictorio pensar que mientras se realiza una labor monopolizadora del derecho por parte del príncipe se encontrase paralelamente un senado que resolviese con toda libertad las controversias en segunda instancia; tal posibilidad chocaría con la ideología que se tenía en el presente momento; no existiría razón de otorgar directamente al senado tal facultad cuando los juristas, encontrándose a disposición del emperador, son consultados en la función precisa de *iudicare*. ¿Existirían acaso otras personas con mayor autoridad que pudiesen resolver las sentencias de apelación?

La apelación civil es un claro ejemplo de coordinación real y efectiva de funciones entre príncipe y senado; porque si bien es cierto, los jurisconsultos aplicaban a los casos concretos los criterios elaborados o bien desarrollados por la ciencia jurídica, la comisión senatorial era representada dentro del mismo *consilium*; y si bien la resolución le correspondía al príncipe, la *oratio* requería de la aprobación de la asamblea para tener fuerza de ley; por lo tanto, la función del senado en la presente materia era fundamental, porque el proyecto de sentencia contenido en la *oratio* requería para convertirse en senadoconsulta de la aceptación de los *patres*; bien sea dentro del *consilium* como en la asamblea.

¹⁰⁷ Al respecto ver el elenco de rescriptos imperiales que se encuentra en la obra de PALAZZOLO, *idem*, pp. 73 a 277.

PAGO HECHO POR UN TERCERO

Manuel MOGUEL CABALLERO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Diversas hipótesis del pago hecho por un tercero.* 1. *Con conocimiento y aprobación del deudor.* A. *Diferencias de la subrogación con la novación.* B. *Diferencias con la cesión de créditos.* 2. *Pago hecho por un tercero con consentimiento del acreedor.* 3. *Pago hecho por el tercero, ignorándolo el deudor.* 4. *Pago hecho por un tercero, contra la voluntad del deudor.* 5. *Pago de un tercero que se subroga por ministerio de ley.*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2066 del Código Civil para el Distrito Federal, así como también del Federal, que se encuentra en el capítulo del pago de las obligaciones, prevé que el pago puede hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor. Se impone precisar qué se entiende por pago y quién es un tercero.

Pago es el cumplimiento de la obligación. El término principalmente se aplica a las obligaciones de dar y hacer. Beltrán de Heredia¹ está conforme con algunos autores que cita, de que "existe verdadero cumplimiento de la obligación negativa, incluso en aquellos casos en que la omisión, el *non facere*, a que está obligado el deudor, tiene lugar involuntariamente, así se dice que está cumpliendo su obligación quien estando obligado a no hacer, no hace". Pero dentro de las obligaciones de hacer, el pago no puede ser hecho por tercero en aquellas obligaciones concertadas *intuitu personae*, las que fueron

¹ JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 55.

contratadas en razón de los conocimientos o habilidades técnicas de una persona. Tuhr² dice que las encontramos en los contratos de servicio de obra, de evicción y de mandato. Nos referiremos al pago de una obligación de dar o hacer.

Por tercero entendemos aquel cuya voluntad jurídica no aparece manifestada en el contrato.³ Borja Soriano,⁴ de Baudry Lacantinerie & Barde, transcribe: "De manera general hay que entender por tercero, toda persona que no ha participado en el contrato y que no ha sido válidamente representado en él". El representante con representación completa, resulta tercero, aun cuando haya intervenido en la formación de la obligación y como tercero puede concurrir al pago, en el caso de no contar con poder para hacerlo. El tercero debe obrar en nombre propio y no a nombre del deudor, porque implicaría que deja de ser tercero y nos saldríamos de los márgenes precisados.

II. DIVERSAS HIPÓTESIS DEL PAGO HECHO POR UN TERCERO

El pago puede hacerse: A) Con conocimiento y aprobación del deudor. B) Por voluntad del acreedor. C) Ignorándolo el deudor. D) Contra la voluntad del deudor. E) Con conocimiento o sin conocimiento del deudor, o del acreedor, pero con subrogación por ministerio de ley.

1. Con conocimiento y aprobación del deudor

Caben dos subhipótesis: a) Que el pago sea simplemente hecho por el tercero y satisfecho el acreedor, quede liberado el deudor, y b) Que haya subrogación a favor del tercero que paga.

a) *El tercero que paga con autorización del deudor.* Bianca⁵ dice que recibe legitimación del deudor originario para hacer el pago, pero siempre tiene que actuar a nombre propio. De no existir subrogación, satisfecho el acreedor, la obligación se extingue y el deudor queda liberado.

² A. VON TUHR. *Tratado de las obligaciones*, Ed. Reus, Madrid, p. 26.

³ Manuel MOGUEL CABALLERO. *Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales*, Porrúa, México, p. 59.

⁴ Manuel BORJA SORIANO. *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, p. 289.

⁵ C. Massimo BIANCA. *Diritto civile*, Giuffrè Editore. Milán, pp. 303 y 305.

b) *La subrogación.* Es el acto jurídico por el cual el acreedor que recibe el importe de su crédito, transmite al tercero que se lo hace, los derechos y las garantías que tenía en contra del deudor.⁶ Para Bianca,⁷ la subrogación es el subingresso de un tercero en los derechos del acreedor a consecuencia del pago de la deuda y con el concurso de las otras condiciones de la ley.

El pago puede ser parcial, en cuyo caso habrá dos acreedores. La doctrina afirma que tendrá preferencia el primitivo acreedor, porque la subrogación no tiene por qué perjudicar al primitivo acreedor; el nuevo acreedor sólo podrá aprovecharse de lo que pagó.⁸

Según Tuhr,⁹ para que opere la subrogación, debe hacerse saber antes de hacerse el pago o al momento mismo de hacerlo, porque si se pretende hacerlo después, no opera, ya que el crédito se ha extinguido y con él, las garantías.

Acciones. El subrogado tiene en contra del deudor, la acción derivada de la subrogación, que es una acción de reembolso, de recuperación. También tendrá la de la cesión del crédito y en su caso, la de enriquecimiento. La primera es la más ventajosa, porque sólo tiene que probar el pago, mientras que en las otras tiene que probar los extremos de los vínculos en ellas establecidos, aunque puede recuperar los intereses del desembolso, lo que no podría hacer en la acción de subrogación, según afirman Planiol & Ripert.¹⁰

Pago del deudor con dinero de tercero. El 2059 C.C. contempla el caso de que el propio deudor pague a su acreedor, pero con dinero de un tercero. En este caso el tercero quedará subrogado por ministerio de ley en los derechos del acreedor, para lo que habrá que hacer constar en título auténtico que el dinero fue prestado para el pago de la deuda y que al recibir el dinero, el acreedor también haga constar que el pago es hecho con dinero del tercero. Este último requisito no lo exige el

⁶ Manuel MOGUEL CABALLERO, *op. cit.*, p. 105.

⁷ C. Massimo BIANCA. *Op. cit.*, p. 346.

⁸ PLANIOL & RIPERT. *Droit civil*, Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, París, II, núm. 511.

⁹ A. VON TUHR. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰ PLANIOL & RIPERT. *Op. cit.*, II, núm. 514.

2059 C.C., pero sí el 1125 C.N.¹¹ y el 1202 C.C.I.¹² Si no se hacen constar estas circunstancias, no habrá subrogación. Se entiende que es el deudor que paga con su propio dinero y extingue su obligación.

La doctrina y la legislación ven en este caso un mutuo del tercero hacia el deudor. Consideramos errónea esta perspectiva, porque el mutuo transfiere el dominio del dinero del tercero al deudor, quien, al hacer el pago, actuaría a nombre propio y no habría subrogación. Vemos nosotros el otorgamiento de una representación completa del tercero hacia el deudor, quien al hacer el pago actúa a nombre del tercero y con el dinero que éste le dio y obtiene la subrogación. Por ello, son las exigencias que impone la ley. El acreedor no puede oponerse a la subrogación.

A. Diferencias de la subrogación con la novación

La subrogación se distingue de la novación en que en ésta se extinguen las garantías (2220 C.C.), cosa que no sucede en la subrogación.

B. Diferencias con la cesión de créditos

Bianca¹³ advierte que la subrogación no es cesión de crédito, porque en la subrogación el elemento central es el pago, mientras que la cesión de crédito se refiere a un crédito no cumplido. La cesión de crédito puede ser a título gratuito. Tuhr¹⁴ indica que la cesión de un crédito descansa en la libre voluntad del acreedor, que el tercero compra el crédito; no se requiere de la voluntad del deudor, mientras que en la hipótesis que estamos tratando, por definición, el deudor da su consentimiento.

Acciones. Si el tercero no obtuvo la subrogación en la que tenía interés, tendrá la acción del contrato que haya celebrado con el deudor. Si se realizó la subrogación, la acción derivada de ésta ofrece al tercero la ventaja de que sólo tiene que probar el pago y la existencia de los derechos accesorios. En su caso, tendrá la del enriquecimiento sin causa.

2. Pago hecho por un tercero con consentimiento del acreedor

Tuhr¹⁵ dice que cuando la subrogación se verifica por voluntad del acreedor, se trata de una cesión de crédito, si bien en la subrogación el tercero adquiere el crédito con las garantías, salvo pacto en contrario. Llega a tratar el caso como una compraventa del crédito, igual que lo hacen Planiol & Ripert,¹⁶ quienes expresan que la subrogación puede nacer de una venta; Bonnecase,¹⁷ por su parte, dice que la subrogación pertenece esencialmente a la técnica jurídica de la cesión de derechos, aunque se relaciona con el pago.

Nuestros 2031 y 2032 C.C., que se encuentran en el capítulo de la cesión de derechos, contemplan la posibilidad de que sea una compraventa también, o una permuta, pues el primero dispone que en la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen o sea a las de la venta, si hubo venta, etc., y dispone que la cesión comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda, salvo los que sean inseparables de la persona del cedente.

El 1250 C.N. trata el tema en el capítulo del pago y en el apartado del pago con subrogación y dice textualmente: "La subrogación es convencional: 1o. Cuando el acreedor recibe su pago de una tercera persona la subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor: esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago".

Acciones. El cesionario tendrá la acción que derive del acto jurídico que se haya celebrado, como la compraventa, la permuta o la cesión; pero la más conveniente es la acción derivada de la subrogación, en la que sólo tiene que probar el pago y que se verificó la subrogación, por voluntad del acreedor o por voluntad de la ley; en los otros casos tiene que probar la existencia del contrato y que se llenaron los extremos exigidos por el que se invoque.

¹¹ CODE CIVIL. 1804, París.

¹² CODICE CIVILE. 1942, I. Cinque Codici. R. Nicolo G. Leone. Giuffrè Editore. Milán.

¹³ C. Massimo BIANCA. *Op. cit.*, 4, pp. 358 y 359.

¹⁴ A. VON TUHR. *Op. cit.*

¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹⁶ PLANIOL & RIPERT. *Op. cit.*, II, núm. 509.

¹⁷ Julien BONNECASE. *Tratado elemental de derecho civil*, Ed. Harla, México, p. 902.

3. Pago hecho por el tercero, ignorándolo el deudor

Si el deudor ignora el pago hecho por un tercero, éste actúa como un gestor del deudor. El acreedor puede oponerse al pago, si tiene interés en que el propio deudor cumpla.¹⁸ El tercero asume espontáneamente la obligación del deudor; no puede exigir al acreedor lo subrogue.¹⁹

Acciones. El tercero puede exigir del deudor ser reembolsado en aquello que le hubiese sido útil el pago a éste.²⁰

4. Pago hecho por un tercero, contra la voluntad del deudor

El deudor puede oponerse al pago del tercero, pero el acreedor puede recibir el pago, aun contra la voluntad del deudor;²¹ como dice Beltrán de Heredia,²² su oposición no tiene valor.

Tuhr²³ nos dice que si el acreedor rechaza el pago, incurre en mora hacia el deudor y que también puede el tercero consignar. Pero esto lo puede hacer el tercero siempre que no pretenda obtener el consentimiento tácito del acreedor en una cesión de deudas que le haya hecho el deudor, v. gr. que con el pago, el acreedor lo reconozca como causahabiente en un contrato de arrendamiento.

Igualmente, señala Tuhr,²⁴ que si hay prenda, puede hacerse su rescate, aun en contra de la voluntad del deudor. Si el acreedor se niega a recibir la prestación, el tercero podrá imponerle al acreedor el pago, subrogándose en sus derechos; puede consignar judicialmente el pago.

Acción. El tercero pagador tiene la acción de subrogación que es una acción de reembolso en contra del deudor; la del enriquecimien-

¹⁸ José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *Op. cit.*

¹⁹ C. Massimo BIANCA. *Op. cit.*, p. 284.

²⁰ A. VON TUHR. *Op. cit.*, II, p. 20.

²¹ C. Massimo BIANCA. *Op. cit.*, p. 285.

²² José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *Op. cit.*, p. 136.

²³ A. VON TUHR. *Op. cit.*, II, p. 25.

²⁴ *Ibidem*, p. 29.

to sin causa y Tuhr²⁵ dice que también la de reembolso derivada de la cesión de negocios, aunque hemos visto que Bianca no acepta que haya cesión de derechos.

Beltrán de Heredia²⁶ dice que el tercero que paga contra la voluntad del deudor, sólo podrá repetir de éste en lo que le hubiese sido útil el pago al deudor.

5. Pago de un tercero que se subroga por ministerio de ley

Cuando un tercero paga y se subroga por ministerio de ley en los derechos del acreedor, significa que la subrogación actúa con o sin la voluntad del acreedor y también con o sin la voluntad del deudor. Basta que acredite haber hecho el pago y estar en los supuestos de la ley, para que se produzca la subrogación.

Nuestro 2058 del Código Civil prevé varios casos en que el pago de un tercero produce la subrogación por ministerio de ley; en ocasiones es pago de un tercero y en otros casos no.

La fracción I dispone que se produce la subrogación cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente. Es pago de un tercero, porque en la relación entre el acreedor preferente y el deudor, el acreedor no preferente se supone no tiene ningún vínculo con el que es preferente, por ello decimos que es pago hecho por un tercero. El pago puede hacerse sin la voluntad del deudor y aun contra su voluntad; inclusive contra la voluntad del acreedor preferente; puede recurrirse a la consignación. Pero no se acumulan los créditos.

La fracción segunda contiene dos grupos: en el primero habrá subrogación cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Como enseña Bianca,²⁷ el pagador puede hacerlo por estar obligado con otros o por otros. Se dará lo primero en el caso de los deudores solidarios, en cuyo caso no hay pago de tercero. El deudor solidario paga la parte proporcional que le corresponde en la deuda y por ser garante de la porción que corresponde a sus deudores solidarios. Será lo segundo, en el caso del fiador que paga (2830 C.C., 1999 último párrafo). El fiador puede ser solidario, por haber

²⁵ *Idem*.

²⁶ José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *Op. cit.*, p. 136.

²⁷ C. Massimo BIANCA. *Op. cit.*, p. 352.

renunciado a los beneficios de orden y excusión, o por imponerlo así la ley. (El artículo 1944, párrafo primero del C.C.I., dice: "El fiador está obligado *in solido* con el deudor principal al pago de la deuda", no será tercero. El fiador que paga, se subroga por ministerio de ley en los derechos del acreedor (2830 C.C.).

Thur²⁸ acepta que si hay prenda, puede hacerse el rescate de ella, aun contra la voluntad del deudor. Encuadra en la fracción II del 2058 del Código Civil, que trata de los casos en que la subrogación opera por ministerio de ley.

El caso que contempla la fracción III del 2058 citado, es la del heredero que paga con sus bienes propios, alguna deuda de la herencia. Hay que saber si el heredero es tercero o no en relación con la herencia.

¿Qué sucede jurídicamente a la muerte del *de cuius*? ¿Nace otra persona o se transmiten *ipso facto* sus derechos y sus obligaciones a otra persona? Lo primero no, porque el artículo 25 del Código Civil no reconoce que la sucesión sea una persona moral. Dicho en otros términos, el artículo 25, al mencionar a las personas que reconoce como morales, que es lo mismo decir que les atribuye capacidad jurídica, como en el caso de las iglesias que no estaban incluidas en este precepto, y por ello carecían de capacidad jurídica, no eran personas conforme al derecho positivo. Lo fueron cuando se les incluyó en este precepto, es decir, se les dotó de capacidad jurídica, o si se prefiere, cuando se les reconoció su personalidad.

Tampoco sucede lo segundo, porque el 1281 C.C. dispone que herencia es la sucesión de todos los derechos y de todas las obligaciones que no se extinguen con la muerte. Si la ley es muy clara al decir que por el hecho de la muerte hay derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, quiere decir que tales derechos y obligaciones no se convierten en *res nullius*, que continúan en cabeza del difunto y que no se transmiten tampoco automáticamente a los herederos. Entonces, concluimos que jurídicamente, la persona continúa, como centro de imputación como diría Kelsen, de tales derechos y obligaciones. El heredero que paga es un tercero, si lo hace con bienes propios, dice la ley. Si lo hace con bienes de la herencia, no es tercero y en consecuencia no hay subrogación.

²⁸ A. VON TUHR. *Op. cit.*, II, p. 29.

La fracción IV de nuestro precepto dispone que hay subrogación, cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición. Se subroga el comprador, quien hasta antes de la compra por hipótesis es un tercero, en los derechos hipotecarios y así puede deducirlo del precio de la compra. Según Bianca V-351,²⁹ tiene por objeto liberar el inmueble de la hipoteca.

²⁹ C. Massimo BIANCA. *Op. cit.*, V-351.

PRINCIPIOS JURÍDICOS ESENCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Ricardo L. MORÉ DOMENECH

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Proceso histórico de las Comunidades Europeas*. 1. *Primeros intentos y la creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero*. 2. *La Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea*. 3. *La creación de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica*. 4. *Avances principales desde 1958*. A. *Crisis de la "silla vacía" y Cumbre de La Haya de 1969*. B. *La década de 1970; impulso hacia la Unión Económica y Monetaria*. C. *La década de 1980; crisis y resurgimiento*. D. *Los Tratados de Maastricht y de Amsterdam*. III. *El principio de autonomía del derecho comunitario europeo*. 1. *La coexistencia del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros*. 2. *El principio de autonomía en el derecho comunitario*. IV. *El principio de la eficacia directa del derecho comunitario europeo*. V. *Principio de supremacía del derecho de la Unión Europea*.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea, como ente político internacional, cobra mayor importancia momento a momento como uno de los actores principales tanto en las relaciones internacionales como en una de sus manifestaciones más básicas y cotidianas, las relaciones económicas y comerciales.

En efecto, cada vez resulta más difícil concebir y diseñar una estrategia política y económica a nivel global, o aun meramente interno, sin tomar en consideración el peso específico que determinados actores pueden llegar a representar en la ejecución de tal estrategia.

Pues bien, sea cual sea el país que realice el análisis del contexto económico internacional como base previa en el diseño de una estrategia de actuación existen jugadores internacionales que no pueden ni deben ser ignorados, entre éstos destacan los Estados Unidos de América, Japón, los países de la Cuenca del Pacífico y, sin lugar a dudas, la Unión Europea. No podría ser de otro modo cuando se habla de un ente político que, en datos de 1998, se constituyó en el primer donante de ayudas públicas a los países del Tercer Mundo con un total de 33,776 millones de dólares, contra 11,709 de los Estados Unidos de América o los 11,151 de Japón.¹ Un ente con capacidad de captación de recursos propios y formulación de un presupuesto propio que puede llegar a alcanzar como máximo el 1.2% del Producto Interno Bruto acumulado de la totalidad de los Estados miembros a precios de mercado y que en 1996 superaba los 80,000 millones de ECUS, en el entendido de que estas cifras hacen mención únicamente a los recursos propios de la Unión Europea y no a aquellos de los Estados miembros que la integran.

En este contexto, la estructura cada vez más interrelacionada de la economía global obliga a los participantes en el mercado internacional a conocer mejor una serie de factores a los cuales anteriormente podía no prestárseles mayor atención. Así, para un intercambio comercial más eficiente no resulta superfluo conocer variables y elementos que se constituyen en coadyuvantes útiles al momento de la toma de decisiones. Entre los mismos podemos mencionar cifras estadísticas, variables económicas, datos históricos y también, por que no, un conocimiento jurídico del ordenamiento comparado que permita anticipar la problemática que pueda surgir, actuando preventivamente en lugar de correctivamente.

México se encuentra insertado en primer orden en el contexto económico internacional, representa un país atractivo para la inversión extranjera y es una economía cada vez más fuerte, más participativa y más acorde con los principios de la globalización.

En la estrategia reciente de posicionamiento comercial y económico de México un papel muy importante lo juega la Unión Europea y el Tratado de Libre Comercio que con la misma se firmó recientemente entrando en vigor el pasado día 1 de julio de 2000. Este Trata-

¹ Fuente: Oficina Europea de Estadística (EUROSTAT).

do estimulará no sólo el flujo de inversión europea hacia México sino que deberá propiciar una mayor exportación de productos mexicanos destinados al territorio de la Unión Europea. Es en este contexto que resulta interesante y útil conocer algunos de los principios legales básicos que encarnan al orden jurídico comunitario, su actuación y funcionamiento.

En este orden de ideas, comenzaremos por efectuar una breve reseña histórica sobre la génesis de las Comunidades Europeas para centrarnos después en el análisis de los principios troncales del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, a saber, el Principio de Autonomía del Derecho Comunitario, el Principio de la Eficacia Directa del Derecho Comunitario y, finalmente, el Principio de Supremacía del Derecho Comunitario. En el desarrollo de cada uno de los anteriores temas analizaremos algunas de las sentencias más importantes dictadas al respecto por la máxima autoridad jurisdiccional de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencias que marcaron un rumbo muy definido hacia la estabilidad y expansión que ha caracterizado en la última década a la Unión Europea, entre ellas, las sentencias de Van Gend en Loos, Simmenthal, Costa vs. ENEL o Ratti.

II. PROCESO HISTÓRICO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. Primeros intentos y la creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero

El primer intento serio por llegar a una Europa unida se efectuó el 5 de septiembre de 1929 por el ministro francés de Asuntos Exteriores, Aristides Briand, en un discurso pronunciado ante la Sociedad de Naciones y en el cual propugnaba la creación de un ente supranacional denominado "Unión Europea". De acuerdo con esta idea se proponía la actuación coordinada de los Estados europeos en el seno mismo de la Sociedad de Naciones, creando a tal efecto una Conferencia Europea, un Comité Político permanente y una Secretaría. Este proyecto propugnaba específicamente hacia la creación de un modelo federal, llevando a cabo una aproximación de las economías nacionales de cada uno de los Estados que participaran. El modelo pro-

puesto por Francia recibió el apoyo favorable del gobierno español, sin embargo no tuvo el mismo tipo de acogida entre los gobiernos de los demás Estados europeos, ello, en parte, debido a la crisis económica que empezaba a golpear a Europa por esas fechas. La principal oposición al proyecto vino por parte del Reino Unido, debido a que su política exterior giraba alrededor de los compromisos que había asumido hacia sus colonias en su carácter de potencia colonial. La otra gran fuente de oposición en contra del proyecto de Briand la constituyó la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que veía en la potencial Unión Europea una amenaza militar en contra de los intereses de la propia URSS.

El siguiente paso relevante hacia la creación de un modelo paneuropeo se da a partir del discurso de posguerra pronunciado por sir Winston Churchill en septiembre de 1946 ante la Universidad de Zurich. En este discurso opinaba favorablemente hacia la creación de una organización europea (el Consejo de Europa), en la que sin embargo el propio Reino Unido no habría de participar debido a sus fuertes intereses coloniales ya previamente mencionados.

El complejo escenario económico y político de la posguerra en la segunda mitad de la década de 1940 orilló a Estados Unidos a proponer el que se conoció como Plan Marshall, con vistas a ayudar a la economía europea a recuperarse rápidamente, evitando así que la totalidad de Europa occidental cayera en la esfera de influencia soviética.

De acuerdo con el Plan Marshall, el gobierno norteamericano pagaría directamente a los exportadores norteamericanos que vendieran sus productos a los gobiernos europeos. A su vez los importadores europeos pagaban en sus propias monedas nacionales y este pago se afectaba a una cuenta a nombre del gobierno americano que se mantenía en los bancos centrales nacionales de los países donde se realizara la importación. Tal pago quedaba con posterioridad inmovilizado y no era, en consecuencia, utilizado por el gobierno norteamericano. El resultado natural de la inmovilización de tales sumas de dinero era la deflación y, concomitantemente, el gobierno de los Estados Unidos aceptaba poner a disposición de los gobiernos europeos las cantidades inmovilizadas para llevar a cabo inversiones en la propia Europa.

La respuesta al Plan Marshall fue inmediata, gran cantidad de Estados europeos se manifestaron favorablemente con relación al Plan y expresaron su deseo de participar. Quedaron fuera de su aplicación

Alemania, España y los países de Europa del Este por las presiones a tal efecto de la URSS.

Con el fin de gestionar en común la ayuda americana los países europeos participantes decidieron crear una organización denominada la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) en la cual participarían también los Estados Unidos de América y Canadá, estos últimos sin derecho de voto. La OECE, una vez cumplidas sus finalidades se transformó en 1960 en una nueva organización internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

En paralelo, en esta misma época y también como una consecuencia a la devastación sufrida durante la Segunda Guerra Mundial se creó efectivamente el 23 de julio de 1952 la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), la que sería la primera de las actuales Comunidades Europeas (CCEE).

Al final de la Segunda Guerra Mundial en los Acuerdos de Potsdam los aliados establecieron un mecanismo de distribución de la producción metalúrgica de la cuenca del Ruhr, con el objeto de poner en marcha un sistema general de reparación de daños de guerra en el marco de la reconstrucción de Europa, con estos acuerdos también se buscaba controlar a la industria alemana.

En 1947, los administradores de la Cuenca del Ruhr, Estados Unidos de América y el Reino Unido, decidieron transferir la administración de la misma a Alemania, lo que provocó que Francia y Bélgica, Holanda y Luxemburgo (BENELUX) manifestaran su preocupación derivada del hecho en como Alemania había utilizado en el pasado para fines militares la producción, principalmente de acero, que había extraído del Ruhr. Ante tales protestas se decidió internacionalizar la zona de la Cuenca del Ruhr en una administración conjunta de los aliados con Alemania, la cual se encontraba en desigualdad de derechos.

El proceso de integración europea tal y como hoy lo conocemos nace con la creación de la mencionada CECA, la cual a su vez tuvo su origen en la histórica "Declaración Schumann", presentada por el ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Schumann, el 9 de mayo de 1950, pero siendo que el verdadero creador intelectual de la misma fue quien se desempeñaba a la sazón como Comisario del Plan de Modernización y Equipamiento, Jean Monnet, considerado

hoy en día como uno de los padres fundadores de la Unión Europea y que se encuentra enterrado, debido a la trascendencia política de su obra en vida —esto es, la semilla constitutiva de la Unión Europea— en el Pantheon de París.

La propuesta tenía por eje central la producción en común por Francia y Alemania del acero y carbón de la Cuenca del Ruhr bajo la administración de una Alta Autoridad, cuyas decisiones vincularían obligatoriamente tanto a Francia como a Alemania así como a los demás países que se adhirieran a la mencionada Alta Autoridad.

El llamamiento de Francia recibió la respuesta favorable, además de Alemania, de Italia y los tres Estados del BENELUX. Estos seis Estados firmaron el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero el 18 de abril de 1951 en París, entrando en vigor el 23 de julio de 1952 y nombrándose a Jean Monnet como primer Presidente de la Alta Autoridad. Dentro de la CECA Alemania ya participaba en pie de igualdad en el régimen de explotación de los recursos de carbón y acero provenientes de la Cuenca del Ruhr.

2. La Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea

Sin embargo, en contra de lo que pueda parecer, no todo han sido éxitos en el proceso de integración europeo, en efecto, llegar al momento actual ha sido el resultado de una maduración que ha comprendido también errores, malos cálculos y falta de compenetración e intereses divergentes entre los países de Europa Occidental. Con independencia del estancamiento en el proceso de integración europeo vivido en la década de 1970, uno de los fracasos más grandes en este proceso fue sin duda el intento de constituir las CCEE de Defensa y la Política Europea, como mecanismos integradores en un momento en el cual las relaciones entre los Estados miembros no eran aún lo suficientemente maduras y que pretendían ampliar y profundizar el proceso de integración supranacional europeo.

En los años de la segunda posguerra, Europa occidental reaccionaba ante su temor más inmediato que era, sin lugar a dudas, el caer víctima del expansionismo de las nuevas superpotencias, los Estados Unidos o la URSS. Caer en la dependencia económica de la primera se evitó con la creación de la mencionada OECE, pero el temor ante el

expansionismo soviético crecía y se acrecentaba con los acontecimientos del momento como, por ejemplo, la anexión de hecho por la URSS de Letonia, Lituania y Estonia, una parte de Finlandia y Rumania o la explosión de la guerra civil en Grecia financiada por la propia URSS a través de sus Estados satélites de Bulgaria y Yugoslavia.

La creencia en esos momentos sin embargo consistía en creer que la mayor amenaza militar podría provenir de Alemania, ante lo cual Francia y el Reino Unido firmaron el 4 de marzo de 1947 el Tratado de Dunquerque que configuraba un sistema de alianza y ayuda mutua en caso de agresión y que posteriormente fue reconfigurado signando un nuevo Tratado en Bruselas el 19 de marzo de 1948, Tratado titulado "Tratado de colaboración económica, social y cultura y de legítima defensa colectiva" en el que participaron, además de Francia y el Reino Unido los países integrantes del BENELUX.²

Pero el expansionismo soviético con el Golpe de Praga y el Bloqueo de Berlín hacían en la práctica del Tratado de Bruselas un instrumento poco menos que decorativo, se necesitaba un instrumento internacional de mayor alcance y profundidad y con tal motivo se firmó en Washington el 4 de abril de 1949 el Tratado de la Alianza del Atlántico Norte por el cual se creaba a la OTAN. La creación de la OTAN desinfló al Tratado de Bruselas debido a que en aquella existía una fuerte presencia e influencia militar norteamericana, la cual estaba en posibilidad de brindar una defensa real a Europa en caso de un ataque soviético. En consecuencia, el Tratado de Bruselas y su compromiso militar (UEO) no se reactivaría hasta 1984 debido a la actuación de una flota de la Unión Europea Occidental en la Guerra Irán-Irak.

Sin embargo, la creación de la OTAN en poco venía a paliar la necesidad europea de contar con un ejército europeo efectivo en caso de conflagración. Lo anterior es así debido al hecho de que la OTAN no reaccionaba al proceso de integración europeo sino antes bien al enfrentamiento Este-Oeste producto de la Guerra Fría. En consecuencia, los países europeos requerían un instrumento efectivo de defensa, y el mismo debería incluir por definición a Alemania ya que sin su presencia no se debía concebir un ejército europeo. Pero Ale-

² Este Tratado se redenominaría como Unión Europea Occidental (UEO) con la entrada en la misma de Italia y Alemania en 1954.

mania se encontraba destrozada económica y socialmente además de estar desarmada de hecho y de derecho.

Ante este escenario Winston Churchill propuso el 11 de agosto de 1950 ante la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa la creación de un ejército europeo conjunto en el cual participara Alemania. La propuesta de Churchill fue bien acogida en el seno de la Asamblea Consultiva, sin embargo, la presión norteamericana a través del entonces Secretario de Estado Foster Dulles y la Guerra de Corea hicieron redefinirse al gobierno francés quien encargó a Jean Monnet la elaboración de un modelo mediante el cual se preveía la creación de la Comunidad Europea de Defensa (CED).

El Tratado respectivo fue firmado el 27 de mayo de 1952, pero no despertó igual entusiasmo pues la defensa y cuestiones de índole militar entran de lleno en el ámbito de la soberanía de cada Estado y no es fácil que los mismos renuncien a sus competencias en materia de defensa en aras de una amenaza virtual y de un compromiso de integración.

La polémica se había encendido en Francia y a modo de calmante el ministro italiano Alcide de Gasperi propuso la creación de una Comunidad Política Europea (CPE) que viniera a generar legitimidad y manto democrático en la actuación posible de un potencial ejército europeo, ya que al momento no se vislumbraba claramente al servicio de que política exterior o en defensa de que Estado o instituciones democráticas se pondría en uso al tan citado ejército europeo.

La CPE debería absorber gradualmente a la CECA y a la propia CED asumiendo así competencias en materia de relaciones exteriores, coordinación de políticas económicas y creación de un mercado común fundado en la libre circulación de mercancías, personas y capitales.

Sin embargo, la Asamblea Nacional francesa,³ en una votación controversial sostenida el 30 de agosto de 1954 aplazó sin fecha fija la discusión de una cuestión procedimental relacionada con la aprobación del Tratado que daría origen a la CPE y la CPE nunca entró en vigor.

³ En ese momento la Asamblea Nacional se encontraba dividida y por un lado los seguidores de De Gaulle no la apoyaban, pues veían en ella un atentado a la soberanía nacional de la que tan orgullosos están los franceses y por otra parte los comunistas contemplaban la creación de la CPE como una imposición americana.

La solución a este intento fallido se encontró al permitir el ingreso de Alemania al Tratado de Bruselas (a partir de ahí UEO) y posteriormente a la OTAN sujeta, sin embargo, a controles, prohibiciones y limitaciones de índole muy severa y restrictiva.

3. La creación de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica

Después del fracaso de la CED y de la CPE se cayó en un letargo integrador que se superó cuando en 1955 en la reunión de los seis Estados miembros en Messina se encargó al holandés Beven y al belga Spaak que generaran un modelo que diera nuevo aire al proceso integrador con base en los siguientes puntos: fortalecimiento de las instituciones comunitarias, convergencia progresiva de las economías de los Estados miembros, creación de un mercado común y armonización de las políticas sociales.

El informe presentado por Spaak fue la base de las negociaciones que llevaron a la firma en Roma el 25 de marzo de 1957 de los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). Los Estados fundadores fueron los mismos de la CECA, esto es, Francia, Italia, Alemania y los tres Estados integrantes del BENELUX.

El Tratado de la CEE se estructuraba sobre la base del establecimiento de un mercado común y la implantación de las cuatro libertades fundamentales a saber, libre circulación de personas, libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales con otras libertades complementarias de las anteriores como la libertad de establecimiento o la libre circulación de trabajadores. El establecimiento del concepto de mercado común y el régimen aplicable a las cuatro libertades principales recién señaladas es lo que caracteriza a la Unión Europea como algo más complejo, dinámico y prometedor que los frutos de otros mecanismos internacionales de cooperación como las uniones aduaneras o las zonas de libre cambio.

En efecto, en una unión aduanera existe libre circulación de mercancías entre los países signatarios quienes además llevan a cabo una protección conjunta frente a los mercados externos a través de la implantación de un Arancel Exterior Común, mientras que en una

zona de libre cambio —como lo sería por ejemplo la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA por sus siglas en inglés)— existe libre circulación de mercancías entre sus miembros sin la fijación de un Arancel Exterior Común con el que se haga frente a penetraciones comerciales de otros mercados.

En consecuencia, desde 1958 quedaron constituidas las tres CCEE que conocemos hoy en día, mismas que han sido objeto de numerosos y complejos cambios como, por ejemplo, la unificación de las instituciones comunitarias y de sus esferas de poderes y competencias,⁴ o el cambio de denominación de Comunidad Económica Europea por el de Comunidad Europea. Algunos de los cambios más esenciales se analizan brevemente en el siguiente inciso final de la primera parte de este breve artículo.

4. Avances principales desde 1958

A. Crisis de la "silla vacía" y Cumbre de La Haya de 1969

En la década de 1960, Francia no se manifestaba a favor de seguir adelante con el proceso de integración europeo. En ese momento los Tratados constitutivos preveían que a partir del 1 de enero de 1966 la toma de decisiones de asuntos de importancia se podía efectuar por mayoría calificada. Derivado de lo anterior Francia trató de evitar la aplicación de este modelo decisorio a partir de su política conocida como de la "silla vacía". Conforme a la misma, el representante de Francia no asistía a las reuniones de las diversas instituciones comunitarias desde el 1 de julio de 1965 y debido al hecho de que en ese entonces muchas decisiones se debían adoptar por unanimidad, no se podía llegar a decidir en gran cantidad de asuntos, lo que provocó un serio deterioro en el ritmo de avance del proceso de integración.

Posteriormente, en lo que se conoce como el "Compromiso de Luxemburgo", se estableció que a partir del 27 de enero de 1966 se debería buscar el consenso de todos los Estados miembros en los temas controvertidos, en esta ocasión Francia propuso que en caso de

⁴ Actualmente las instituciones comunitarias son cinco de acuerdo al artículo 7 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas.

que el consenso no se lograra los Estados tendrían un derecho de veto cuando se vieran afectado sus intereses vitales. Francia hizo uso del derecho de veto en gran cantidad de ocasiones en los años subsecuentes y, como consecuencia de ello, gran cantidad de asuntos quedaron sin resolver en el Consejo de Ministros, asuntos que deberían haber salido delante, de contarse con un compromiso serio hacia la integración. Este escenario hacía presagiar tiempos difíciles para las CCEE.

Un pequeño impulso hacia la integración se logró con la Cumbre de La Haya de 1969 (1 y 2 de diciembre). En efecto en la misma se decidió la ampliación hacia el norte de las CCEE, las cuales recibirían la adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, efectiva a partir del 1 de enero de 1973 y establecida de acuerdo con la firma de los respectivos Tratados de adhesión firmados en Bruselas el 22 de enero de 1972. Sin embargo, también debería haberse adherido Noruega con igual fecha, pero la mecánica jurídica de la adhesión implicaba que con posterioridad a la firma del Tratado respectivo, el mismo debía ser aprobado por los cuerpos legislativos del Estado interesado y de los Estados miembros. Pues bien, aun cuando no existió problema con la ratificación respectiva por parte de los parlamentos de los Estados miembros, el orden constitucional noruego exigía la celebración de un referéndum para que el pueblo decidiera modificaciones a la Constitución en sus aspectos vitales, como era el caso. En el referéndum respectivo el pueblo noruego votó por mantenerse fuera de las Comunidades y, en consecuencia no se produjo su adhesión.

La Cumbre de La Haya también tuvo otros aspectos destacados, como fueron la decisión de lograr una Unión Monetaria y Económica en 1980, la ampliación de las competencias del Parlamento Europeo y la elección de sus miembros a partir de sufragio directo.

B. La década de 1970; impulso hacia la Unión Económica y Monetaria

La decisión acerca de conseguir una Unión Económica y Monetaria (UEM) en 1980 buscaba llevar a la práctica las libertades esenciales consagradas en los Tratados constitutivos y referidas anteriormente, adicionalmente pretendía lograr una estructura fija del tipo de cambio con posibilidad de convertibilidad monetaria sin limitaciones. Se ideó también la transferencia de competencias en materia monetaria

y económica de los bancos centrales de los Estados miembros a las correspondientes instituciones comunitarias con lo cual aquellos dejarían de determinar sus políticas económicas para que fuera Bruselas la que estableciera una política económica conjunta, convergente y congruente para todos los Estados miembros.

Con posterioridad la lucha contra la inflación en la década de 1970 llevó a la armonización de las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros como un primer paso hacia la consecución de la UEM. Esto provocó una iniciativa franco-germana que buscaba la creación de un sistema monetario europeo cuyo núcleo radicaría en un mecanismo común de tipo de cambio.

El 13 de mayo de 1979 entró en vigor el Sistema Monetario Europeo, con efectos retroactivos a partir del 1 de enero del mismo año, buscaba primordialmente estabilizar los tipos de cambio en beneficio de las economías de los Estados miembros.

El balance de la década de 1970 es mixto, pues con éxitos como los mencionados existieron también deficiencias serias y una visión más gubernamentalista de las CCEE, conforme a la cual éstas no debían funcionar con independencia y con miras a la integración sino que más bien los gobiernos las utilizaban como un foro para la adopción conjunta de las políticas que les resultaran más convenientes. Se sacrificaba pues el espíritu profederalista de una Europa unida en aras de mantener las competencias gubernamentales en detrimento de la integración.

Adicionalmente, en la década de 1970 no se logró la plena integración del mercado común, pues todavía no se eliminaban por completo varias formalidades aduaneras y seguían existiendo obstáculos a la libre circulación de mercancías.

C. La década de 1980; crisis y resurgimiento

La crisis económica de la década de 1970 trajo como consecuencia una tendencia de los Estados miembros a adoptar medidas cada vez más proteccionistas y con un marcado carácter nacionalista y, por consecuencia, contrario al espíritu de integración europeo. Se generaba una contradicción real entre los intereses que perseguían las CCEE y aquellos que seguían dictando las políticas nacionales de los Estados miembros, adicionalmente las instituciones comunitarias

tenían una muy coartada libertad de maniobra lo que las dejaba en muchas ocasiones a la defensiva ante medidas adoptadas pro gubernamentalmente, bien por el Consejo de Ministros, bien por los órganos del poder público de cada Estado en lo individual. Por su parte, el Parlamento Europeo también sufría de competencias muy limitadas, cuya única expresión clara se daba en el ámbito presupuestario mientras que en otras áreas eran casi nulas o inexistentes.

La ampliación al sur de las CCEE también representaba un serio problema, pues varios Estados, principalmente Francia, se oponían a la misma. Con esto se retrasaba la entrada de nuevos miembros y se perdían oportunidades para ampliar el mercado común con las ventajas que ello traería aparejadas.

El 1 de enero de 1981 Grecia se adhirió a las CCEE, tras pasar de un régimen militar a uno democrático. En lo relativo a Portugal y España la situación era similar, pues ambos países habían apostado al proceso europeo al adoptar la senda democrática y deshacerse de rígidas dictaduras militares. Precisamente la extinción de los regímenes dictatoriales español y portugués había sido siempre la limitante impuesta por las CCEE para que ambas naciones se convirtieran en miembros de pleno derecho. Al terminar las dictaduras su adhesión era cuestión de tiempo.

El 12 de junio de 1985 se firmaron los Tratados de adhesión a las CCEE de España y Portugal los cuales entraron en vigor el 1 de enero de 1986.

Sin embargo, en la década de 1980, el pilar del avance comunitario lo constituyó la aprobación por la Cumbre de Jefes de Estado o de gobierno, celebrada en 1985, del Acta Única Europea (AUE). El AUE tenía como objetivo primordial la plena realización del mercado interior comunitario, se determinó como fecha inamovible para su consecución el 31 de diciembre de 1992. Lo anterior por diversos factores.

En primer lugar la posición a nivel global de las CCEE se había debilitado sensiblemente, ya no tenía desde hacía años la tasa de crecimiento más elevada del mundo. Los recursos dedicados a investigación, desarrollo y aplicación de resultados habían mermado considerablemente, con el correspondiente atraso tecnológico que lo anterior es susceptible de ocasionar. El desempleo europeo era uno de los más elevados del mundo y aunado a una baja tasa de crecimiento en la región se podía concluir sin sombra de duda la inefi-

ciencia de la economía europea y los modelos planteados hasta entonces. La ampliación del mercado común y su firme establecimiento eran la respuesta que la economía necesitaba para reactivarse, lo anterior traería aparejado un traspaso cada vez mayor de competencias de los Estados miembros a las instituciones comunitarias dotándolas de competencias más efectivas que les permitieran llevar a cabo su labor integradora con todas las herramientas necesarias.

Por consecuencia, a las comunidades deberían corresponder las competencias en materia de medio ambiente, unión monetaria, política exterior y seguridad interna y externa. En lo relativo a la UEM y la creación del banco central europeo, éstos se encontraban de nuevo en el centro de los asuntos estratégicos más importantes para Europa. En la cumbre de Madrid, en 1989, se decidió entrar, a partir del 1 de julio de 1990, en la primera fase de las tres que comprendía el Informe Delors para el establecimiento plenamente operativo del sistema monetario europeo y de la UEM.

D. Los Tratados de Maastricht y de Amsterdam

El Tratado de la Unión Europea (conocido como Tratado de Maastricht) fue firmado en esa ciudad holandesa el día 7 de febrero de 1992 y entró en vigor en noviembre de 1993. El Tratado de Maastricht estableció pasos firmes hacia la consecución de la UEM, así como para la constitución del banco central europeo. De acuerdo con sus disposiciones todos los países que pretendieran entrar en lo que hoy se conoce como "zona del euro" deberían cumplir con una serie de criterios de convergencia económica que garantizaran un crecimiento homogéneo en la zona. Entre éstos cabe señalar buscar la estabilidad de precios, conseguir disciplina presupuestaria, convergencia en los tipos de interés y la participación en el sistema monetario europeo. Se fijó el año de 1996 para que los Jefes de Estado o de gobierno determinaran si la mayoría de los Estados miembros cumplían los criterios de convergencia económica, de darse este caso se podría determinar cuándo comenzaría la tercera fase de la UEM, de no existir mayoría de Estados miembros entre aquellos que cumplieran los criterios de convergencia económica la tercera fase comenzaría automáticamente el día 1 de enero de 1999.

Maastricht propició nuevas condiciones para redimensionar la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea, se abandonó el principio de la unanimidad en la toma de decisiones relativas a la política exterior para que en lo sucesivo se manejase por mayoría calificada, dándole así mayor agilidad.

Otro punto en el cual Maastricht aportó ideas innovadoras y progresistas fue en la creación del concepto de la "ciudadanía de la Unión", concepto que aún hoy en día se encuentra bastante desprovisto de significado jurídico y que se traduce básicamente en una serie de disposiciones contenidas en los artículos 17 al 22 del Tratado de la Unión Europea (modificadas algunas disposiciones recientemente por virtud del Tratado de Niza que reforma varias disposiciones del tratado de la Unión Europea y de los Tratados Constitutivos de las CCEE [Tratado de la Comunidad Europea, Tratado CECA y Tratado Euratom]) de carácter primordialmente declarativo y de una muy difícil sino que casi imposible realización en algunos casos.⁵

Así el concepto de ciudadano de la Unión se complementa por el derecho a circular libremente en el territorio de la Unión, el derecho a ser elector y elegido en las elecciones municipales y que se celebren al Parlamento Europeo del lugar de residencia de quien vote, el derecho de petición al Parlamento Europeo y de dirigirse al Defensor del Pueblo (Ombudsman europeo), así como de dirigirse a cualquiera de las instituciones comunitarias en su lengua de origen y recibir una contestación en esa misma lengua.⁶

⁵ Como sería el caso del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea que establece el derecho de los nacionales de los Estados miembros a recibir ayuda del cuerpo diplomático y consular de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones en que tal ayuda se presta a los nacionales y cuando el Estado de origen del peticionante no se encuentre representado en el territorio del país en el cual se solicita la ayuda. La parte final de este precepto impone a los Estados la obligación de "entablar negociaciones internacionales" para garantizar dicha protección, con lo cual al día de hoy tal derecho queda como una declaración de buena voluntad.

⁶ Por esto y muchos otros ejemplos, se dice que la Unión Europea se convierte en una de sus facetas en el imperio de los traductores ya que existen once lenguas oficiales (alemán, francés, inglés, español, italiano, danés, griego, portugués, sueco, finés y holandés) y una multitud de actos jurídicos se deben traducir a todas las lenguas oficiales. Ejemplificativamente se publica cada día el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* en cada una de las once lenguas. Otro ejemplo sería el caso de los procedimientos que se sustentan ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal de Primera Instancia en donde de acuerdo al artículo 29 del Reglamento de Procedimiento

Maastricht incrementó la cooperación de los Estados miembros en materia de política interior y exterior y fortaleció las competencias del Parlamento Europeo, al cual se le concedió el derecho de investigación y de petición ante otras instituciones comunitarias, y se le fijó como competencia en materia de toma de decisiones por el procedimiento de codecisión (en donde en la aprobación del acto de que se trate coparticipan el Parlamento y el Consejo) los rubros de mercado interior, protección de los consumidores, medio ambiente y redes de comunicación entre los Estados miembros.

El Tratado de Amsterdam que modifica el Tratado de la Unión Europea de Maastricht fue adoptado el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor, tras su ratificación el 1 de mayo de 1999. El Tratado de Amsterdam carece del impacto del de Maastricht y a nivel doctrinal es considerado casi como un completo fracaso, pues no se avanzó en temas de capital importancia para la Unión Europea, sino que se limitó a temas de escaso alcance, sin objetivos comunes de los Estados miembros ni un proyecto político definido, se buscaba un Tratado de bajo impacto que pudiera aprobarse fácilmente por los parlamentos de los Estados y eso fue lo que se consiguió.

Por ejemplo el Parlamento Europeo solicitaba que se le confiriera participación en el nombramiento de los miembros del Tribunal de Justicia de las CCEE, del Tribunal de Cuentas o del Comité Ejecutivo del Sistema Europeo de Bancos Centrales, también solicitaba que se le igualara al Consejo (y a la Comisión) a la hora de poder impugnar actos comunitarios ante el tribunal europeo y que se le informara de las cuestiones prejudiciales que fueran planteadas al tribunal pudiendo efectuar observaciones a las mismas. Todas estas solicitudes fracasaron y nada de lo pedido se les concedió.

del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el demandante escoge la lengua del procedimiento, pero si el demandado es un Estado miembro o una persona física o moral nacional de un Estado miembro entonces la lengua aplicable será la de ese Estado miembro a menos de que existan varias lenguas en el Estado de que se trate en cuyo caso vuelve al demandante el derecho de designar la lengua adecuada. Además el Tribunal a petición conjunta de las partes puede autorizar la utilización parcial o total de otra lengua durante el procedimiento. En el caso de la formulación de cuestiones prejudiciales ante el tribunal europeo la lengua del procedimiento es la del órgano que formula la consulta al tribunal, los Estados miembros comparecen al procedimiento haciendo uso de su lengua de origen y los peritos y testigos que desconozcan la lengua del procedimiento pueden ser autorizados a rendir su declaración en otra lengua que después se traducirá a la lengua del procedimiento.

En materia de toma de decisiones persiste la unanimidad en una serie de importantes cuestiones mientras que la mayoría calificada ganó terreno. Sin embargo una de las cuestiones más sensibles que no se resolvió en Amsterdam fue la de la ponderación de votos en el seno del Consejo. En efecto la votación funciona asignando un número equis de votos a cada Estado, así los Estados considerados grandes (Alemania, Francia, Italia y Reino Unido) cuentan con diez votos, España con ocho, Bélgica, Grecia, Países Bajos y Portugal con cinco, Austria y Suecia con cuatro, Dinamarca, Irlanda y Finlandia con tres y Luxemburgo con dos.

Al adoptarse varias decisiones por mayoría calificada, es fácil percatarse del problema que surge, los Estados pequeños pueden determinar el sentido de la votación ya que se necesitan sesenta y dos votos para adoptar una decisión cuando el acto es presentado a propuesta de la Comisión y sesenta y dos votos formulados por cuando menos diez países en los demás casos. Esto genera que las decisiones puedan ser fácilmente bloqueadas por los países pequeños que en términos de población y generación de recursos no deberían tener el mismo peso que los países que más aportan o que más población tienen. Lo anterior ha forzado a los países grandes a negarse a revisar los casos en los cuales se debe resolver por mayoría calificada hasta en tanto no se redefina más equitativamente la ponderación de votos señalada para resolver el problema anterior.

En este rubro, en el Tratado de Amsterdam no se logró acuerdo de ninguna especie y lo mismo cabe decir para el número de Comisarios a integrar la Comisión cuya problemática es prima hermana de la anteriormente mencionada ponderación de votos pues parte de la misma premisa. Esta problemática parece que no hará sino incrementarse con la ampliación de la Unión Europea que se planea realizar en breve, pues en esa hipótesis los estados pequeños pudieran representar hasta 24 de 30 posibles Estados miembros, con lo que la situación de los Estados con mayor población o que más aportan no haría sino empeorar en caso de que no se consiga una solución satisfactoria para todos.

Por su parte, el ámbito de competencias del Tribunal de Justicia de las CCEE apenas fue modificado en el Tratado de Amsterdam. Sin embargo también en este rubro se plantean posibles problemas pues cada Estado tiene derecho a nombrar un Juez y en una Unión de 25 o

30 miembros (como la que se prevé a futuro) se corre el riesgo de que en lugar de ser un tribunal judicial que fije doctrinas jurídicas congruentes y marque rumbos determinados en diversos aspectos como hasta la fecha lo ha hecho se convierta, en contraposición, en una especie de colegio o asamblea judicial sin criterios definidos con los peligros que lo anterior acarrea en cuanto seguridad jurídica, entre otros factores.⁷

III. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

1. La coexistencia del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros

El presente artículo tiene por objeto proporcionar una visión inicial a las estructuras básicas de funcionamiento del derecho de las CCEE, dibujar los principios esenciales a partir de los cuales el mismo ha evolucionado y así estar en posibilidad de entender, así sea superficialmente, sus postulados y orientación.

En consecuencia, vamos a analizar tres de los principios básicos del derecho comunitario; el principio de autonomía, de eficacia directa y de supremacía. Cabe hacer mención que el desarrollo de estos principios se debe, primordialmente, a la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), el cual, a través de la resolución de controversias específicas, ha ido tejiendo las claves de desarrollo del ordenamiento jurídico europeo. Es esta labor jurisprudencial y formativa del ordenamiento jurídico que ha practicado el TJCE, así como la misma existencia del órgano jurisdiccional, lo que da a la Unión Europea una de sus características de diferenciación más considerable en relación con otras organizaciones internacionales.

En efecto, pocas, muy pocas organizaciones internacionales se dotan a sí mismas de órganos de control jurisdiccional y esto puede

⁷ Actualmente se está negociando el Tratado de Niza que, por lo menos en el papel, debe venir a resolver las cuestiones pendientes más candentes en la Unión Europea, algunas de las cuales se mencionaron brevemente en párrafos anteriores.

deberse a varios motivos, el costo inherente, no tener un cuerpo normativo suficientemente desarrollado que permita justificar la existencia del mismo pero sobre todo la causa principal es no exponerse al "riesgo" que representa la existencia de un órgano de control jurisdiccional. En efecto, en la medida en que existe un cuerpo encargado de la legalidad de los actos y decisiones adoptados por el organismo internacional de que se trate, los mismos se pueden ver obligados a sufrir un análisis exhaustivo y, sobre todo, objetivo a la luz de las disposiciones legales aplicables, en esta medida y en la medida en la que tales actos pudieran en ocasiones no soportar el examen legal que efectúe el órgano de control se corre el riesgo de que se corrija por vía judicial el rumbo de determinada política adoptada por el organismo internacional o de que se anule un acto considerado de particular importancia. Además, y esto es exactamente lo que sucedió con el TJCE, el órgano jurisdiccional puede integrar y perfeccionar el ordenamiento jurídico a través de su labor interpretadora, yendo de facto más allá de lo pedido por las partes y sentar principios de cumplimiento obligatorio para todos los interesados, principios que deberán satisfacerse en un futuro.

Pues bien, es en este ámbito en donde el TJCE ha desarrollado una labor inteligente, constante y muy política, pues varias de sus sentencias más renombradas han marcado los derroteros por los cuales han tenido que transitar desde ese momento las instituciones comunitarias, los Estados miembros y aun los órganos del poder público de los Estados miembros incluidas sus Cortes Constitucionales. En algunas ocasiones particularmente difíciles —como sería el caso relativo a determinar los parámetros de exigibilidad al Estado de responsabilidad por incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario— han fijado límites a sus sentencias que han conseguido que se respete el derecho consignado en los Tratados constitutivos y el derecho derivado (aquel que emana de actos de las instituciones tales como reglamentos, directivas y decisiones) pero sin imponer condicionantes que hicieran muy gravoso o prácticamente imposible el adecuado desarrollo del propio ordenamiento comunitario o de las políticas básicas de cada Estado miembro; el TJCE ha sopesado así con efectividad y en varias ocasiones los intereses en juego en la resolución de las controversias que le han sido planteadas permitiendo y buscando en toda ocasión que las CCEE no sólo no se vean afectadas

tadas por su funcionamiento sino que progresen adecuadamente y hasta los estadios en donde se encuentran hoy en día.

El ordenamiento jurídico de las CCEE coexiste en todo momento con el ordenamiento jurídico propio de cada Estado miembro. El efecto inmediato de la manifestación de voluntad de un Estado de adherirse a las CCEE es la atribución de determinadas competencias que anteriormente eran ejercidas por el Estado solicitante a favor de las Comunidades para que en lo sucesivo sean ejercidas por las instituciones comunitarias competentes. De esta forma, el Estado se reserva una serie de atribuciones para ser ejercidas por el mismo en exclusiva y, por lo tanto, regidas únicamente, por su propio derecho nacional. Sin embargo, las materias cuya competencia se cede a las Comunidades son regidas por las disposiciones de los Tratados constitutivos en cuanto derecho originario y por las normas del derecho derivado emitido por las instituciones.

La coexistencia de las normas de derecho comunitario con las del derecho nacional genera que resulte necesario una recepción del ordenamiento comunitario por cada uno de los derechos nacionales. Así, las constituciones de los Estados miembros deben prever los mecanismos de distribución de competencias y a tal efecto existen dos tipos diferenciados de sistemas. Por un lado, las constituciones que reconocen explícitamente las competencias atribuidas a las instituciones comunitarias, como sería el caso de la constitución española, lo cual lleva a la consecuencia implícita de la inserción en el derecho nacional de las normas derivadas del derecho comunitario. Por otra parte existen aquellas constituciones, como la holandesa o portuguesa, que aceptan los actos de las instituciones comunitarias y reconocen que transfieren a las Comunidades las competencias necesarias para la adopción de tales actos con eficacia directa en su territorio.

En cualquier escenario el resultado debe ser siempre el mismo, la norma suprema nacional debe aceptar la inserción de la norma comunitaria, exactamente en los términos en los cuales haya sido dictada por las instituciones correspondientes, haciendo así que prevalezcan las condiciones básicas del ordenamiento comunitario, esto es, su primacía, autonomía, eficacia directa y aplicación uniforme en el territorio de todos y cada uno de los Estados miembros que integran las CCEE.

La recepción del derecho comunitario por el ordenamiento nacional parte de la norma constitucional presente en la mayor parte de las constituciones del mundo, conforme a la cual los tratados internacionales válidamente celebrados forman parte del ordenamiento interno. De esta forma, una vez que los procedimientos de celebración de un tratado internacional han sido válidamente satisfechos por cada ordenamiento interno los Tratados Constitutivos de las CCEE se incorporan al acervo jurídico nacional formando parte del mismo, pero sin perder las características que les son propias.

La incorporación a las CCEE exige que el Estado adherente acepte e incorpore en su ordenamiento la totalidad del acervo jurídico comunitario generado hasta el momento de hacerse efectiva tal adhesión. Esto se justifica porque el nuevo Estado debe ingresar a las CCEE en pie de igualdad con los miembros anteriores y todos deben encontrarse sujetos por las mismas obligaciones y amparados por los mismos derechos. Sin embargo, la aceptación del acervo jurídico comunitario es una de las cuestiones de mayor dificultad al momento de negociar la adhesión de un nuevo Estado miembro pues siempre existen puntos de discordia entre las CCEE y el nuevo miembro que son negociados al momento de formular la adhesión de forma tal que se llegue a un compromiso según el cual determinado acto se aplique en determinada forma en beneficio del Estado que se adhiere, pero aun esto se lleva a cabo la mayoría de las ocasiones a través del otorgamiento al Estado adherente de periodos transitorios para la adaptación de su legislación interna al derecho europeo de forma tal que se conceda un plazo para que el destinatario de la norma se pueda ajustar sin ocasionarle demasiada carga.

Así por ejemplo algunos protocolos adjuntos a los tratados respectivos establecen los límites de aplicación de algunas normas comunitarias, aquellas normas comunitarias que no regirán para determinados Estados o los periodos transitorios que se otorguen a los mismos para que ajusten su legislación nacional al contenido de tales normas. Ejemplo de lo anterior sería el "Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda",⁸ conforme al cual el

⁸ Protocolo adjunto al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de la Comunidad Europea, según la versión revisada por el Tratado de Amsterdam.

Reino Unido exigió y obtuvo la aplicación de normas especiales que le permitieran salvaguardar ciertas de sus facultades en lo relativo a la libre circulación de personas. Así, las autoridades migratorias del Reino Unido pueden ejercer y de hecho ejercen ciertos controles sobre las personas que desean internarse a su territorio.

Esto en parte ha generado severas críticas por parte de la doctrina estudiosa de la materia pues se sostiene que existe una integración europea "a varias velocidades", conforme a la cual los países que desean integrarse con mayor rapidez pueden hacerlo mientras que aquellos que no desean participar en alguna política pueden excepcionarse de su aplicación (como suele ser el caso con el Reino Unido, pudiendo poner como otro ejemplo perfectamente válido su negativa a formar parte de la zona del euro y adoptar la moneda europea como propia haciendo desaparecer su amada libra esterlina en aras de tradicionalismos caducos). Incluso se han ideado métodos que no trataremos aquí por su extensión y complejidad, como el de la "cooperación reforzada",⁹ según el cual determinados Estados que cumplan con los requisitos establecidos por los Tratados pueden establecer una cooperación en ciertas materias que vaya más allá o más rápido para la integración de ciertas actividades entre ellos que lo que va para el resto de los países. Se habla en consecuencia de una Europa de "geometría variable".

Las obligaciones de incorporación del acervo comunitario siguen dos procedimientos diferentes. Por un lado existe la incorporación automática de ciertas normas en virtud del acto de adhesión a las CCEE. Dichos actos son los actos emitidos por las instituciones comunitarias que se encuentran en vigor al momento de producirse la adhesión. Los efectos de los mismos se surtirán de diversa manera según estén o no sujetos a plazos transitorios y en caso de que sean o no directamente aplicables. Por otra parte existen actos cuya recepción no se da automáticamente en el derecho nacional sino que precisan de un acto suplementario por parte del nuevo Estado miembro para constituirse en parte de lo mismo debido a su naturaleza claramente internacional. Entre éstos se encuentran:

⁹ Cuya mecánica de implementación ha sido profundamente detallada en el contenido del Tratado de Niza por el que se reforman diversas disposiciones del Tratado de la Unión Europea y de los Tratados constitutivos de las CCEE.

- Los convenios que celebren los Estados miembros entre sí para proveer a la adecuada protección de sus nacionales, la supresión de la doble tributación dentro del territorio de la Comunidad, el reconocimiento recíproco de las sociedades mercantiles constituidas en el territorio de un Estado miembro y la simplificación de las formalidades para el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales (conocidos como convenios del artículo 293 del Tratado de la Unión Europea).
- Los acuerdos suscritos por las CCEE con terceros países o con organizaciones internacionales, los cuales deben ser aceptados por los Estados miembros en lo individual como fue el caso con el Tratado de Libre Comercio con México, que debió pasar por el tamiz parlamentario de cada Estado integrante de las CCEE y,
- Los actos que el Estado miembro que se adhiere se compromete a llevar a cabo ante diversas organizaciones internacionales a efecto de ajustar su actuación en los mismos de acuerdo con las competencias comunitarias. De aquí que en diversos foros internacionales los Estados integrantes de las CCEE votan en el mismo sentido cuando se trata de materias de competencia exclusiva de las CCEE, pues sin dejar de estar representados en tales organizaciones las decisiones respectivas son adoptadas por Bruselas y vinculan a los Estados que integran las CCEE.

Los actos emitidos por las instituciones comunitarias también se incorporan en el ordenamiento interno de acuerdo con sus propias condiciones de aplicación, esto es, si cuentan con plazos transitorios o si son directamente aplicables, a través de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de tal suerte que tales actos no se publican en los medios informativos oficiales de los Estados miembros para efectos de su publicidad.

En cuanto a la ejecución de los actos comunitarios si bien las instituciones tienen amplia participación el derecho comunitario deja a las autoridades nacionales amplias facultades al respecto. Los Estados miembros asumen la obligación general de dar plena efectividad a las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario y en virtud de lo anterior los Estados miembros están obligados a llevar a

cabo todos los actos legislativos, ejecutivos y judiciales que resulten necesarios para asegurar su cumplimiento.¹⁰

En la aplicación de la norma comunitaria por las autoridades nacionales el derecho comunitario no prejuzga la forma ni métodos al respecto de forma tal que las CCEE dejan a las autoridades nacionales los procedimientos de implementación por lo que las autoridades internas gozan de autonomía a tal respecto y sus métodos no interesan al derecho comunitario siempre que los mismos no se opongan a éste ni tengan por efecto directo o indirecto total o parcial obstaculizarlo en su aplicación o violar sus principios de operación, esto es, que se asegure el efecto útil de la norma comunitaria y el respeto a los principios de autonomía, primacía y efecto directo de la norma comunitaria. Los Estados deben poner el mismo cuidado en el cumplimiento de la norma comunitaria que pondrían en el cumplimiento de su propia legislación nacional.

Finalmente, cabe hacer algunas precisiones con respecto a la aplicación del derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales.

En primer lugar se deberá distinguir en todo momento entre normas directamente aplicables de aquellas que no lo sean.¹¹ Estas últimas necesitarán un acto del poder legislativo por el cual se integren al ordenamiento jurídico interno, este acto se llama "transposición" y al efectuarla el poder nacional no puede tener ni defecto ni exceso sino que la misma debe ser ajustada a la norma comunitaria. Por ejemplo, supongamos que las Instituciones comunitarias expidieran una Directiva sobre pesca con redes en la que se estableciera que únicamente se pueden utilizar dos redes por cada 20,000 toneladas de peso en las embarcaciones, no sería posible que el

¹⁰ Lo anterior se relaciona con el denominado "efecto útil" del derecho comunitario conforme al cual se deben tomar las medidas internas que resulten necesarias para asegurar que la norma comunitaria se va aplicar completamente y de forma tan total y uniforme que se permita concluir sin duda que la misma desplegará la totalidad de sus efectos en el ordenamiento interno.

¹¹ De acuerdo con el artículo 249 del Tratado de la Unión Europea, baste decir para efectos de este artículo que de los actos posibles de las instituciones comunitarias (reglamentos, directivas, decisiones, así como las recomendaciones y dictámenes), únicamente los reglamentos tienen alcance general, son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en todos los Estados miembros. También varias disposiciones del derecho originario (los Tratados constitutivos) son directamente aplicables en los Estados miembros.

Estado transpusiera la directiva detallando la forma en la cual se calcularían las 20,000 toneladas recurriendo a un procedimiento que tendiera a hacer nugatoria la disposición comunitaria o estableciera definiciones de "red" que privaran de efecto útil a la norma comunitaria.

Además, debe señalarse que la transposición de la norma comunitaria es necesaria cuando la legislación nacional no es conforme a la misma o cuando haya una carencia total o parcial de normas en esa materia. La transposición también dará lugar en multitud de ocasiones a que se abroguen, deroguen o modifiquen normas de rango legislativo, reglamentario o administrativo que vayan en contra de las disposiciones de la propia norma comunitaria lo cual conllevará a un claro esfuerzo en aras de la seguridad jurídica por determinar cuáles normas se verán afectadas y en qué grado.

Cuando por otra parte el ordenamiento de recepción de la norma comunitaria es conforme a la misma no se requiere de transposición, pero cualquier reforma posterior que pudiera tener por efecto apartar a la norma nacional de lo exigido por la norma comunitaria no podría efectuarse sin incurrir en violación al derecho comunitario por lo que en todo momento se deberá tener especial cuidado en que las normas de derecho nacional se ajusten con toda oportunidad a las normas de derecho comunitario que sean aplicables en el territorio nacional por virtud de la transposición.

Por último, señalaremos que la ejecución de las normas de derecho comunitario mediante normas internas debe efectuarse respetando el derecho interno siempre que éste no sea un obstáculo a la plena producción de efectos por parte de la norma comunitaria toda vez que "...la cesión de competencias a favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico..."¹²

¹² Según sentencia 64/1991, de fecha 22 de marzo del mismo año dictada por el Tribunal Constitucional español.

2. El principio de autonomía en el derecho comunitario

El principio de autonomía del derecho comunitario significa, como su propio nombre lo indica, que el ordenamiento jurídico comunitario es autónomo con respecto al ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembros. El TJCE en su dictamen 1/91, relativo al Espacio Económico Europeo señaló que “los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario son su primacía con respecto a los derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos”¹³.

El fundamento del derecho comunitario como un orden autónomo con respecto al derecho interno de los Estados que conforman las CCEE deriva de los planteamientos formulados por el TJCE en dos sentencias básicamente, la sentencia *Van Gend en Loos*¹⁴ y la *Costa vs. ENEL*.¹⁵

En la sentencia *Van Gend en Loos* se trataba de esclarecer dos puntos por parte del TJCE actuando sobre la base de la petición que le fue formulada como cuestión prejudicial por el Tariefcommissie, un tribunal administrativo holandés con facultad final de resolución en asuntos en materia fiscal: (i) Si el artículo 12 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (hoy artículo 25 del Tratado de la Comunidad Europea)¹⁶ tenía aplicabilidad directa en el territorio de los Estados miembros, o sea, el punto a resolver era si los nacionales de un Estado miembro, en este caso el holandés, podían, sobre la base del mencionado artículo 12, solicitar a las cortes nacionales la protección a los derechos que les confería el mismo y en el caso de una respuesta afirmativa (ii) el TJCE debía resolver si la aplicación de un arancel de importación del 8% aplicable a la importación al territorio del Reino de Holanda de formaldehído de urea proveniente de la República Federal de Alemania representaba un aumento ilegal

¹³ Dictamen 1/91 del TJCE, de fecha 15 de diciembre de 1991.

¹⁴ Sentencia *Van Gend en Loos*, del TJCE, de fecha 5 de febrero de 1963, asunto 26/62.

¹⁵ Sentencia *Costa vs. ENEL*, del TJCE, de fecha 15 de julio de 1964, asunto 6/64.

¹⁶ Artículo 25 del Tratado de la Comunidad Europea (texto consolidado): “Quedarán prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación o exportación o exacciones de efecto equivalente. Esta prohibición se aplicará también a los derechos de aduana de carácter fiscal”.

del arancel aplicable y, en consecuencia, una violación a lo señalado por el artículo 12 del Tratado o bien si tal arancel se podía considerar incluido en el régimen transitorio aplicable antes del 1 de marzo de 1960 en lo relativo a alteraciones razonables de aranceles aplicables que no resultarían violatorias de las disposiciones del mercado interior por lo que hace a la libre circulación de mercancías entre Estados miembros.

En ambas sentencias el TJCE estableció que el derecho comunitario es autónomo en dos sentidos, por una parte con respecto al derecho de los Estados miembros, pero también lo es con respecto al derecho internacional. En la sentencia *Van Gend en Loos*, el TJCE estableció que el derecho comunitario se constituía en un nuevo ordenamiento jurídico internacional creado por los tratados constitutivos y adicionalmente señaló que el derecho comunitario se ubicaba independientemente de la legislación de los Estados miembros. En *Costa vs. ENEL* fue más allá, al establecer que era un ordenamiento jurídico propio integrado al derecho de los Estados miembros. Por su parte, en el referido dictamen 1/91 el tribunal señaló que aunque el derecho originario hubiera sido celebrado bajo la forma de un convenio internacional, no por eso dejaba de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho, las CCEE.

La diferencia entre el derecho comunitario y el derecho internacional se ve claramente al concluir que no existe reciprocidad en su formación pues los Estados miembros participan de diferentes maneras y en diversos grados, pero además, la mayor parte de la legislación comunitaria es creada por las instituciones comunitarias que como tales escapan al control de los Estados que con su voluntad les dieron origen. Por otra parte, cuando un Estado se adhiere a las CCEE no puede condicionar su cumplimiento a las diversas obligaciones que se le imponen al cumplimiento recíproco que de las mismas hagan los demás Estados miembros, el Estado adherente responde ante las CCEE en cuanto tales y no ante los diversos Estados que las conforman. En apoyo a lo anterior el TJCE en la sentencia *Lomas*¹⁷ (sentencia del TJCE de fecha 23 de mayo de 1996, asunto C-5/94) estableció que un Estado miembro no puede adoptar medidas unilaterales

¹⁷ Citada por MANGAS MARTÍN, Araceli y Diego LIÑAN NOGUERAS, “Instituciones y derecho de la Unión Europea”, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 198.

de defensa en contra de un posible incumplimiento del derecho comunitario por parte de otro Estado miembro. En efecto, los tratados establecen los mecanismos de defensa legales a los cuales los Estados y las instituciones comunitarias tienen acceso para detener el incumplimiento de un Estado miembro y es únicamente en el marco de tales vías de impugnación que los incumplimientos al derecho comunitario pueden subsanarse y nunca en la vía nacional pues el propio TJCE, en la sentencia *Foto-Frost*,¹⁸ señaló claramente que la interpretación del derecho comunitario en la vía jurisdiccional compete exclusivamente al TJCE. Más aún, en congruencia con lo anterior, el TJCE, en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*,¹⁹ concluyó importantes consecuencias de la autonomía del derecho comunitario al señalar que no se debía recurrir a reglas o nociones jurídicas propias del derecho nacional para la apreciación de la validez de los actos adoptados por las instituciones comunitarias, toda vez que el derecho derivado que crean las Instituciones tiene una fuente autónoma con respecto al derecho nacional cual es el ordenamiento jurídico comunitario.

Concomitantemente el derecho comunitario debe distinguirse del derecho interno de los Estados que conforman las CCEE, sin embargo, se inscribe en los mismos según estableció el TJCE en la referida sentencia *Costa vs. ENEL*.

Aun el hecho de que el derecho comunitario se integre en el nacional no le hace perder su calidad de derecho comunitario para convertirse en derecho nacional, sigue siendo derecho comunitario. Por lo tanto forma parte del ámbito normativo que se aplica en cada Estado miembro pero no se confunde con el derecho que es propio de cada Estado.

Tan es así que resulta evidente que las normas de creación del derecho de las CCEE no siguen las normas de cada derecho nacional sino que las mismas le son dadas por el ordenamiento comunitario en tanto que derecho separado y diferenciado del derecho nacional de cada Estado y en su creación las instituciones comunitarias, como únicas facultadas para concebirlo, deben atender a satisfacer los ob-

¹⁸ Sentencia *Foto-Frost*, del TJCE, de fecha 22 de octubre de 1987, asunto 314/85.

¹⁹ Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, del TJCE, de fecha 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, citada por MANGAS MARTÍN, Araceli y Diego LIÑAN NOGUERAS, *loc. cit.*

jetivos de política comunitaria establecidos en los propios tratados haciendo tabla rasa con los objetivos específicos de cada Estado en lo relativo a la política de que se trate.

Finalmente, la autonomía del derecho comunitario se debe entender en el marco de la distribución de competencias señalada anteriormente entre las CCEE y los Estados miembros, pues cuando un Estado se adhiere a las CCEE y transfiere sus competencias en materias que anteriormente tenía atribuidas opera una cesión de las mismas que hace que en varias materias las competencias sean en lo sucesivo del resorte exclusivo de las CCEE y no ya de los Estados.

Esta atribución de competencias ocasiona que se transfieran también a las CCEE las facultades legislativas y reglamentarias necesarias para hacer efectivas las nuevas competencias constituyéndose un ordenamiento jurídico propio y diferenciado de aquel que le dio origen por voluntad expresa del que lo creó, esto es, del Estado que se adhiere a las CCEE que no podría en consecuencia prevalerse de su ordenamiento interno para evitar cumplir con las normas derivadas de materias cuya competencia voluntariamente transfirió a las CCEE, este último punto se asegurará con la línea jurisprudencial dictada por el TJCE con vistas a la formulación del principio de supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional del que más adelante nos ocuparemos.

IV. EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA DIRECTA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

La eficacia directa de las normas del derecho comunitario significa la posibilidad que tienen de causar sus efectos en el territorio de todos los Estados miembros de la Unión Europea durante todo el tiempo en que se mantenga su validez, por consecuencia generan derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse interesados o afectados por su aplicación y pueden ser invocadas ante las autoridades públicas nacionales quienes tienen la obligación de garantizar su respeto y asegurar su cumplimiento.

En la sentencia *Van Gend en Loos*, ya referida, el TJCE empezó a construir su doctrina sobre la eficacia directa de las normas comunitarias. En esta cuestión prejudicial planteada ante el TJCE se solicitaba al órgano jurisdiccional europeo que resolviera si un particular

podía hacer valer ante las autoridades de su Estado de origen derechos que le fueran conferidos por una norma de derecho comunitario. Tal planteamiento acarreó fuertes resistencias por parte de los Países Bajos, Bélgica y Alemania a quienes no les resultaba fácil aceptar que una norma supranacional pudiera generar derechos y obligaciones para los particulares.

Los países contrarios a la idea de conceder efecto directo a las normas comunitarias argumentaban que los Estados eran las únicas partes de los Tratados constitutivos de las CCEE y que ellos eran libres de elegir la forma de dar cumplimiento a los compromisos que habían asumido a la luz de los Tratados, siendo que la forma que se eligiera no podría violar el derecho comunitario cuando no se vulneraran los objetivos que la propia norma comunitaria perseguía. En consecuencia, si las normas de derecho comunitario habían sido suscritas por los Estados no debía autorizarse la interpretación conforme a la cual los particulares podían alegar violación de derechos por parte de los Estados cuando éstos eran los únicos que habían acordado la emisión de la norma que sirviera de base para alegar la violación de derechos a particulares, en consecuencia también se trataba de dilucidar si un particular podía exigir al Estado el cumplimiento de una obligación internacional establecida en una norma comunitaria.

El TJCE consideró que los Tratados constitutivos eran algo más que meros tratados como instrumentos de derecho internacional, pues plasman hipótesis y conductas que generan relaciones que desbordan por su propia amplitud el estrecho marco de las relaciones entre Estados. El TJCE consideró que el respeto a los tratados y a los actos de las instituciones comunitarias se debe imponer a cualquiera que se pueda ver afectado por la ejecución de una norma de derecho comunitario, ya sea Estado, institución o particular.

El tribunal concluía que las disposiciones de los tratados, aunque destinadas *ab origine* a los Estados deben poder ser invocadas por los particulares ante las autoridades nacionales y siguiendo los procedimientos establecidos en la legislación nacional, de forma tal que se asegure que el Estado como parte contratante en los Tratados constitutivos cumpla con las obligaciones que asuma en tanto miembro de las CCEE, en el entendido de que los propios Estados han acordado, por ejemplo, el otorgamiento de vías para que los particulares puedan hacer valer sus derechos derivados de normas comunitarias

ante los órganos jurisdiccionales nacionales, como sería el caso de la cuestión prejudicial establecida en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea.

Si los derechos y obligaciones se confirieran únicamente en beneficio de los Estados miembros no se podría justificar la existencia misma de la cuestión prejudicial prevista en el Tratado de la Comunidad Europea conforme a la cual los órganos jurisdiccionales nacionales pueden remitir sus cuestionamientos sobre la aplicación del derecho comunitario al TJCE para que éste resuelva fijando criterios de interpretación del mismo que el juez nacional deberá seguir en la resolución de la controversia que se le plantea.

Adicionalmente el efecto directo de las normas comunitarias se debía admitir en opinión del TJCE, toda vez que existen normas previstas en los Tratados que atribuyen derechos e imponen obligaciones directamente a los particulares.²⁰

Cabe concluir que en la sentencia *Van Gend en Loos* el TJCE estableció la posibilidad de que las normas de derecho comunitario surtan efectos directos por sí mismas y sin perjuicio de las normas nacionales, o aun en contra de lo establecido en las mismas. Por lo mismo, los particulares pueden hacer valer ante los órganos públicos nacionales los derechos que se derivan de las normas comunitarias y tales órganos deben asegurar el cumplimiento de las demás instancias del poder público a las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de su pertenencia a las CCEE.

Para que la norma comunitaria tenga efecto directo debe cumplir con una serie de requisitos generales que estableció el TJCE en la propia sentencia *Van Gend en Loos*, amplió por jurisprudencia posterior y que actualmente son los siguientes:

- La norma comunitaria debe ser clara y lo suficientemente precisa, de forma tal que la norma debe estar desprovista de ambigüedades y dar origen a una obligación clara e inequívoca y,

²⁰ Así por ejemplo los anteriormente citados artículos 18, 19 y 20 del Tratado de la Comunidad Europea referentes a la Ciudadanía de la Unión o los artículos 81 u 82 del propio Tratado que establecen las obligaciones esenciales y limitaciones a cargo de los particulares nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea para asegurar el libre juego de la competencia en las relaciones comerciales entre ellos.

La hipótesis contenida en la norma debe conllevar un mandato incondicional en el sentido de que imponga una obligación a las autoridades del Estado miembro que no se sujete en modo alguno a una posible apreciación discrecional por parte de éste.

En consecuencia, cuando tanto el derecho como el beneficiario se encuentran claramente establecidos en la norma de que se trate la misma tendrá efecto directo y, por lo tanto, será susceptible de ser invocada directamente por los particulares.

A la invocabilidad de las normas comunitarias por particulares en sus relaciones con el Estado se le denomina efecto directo en relaciones verticales en contraposición a efecto directo en las relaciones horizontales, o sea, aquellas que se generan entre particulares sin intervención del poder público y el tribunal ha reconocido la plenitud de generación de efectos en ambos órdenes por parte del Reglamento comunitario. En efecto, el TJCE también ha concluido la posibilidad de invocar la eficacia directa de los reglamentos comunitarios en las relaciones horizontales, particularmente y de manera relevante en la sentencia *Defrenne II*,²¹ en la cual una azafata de la línea aérea belga Sabena se enfrentaba a ésta por el cumplimiento de determinadas prestaciones laborales y que llegó al TJCE a través de cuestión prejudicial.

La cuestión prejudicial de *Defrenne II* surgió de una reclamación de una aeromoza de la línea aérea Sabena en contra de su empleador en la cual alegaba que desde el 15 de febrero de 1963 al 1 de febrero de 1966 había sufrido una discriminación salarial debida a su razón de mujer, esto es, se le había pagado menos que a sus compañeros varones que desempeñaban un trabajo idéntico únicamente por ser mujer y ser discriminada en consecuencia por razón del género.

El TJCE consideró en esta sentencia que el principio de que a igual trabajo debe corresponder igual remuneración y que no debe existir discriminación por razón de género es uno de los pilares de las CCEE y que como tal puede ser exigido ante los tribunales nacionales, los que tienen la obligación de asegurar la protección de los derechos conferidos a los tutelados por la norma comunitaria, en especial en

²¹ Sentencia *Defrenne II*, del TJCE, de fecha 8 de abril de 1976, asunto 43/75.

aquellos casos que versan sobre diferentes formas de discriminación que tenga su origen directamente en disposiciones legislativas dictadas por el Estado miembro ante el cual se resuelve la controversia principal o en contratos colectivos de trabajo o en casos en los cuales hombres o mujeres reciban un pago diferente por un mismo trabajo ejecutado en el mismo local o establecimiento ya sea público o privado.

En cuanto hace al Reglamento, la cuestión es más clara, ya que el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea²² establece explícitamente su aplicabilidad directa. Por lo que hace a la directiva, la citada disposición no establece su aplicabilidad directa; en consecuencia, ha sido labor del TJCE el construir una teoría del efecto directo de las directivas que resulte congruente con aquella aplicable a los Reglamentos.

El artículo 249 establece claramente que deja a las autoridades la elección de forma y medios para hacer cumplir los fines perseguidos por la misma. Existe pues una condicionante para la aplicabilidad directa de la directiva y consiste en la adecuada transposición de la misma en el ordenamiento interno de los Estados miembros. La obligación del Estado de transponer la directiva está sujeta a un plazo, dentro del cual se debe llevar a cabo la transposición, una vez vencido este plazo y comprobándose las condiciones de aplicabilidad señaladas anteriormente (el carácter inequívoco y el mandato incondicional impuesto a las autoridades públicas), la Directiva es susceptible de desplegar sus efectos. Además, no debe perderse de vista que puede ser que la invocabilidad de la Directiva se dé únicamente en relación con ciertos artículos de la misma que cumplan los requisitos de claridad e incondicionalidad señalados anteriormente y no en relación con la totalidad de la Directiva, por lo tanto, la Directiva puede seccionarse y generar efectos directos en relación con determinados artículos pero no por lo que hace al resto del articulado.

Pero conviene precisar que la producción de efectos en este caso no se debe a la Directiva *per se*, sino que los mismos se generan como consecuencia de la norma nacional de transposición de la Directiva comunitaria. Un asunto distinto es cuando el TJCE ha tenido que resolver la posibilidad de que una Directiva pueda por sí misma tener efecto directo.

²² *Vid supra* p. 18.

El efecto directo de las directivas comunitarias se desprende básicamente de las sentencias *Ratti*²³ y *Becker*.²⁴

En el asunto *Ratti* se planteaba la aplicabilidad de la Directiva 73/173 sobre clasificación, embalaje y etiquetado de disolventes, cuyo plazo de transposición había expirado sin que Italia la hubiera transpuesto en su ordenamiento interno, de haberlo hecho Italia habría debido abrogar una ley penal que exigía respetar requisitos de clasificación, embalaje y etiquetado distintos a los previstos por la Directiva. El señor *Ratti* se dedicaba al giro objeto de la Directiva y había ajustado su producción a lo señalado por la misma, sin embargo, las autoridades italianas lo procesaron penalmente por haber violado la ley penal que debería haber quedado abrogada en caso de que la Directiva hubiera sido transpuesta.

En este asunto, el TJCE estableció claramente que un Estado no puede aplicar su propia ley, así sea la penal, cuando la misma va en contra de la Directiva comunitaria y el plazo para su transposición ha expirado sin que la citada transposición se efectúe. Permitir lo contrario sería tanto como dejar a los Estados la elección de cuáles directivas cumplir y cuáles directivas violar, rompiéndose en consecuencia el principio de aplicación uniforme del derecho comunitario.

En la sentencia *Becker* se planteaba la invocación de un artículo en concreto de la Directiva 77/388 sobre armonización fiscal en la que se establecía que a partir de su vencimiento ciertas operaciones crediticias estarían exoneradas de un impuesto en concreto. Expirado el plazo de transposición Alemania no había transpuesto la Directiva y pretendía seguir cobrando el impuesto mencionado, el cual se negaban a cubrir los intermediarios financieros afectados.

En este asunto, el TJCE estableció claros parámetros para la invocabilidad directa de una Directiva: (1) El plazo de transposición debe haber expirado. (2) Es aplicable igualmente en caso de una transposición inadecuada o incompleta. (3) Deben cumplirse los requisitos genéricos de claridad e incondicionalidad del mandato impuesto a las autoridades.

Debemos señalar la lógica del razonamiento anterior del TJCE, pues una directiva despliega sus efectos a los particulares a través de su

²³ Sentencia *Ratti*, del TJCE, de fecha 5 de abril de 1979, asunto 148/78.

²⁴ Sentencia *Becker*, del TJCE, de fecha 19 de enero de 1982, asunto 8/81.

adecuada transposición en el ordenamiento interno que será la forma en la cual se les harán llegar los derechos respectivos. Únicamente cuando la transposición no existe o es deficiente se obstaculiza el pleno goce de sus derechos comunitarios a los particulares y se requiere la actuación del órgano jurisdiccional nacional dándole plenos efectos a la directiva a partir de los criterios establecidos al efecto por el TJCE.

Pero como el acto de la transposición es obligación del Estado y su incumplimiento es imputable únicamente al Estado debemos concluir que existe efecto directo de las directivas en cuanto hace a las relaciones verticales pues el Estado reporta la obligación de que la Directiva despliegue la totalidad de sus efectos a partir de la transposición, pero no existe efecto directo de las directivas en cuanto hace a las relaciones horizontales. En efecto, si el Estado no ha transpuesto la Directiva de que se trate o lo ha hecho incorrectamente no se puede obligar al particular contraparte en la controversia de que se trate a sufrir las consecuencias del incumplimiento del Estado por lo que hace a la transposición. Deberá el juez en esta situación fallar conforme al derecho nacional vigente y dejar a salvo los derechos del particular agraviado para que acuda en contra del Estado en la vía que resulte procedente por su incumplimiento y el perjuicio que lo anterior le haya parado.²⁵

En resumen, podemos sintetizar las ideas anteriores señalando que los Reglamentos tienen efecto directo tanto en relaciones verticales como en relaciones horizontales cuando se cumplen los requisitos de claridad e incondicionalidad señalados por la jurisprudencia, mientras que las Directivas tienen efecto directo en relaciones verticales (sujeto al cumplimiento de los requisitos señalados, debiéndose agregar el vencimiento del plazo de transposición o la inadecuada transposición de la misma) pero carecen del mismo en relaciones horizontales.

²⁵ Cabe mencionar que la Comisión lleva un control estricto de las directivas que son notificadas a los Estados miembros, del plazo de transposición de las mismas y de los Estados que cumplen (o incumplen) con su obligación de transponer la Directiva al ordenamiento interno. En los casos en los que la Comisión detecta un incumplimiento del Estado en esta materia tiene expedita la vía de acudir (al igual que cualquier otro Estado miembro) ante el TJCE para que declare el incumplimiento del Estado y se sancione al Estado infractor conforme al Tratado de la Comunidad Europea y en particular a lo dispuesto por los artículos 226, 227 y 228 del mismo.

V. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La construcción del principio de supremacía del derecho comunitario ha sido efectuada también por vía jurisprudencial por parte del TJCE. En concreto el tribunal ha recurrido a una interpretación sistemática, integradora y teleológica de los Tratados constitutivos que le ha llevado a concluir que sin la existencia del principio de supremacía sencillamente no existiría manera de garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario y su efecto útil y los propios Estados miembros haciendo uso de sus procedimientos formales de creación legislativa tendrían la facultad de inaplicar las normas de derecho comunitario que hubieran sido emitidas válidamente y a las que están obligados, en el entendido, además, de que sin darle supremacía al derecho comunitario existirían un sinnúmero de conflictos de aplicabilidad entre normas nacionales y comunitarias que regularan de forma distinta el mismo objeto y, asimismo, también se podría dejar a la voluntad unilateral de los Estados miembros el uso y disfrute de derechos concedidos a los particulares por el ordenamiento comunitario.

La elaboración del principio de supremacía del derecho comunitario se origina en la sentencia de *Costa vs. ENEL*,²⁶ citada anteriormente. El demandante, Flaminio Costa, consideraba que la ley italiana sobre nacionalización de la energía eléctrica de 1962 violaba diversas disposiciones del Tratado de la Comunidad Económica Europea (hoy de la Comunidad Europea) y, por vía de consecuencia, se vulneraba también el artículo 11 de la Constitución italiana que regulaba la autolimitación de competencias (como la que se había dado en el caso con la incorporación de Italia a las CCEE). El juez de Milán ante quien se llevaba a cabo la controversia remitió a la Corte Constitucional italiana la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Sr. Costa. La Corte Constitucional, en sentencia del 7 de marzo de 1964, confirmó la validez de la Ley de nacionalización eléctrica, ya que en opinión de la Corte, la ley que aprobó y ordenó la ejecución de los Tratados en el ámbito interno italiano era una ley ordinaria y por lo tanto podía ser modificada por una ley posterior de la misma

²⁶ ENEL significa Ente Nacional de Energía Eléctrica, en italiano.

jerarquía como la Ley de nacionalización eléctrica. La Corte resolvió pues aplicando el principio de *lex posterior derogat priori*.

El juez elevó, asimismo una cuestión prejudicial al TJCE que es de donde deriva la sentencia *Costa vs. ENEL* que es la que resulta interesante para nuestros fines. En esta sentencia el TJCE cimenta la aplicación del principio de supremacía del derecho comunitario sobre cuatro bases:

- La naturaleza y características específicas de las CCEE las cuales gozan de una serie de competencias que les han sido atribuidas por los Estados miembros y que ejerce tanto a nivel interno como exterior. Esta atribución de competencias entraña una limitación *definitiva* en los ámbitos cedidos de sus derechos soberanos en beneficio del ordenamiento comunitario. En consecuencia el TJCE concluye que una norma nacional posterior contraria al ordenamiento comunitario y que verse sobre materias definitivamente cedidas a las CCEE no puede prevalecer sobre el derecho de las CCEE.
- La primacía se basa también en el carácter obligatorio de las normas comunitarias tal y como lo señala el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea al hablar de los reglamentos, las directivas y las decisiones y al haber querido los Estados concederles carácter obligatorio para sus destinatarios.
- El carácter obligatorio de los actos comunitarios ha sido reafirmado por el TJCE en una constante jurisprudencia cuya línea esencial mantiene que "*un Estado miembro no puede excusarse en disposiciones, prácticas o situaciones de su orden interno para justificar el no respeto de las obligaciones y plazos resultantes de las directivas comunitarias*".
- La tercera base se constituye por el principio de lealtad previsto por el artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea.²⁷ En aplicación del *pacta sunt servanda*, los Estados deben cumplir

²⁷ "Artículo 10. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las Instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

"Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado".

las obligaciones que han sido válidamente contraídas y entre ellas sin duda entran las asumidas por su pertenencia a las CCEE y que se encuentran plasmadas en los Tratados o derivan de los actos de las Instituciones, de forma tal que adoptar actos legislativos posteriores contrarios a lo establecido por las normas comunitarias sería equivalente a violar el principio de lealtad citado y,

- Finalmente, como mencionamos anteriormente, los Estados han aceptado que las disposiciones del Tratado se apliquen sin discriminación por razón de la nacionalidad de los particulares y por lo tanto el derecho comunitario no podría existir si se admitiese que los Estados tienen la libertad de derogarlo o modificarlo unilateralmente en razón de su propio proceso legislativo. En este caso si las obligaciones de los particulares variasen de un Estado a otro se generaría discriminación entre los nacionales de diversos Estados miembros, pues debiendo ser iguales variarían los derechos (así como las obligaciones) a que estarían facultados los nacionales de cada Estado en razón de la actividad legislativa que en detrimento de los Tratados hubieran celebrado los propios Estados.

La supremacía es una característica esencial y absoluta del ordenamiento comunitario, en ella basa buena parte de su existencia y sin ella no sería concebible. No es aceptable que normas internas del Estado miembro vayan en contra del derecho comunitario, tengan el rango que tengan, meramente administrativas, reglamentarias, legislativas o aun constitucionales, todas ellas deben ceder a los compromisos adquiridos válidamente por los Estados en cuanto miembros de las CCEE.

La consecuencia inmediata del principio de supremacía es la exclusión e inaplicación de la norma nacional contraria al derecho comunitario. Los jueces y las autoridades públicas de los Estados miembros tienen la obligación de dejar de aplicar normas internas que vayan contra la norma comunitaria. Esto es así también para las sentencias judiciales pues el TJCE ha establecido en la sentencia Ratti ya citada que una "condena penal pronunciada en virtud de un acto legislativo nacional reconocido como contrario al derecho comunitario sería igualmente incompatible con ese derecho y por lo tanto inaplicable".

En la sentencia *Simmenthal*,²⁸ el TJCE desarrolló más a profundidad los postulados en los que se basa el principio de supremacía del derecho comunitario.

La sociedad de nacionalidad italiana Simmenthal compraba carne bovina en Francia y en la frontera italiana era sometida al pago de unos derechos de control sanitario en virtud de una ley italiana de 1970. En un primer proceso, en 1976, el TJCE estableció que dichas medidas eran contrarias al Tratado, pero la administración pública italiana no ejecutó la sentencia alegando que la ley que imponía los derechos por control sanitario era posterior a la ley que aprobó y autorizó la ejecución en territorio italiano de los Tratados constitutivos y que la misma aún no había sido derogada o declarada inconstitucional. Como consecuencia de este nuevo alegato el juez italiano de la causa planteó cuestión prejudicial al TJCE a fin de que resolviera si ante una ley nacional posterior y contraria a una norma comunitaria, el juez nacional debería considerarla inaplicable de pleno derecho sin esperar a su abrogación por el legislador o a que fuera declarada inconstitucional por el órgano competente para ello.

Del planteamiento prejudicial del juez italiano en *Simmenthal* el TJCE extrajo varias conclusiones:

1. Si la norma interna contraria a la norma comunitaria es anterior a ésta, la sola entrada en vigor de la norma comunitaria convierte en inaplicable *ipso iure* a la norma nacional contraria. Se concluye que la norma anterior queda excluida y prevalece en todo caso la norma comunitaria posterior.
2. En el caso contrario en el cual la norma nacional incompatible con la norma comunitaria es posterior a ésta, la sola existencia de la norma comunitaria "impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias".
3. Sea la norma nacional incompatible anterior o posterior el juez de la causa no debe esperar a que la norma interna incompatible sea derogada ni debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sencillamente debe inaplicar la norma interna en el mo-

²⁸ Sentencia *Simmenthal*, del TJCE, de fecha 9 de marzo de 1978, asunto 106/77

mento en que conoce de su oposición con la norma comunitaria y aplicar esta última.

Conviene señalar que el juez se debe limitar (de acuerdo con lo que disponga para el caso concreto la legislación nacional) a inaplicar la norma interna contraria a la norma comunitaria, esto es, no es su función derogar ni declarar inconstitucional la norma inaplicada sino sencillamente no aplicarla, constituyéndose así en una suerte de sanción mínima que surtirá sus efectos únicamente entre las partes en el proceso. La situación en la que se encuentra el juez nacional confrontado con una norma nacional contraria a la norma comunitaria es particularmente sensible pues se ve obligado a considerar como inexistente la norma nacional invocada e incluso, por vía de consecuencia, pudiera darse el caso en el cual deberá vulnerar otras normas nacionales que pudieran no encontrarse ajustadas a la realidad comunitaria, como aquellas que establezcan la extensión de las facultades del propio juez y entre las cuales podría no existir la mención derivada de la jurisprudencia comunitaria en análisis.

Por lo que hace a la Constitución y a los posibles conflictos de la misma con la norma comunitaria debe ponerse especial mención a la división de competencias entre el Estado y las CCEE. En aquellas materias en las cuales la competencia se ha cedido irremisiblemente a las CCEE el derecho comunitario priva aun por encima de las normas constitucionales contrarias al mismo y el estado no puede invocar la Constitución para evitar la aplicación de la norma comunitaria.²⁹ Por otra parte, en las materias de competencia compartida y en aquellas que son del exclusivo resorte del Estado las normas constitucionales despliegan la plenitud de sus efectos. En consecuencia no deben quedar dudas de que en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad el derecho comunitario priva sobre las normas nacionales, cualquiera que sea su jerarquía, incluidas las normas constitucionales.

²⁹ Cabe señalar que hasta el Tratado de Amsterdam (y parece que la situación sigue sin resolverse en el Tratado de Niza) el derecho comunitario no tiene establecida una jerarquía entre sus normas, por lo cual no es necesariamente correcto que el Reglamento prive sobre la Directiva y ésta sobre la Decisión con las consecuencias que esto acarree en el tema en análisis. Por lo tanto al hablar de norma comunitaria nos estamos refiriendo a cualquier norma comunitaria y a los efectos que la misma es susceptible de producir de acuerdo con sus ámbitos material, espacial y temporal de validez.

En apoyo a lo anterior, en el asunto *San Michele*³⁰ de 1965, cuando la empresa actora solicitó al TJCE que aplazase su resolución hasta en tanto el Tribunal Constitucional italiano dictase la suya con respecto a la validez de determinadas disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, el TJCE se negó tajantemente señalando que hacerlo supondría aceptar que el derecho comunitario se aplica con reserva de lo establecido en la Constitución de los Estados miembros y que las condiciones de pertenencia de cada Estado variarían en función de sus normas constitucionales lo que "equivaldría a vaciar a la Comunidad de toda sustancia, al permitir que se vea en el acto de ratificación, ya sea una aceptación parcial del Tratado, ya el instrumento para hacerle producir efectos jurídicos diferentes según los Estados miembros, ya la ocasión de permitir a algunos de sus súbditos que se sustraigan a sus reglas".

Finalmente, el TJCE ha declarado en dos asuntos *Comisión vs. Bélgica*,³¹ que un Estado miembro no puede alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, "incluso constitucional", para justificar la falta de respeto a las obligaciones y plazos resultantes de una norma comunitaria y que el recurso a disposiciones, incluso constitucionales, del orden jurídico interno para limitar el alcance de las disposiciones del derecho comunitario no puede admitirse porque afectaría a la unidad y eficacia de este derecho.

³⁰ Citado por MANGAS MARTÍN, Araceli y Diego LIÑAN NOGUERAS, *op. cit.*, p. 221.

³¹ Sentencia *Comisión vs. Bélgica*, del TJCE, del 6 de mayo de 1980, asunto 102/79 y sentencia *Comisión vs. Bélgica*, del TJCE, del 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79. Citados por MANGAS MARTÍN, Araceli y Diego LIÑAN NOGUERAS, *loc. cit.*

PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS Y PROTECCIÓN DE LOS CLIENTES. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EXPERIENCIA DEL DERECHO ROMANO EN MATERIA BANCARIA

Aldo PETRUCCI¹

SUMARIO: I. *Introducción: el derecho romano como expresión de una "economía globalizada" y su utilidad para un jurista contemporáneo. El caso de las empresas bancarias.* II. *Función del edicto del pretor sobre la exhibición en juicio de las cuentas de los banqueros (edictum de rationibus argentariis edendis).* III. *Efectos de la quiebra de un banco respecto a los depositarios y a los inversionistas.* IV. *Equilibrio entre desarrollo económico y protección de los clientes en la organización de las empresas bancarias.* V. *Breves reflexiones conclusivas.*

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO ROMANO COMO EXPRESIÓN DE UNA "ECONOMÍA GLOBALIZADA" Y SU UTILIDAD PARA UN JURISTA CONTEMPORÁNEO. EL CASO DE LAS EMPRESAS BANCARIAS

El fenómeno de la globalización de la economía a nivel mundial presenta una serie de problemas en el campo del derecho que los juristas tratan de resolver; en ciertos casos, las soluciones ofrecidas por los mismos llegan a originar conflictos entre los diferentes sistemas existentes. El fuerte éxito económico que viven actualmente los Estados Unidos de América hace pensar a muchos (sobre todo en

Agradezco al Prof. Yuri González Roldán la traducción de la presente investigación.

los países en donde su influencia es más profunda), que sería necesario tener únicamente en cuenta su modelo jurídico para obtener los mismos resultados; esta tendencia lamentablemente parece manifestarse también en los órganos y entidades internacionales que tienen la finalidad de realizar esquemas o proyectos de unificación del derecho en el campo civil y comercial afectando directamente los tráficos mercantiles.

La experiencia jurídica de la antigüedad romana no puede ser considerada como una "actividad arqueológica" ajena al desarrollo de las reformas futuras de los ordenamientos de los países que comparten dicha tradición; la idea de "modernidad" no debe significar un rechazo a la memoria del pasado, sino, por el contrario, un punto de reflexión que nos permita encontrar soluciones adecuadas que vayan conforme a nuestro propio sistema jurídico; así, el estudio de las fuentes del derecho romano no sólo presentan utilidad para la formación del jurista (reconocida actualmente incluso por aquellos países, como Francia, que en la década de 1970 la negaron), sino también las siguientes:

- a) Indica un modelo de ordenamiento jurídico que a partir del siglo III a. C., hasta Justiniano fue expresión de una "economía globalizada" que abarcaba todo el mundo "occidental" entonces conocido.
- b) Ofrece una ayuda efectiva en la búsqueda de principios y líneas de desarrollo para la construcción de ordenamientos o bien de sectores jurídicos supranacionales consecuentes a la profunda transformación económica contemporánea.
- c) Muestra soluciones fundamentadas en la equidad y buena fe que el ordenamiento jurídico romano adoptó para conciliar conflictos de intereses entre los profesionales económicos y sus clientes, adaptándose rápidamente a las nuevas exigencias gracias al trabajo de los pretores y de la jurisprudencia.

Ciertamente nadie pone en discusión que entre el mundo romano y el contemporáneo existen profundas diferencias (sobre todo en el aspecto tecnológico) que impiden una automática transposición de la realidad moderna de las reglas del *Corpus iuris civilis* de Justiniano;

no obstante, el análisis de cómo un derecho "universal"² haya tratado algunas cuestiones y problemas que se ponen todavía hoy en día es argumento de reflexión también para el jurista actual que interviene en la formación de un derecho también "universal" más justo y humano.

En nuestra investigación presentaremos a continuación aspectos concernientes a algunos fenómenos de la "vida" y organización de las empresas bancarias que tuvieron un relevante papel en la economía romana, que si bien con herramienta diferentes a las modernas podrían ofrecernos puntos de reflexión para la problemática actual.

Es sabido y aceptado por toda la doctrina contemporánea que entre los diversos significados del término latín *mensa* se encuentra también el de "empresa destinada al ejercicio de determinadas actividades financieras", correspondiente sustancialmente al moderno concepto de "banco".³ Dicho significado es evidente en diversas fuentes jurídicas, literarias y epigráficas del periodo que va del siglo II antes de Cristo a la mitad del siglo III después de Cristo, en donde se hace referencia a actos jurídicos o bien a operaciones de tipo bancario.⁴

Los romanistas y los civilistas realizaron durante el final de los siglos XIX y XX excelentes investigaciones enfocadas principalmente a los orígenes y al régimen de las instituciones más importantes para la vida bancaria que existen y que son utilizadas aún hoy en día: v. gr.: actividades de crédito, depósito, garantía prestada por el banque-

² Sobre tal aspecto incluso en la codificación de Justiniano, cf. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, 2 ed., Torino, 1999, pp. 15 ss.

³ Cf., entre los estudios más modernos, J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IV siècle av. J.C. - III siècle ap. J.C.)*, Roma, 1987, pp. 447 ss.; A. BURGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens* en *Revista de la Fundación Savigny (ZSS)*, parte romanística, vol. 104, 1987, pp. 487 ss.; M. A. PENALVER RODRÍGUEZ, *La banca en Roma*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, vol. 3, Madrid, 1988, pp. 1531 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.)*, Nápoles, 1991, pp. 19 ss.; P. GROSCHLER, *Die tabellae - Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlín, 1997, pp. 38 ss.

⁴ Por ejemplo, en las fuentes jurídicas: Ulpiano, l. 4 ad ed. en D. 2,13,4 pr. y Escévola, l. 1 dig. en D. 2,14,47,1 con respecto a las cuentas bancarias; Papiniano, l. 3 resp. en D. 14,3,19,1 y el emperador Alejandro Severo en C. 4,25,3 del año 230 d. C. con respecto al depósito bancario. En las fuentes literarias y epigráficas: Marcial, *Epigrammata*, 2,57,5-8 con relación al crédito bajo prenda; Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 14,2,7-8, relativamente a la fuerza probatoria de las escrituras bancarias; a la inscripción de *Corpus Inscriptionum Latinarum* vol. 4, núm. 8310, proveniente de Pompeya aun sobre el depósito.

ro (*receptum argentarii*), compensación de obligaciones entre este último y el cliente;⁵ así también, el argumento de la organización jurídica y económica de las empresas bancarias en el derecho romano y los problemas relacionados con las mismas formó objeto de atención científica y de discusión, sobre todo después de la publicación de nuestra obra en 1991, cuyas conclusiones, no obstante algunas críticas, nos parecen todavía válidas; no obstante, faltan todavía de analizar algunos perfiles del régimen jurídico general de las empresas bancarias en una específica óptica que pueda interesar a las transformaciones económicas y jurídicas contemporáneas.

II. FUNCIÓN DEL EDICTO DEL PRETOR SOBRE LA EXHIBICIÓN EN JUICIO DE LAS CUENTAS DE LOS BANQUEROS (*EDICTUM DE RATIONIBUS ARGENTARIIS EDENDIS*)

La referencia probablemente más antigua a las empresas bancarias que hace una fuente jurídica se encuentra en el edicto del pretor que concierne la producción en juicio de las cuentas de los clientes por parte de los banqueros (*edictum de rationibus argentariis edendis*). Su emanación se remonta al siglo II a. C.,⁶ y el texto es conservado en dos fragmentos del cuarto libro del comentario al edicto pretorio de Ulpiano incorporados en D. 2,13,4 pr y D. 2,13,6,8. En el primero, incluido en el Digesto en una versión resumida, se afirma el principio general que todo banquero estaba obligado a exhibir a su cliente la documentación relativa a su cuenta de banco:

Praetor ait: Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die et consule

(Dice el pretor: Los que gestionan un banco exhiban la cuenta que les pertenece, con expresión del día y del cónsul).

Su redacción originaria, según la reconstrucción de Lenel,⁷ aceptada por toda la doctrina, sería:

⁵ Para un panorama general cf. la literatura citada en PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., cap. I.

⁶ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere* op. cit., pp. 141 ss.

⁷ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3a. ed., Leipzig, 1927, pp. 61 ss.

Argentariae mensae exercitores ei, qui iuraverit non calumniae causa postulare se edi sibi rationem quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule.

(Los que gestionan un banco al que haya jurado de no pedir por causa de calumnia que le sea exhibida la cuenta que le pertenece, la exhiban con expresión del día y del cónsul).

En el segundo texto de Ulpiano se hace referencia a aquella parte del edicto que consideraba las hipótesis particulares en que el banquero que pide a su vez la presentación en juicio de la cuenta o de quienes la pidieran nuevamente:

Praetor ait: Argentario eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi iubebo

(Dice el pretor: Con conocimiento de causa, mandaré que se haga exhibición al banquero o a aquel que pidere que se exhiba por segunda vez).

El edicto se completaba con la indicación de la fórmula de la acción que podía ejercitarse en contra del banquero que no hubiera respetado la prescripción pretoria de exhibir las cuentas. La reconstrucción de su texto, no habiendo llegado a nosotros directamente, sino por medio de breves referencias de los juristas clásicos forma todavía objeto de discusiones por parte de la doctrina; tomando en consideración las dos hipótesis que parecen más fundamentadas consideraríamos como adecuada la siguiente:⁸

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio adversus edictum illius praetoris rationem dolo malo non edidisse (et ob eam rem causam perdidisse), quanti Auli Agerii interfuit eam rationem edi sibi, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvo.

(Si resulta que Numerio Negidio no haya exhibido con dolo la cuenta a Aulo Agerio en contra del edicto de aquel pretor [y por eso él haya perdido el litigio], juez condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio tanto dinero cuanto corresponde a su interés a la exhibición de la cuenta, si no resulta absuélvelo).

La aplicación concreta y las finalidades de este edicto nos describen los juristas clásicos en sus comentarios al presente argumento.

⁸ Nos referimos a la propuesta de O. LENEL, *Das edictum perpetuum* op. cit., p. 61; así como la de A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, pp. 229 ss.

Deteniéndonos sobre la primera cláusula edictal que contiene el principio general, encontramos una serie de precisiones referentes al modo de cumplir la obligación de los banqueros y de su responsabilidad que nace en caso de incumplimiento.

En primer lugar, la exhibición era ordenada al banquero mediante un *decretum* del pretor, tal promulgación constituía el momento en que el juez debía determinar el valor de los daños sufridos por el actor en caso en que el banquero no hubiera obedecido.

Is autem qui in hoc edictum incidit, id praestat quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest.

(Pero el que incurre en este edicto, queda obligado al tanto que me interesó que se exhibieran las cuentas, cuando se ordenase con decreto por el pretor, no a lo que hoy me importa) (Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,8,1).

Por ello resulta que la orden efectuada por el pretor al banquero había sido expresada en la forma de un decreto (*cum decerneretur a praetore*, cuando se ordenase con decreto por el pretor). El carácter vinculativo dependía del poder de *imperium* ínsito en su magistratura y el monto de los daños sufridos al cliente dependía de su interés positivo calculado al momento de la petición de exhibición (*id praestat quod interfuit mea rationes edi ... non quod hodie interest*, queda obligado al tanto que me interesó que se exhibieran las cuentas ... no a lo que hoy me importa). Este último principio es confirmado también por Gayo, *libro primo ad edictum provinciale* en D. 2,13,10,3 que afirma en la primera frase:

Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse...

(Mas cuando compete acción por tanto cuanto interese al actor que se le hubieren exhibido las cuentas ...).

Para que el cliente pudiese obtener el resarcimiento de los daños de parte del banquero le venía concedida una acción *in factum* (cuya fórmula ha sido indicada anteriormente) fundada en la falta de exhibición y de los daños que se le habían ocasionado. El carácter *in factum* de esta acción ha sido recordado en un pasaje de Paulo, *libro tertio ad edictum* en D. 2,13,9 pr, donde se excluye su aplicación a

aquellas categorías de personas obligadas a la exhibición de las cuentas por un vínculo contractual o semicontractual, como el procurador, el socio o el tutor:

Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. Veluti cum procurator res rationesve nostras administravit non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere ... quia id consequi possumus per mandati actionem

(Existen algunas personas, que es necesario que nos exhiban las cuentas, pero no están constreñidas por el pretor mediante este edicto. Por ejemplo cuando un procurador administró cosas o cuentas nuestras no es obligado por el pretor a exhibir las cuentas por medio de una acción *in factum* ... porque podemos obtenerlo mediante la acción de mandato).

Como se ve del ejemplo referido por el jurista, el procurador que había administrado el patrimonio del *dominus* se encuentra obligado a la relativa contabilidad, si no la presenta, viene demandado en juicio con la acción de mandato (*cum procurator —per mandati actionem*, cuando un procurador— mediante la acción de mandato) y no con la acción *in factum* prevista por el edicto que estamos examinando, porque esta última se puede utilizar sólo en contra de los banqueros.

Ha sido discutida en doctrina la naturaleza de tal acción, porque si bien es cierto presenta elementos propios de las acciones penales como la intransmisibilidad pasiva afirmada por Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,13 (*haec actio neque post annum neque in heredem nisi ex suo facto dabitur*, esta acción no es dada ni después de un año ni en contra del heredero si no por su hecho), contiene además otros elementos de las *actiones ad exhibendum* (acciones para la exhibición), utilizadas como es notorio en función preparatoria de una acción de reivindicación. La opinión más probable, que ya habíamos expresado y confirmamos nuevamente,⁹ es que se trate de una acción penal privada con finalidad de resarcir el daño patrimonial causado por el hecho ilícito del banquero como sucedía para un gran número de *actiones in factum* creadas por la jurisdicción pretoria.¹⁰ Como fundamento de dicha hipótesis se pueden conside-

⁹ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 158 ss.

¹⁰ Fundamental al respecto permanece el estudio de B. ALBANESE, *Illecito (storia)* en *Scritti giuridici I*, Palermo, 1991, pp. 791 ss.

rar como argumentos sólidos aparte de la intransmisibilidad pasiva de la acción y de su anualidad (afirmadas en el citado texto D. 2,13,13), el fin sustancialmente resarcible de la condena equivalente al interés positivo del cliente (como se dijo en D. 2,13,8,1 y D. 2,13,10,3 citados anteriormente) y la falta de los requisitos de legitimación activa y de objeto de las *actiones ad exhibendum*.

De la naturaleza de la acción *in factum* sucede como consecuencia que la falta de exhibición en juicio por parte del banquero de la documentación bancaria relativa a las cuentas de los clientes constituye no una violación de las obligaciones contractuales que nacen de la cuenta de banco, sino un verdadero y propio ilícito penal de naturaleza privada.

La petición de exhibir las cuentas podía darse no sólo en los casos de controversias con el banquero, sino también cuando el cliente estuviera en litigio contra un tercero y la relativa contabilidad bancaria representase un medio de prueba para hacer valer las propias razones. Tal aspecto es oportunamente resaltado por Gayo, *libro primo ad edictum provinciale* en D. 2,13,10 pr:

Argentarius rationes edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio

(Se manda que el banquero exhiba las cuentas, y no importa que la controversia sea con el mismo banquero, o con otro).

Es posible observar que la petición realizada al banquero no significaba para el cliente necesariamente la cancelación de la cuenta como lo refiere el jurista Pomponio en el libro sexto de su comentario a Sabino en D. 50,16,89,2:

Inter 'edere' et 'reddi rationes' multum interest: nec is qui edere iussus sit, reliquum reddere debet: nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum non solvat

(Entre 'exhibir' y 'presentar la rendición de cuentas' hay mucha diferencia: él a quien fue mandado de exhibir, no debe restituir lo restante: en efecto, el banquero resulta exhibir también la cuenta, aunque no pague lo restante que está en su poder).

En este texto que los compiladores de Justiniano han cambiado de su colocación originaria en materia de legados que tenían por objeto

la liberación de una deuda (*de liberatione legata*)¹¹ se explica la diferencia entre los conceptos de exhibir una documentación contable y presentar una rendición de cuentas (*reddere rationes*), justificando la incorporación en el importante título final *De verborum significatione* (D. 50,16: Del significado de las palabras). Mientras el segundo concepto significa la terminación de una relación jurídica con la consecuente obligación de restitución del eventual remanente de parte del sujeto obligado a la rendición de cuentas, el primero no tiene como consecuencia tal restitución (*nec is qui edere iussus sit, reliquum reddere debet*, él a quien fue mandado de exhibir no debe restituir el restante), porque la exhibición de la documentación contable puede incluirse en la relación jurídica sin determinar la extinción. Y el ejemplo que el jurista indica es propiamente el del banquero, que cumple la obligación de exhibir en juicio la documentación contable del cliente, pero que continúa a conservar con él una relación de cuenta, como se deduce de la permanencia del dinero depositado a él (*nam ... argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum non solvat*, en efecto el banquero resulta ... exhibir la cuenta, aunque no pague lo restante que está en su poder).

Al final la obligación de exhibición en juicio de la contabilidad se transmitía a los herederos del banquero y a sus socios y continuaba en caso de que cesaran la actividad. A las primeras dos situaciones alude todavía una vez más Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,1:

Cogentur et successores argentarii edere rationes. Quod si plures sunt heredes et unus habeat, solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant et unus ediderit, omnes ad editionem compellendi sunt ... hoc idem erit et si plures fuerint argentarii, a quibus editio desideratur.

(También los sucesores del banquero serán constreñidos a exhibir las cuentas. Pero si hay una pluralidad de herederos y sólo uno las tiene, él sólo está obligado a la exhibición: pero si todos las tienen y uno solo haya exhibido, todos están obligados a la exhibición ... lo mismo será también si hay una pluralidad de banqueros, a que se pide la exhibición).

Como se ve, en el fragmento se afirma que también los herederos del banquero deben acatar la orden de la exhibición de la contabili-

¹¹ Cf. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. v, reimpr., Graz, 1960, p. 103.

dad (*cogentur et successores argentarii edere rationes*, también los sucesores del banquero serán constreñidos a exhibir las cuentas), sobre tal aspecto se presentan dos particulares hipótesis relacionadas con la presencia de más herederos; que sólo uno de ellos se encuentre en la posesión de la contabilidad, o bien que todos la posean. En la primera hipótesis, como es natural, el solo poseedor está obligado a la exhibición (*solus ad editionem compelletur*, él sólo está obligado a la exhibición), en la segunda hipótesis todos deben presentarla, no bastando el hecho que sólo uno de ellos cumpliera con dicha obligación (*omnes ad editionem compellendi sunt*, todos están obligados a la exhibición). El mismo régimen encuentra aplicación respecto a más banqueros (*hoc idem erit et si plures fuerint argentarii*, lo mismo será también si hay una pluralidad de banqueros), relacionados (si bien el texto no lo dice expresamente) con un vínculo societario.

La tercera situación es recordada brevemente siempre por el mismo Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,4,4, de la siguiente forma:

Etiam is qui desiit argentariam facere, ad editionem compellitur.
(También quien dejó de ejercitar el banco, es obligado a la exhibición).

Las razones que fundamentan la base de la mencionada disciplina de protección de los intereses de los clientes son identificadas en los principios de equidad y de protección de la confianza. Así Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,4,1, al respecto recuerda cómo el pretor considera el primer elemento como fundamento de las relaciones contables entre banquero y clientela:

Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit meum quodammodum instrumentum mihi edi

(La razón de este edicto es muy equitativa: en efecto, puesto que los banqueros redactan las cuentas de los individuos, fue equitativo que se me exhiba como mía la documentación que redactó en mi interés).

Como podemos constatar, las razones de equidad que justifican la intervención pretoria consistían en el hecho que el titular de la cuenta bancaria era el cliente, considerado como propietario de la documentación relativa, la cual el banquero proveía en su interés, haciendo

justa la petición de utilizarla para los fines probatorios en una controversia (*aequum fuit, id quod mei causa confecit meum quodammodum instrumentum mihi edi*, fue equitativo que se me exhiba como mía la documentación que redactó en mi interés).

La necesidad de tutelar la confianza de todos aquellos que se dirigen a las bancas emerge de un texto de Paulo, *libro tertio ad edictum* en D. 2,13,9,2, donde se recoge la opinión de Pomponio favorable a la extensión del edicto del pretor aquí en examen también para los cambiadores de divisas (*nummularii*), justificándola con la identidad de operaciones entre éstos y los banqueros (*quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur*, porque estos *nummularii* así como los banqueros tienen cuentas, porque bien sea reciben dinero bien sea lo dan por partes, cuya prueba se incluye sobre todo en sus escrituras y códigos) y fundamentándola con el frecuente recurso de parte de los clientes a su *fides* (*et frequentissime ad fidem eorum decurritur*, y muy frecuentemente se recurre a su *fides*). Con esta última expresión que se puede entender en sentido general referida bien sea a los banqueros como a los cambiadores de divisas, se quiere destacar la difundida confianza de los clientes tanto por la seguridad del dinero a ellos confiado cuanto para una correcta conservación de la relativa documentación contable.

Si las normas vistas hasta el momento parecen haber sido dictaminadas al fin de tutelar principalmente los derechos de los clientes, existen por otra parte otras que demuestran cómo se prestaba la debida atención al desarrollo de la actividad bancaria, evitando que tal disciplina pudiese influir negativamente sobre la misma.

En primer lugar, la exhibición de la documentación contable se encontraba subordinada al juramento de parte del cliente de no pedirla con la única finalidad de causar daño al banquero, como se afirma en Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,2, y en Paulo, *libro tertio ad edictum* en D. 2,13,9,3, de los cuales Lenel, como habíamos visto arriba, ha tratado la integración de la primera cláusula edictal. El primer texto dice:

Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi: ne forte vel supervacuas rationes vel quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa.

(Se exige al adversario del banquero el juramento de no pedir que se le exhiba por calumnia: para que por ejemplo no pida que se le exhiba o bien una documentación inútil o bien una que se tiene con la finalidad de perjudicar al banquero).

Aquí el jurista destaca claramente que la finalidad del juramento era no causar un perjuicio al banquero con la petición de una documentación inútil o ya en posesión del que la pide (*ne forte vel supervacuas rationes vel quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa*, para que por ejemplo no pida que se le exhiba, o bien una documentación inútil, o bien una que se tiene con la finalidad de perjudicar al banquero), operando en caso contrario la responsabilidad que nace a cargo de las personas que violan un juramento.

El mismo principio es contenido también en el segundo texto, pero sin hacer referencia a los ejemplos ni a la finalidad de dañar:

Ceterum omnibus postulantis et iurantibus non calumniae causa petere rationes, quae ad se pertineant, edi iubet.

(De otra parte manda que se exhiban las cuentas que les pertenecen a todos quienes lo piden y juran que requieren las cuentas no por causa de calumnia).

Paulo se limita por ello a afirmar que la exhibición de la documentación de quien era titular debía llegar en beneficio de todos aquellos que la pedían y juraban de hacerlo no por causa de *calumnia*.

En la última parte del § 3 de D. 2,13,10 Gayo, *libro primo ad edictum provinciale*, indica un límite al derecho del cliente de pedir el resarcimiento de los daños en el caso de la falta de exhibición de las cuentas de parte del banquero, subordinándolo a la prueba que existiese una relación causal directa entre pérdida de la controversia de parte del cliente y el incumplimiento de la obligación de presentar las cuentas por parte del banquero:

eveniet, ut, sive qui condemnatus sit sive quod petierit non optinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur... si apud hunc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse

(sucederá que, bien sea haya sido condenado bien sea no haya conseguido lo que había pedido por el hecho de que no había tenido las cuentas con

las que pudiese defender su causa, obtenga eso mismo, que así haya perdido, con esta acción ... si frente a aquel juez, que juzga entre él y el banquero, puede probar que podría ganar en aquel juicio en que fue vencido).

Las expresiones relativas a la pérdida de la controversia por la ausencia de exhibición de la documentación contable de la cuenta bancaria resultan muy claras al necesitar un nexo causal directo que haga responsable al banquero (*eo quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit*, por el hecho de que no había tenido las cuentas con las que pudiese defender su causa) y a la necesidad de probar tal relación (*si apud ... iudicem potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse*, si frente al juez puede probar que podría ganar en aquel juicio en que fue vencido).

Además el banquero está obligado al resarcimiento de los daños sólo si el incumplimiento de la disposición del pretor de exhibir la documentación contable dependía de su dolo o culpa grave como ha sido referido por Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,8 pr.

Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit nisi dolo proximam. Dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit.

(Cuando se exige que el banquero exhiba las cuentas, es punido en el momento en que no exhibe por razón de dolo: pero no prestará la culpa si no es próxima al dolo. Pero no exhibió con base en la razón de dolo, bien sea quien exhibió con fraude, bien sea quien no exhibió de modo no completo).

Según la doctrina que nosotros mismos habíamos considerado aceptable, el edicto del pretor habría hecho en un origen referencia únicamente al dolo, debiéndose por ello considerar la referencia a la culpa fruto de una interpolación sucesiva de edad justiniana;¹² no obstante, actualmente somos mayormente convencidos en la posibilidad que la mención a la culpa grave junto al dolo como criterio de responsabilidad del banquero haya sido introducida mucho tiempo antes de Justiniano, a lo mejor ya al final del siglo I d. C., porque en esta época tal criterio era utilizado por otros juristas. Consideramos

¹² Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 155 s.

por ello que la atribución de Ulpiano deba aceptarse como genuina, si bien persiste la posibilidad de la existencia de retoques formales del texto realizados con la finalidad de acercar el dolo y la culpa grave. Si es así, el jurista severiano admitiría una responsabilidad del banquero por una falta de exhibición sólo cuando ésta pudiese calificarse como fruto de una conducta dolosa o gravemente culposa, entrando en la primera categoría también los casos de exhibición fraudulenta o no completa.

En fin, la exhibición era estrictamente limitada a aquella parte de las escrituras contables relativas a las cuentas de los clientes (el *codex rationum*) que se refería a la sola controversia ya encaminada como observa Gaio, *libro primo ad edictum provinciale* en D. 2,13,10,2:

Edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest: scilicet ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur.

(Después se entiende que la cuenta sea exhibida, si se exhibe desde el inicio; en efecto, la cuenta si no se inspecciona desde el inicio, no puede entenderse (exhibida); ciertamente de modo que cada uno no tenga el poder de ver y recopiar todo el código de las cuentas y todas las páginas, sino sólo de modo que sea vista y copiada aquella parte de las cuentas que sirva a informar a alguien).

En el primer periodo del texto el jurista destaca que se considera exhibida una cuenta sólo cuando se puede observar desde el inicio (*edi ... ratio ita intellegitur, si a capite edatur*, se entiende que la cuenta sea exhibida, si se exhibe desde el inicio), porque frente a la falta de esto resulta incomprensible el elenco de las operaciones que lo forman (*nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest*, en efecto la cuenta si no se inspecciona desde el inicio, no puede entenderse). La necesidad de observar la documentación de una cuenta desde el inicio se explica con el hecho que cada una de las páginas de las que estaba compuesto el *codex rationum* comenzaba con la indicación de la fecha seguida del registro de las operaciones de crédito y deuda relativas a las cuentas individuales como se constata por

Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,6.¹³ Entonces las palabras de Gayo van interpretadas en el sentido que quien había pedido la exhibición debía ser puesto en la condición de conocer las referencias cronológicas de las varias operaciones de su cuenta para poder entender correctamente su desarrollo. Pero, como se precisa en la segunda mitad del pasaje gayano en examen, tal poder de inspección y hacer copia no se extendía a todo el libro contable, sino sólo a aquellas partes necesarias a fines probatorios para la controversia en desarrollo (*... ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur, ...* de modo que cada uno no tenga el poder de ver y recopiar todo el código de las cuentas y todas las páginas, sino de modo que sea vista y copiada sólo aquella parte de las cuentas, que sirva a informar a alguien). Tal precisión reviste gran importancia, porque es evidentemente finalizada a proteger el secreto de las operaciones efectuadas entre banca y clientes, excluyendo de la publicidad todo lo que no correspondía a la controversia de la que era derivada la petición de exhibición.

La armonización de las exigencias de los banqueros y de los clientes puede observarse en la segunda cláusula del edicto objeto de nuestro estudio: *argentario eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi iubebo* (Con conocimiento de causa, mandaré que se haga exhibición al banquero o a aquel que pidiera que se exhiba por segunda vez) (Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,8). El primer factor de equilibrio es debido al hecho de que el pretor no ordenaba automáticamente la exhibición de la contabilidad, bien sea porque la pidiese el banquero o bien el cliente realizase la petición una segunda ocasión, sino con conocimiento de causa (*causa cognita*). Esto significa que en estas dos hipótesis particulares él valuaba caso por caso las circunstancias y el fundamento de la petición antes de emitir el decreto con la orden de exhibición. La *ratio* de la disposición edictal

¹³ *Si initium tabularum habet diem, in quibus Titii ratio scripta est, postmodum mea sine die et consule, etiam mihi edendus est dies et consul: communis enim omnis rationis est praepositio diei et consulis* (Si el inicio de las tablas <del *codex rationum*> tiene el día, en que la cuenta de Ticio fue escrita, y después la mía sin día y cónsul, debe exhibirse el día y el cónsul también a mí: puesto que la indicación del día y del cónsul es común a todas las cuentas). Sobre el punto cf. PETRUCCI, *Mensam exercere, op. cit.*, pp. 168 y ss.

nos demuestra, por un lado, que se querían prevenir eventuales actitudes fraudulentas o negligentes del banquero, permitiéndole de pedir al cliente la exhibición de la contabilidad sólo cuando recurrieran determinados eventos, por otro lado, se querían además evitar perjuicios para el cliente que pedía una segunda vez la exhibición por hechos no dependientes de su comportamiento reprochable. Sobre la aplicación práctica de tal cláusula vienen dadas importantes noticias de los juristas Ulpiano y Paulo en dos textos relacionados entre sí tomados de sus comentarios al edicto:

Ulpianus, libro cuarto ad edictum in D. 2,13,6,9-10: *Prohibet argentario edi illa ratione, quod etiam ipse instructus esse potest instrumento suae professionis: et absurdum est, cum ipse in ea sit causa, ut edere debeat, ipsum petere ut edatur ei ... Nam ipsi argentario ex causa ratio edenda est: si naufragio vel ruina vel incendio vel alio simili casu rationes perdidisse probet aut in longinquo habere, veluti trans mare. Nec iterum postulanti edi praetor iubet, nisi ex causa:*

Paulus, libro tertio ad edictum in D. 2,13,7 pr: *veluti si peregre habere quod primum editum sibi doceat: vel minus plene editum: vel eas rationes, quas casu maiore, non vero negligentia perdidit. Nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit.*

(Ulpiano, libro cuarto al edicto en D. 2,13,6,9-10: Se prohíbe que se exhiba al banquero por aquella razón, que el mismo puede también ser instruido mediante la documentación de su profesión: y es absurdo que, encontrándose el mismo en aquella situación, que deba exhibir, pida el mismo que se le exhiba ... En efecto al mismo banquero debe exhibirse la cuenta con base en una causa: si pruebe de haber perdido las cuentas por naufragio o ruina o incendio u otro caso similar o de tenerlas en un lugar lejos más allá del mar. Ni el pretor manda que se exhiba al que lo pide otra vez, otro que con base en una causa:)

(Paulo, libro tercero al edicto en D. 2,13,7 pr: como por ejemplo si pruebe que tiene en otra región lo que la primera vez le haya sido exhibido: o bien que se le haya exhibido menos completamente: o bien que haya perdido aquellas cuentas por causa mayor y no por negligencia. En efecto si las perdió por aquel caso, a que se deba perdonar (el pretor) mandará que se le exhiba de nuevo).

En el primer texto Ulpiano explica primeramente las razones por las que la petición de exhibición de parte del banquero dependía del examen preliminar de las circunstancias del caso; ya que el ejercicio

de su profesión implicaba una obligación de conservar la documentación contable de las cuentas de los clientes, sobre la cual podía ser actualizado, habría parecido un absurdo privilegio liberarlo de tal obligación y permitirle de pedir a los clientes la exhibición judicial invirtiendo a su favor la carga de la prueba (*prohibet argentario edi ... ipsum petere ut edatur ei*, se prohíbe que se exhiba al banquero ... pida el mismo que se le exhiba). Y después admitir que tal petición pudiese aceptarse sólo con base en una justa causa, indicándose entre ellas los eventos de fuerza mayor como el naufragio, la ruina o el incendio o bien la conservación de la documentación contable en un lugar lejano, por ejemplo una provincia que se encontrase más allá del mar. Así la misma necesidad de una justa causa viene hecha valer también respecto al cliente que pedía la exhibición una segunda vez (*nec iterum postulanti edi praetor iubet, nisi ex causa*, ni el pretor manda que se exhiba al que lo pide otra vez, otro que con base en una causa).

Una ejemplificación de justas causas en favor del cliente se encuentra en apertura del segundo texto, donde Paulo habla de conservación de los documentos contables ya exhibidos en una región lejana (*peregre habere quod primum editum est*), de incompleta exhibición de parte de banquero la primera vez (*minus plene editum*) o de pérdida no culpable de los mismos por un caso de fuerza mayor (*eas rationes ... casu maiore, non negligentia ... perdidit*). Es importante destacar cómo la prueba de estas circunstancias debiese ser dada por el cliente (*si ... doceat*, si ... pruebe) y como el criterio de la pérdida no culpable fuese entendido en modo no rígido, porque al cliente era permitido demostrar la existencia de cualquier causa de justificación, que si aceptada por el pretor, permitía la renovación de orden de exhibir (*si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit*, si las perdió por aquel caso, a que se deba perdonar, mandará que se le exhiba de nuevo).

En conclusión, de cuanto hemos observado, emerge que la normativa principal al edicto examinado se ha venido formando y completando mediante un trabajo armónico de actividad jurisdiccional de los pretores y de la actividad interpretativa de los juristas para permitir una amplia obra de adecuación de los instrumentos jurídicos a las transformaciones de la economía con el objetivo de unir exigencias de protección de la clientela y exigencias de expansión de las bancas respecto a un sector así delicado e importante como es el de la contabilidad.

III. EFECTOS DE LA QUIEBRA DE UN BANCO RESPECTO A LOS DEPOSITARIOS Y A LOS INVERSIONISTAS

En el Digesto son conservados cuatro textos en los que en modo no orgánico y bajo diversos aspectos se considera el fenómeno de la quiebra de una banca y sus consecuencias para los que habían confiado a ella su propio dinero. Si bien la parcialidad y fragmentación de los mismos, se revelan interesantes perfiles para el argumento que estamos desarrollando en este momento. Los primeros dos se encuentran en el título D. 16,3 relativo al depósito y son el fragmento 7,2 de Ulpiano, *libro trigésimo ad edictum* y el sucesivo fragmento 8 de Papiniano, *libro nono quaestionum*. En el texto ulpiano se afirma:

Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.

(Siempre que los banqueros se presentan en quiebra, se suele en primer lugar tener cuenta de los depositarios, esto es, de aquellos que tuvieron cantidades depositadas, no las que empleaban a interés en poder de los banqueros, o con los banqueros o por los mismos, y así pues, si se hubieren vendido los bienes, antes que de los privilegios se tiene cuenta de los depositarios, con tal que no se tenga cuenta de los que también después recibieron intereses, como si hubieren renunciado al depósito).

En la hipótesis de quiebra de una banca los acreedores que son tomados en consideración en primer lugar son los depositarios de las sumas de dinero (*solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt*, se suele en primer lugar tener cuenta de los depositarios, esto es, de aquellos que tuvieron cantidades depositadas), que el jurista distingue entre los que han metido a disposición del banquero el propio dinero con la finalidad de efectuar inversiones fructíferas (*non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant*, no las cantidades que empleaban a interés en poder de los banqueros, o con los banqueros o por los mismos). Lo que restaba de la venta en bloque de los bienes del banquero quebrado es reconocida a los deposi-

tarios una posición incluso preferencial respecto a los mismos acreedores privilegiados (*et ante privilegia ... depositariorum ratio habetur*), pero a condición que hayan renunciado a percibir, también mediante un pacto sucesivo, intereses sobre las sumas depositadas, porque en tal caso se considera que ellos hayan hecho venir menos la relación de depósito (*dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito*, con tal que no se tenga cuenta de los que también después recibieron intereses, como si hubieren renunciado al depósito).

En el sucesivo texto de Papiniano, que los compiladores justinianos han relacionado con el precedente, se precisa:

Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est.

(Cuyo privilegio se ejercita no sólo respecto de aquella cantidad, que del dinero depositado se encontró en los bienes del banquero, sino respecto a todos los bienes del defraudador; y esto se admitió por utilidad pública por causa del uso necesario de banqueros).

La posición privilegiada de los depositarios que no perciben intereses se ejercita según posición del jurista no sólo sobre aquella parte de sumas depositadas todavía comprendidas en el patrimonio del banquero (*non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est*, no sólo respecto de aquella cantidad, que del dinero depositado se encontró en los bienes del banquero), sino sobre todo su patrimonio (*sed in omnibus ... facultatibus*, sino respecto a todos los bienes), separándose la *ratio* de la introducción de tal principio en la necesidad de valerse de los servicios bancarios para su utilidad pública (*idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est*, y esto se admitió por utilidad pública por causa del uso necesario de banqueros). Es interesante resaltar cómo Papiniano atribuye el término *defraudator* al banquero que se haya sometido a la quiebra para resaltar la ruptura de parte suya de la relación fiduciaria con los clientes, y cómo justifica la extensión de su responsabilidad de todo el patrimonio a la utilidad pública que impone el recurso a las bancas para asegurar la seguridad al dinero propio.

El tercer fragmento donde se examinan las consecuencias de la quiebra de una banca sobre los titulares de las sumas depositadas, es D. 42,5,24,2, también de Ulpiano, *libro sexagesimo tertio ad edictum*, en que se comenta aquella parte del edicto relativa a los acreedores privilegiados en la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente (*bonorum venditio*).¹⁴ En esto se dice:

In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum qui vindicat ante privilegia.

(Se determinó que al venderse los bienes de un banquero sea preferente, después de los privilegios, la condición de los que ateniéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco. Mas no se separan de los demás acreedores los que recibieron de los banqueros intereses por el dinero depositado; y con razón, porque una cosa es dar a crédito y otra depositar. Pero si existiera el dinero, opino que puede ser reivindicado por los que lo depositaron, y el que lo reivindica será preferente a los privilegiados).

De frente a la quiebra del titular de una banca (*mensularius*) y a la consecuente venta en bloque de sus bienes, los depositantes de sumas de dinero, que se han basado sobre la confianza públicamente reconocida a la banca, tienen derecho a ser satisfechos después de los acreedores privilegiados (*post privilegia potioem eorum causam esse ... qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt*, después de los privilegios, sea preferente la condición de los que ateniéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco). La posición de ellos es preferida a la de los que han recibido del banquero intereses sobre las sumas depositadas, resultando por ello éstos no separados de todos los otros acreedores (*... qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur*, no se separan de los demás acreedores los que recibieron de los banqueros intereses por el dinero depositado). Tal preferencia viene explicada con la afirmación que la actividad de depósito no se pueda identificar con aquella de crédito (*aliud est ... credere, aliud deponere*,

¹⁴ Cf. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, op. cit., p. 429.

una cosa es dar a crédito y otra depositar). En el caso en que, por el contrario, el dinero depositado se pudiera todavía individualizar exactamente (*si tamen nummi extent*, pero si existiera el dinero), porque v. gr.: había sido depositada en sacos o bolsas selladas, los que depositaron tales sumas de dinero podían reivindicarlas y su derecho precedía al de los acreedores privilegiados (*vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia*, opino que puede ser reivindicado por los que lo depositaron, y el que lo reivindica será preferente a los privilegiados).

Dada la riqueza de las informaciones contenidas en los textos apenas citados, se han hecho múltiples investigaciones por parte de la doctrina romanística en el último siglo y sobre todo para configurar los varios tipos de depósito bancario en el derecho romano.¹⁵ En esta sede el primer problema que debemos afrontar es la aparente contradicción entre los dos fragmentos de Ulpiano respecto a la posición de los depositarios que no perciben intereses concurriendo con otros acreedores en la hipótesis de la quiebra de la banca. En D. 16,3,7,2 ellos aparecen preferidos a los mismos acreedores privilegiados, mientras en D. 42,5,27,2 se sostiene la solución opuesta. Esto ha inducido a muchos estudiosos de resolver la cuestión considerando interpolado uno u otro texto.¹⁶ A nuestro parecer sería posible considerar conciliables ambos, teniendo en consideración la diversa óptica con la cual el jurista afrontaba el problema en el libro trentésimo y en el libro sesentésimo de su comentario al edicto. En D. 16,3,7,2 las mayores preocupaciones de Ulpiano cuando comentaba el edicto respecto a la acción de depósito, debían haber sido aquellas de diferenciar en el campo jurídico, el contrato de depósito abierto de sumas de dinero respecto a las inversiones y especulaciones realizadas por el banquero a beneficio de sus clientes, reconociéndose al primero una prioridad en el concurso de los acreedores, y de precisar que

¹⁵ Cf. por ejemplo, LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier* II en *Revue internationale de Droits de l'Antiquité (RIDA)*, vol. 22, 1975, pp. 287 ss., donde se encuentran también amplias citaciones de la bibliografía precedente; GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milán, 1976, p. 166; BURGE, *Fiktion*, op. cit., pp. 553 s.; PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 210 ss.

¹⁶ Cf. los autores citados en LEVY RABEL, *Index interpolationum* vol. 1, Leipzig, 1929, p. 273 s. y vol. 3, Leipzig, 1931, p. 245, agregándose además a LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, op. cit., pp. 287 ss.

la aceptación, también en un segundo momento (*vel postea*), de intereses sobre las sumas depositadas era de considerarse como una renuncia al depósito, con la consecuente pérdida del derecho de ver satisfechos a los propios acreedores todavía antes que a los mismos acreedores privilegiados. Al jurista no le interesaba fijar en aquel momento con exactitud la posición de los depositantes frente a los acreedores privilegiados, en cuanto que excluía de la prelación a los depositarios que por cualquier motivo hubiesen percibido intereses sobre las sumas invertidas en la banca.

En D. 42,5,24,2, por el contrario, Ulpiano tratando específicamente la parte del edicto dedicada a los acreedores privilegiados en la venta en bloque de los bienes del banquero quebrado, es muy atento en establecer con exactitud el orden de los depositarios en la concurrencia, dando prioridad absoluta antes que a los acreedores privilegiados, a todos aquellos que habían efectuado depósitos cerrados de dinero, considerando inmediatamente después en el orden de prelación a los acreedores privilegiados que habían concluido depósitos abiertos sin percibir intereses, y equiparando a todos los otros acreedores quirografarios a los que percibían intereses sobre las sumas depositadas.

En sustancia, del análisis conjunto de los dos textos vemos como el fenómeno de la quiebra y la consecuente concurrencia entre los acreedores permite al jurista de individualizar las diversas categorías de clientes que se acercan a sus servicios y la protección a estos acordada por el ordenamiento jurídico.

- a) Existían clientes que concluían contratos de depósito cerrado o regular, teniendo por objeto sumas de dinero colocadas en contenedores cerrados y sellados. Tales frente a la quiebra de la banca gozaban de la más fuerte tutela jurídica, debiéndose satisfacerse primeramente sus créditos.
- b) Existían clientes que concluían contratos de depósito abierto o irregular, teniendo por objeto sumas de dinero que el banquero debía restituir en la misma especie y cantidad (*tantundem*), pero sin percibir intereses sobre tales sumas. Ellos habían tenido confianza en la banca (*fidem publica secuti*, ateniéndose a la fe pública, se dice en D. 42,5,24,2) y por esto a los créditos en caso de su quiebra era reconocida una posición preferencial respecto

- a) a los otros acreedores, si bien es cierto posterior a la de los acreedores privilegiados.
- c) Existían clientes que depositaban sumas abiertas de dinero pactando con el banquero, también en un segundo momento la percepción de los intereses.¹⁷ A este respecto es interesante relevar la dificultad que Ulpiano manifestaba en encuadrar tal forma de depósito en el esquema contractual del depósito irregular (*quasi renuntiaverint deposito*, como si hubieran renunciado al depósito en D. 16,3,7,2 y *aliud est enim credere, aliud deponere*, porque una cosa es dar a crédito, y otra depositar en D. 42,5,24,2), dificultad que, por el contrario, parece superada por otros juristas clásicos, como Escevola, *libro primo responsorum* en D. 16,3,28 y Papiniano, *libro nono quaestionum* en D. 16,3,24, los cuales conceden en tal caso al depositante una acción de depósito de buena fe (*actio depositi ex fide bona*) para la restitución de las sumas depositadas y de los intereses, haciendo así entrar también esta forma en el contrato de depósito.¹⁸ Mediante las varias concepciones de los juristas se pueden constatar las varias etapas de esta especial figura de depósito. En la óptica de Ulpiano tales clientes, en virtud de que buscan obtener un lucro económico no pueden recibir en la quiebra una especial protección y son puestos al mismo nivel de todos los otros acreedores quirografarios de la banca.
- d) Existían clientes que desde un inicio buscaban realizar especulaciones financieras mediante la banca, o permitiendo al banquero de invertir su dinero a interés (*pecunias exercere faenore apud nummularios*, emplear a interés cantidades en poder de los banqueros) o concluyendo con el banquero una sociedad con el mismo fin (*pecunias faenore exercere cum nummulariis*, emplear a interés cantidades con los banqueros) o bien todavía utilizando por esto la obra de intermediación del banquero (*pecunias faenore*

¹⁷ Sobre los actos jurídicos concluidos entre banquero y cliente productivos de intereses cf. PETRUCCI, *Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza romana* in *Atti del Convegno "L'usura ieri ed oggi"*, Bari 1997, pp. 63 ss.

¹⁸ Sobre el argumento, cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 217 ss. y *Prime riflessioni*, op. cit., p. 66 ss. así como DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi ueber die argentarii im klassischen roemischen Recht* en *Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)*, 108, 1991, pp. 322 ss.

exercere per nummularios, emplear a interés cantidades por los banqueros). También en esta categoría el jurista severiano niega una tutela diferente de aquella ordinaria asimilándola a la de los otros acreedores quirografarios.

Se había venido formando, al menos respecto a la hipótesis de quiebra de una banca, un régimen jurídico diferenciado para la categoría de clientes, que podríamos definirlos como los “ahorradores”, beneficiándose de una especial protección y, por otra parte, la de los “especuladores”, que eran llamados a soportar el riesgo de una “crisis bancaria” al mismo modo de todos los otros acreedores no privilegiados. Que la formación de tal régimen haya venido a formarse gradualmente sobre la base de la disciplina edictal en materia de depósito y de venta en bloque de los bienes del “quebrado” puede constatar de las expresiones *solet* (se suele) de D. 16,3,7,2 y *placuit* (se determinó) de D. 42,5,24,2 que hacen referencia a prácticas interpretativas o a decisiones de los juristas llamados a dar una respuesta a los problemas concretos que nacen de la realidad.

La colocación en este cuadro del fragmento de Papiniano en D. 16,3,8 no presenta particulares problemas, en cuanto se limita a precisar por último que los créditos de los depositantes que se encuentran en posición prioritaria deben ser satisfechos con todo el patrimonio del banquero quebrado, y no únicamente con lo que quedaba de los varios depósitos. De otra parte, resulta plenamente en línea con el régimen de la venta en bloque de los bienes del quebrado (*bonorum venditio*), que implicaba una participación en el procedimiento concursal de la totalidad de su patrimonio; sin embargo, falta todavía puntualizar que el principio recordado por Papiniano tiene validez sólo para las empresas bancarias fundadas sobre un esquema organizado con responsabilidad ilimitada, mientras que podrá entenderse con limitación al peculio del esclavo o del hijo que gestiona la banca si la empresa hubiera sido estructurada de modo que se limitase tal responsabilidad, como veremos brevemente en el próximo párrafo.

El cuarto texto que afronta problemáticas relacionadas con la quiebra de una banca tiene por objeto un caso concreto mencionado y resuelto por Cervidio Scevola, *libro quinto digestorum* en D. 14,3,20:

Lucius Titius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaio Seio cavit in haec verba: 'Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas maias'. Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistula iure conveniri Terminalis possit. Respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset.

(Lucio Ticio tuvo a un liberto encargado de la empresa bancaria con que negociaba: éste dio caución a Cayo Seyo en estos términos: ‘Octavio Terminal tratando un asunto de Octavio Félix saluda a Domicio Félix. Tienes en el banco de mi patrono mil denarios, cuyos denarios deberé entregarles el día antes de las calendas de Mayo’. Se preguntó, habiendo fallecido Lucio Ticio sin heredero, y vendidos sus bienes, podría ser demandado en derecho Terminal en virtud de su carta? Respondió, que ni estaba obligado en derecho con estas palabras, ni había equidad para demandarle, porque aquello lo había escrito por su encargo de gerente para dar cuenta de la fe de la empresa bancaria).

Octavio Terminal, liberto propuesto como gerente de la banca (aquí definida *mensa nummularia*)¹⁹ de Lucio Ticio, probable nombre ficticio que el jurista usa en lugar del verdadero, Octavio Feliz promete en una carta de pagar el 30 de abril mil denarios que se encontraban depositados en la banca misma (*habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas maias*, tienes en el banco de mi patrono mil denarios, cuyos denarios deberé entregarles el día antes de las calendas de mayo). Tal promesa, que Octavio Terminal declara de realizar tratando un asunto de Octavio Feliz (*alias* Lucio Ticio), es dirigida a Domicio Feliz (que el jurista al inicio llama con el nombre ficticio de Gayo Seyo), mencionado en la expresión inicial del saludo, que actúa por cuenta de un tercero o por cuenta propia y de un tercero, como se deduce del uso del plural *vobis* (a ustedes), para indicar los destinatarios. La cuestión afrontada por el jurista es si en el caso en que llegando la muerte del banquero que no tenía herederos y una vez realizada la venta de sus bienes la promesa contenida en la carta al no cumplirse pueda ser

¹⁹ Sobre esta terminología para indicar una empresa bancaria cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 253 sig.

demandado en juicio por este hecho el liberto propuesto como gerente Octavio Terminal. La respuesta que viene dada es negativa, bien sea bajo el perfil del derecho que bajo el de la equidad (*nec iure his verbis obligatum nec aequitate conveniendi eum superesse*, ni estaba obligado en derecho con estas palabras, ni había equidad para demandarle), ya que Terminal lo que ha prometido, no lo hizo por sí mismo, sino en el ejercicio de su cargo de gerente con la finalidad de asegurar la confianza de la banca (*cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset*, porque aquello lo había escrito por su cargo de factor de comercio para dar cuenta de la fe de la empresa bancaria).

Aquí el aspecto que mayor interesa al jurista es el referente a la eventual responsabilidad del gerente (*institor*) hacia los acreedores de la banca por los actos realizados por él con base en su función en caso en que la banca quiebre. No es una casualidad que el fragmento en examen se encuentre referido en el título D. 14,3 relativo a la acción institoria, con la cual los acreedores podían llamar en juicio a la persona propuesta para todos los actos efectuados por el gerente en los límites de la *praepositio institoria* y tal respondía ilimitadamente. Así en la especie aquí analizada la argumentación jurídica hecha valer de los acreedores delante de la quiebra de la banca debía haber sido aquella que siendo el gerente un hombre libre, habiendo actuado en los límites del encargo recibido y habiendo muerto el titular de la banca quebrada y sin herederos, la acción institoria en lugar de ejercitarse en contra de este último se podía ejercitar en contra del primero. Tal argumentación encontraba sostén en la posibilidad admitida en la empresa de navegación como dice Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,1,1,17, que, cuando el gerente de la nave era liberto, los acreedores de la empresa podían escoger si actuar en contra de él o bien en contra de aquél que usa la barca para obtener un beneficio (*est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus*, pero tenemos la elección si queremos llamar en juicio al empresario del barco o bien al gerente). Esta posibilidad es rechazada por el jurista en el caso de la empresa bancaria, para la cual vale el principio opuesto de la irresponsabilidad del gerente por los actos realizados en tal calidad, dejando como único camino a los acreedores el de hacer valer los propios derechos contra el adquirente en bloque de los bienes del banquero quebrado (*bonorum emptor*), que como es notorio era su sucesor universal.

En el texto de Escévola apenas citado, si de un lado se subraya la confianza que el gerente de una banca debía ofrecer a los clientes en el ejercicio de sus funciones (*ad fidem mensae protestandam*, para dar cuenta de la fe de la empresa bancaria) bajo pena de poder actuar contra el titular de la banca, de otro lado, presenta el hecho que todas las actividades realizadas por el mismo en los límites de su encargo no permiten que los clientes (y los terceros contrayentes) puedan demandarlo en juicio por falta o quiebra del mismo titular.

IV. EQUILIBRIO ENTRE DESARROLLO ECONÓMICO Y PROTECCIÓN DE LOS CLIENTES EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS EMPRESAS BANCARIAS

En esta sede no entendemos volver a desarrollar el argumento de los varios modelos organizativos sobre los cuales podía fundarse el ejercicio de una empresa bancaria con base en los testimonios de los juristas clásicos recogidos en el Digesto.²⁰ Queremos llamar la atención de cómo el régimen jurídico creado para cada uno de los modelos se proponía conciliar los diversos intereses que intervenían en la gestión de una banca.

Disponemos mayores informaciones sobre tal aspecto en el caso de una organización fundada sobre la designación de un empleado por parte de un banquero para desarrollar las funciones de gerente del banco. Este esquema como ya habíamos mencionado en el párrafo precedente respecto al comentario de D. 14,3,20, comportaba la posibilidad para los clientes (y naturalmente para cualquier otro acreedor) de ejercitar contra el banquero la acción institoria (*actio institoria*) para las actividades bancarias efectuadas por el gerente,²¹ y la responsabilidad del banquero para las obligaciones que nacen de esta actividad era *in solidum*, por el entero monto de la misma, esto es, una responsabilidad ilimitada.

Sobre la base del edicto del pretor relativo a la acción institoria la jurisprudencia clásica viene a construir una eficaz disciplina nor-

²⁰ Sobre el argumento cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., 313 ss.

²¹ Según cuanto se afirma en Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,3,5,3, que toma en examen el caso de un esclavo propuesto para la función de gerente: *sed et si in mensa habuit quis servum praepositum, nomine eius tenebitur* (pero también si alguien encargó como gerente de un banco a uno esclavo, se obligará en nombre de él).

mativa para tutelar a los terceros que tenían relaciones jurídicas con las empresas organizadas según este esquema. Tal tutela se justifica propio por la confianza que las bancas debían ofrecer a los clientes (se dice en D. 14,3,20 *ad fidem mensae protestandam*, para dar cuenta de la fe del banco y en D. 42,5,24,2 *fidem publicam secuti*, ateniéndose a la fe pública) y por la necesidad que éstas tenían de dirigirse a sus servicios (*propter necessarium usum argentariorum*, por causa del uso necesario de los banqueros, D. 16,3,8).

Respecto a la propuesta del gerente, como dice Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,3,11,3-5, debía ser dada una oportuna publicidad para esclarecer las cartas legibles (*claris litteris, unde de plano recte legi possit*, a letras claras, de modo que pueda leerse inmediata y correctamente), en un lugar evidente puesto en la banca o en cualquier lugar donde se ejercitase la función (*ante tabernam ... vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed evidenti*, frente al local ... o bien frente a aquel lugar en donde se ejercita la empresa, no en un lugar escondido, sino evidente), en una lengua comprensible a los habitantes (*litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem*, en letras griegas o latinas? Opino según la situación del lugar); esta forma de publicidad, además, mientras duraba el ejercicio de la banca, no podía eliminarse (*proscriptum autem perpetuo esse oportet*, de otra parte lo que fue fijado tiene que ser manifestado en perpetuo), porque el relativo aviso había sido retirado con o sin dolo del banquero o por el gerente o sustraído por un tercero o todavía hecho ilegible por el tiempo. Ni el contenido y los límites de la propuesta podían estar modificados por el simple gusto del que lo proponía con la finalidad de engañar a los terceros contrayentes (*condicio autem praepositionis servanda est ... neque enim decipi debent contrahentes*, de otra parte la condición del encargo debe ser respetada ... porque los contratantes no deben ser engañados).

La violación de estas disposiciones venía sancionada con el ejercicio de la misma acción institoria en contra del banquero.

En segundo lugar, resulta indiferente que el gerente tenga el *status* de esclavo o de hombre libre, ya que en ambos casos se hace valer la responsabilidad del banquero mediante la acción institoria, como dice Papiniano, *libro tertio responsorum* en D. 14,3,19,1:

Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

(Si el dueño que tuvo un esclavo como gerente de un banco para recibir dinero, también después de haberle dado la libertad, explotó el mismo negocio por medio del liberto, con la variación de estado no se alterará la causa del riesgo).

La situación originaria es la de un banquero que ha propuesto como gerente de la banca a un esclavo propio (... *dominus ... servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit*, el dueño tuvo un esclavo como gerente de un banco para recibir dinero), análogamente a lo que habíamos visto en D. 14,3,5,3. Después, sucede que este esclavo fue manumitido sin que dejase de actuar como gerente de la banca, transformándose el dueño en patrón (*post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit*, también después de haberle dado la libertad, explotó el mismo negocio por medio del liberto); en tal caso, según el jurista, el régimen del riesgo empresarial, y por lo tanto de la responsabilidad hacia los terceros por la actividad bancaria concluida por el liberto, continuaba a ser ilimitada, no sufriendo cambios una vez que se dio la variación del *status* de gerente (*varietate status non mutabitur periculi causa*, con la variación del *status* no se alterará la causa del riesgo).

Es evidente cómo aquí el jurista se haya encontrado frente a un problema nuevo consistente en la utilización como gerente de un banco en lugar de un esclavo a un liberto; como el edicto del pretor, que concedía la acción institoria, era modelado sobre la situación originaria en que el banquero proponía como gerente un propio esclavo o hijo de familia, el ejercicio de tales funciones por parte de un hombre libre (también si en determinado momento fue esclavo) ponía las dudas sobre el ejercicio de esta acción. Tal problemática la resuelve Papiniano en sentido afirmativo, reforzando la tutela de los clientes (y de otros acreedores) del banco, para los cuales no debía tener más relevancia el *status* de gerente pudiéndose por ello siempre demandar al propio banquero.

En fin, gracias a la interpretación de la jurisprudencia es creado un régimen jurídico particular para la protección de los terceros contratantes (y por lo tanto también de los clientes), en el caso en que el empresario (que en el presente caso es el banquero) muera, pero la

empresa (que aquí es la banca) continúe sus funciones mediante el gerente.²² Se trata de dos textos, uno de Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,3,5,17 y otro de Paulo, *libro trigesimo ad edictum* en D. 14,3,17,2-3, que toman en consideración cualquier tipo de actividad empresarial organizada según el modelo que habíamos llamado de responsabilidad ilimitada. Se dice en el primer texto:

si ... decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit. nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem.

(si haya fallecido quien dio el encargo y le haya sucedido un heredero, que utiliza el mismo gerente, sin duda será necesario que él sea obligado. Y, si antes de la aceptación de la herencia fue contratado con él, es equitativo que a quien lo ignora sea dada la acción institoria).

Si el titular de la empresa que ha propuesto a un gerente muere y su heredero continúa a utilizarlo (*si ... decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur*, si ... haya fallecido quien dio el encargo y le haya sucedido un heredero, que utiliza el mismo gerente), puede ser llamado en juicio con la acción institoria para las actividades realizadas por el mismo. Si antes de la aceptación de la herencia un tercero hubiera contratado con el gerente (... *si ante aditam hereditatem cum eo contractum est*, si antes de la aceptación de la herencia fue contratado con él), ignorando la muerte del empresario, a él viene concedida igualmente por razones de equidad la acción institoria (*aequum est ignoranti dari institoriam actionem*, es equitativo que a quien lo ignora sea dada la acción institoria), que naturalmente ejercerá en contra del heredero después que hubiera aceptado. En la primera parte del texto Ulpiano enuncia el principio general, según el cual la muerte del que proponía al gerente no extinguía la mencionada propuesta cuando el heredero continuaba a utilizar al mismo gerente, mientras en la segunda, se otorgaba protección mediante la acción institoria a los que en buena fe no sabían que estaban concluyendo con un gerente en un momento en que el em-

²² Sull'argomento cf. PETRUCCI, *I servi imuberum esercenti attività imprenditoriali nella riflessione della giurisprudenza romana dell'età commerciale* in *Societas - Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Nápoles, 1999, pp. 212 ss., bibliografía.

presario había muerto y todavía no había sido aceptada la herencia. En el texto de Paulo en D. 14,3,17,2-3 se sostiene:

2. Si impubes patri habenti institores heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus ... 3. Eius contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi si furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit: non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat.

(2. Si un impúber haya sucedido como heredero al padre que tenía gerentes, y después haya sido contratado con ellos, se ha de decirse que es dada la acción contra el pupilo por utilidad del uso promiscuo ... 3. También escribió Pomponio, que ciertamente se ha de dar acción por razón del contrato que se celebró antes de aceptada la herencia, aunque quedase de heredero un furioso; porque no se ha de culpar al que sabiendo que el dueño falleció contrate con el gerente negociador de la mercancía).

Si un impúber sucede al padre que ha propuesto gerentes a su empresa, los terceros que han contratado con ellos pueden ejercitar en contra de él con la acción institoria por causa de la utilidad que deriva del uso promiscuo de los gerentes mismos (*si impubes —promiscui usus*, si un impúber— del uso promiscuo). Pero respecto a los contratos concluidos antes de la aceptación de la herencia, Paulo, siguiendo la posición de Pomponio, concede por ello a los terceros contratantes con el gerente la acción institoria, también si el heredero del que lo proponía era un enfermo de mente (*etiamsi si furiosus heres existat, dandam esse actionem ...*, se ha de dar acción ..., aunque quedase de heredero un furioso), porque no se puede imputar a quien tenía conciencia de la muerte del empresario que ha propuesto de haber igualmente contratado con el gerente encargado de ejercitar la empresa (*non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat*, porque no se ha de culpar al que sabiendo que el dueño falleció contrate con el gerente negociador de la mercancía).

Mientras el § 2 va de acuerdo con la hipótesis tratada por Ulpiano en el primer periodo de D. 14,3,5,17 analizado arriba, en el § 3 Pomponio y Paulo se alejan de la solución propuesta por el jurista de Tiro por la actividad desarrollada con el gerente en el momento de la muerte del empresario y el de la aceptación de la herencia, propug-

nando la concesión de la acción institoria también a los contratantes que contrataron con el gerente y que hubiesen tenido conocimiento de la muerte del empresario que lo propuso. Aplicando estos principios a la empresa bancaria, vemos que en la hipótesis de la muerte del banquero y sucesiones de un heredero que utiliza el mismo gerente, existe concordancia de opiniones entre los juristas en el sentido de reconocer a los clientes (y a cualquier tercero contratante) la posibilidad de intentar contra el nuevo titular del banco la acción institoria para hacer valer los propios derechos. En la fase de "vacío" de la titularidad del banco (entre la muerte del banquero y la aceptación de la herencia por obra de su heredero), pero de continuidad de su ejercicio de parte del gerente, las soluciones que emergen en la jurisprudencia eran parcialmente diferentes. Pomponio y Paulo, manifestando una fuerte sensibilidad por las exigencias de la tutela de los clientes (y de todo tercero contratante), le atribuían en todo caso la acción institoria contra el heredero, mientras Ulpiano la limitaba sólo a aquellos de buena fe, que ignorasen la muerte del banquero, otorgando por cuanto a los que por el contrario tuviesen el conocimiento de un periodo de suspensión un momento de espera para que se llegase a aceptar la herencia.

Una vez que hemos clarificado los presentes aspectos, se puede observar cómo tal disciplina se armoniza con aquella que emergía del texto de Escévola, *libro quinto digestorum* en D. 14,3,20 examinado en el precedente párrafo. En éste por ello se configuraba la diferente situación que el banquero fuera muerto sin herederos e insolvente (*Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis*, fallecido Lucio Ticio sin heredero y vendidos sus bienes), no permitiendo por tanto a los clientes de tener un nuevo titular de la empresa contra el cual intentar la acción institoria.

Para proteger los intereses del banquero que ejercitaba la banca según el esquema organizativo aquí en examen, se pone el principio por el cual su responsabilidad valía sólo para la actividad cumplida por el gerente en el ámbito de la designación del gerente, según cuanto se afirma en Gayo 4, 71 (cf. además Inst. de Justiniano 4,7,2): *institoria vero formula tunc locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve suum vel quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit* (La fórmula de la acción institoria

procede cuando alguien ha encargado como gerente de una tienda o cualquier otro comercio a un hijo o a un esclavo suyos o a cualquier extraño, libre o esclavo, y se ha efectuado con él algún negocio relacionado con aquella actividad por la que fue encargado como gerente). Era entonces de fundamental importancia establecer cuáles actividades realizadas por el gerente pudiesen considerarse en el ejercicio de un banco y cuáles fuesen excluidas, liberando en tal modo al banquero y haciendo responsable, por el contrario, al gerente mismo. La importancia del presente punto ya ha sido subrayada comentando en el § precedente el texto de D. 14,3,20, donde la exención de la responsabilidad del gerente libre de una banca había sido comprendida en la especie concreta de haber actuado en el ámbito de su encargo.

Sobre tal aspecto el testimonio más importante es el de Ulpiano, *libro cuarto ad edictum* en D. 2,13,6,3, donde, en sede del comentario al edicto *de argentariis rationibus edendis* que hemos tomado en examen en el §2, se incluye una definición dada por Labeón de las varias actividades que constituían una cuenta bancaria:

Rationem autem esse Labeo ait, ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendive causa negotiationem; nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere, nec, si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere; hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet; nam et hoc ex argentaria venit.

(Mas dice Labeón, que una cuenta es una negociación de lo que por una y otra parte se ha de dar, recibir, prestar, obligar o pagar; y que ninguna cuenta empieza sólo por la nuda paga de lo debido, ni a nadie se ha de compeler a exhibir, si haya recibido prenda o mandato, porque esto cae fuera de la cuenta. Pero debe el banquero exhibir también lo que estableció que se pague; porque también esto proviene de su empresa bancaria).

La doctrina considera como único retoque del texto por parte de los compiladores de Justiniano la supresión de la referencia a la garantía específica prestada por los banqueros (el *receptum argentarii*), abolida por el mismo emperador con la constitución del año 531 incluida en C. 4,18,2, y su sustitución con una garantía de carácter general (el *constitutum debiti alieni*), que cualquier tercero podía prestar.

Aceptando tal observación, de la exégesis del mencionado texto es posible realizar algunas deducciones respecto a la naturaleza jurídica de la cuenta bancaria, así como respecto a las actividades que

pueden incorporarse en ella. No es ésta la sede para volver a tratar tales argumentos ya analizados por nosotros en otras investigaciones.²³ Aquí es suficiente relevar cuanto sigue:

El término *ratio* (cuenta) utilizado por los comentarios al edicto de los juristas tiene un doble significado, documental y sustancial, pues con tal expresión se indican, como vimos en el § 2, las escrituras contables en que se registran el complejo de operaciones que conciernen una cuenta, así como la relación jurídica entre banquero y cliente que da origen a dichas operaciones.

Con referencia al aspecto sustancial, el empleo en la definición que acabamos de exponer de las palabras “por una y otra parte” (*ultra citro*) y “negociación” (*negotiatio*) y la imposibilidad que la nuda paga de una deuda pueda constituir una cuenta nos inclinarían a considerar la hipótesis que, por lo menos tendencialmente, Labeón y Ulpiano sean de la idea que el concepto de cuenta bancaria tenga una naturaleza contractual. Tal consideración nos parece válida a pesar de las posibles relaciones entre esta definición labeoniana de cuenta en D. 2,13,6,3 y aquella que el mismo jurista da sobre el concepto de contrato, acordada siempre por Ulpiano en D. 50,16,19.²⁴ En efecto la expresión “por una y otra parte” puede sobrentender no únicamente la bilateralidad objetiva de la relación, sino también su carácter voluntario, mientras que la exclusión que un simple acto de cumplimiento de una obligación pueda dar origen a una cuenta, representa un síntoma indudable de la existencia de un acuerdo de voluntad finalizado a constituirla. Además la palabra “negociación” indica la realización entre cliente y banquero de una pluralidad de actos, o más generalmente de operaciones con ejecución repetida, basados en la unicidad y la unitariedad de la relación jurídica.

²³ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 171 sig. y *Prime riflessioni*, op. cit., pp. 80 sig., con indicación de la principal bibliografía.

²⁴ Según la opinión dominante (cf. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Corso di diritto romano I*, Torino, 1992, p. 155, nt. 201), no existe una identidad conceptual entre las dos definiciones, de modo que la idea que Labeón tiene de una cuenta queda fuera de su idea de contrato. El argumento principal en que se basa esta opinión es que el contrato, según Labeón, implicaría necesariamente el nacimiento de obligaciones sinalagmáticas (*ultra citroque obligatio*), mientras la definición de D. 2,13,6,3 haría referencia sencillamente a la reciprocidad de las operaciones bancarias relacionadas con una cuenta (*ultra citro negotiatio*), con exclusión de su carácter sinalagmático. En un sentido parcialmente diferente PETRUCCI, *Prime riflessioni*, op. cit., pp. 80 ss.

La definición de D. 2,13,6,3 nos ofrece una imagen general de las varias actividades que pueden seguramente definirse bancarias, esto es, las negociaciones recíprocas de dar, recibir, prestar, obligar y pagar, mientras que no tienen dicho carácter la nuda paga de una deuda, la recepción de prendas y el mandato, aunque sean actos que podían cumplirse también por parte de un banquero. A las actividades típicas se ha de añadir, según Ulpiano, el *receptum argentarii*, la específica garantía prestada por el banquero en favor de su cliente, pues también esta garantía “procede de (la gestión de) un banco” (*nam et hoc ex argentaria venit*).

Para la determinación concreta de estas actividades no podemos más que remitir a los brillantes estudios de Fernández Barreiro, Albanese, Álvaro D’Ors²⁵ y a las observaciones más recientes realizadas por nosotros.²⁶

Queda todavía un interesante texto de Paulo, *libro primo decretorum* en D. 14,5,8, que demuestra cómo a veces las decisiones de los órganos jurisdiccionales imperiales podían, en presencia de determinadas circunstancias, reconocer una responsabilidad del banquero también para los actos cumplidos por el gerente fuera de su encargo. En éste se dice:

Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisset et horrea conduxisset et multis solvisset idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam ... quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.

(Ticiano Primo había encargado un esclavo a dar dinero en mutuo y a recibir prendas: este esclavo solía también respecto a los negociadores de

²⁵ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, pp. 156 sig.; B. ALBANESE, *Agere, gerere e contrahere in D. 50,16,19. Congesture su una definizione di Labeone* en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)* 38, 1972, pp. 204 sig., y pie de página 18; A. D’ORS, *Réplicas Panormitanas II, El contractus según Labeón (A propósito de una crítica de Albanese)* en *Revista de Estudios históricos jurídicos* 1, 1976, pp. 29 sig.

²⁶ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 179 sig.

cebada asumir la deuda en lugar del comprador y pagar. Habiéndose huido el esclavo y llamando él, al que había sido delegado de pagar el precio de la cebada, en juicio el dueño por cuenta del gerente, éste negaba que podía ser llamado en juicio por tal cuenta, porque no había sido encargado para tal asunto. Pero siendo probado que el mismo esclavo bien sea había ejercitado otras actividades bien sea había gestionado almacenes y había pagado a muchos, el prefecto *annonae* había emitido la sentencia en contra del dueño ... Porque resultaba que él lo había sustituido en todo, el emperador conservó la sentencia).

Ticiano Primo había propuesto a un esclavo para conceder préstamos garantizados mediante prenda. Además de tal actividad realizaba otras, entre las cuales la de otorgar créditos a los adquirentes de los comerciantes de cebada, actuando como delegado de los primeros respecto a los segundos (*etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere*, solía también respecto a los negociadores de cebada asumir la deuda en lugar del comprador y pagar). En un cierto momento el esclavo escapa y un comerciante de cebada, el cual había sido delegado a pagar el precio, demanda en juicio al patrón con la acción institoria (*is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris*, llamando él, al que había sido delegado de pagar el precio de la cebada, en juicio al dueño por cuenta del gerente). El demandado argumentaba la falta de legitimación pasiva para ser demandado en juicio porque la actividad crediticia iba más allá del propio encargo como gerente (*negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset*, éste negaba que podía ser llamado en juicio por tal cuenta, porque no había sido encargado para tal asunto). Habiéndose, sin embargo, probado en el procedimiento que aquel esclavo desarrollaba otras actividades económicas, gestionaba almacenes y había actuado de delegado de muchos adquirentes por los cuales había pagado el precio de la cebada, el prefecto de la "anona" había emitido una sentencia de condena en contra del dueño (*praefectus annonae contra dominum dederat sententiam*, el prefecto *annonae* había emitido la sentencia en contra del dueño). La sentencia viene apelada delante al emperador que confirma la decisión del prefecto, sobre el presupuesto que el dueño, habiéndose sustituido a sí mismo por el esclavo en todas las actividades también fuera de la propuesta como gerente, implícitamente habría extendido sus límites (*quia videbatur in omnibus eum*

suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator, porque resultaba que él lo había sustituido en todo, el emperador conservó la sentencia).

Como se puede constatar, en la especie en examen la argumentación del banquero que las actividades financieras cumplidas por el gerente entre comerciantes de cebada y adquirentes no estaban comprendidas entre las específicamente indicadas en la propuesta y superada por la circunstancia que él había normalmente tolerado el desarrollo de tal actividad, además de muchas otras, manifestando por ello la propia voluntad de considerarlas incluidas entre el objeto de su actividad. No parece dudoso que tal solución, si bien fundada sobre una *quaestio voluntatis*, encontrase la propia *ratio* en las mismas exigencias de la confianza de los clientes, que habíamos relevado en el curso de la presente investigación, también si aquí los clientes tutelados son comerciantes de cebada y no pequeños ahorradores.

Mayormente favorecidos eran los beneficios del banquero en el caso de escoger el modelo organizativo fundado sobre la gestión de un banco de parte de su hijo o esclavo en el ámbito del peculio (*mensa peculiaris*), porque en esta hipótesis su responsabilidad hacia los clientes (y otros acreedores) era limitada al monto del mismo peculio (*dumtaxat de peculio*) o de aquella parte del peculio que hubiera sido incorporada en el patrimonio del patrón (*vel de in rem verso*), haciéndose valer con la homónima acción.²⁷ Aquí no era necesario un encargo específico del banquero para la gestión de un banco, sino únicamente la ausencia de su voluntad contraria a tal efecto,²⁸ explicando por qué no fueron impuestos particulares formas de publicidad como para la propuesta como gerente. Es claro que también para tal modelo valían aquellas mismas exigencias de protección de la confianza de los clientes que ya vimos, pero el banquero, en lugar de responder con todo su patrimonio por su violación, se beneficiaba de una limitación de la responsabilidad.

El testimonio de tal fenómeno proviene de Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,4,3, sacado todavía una vez más del comentario al edicto pretorio sobre la exhibición en juicio de la contabilidad

²⁷ Sobre el argumento cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 347 sig.

²⁸ Cf. al respecto PETRUCCI, *I servi umuberum*, op. cit., pp. 221 sig., con amplias referencias bibliográficas.

bancaria (cf. *supra*, § 2).²⁹ En éste, bien sea en la particular óptica del edicto comentado, se meten en luz las ventajas y al mismo tiempo los límites para el banquero de la adopción de este esquema organizativo. En la parte que aquí nos interesa se dice:

Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. Sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere. Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.

(Mas si un esclavo gestiona un banco (pues puede), si lo haya gestionado con la voluntad del dueño, éste es constreñido a exhibir y se ha de dar la acción en contra de él, como si lo hubiera gestionado él mismo. Mas si lo gestionó ignorándolo el dueño, es suficiente que el dueño jure que tiene las cuentas. Si el esclavo gestiona un banco en su peculio, el dueño es obligado por la acción *de peculio vel de in rem verso*: mas si el dueño tiene las cuentas y no las exhibe, es obligado por el entero).

En el primer periodo Ulpiano reporta el pensamiento de Sabino citado en el parágrafo 2 del fragmento, según el cual, si el esclavo gestiona el banco al interno del peculio por voluntad del dueño, el mismo es considerado como el gestor directo y contra de él se puede ejercitar la acción por la falta de exhibición de las escrituras contables (*compellendum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset*, éste es constreñido a exhibir y se ha de dar la acción en contra de él, como si lo hubiera gestionado el mismo). Pero si la gestión de la banca se realiza sin el conocimiento del titular, es suficiente que éste realice un juramento por el que afirme de no poseer las escrituras contables para evitar cualquier tipo de responsabilidad (*si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere*. Mas si lo gestionó ignorándolo el dueño, es suficiente que el dueño jure que tiene las cuentas). En el periodo final Ulpiano, considerando el pensamiento de Sabino, precisa que en esta última eventualidad, ya que se trata de una empresa gestionada con base en un peculio, contra el titular se puede actuar con la

²⁹ Para una exégesis profunda de tal texto cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 348 sig.

relativa acción. (*Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur*. Si el esclavo gestiona un banco en su peculio, el dueño es obligado por la acción *de peculio vel de in rem verso*). Si, por el contrario, se logra probar que él, declarándose que ignoraba la gestión, poseía la documentación contable y no la había exhibido, su responsabilidad no se encuentra más limitada, sino por la totalidad (*sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur*, mas si el dueño tiene las cuentas y no las exhibe, es obligado por el entero).

Para los fines que nos interesan, se observa, por tanto, como el banquero no podía valerse de la limitación de la responsabilidad todas las veces que su posición subjetiva respecto al ejercicio de la banca no fuese el de la ignorancia. Y si esto valía para la exhibición de la contabilidad, tanto más debía valer para la actividad de gestión de la banca.

En fin, una última reflexión con referencia al modelo organizativo de la sociedad entre banqueros (*societas argentariorum*) sin designación de un gerente. Como es notorio, este tipo de sociedad presenta importantes características, resumibles en la solidaridad activa y pasiva y en la recíproca representación entre los socios, que hacen uno de los tipos más perfectos de sociedad con relevancia externa en la experiencia jurídica romana.³⁰ De las pocas noticias que tenemos a nuestra disposición se puede considerar que la creación de tal régimen jurídico fue primero obra de la práctica y por ello la *Rhetorica ad Herennium* del siglo I a. C., habla de la introducción del principio de la solidaridad pasiva entre banqueros socios por costumbre (*Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis*, el derecho por costumbre es lo que, sin ley igualmente como si fuera legítimo, fue utilizado, este género es lo que te debe un banquero, justamente puedes pedirselo a su socio 2,13,19), y después perfeccionado por la interpretación de los juris-

³⁰ Sobre el argumento cf. V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, Nápoles, 1965, pp. 82 sig.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros (societas argentaria)* en *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. 3, Milán, 1982, pp. 373 ss.; M. TALAMANCA, *Società (diritto romano)* en *Enc. del Dir.* vol. 42; Milán, 1990, pp. 830; PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 336 ss.

tas. Ésta por ello, mediante el principio de la solidaridad activa entre los socios, debía proponerse favorecer los intereses de los banqueros que podían en tal modo actuar en contra de los deudores también en lugares diferentes de aquellos de donde se había contraído la deuda, mientras, dando reconocimiento al principio de la solidaridad pasiva, debía haber observado el objetivo opuesto, esto es, de permitir a los clientes (y a otros acreedores) de hacer valer las propias razones también en lugares diferentes de la misma banca.

V. BREVES REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Tomando en consideración todo lo que hemos dicho en los presentes parágrafos, se puede observar que el complejo de datos examinados, si bien incompleto y fragmentario, nos ofrece una idea bastante precisa sobre cómo entre los fenómenos importantes de la vida de la banca, el ordenamiento jurídico se esforzase en encontrar puntos de equilibrio entre el conflicto de intereses.

Para la exhibición de las escrituras contables se tiene cuenta de la necesidad de los clientes de poderlas utilizar a salvaguarda de los propios intereses, creando en su favor una acción penal privada para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por el banquero que no había permitido observarla. Este último a su vez recibía protección de las propias exigencias del secreto profesional en un sector de vital importancia para su empresa.

En el caso de quiebra es evidente la línea de demarcación entre ahorradores y especuladores y la diversa protección establecida en el ordenamiento a las dos categorías, así como los límites de responsabilidad a cargo del gerente.

En la organización se relacionan elementos directos para garantizar estabilidad y expansión de las bancas y elementos de protección también acentuados de todos aquellos que confiaban su propio dinero, mediante una articulada red de normas sobre la responsabilidad.

Es interesante destacar cómo a estas soluciones no se llega mediante instrumentos que hoy llamaremos legislativos o reglamentarios, sino mediante la actividad jurisdiccional pretoria y la interpretación de la jurisprudencia, instrumentos más ágiles respecto a los primeros (basta pensar que el edicto del pretor venía renovado cada año al momento de entrar en funciones el magistrado), y por ello más capa-

ces de adaptarse con eficacia y rapidez a los cambios de la economía y a las nuevas exigencias que resultaban a tal efecto. No es una casualidad que el ordenamiento jurídico privado romano en el periodo de máxima expansión económica sea caracterizado, como emerge de Gayo Inst. 1,2 y sig. de una pluralidad de fuentes de producción del derecho (*constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*, los derechos del pueblo romano consisten en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que gozan el poder de promulgarlos y en los dictámenes de los jurisconsultos, Gayo, Inst. 1,2), entre las cuales la ley, si bien teniendo en la escala el grado más alto, desde el punto de vista cuantitativo tenía un papel secundario.

En fin las soluciones propuestas, si bien naciendo del examen de los casos concretos, no restaban límites a sí mismos, sino representaban una aplicación de los principios generales, como la *fides*, entendida bien sea como buena fe en las relaciones bancarias-cliente que confiaba en el banco, la *publica utilitas*, l'*aequitas*, que con su elasticidad, de un lado y, por otro, en su carácter jurídico estaba en grado de extenderse a un número ilimitado de casos, otorgando continuas soluciones a las nuevas especies que mano a mano se venían observando en el mundo jurídico.

POR EL HUMO SE SABE DÓNDE ESTÁ EL FUEGO.
EVIDENCIAS DE LA COMPLEJIDAD SOCIAL
NOVOHISPANA EN EL TESTAMENTO
DE DON PEDRO MOCTEZUMA (SIGLO XVI)

José Luis DE ROJAS

El CODOIN, en su volumen VI, publicado en 1866 presentó en las páginas 64 a 112 una transcripción del testamento de D. Pedro de Moctezuma, hijo del emperador azteca que gobernaba en el Anáhuac cuando llegó Hernán Cortés y otorgado el 8 de septiembre de 1570. En realidad, el documento es más amplio, pues se trata de un proceso por sucesión en el mayorazgo fundado por D. Pedro, y en él se incluye una copia del mencionado testamento. Como es usual en esta colección, la transcripción tiene numerosos errores, además de modificar la ortografía y puntuación del original y escribir en letra las cantidades que originalmente se dan en número, al tiempo que se equivoca en algunas. Preferimos seguir en esta presentación el documento "original", que es la copia del siglo XVIII que se encuentra en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia, en la *Colección Muñoz*, volumen 48, páginas 239r a 263v. Además, tendremos en cuenta la *Carta ejecutoria a favor de D. Diego Luis Moctezuma* existente en México, en el Archivo Moctezuma-Miravalle y publicada por Amaya Garritz,¹ por contener añadidos sobre el texto existente en la península ibérica. La paleografía presenta algunas diferencias con el documento de Madrid, sobre todo en lo concerniente a cifras y en leer "recargado" donde nosotros leemos "reçagado". Como no hemos visto

¹ GARRITZ, Amaya. "Ejecutoria a favor de D. Diego Luis Moctezuma. Testamento del príncipe Pedro Moctezuma". *Históricas*, 37: 28-50, UNAM, México, 1993.

el original, no podemos afirmar quién es el responsable de las diferencias. Lo que sí tenemos claro, como veremos más adelante, es que la copia mexicana no es fiel a la española, presentando diferencias significativas que no pueden ser consideradas fruto del descuido.

El testamento se incluye en un pleito familiar, promovido fundamentalmente por la herencia de D. Pedro, razón por la cual se incluye la copia del testamento. Fue uno de tantos juicios en los que participaron los descendientes de Motecuhzoma Xocoyotzin, con resultados diversos.² Pero pasemos a analizar el contenido de nuestro documento.

En la ciudad de México, a ocho días del mes de septiembre de 1570, en su propia casa, y ante los testigos pertinentes, D. Pedro de Moctezuma otorgó su testamento que comienza con las fórmulas habituales en estos casos y la advertencia de que se hace mediante intérprete, siendo el encargado Francisco Osorio Rivadeo, nahuatlato de la Real Audiencia de México. Afirma D. Pedro que ha “comunicado” el contenido de su última voluntad con el padre fray Domingo de la Anunciación, su confesor, prior del monasterio de Santo Domingo en la ciudad de México y “otros religiosos de la orden que se hallaron presentes”. La relación con los dominicos queda reforzada en la primera manda, pues pide ser sepultado en el “monasterio e iglesia” de Santo Domingo, en una capilla de la iglesia nueva, que se convertirá en lugar de enterramiento de sus parientes, para lo cual instituye más adelante “renta competente para ello perpetuamente, para siempre jamás” (RAHM Muñoz, 48: 242v). Siguen las mandas para la iglesia, con el encargo de misas en cantidad moderada (veinte en cada uno) y en varios lugares (monasterio de Santo Domingo e iglesia de Santa Catalina), las mandas forzosas y las órdenes para su entierro. Lo de “moderadas” lo decimos en vista de que hay testamentos donde se encargan 500 o mil misas por el alma del futuro difunto (Álvaro Pérez de Navia, por ejemplo).³

A continuación se acuerda de su persona de confianza, representante y administrador, el español Francisco Morales Millán, y manda

² ROJAS, José Luis de. “De México a Granada: descendientes de Moctezuma en España”, en *El Reino de Granada y el Nuevo Mundo*, vol. 2: 117-134. Diputación Provincial de Granada, Granada, 1995.

³ MARTÍNEZ, Hildeberto, *Colección de documentos coloniales de Tepeaca*. INAH, México, 1984, pp. 581-585.

que se le pague lo que manifieste que se le debe, “sin que en ello haya ninguna contradicción”. Sigue una deuda que D. Pedro tenía y otras que le reclamaban, y no reconocía, pues ordena que se sigan pleitos, nombrando apoderados a fray Domingo y a Francisco Morales. Más tarde aparece una lista de acreedores, pero como antes se ocupa de relaciones familiares, sigamos camino junto al texto.

Declara D. Pedro el nombre y procedencia de su madre, hija del señor de Tula, protestando de la legitimidad del matrimonio de sus padres y que su madre llevó como dote el pueblo de Tula, que le correspondía como único hijo varón a él, y así lo reconoció la Audiencia, pero no sus vasallos “favorecidos de algunas personas”, por lo que tiene pleito interpuesto. Este pueblo lo junta con los otros bienes y lo lega en forma de mayorazgo a su hijo D. Martín, al que declara legítimo, habido y procreado en D^a Inés Teacapan, natural del pueblo de Tenayuca. En la copia de la Real Academia no consta este nombre, declarando el autor de la misma que está roto en el original, pero sí figura en la copia mexicana y es de interés pues esta D^a Inés es una de las pleiteantes en la causa. De hecho aquí comienza la descripción de la enrevesada familia de D. Pedro y las discrepancias entre las copias. Primero dice no tener otros hijos legítimos en ambas y más adelante, en la misma página, al instituir el mayorazgo de la merced real de 3,000 pesos de oro de minas, habla de otros cinco hijos e hijas legítimos que tiene (RAHM Muñoz, 48: f. 245r), para decir después que D. Martín es “hijo natural, el cual es legitimo, habido de legitimo matrimonio, en la dicha doña Inés”. En la copia mexicana⁴ dice “otros cinco hijos e hijas naturales”, y coincide en la caracterización de D. Martín. Por cierto, otra diferencia que puede ser significativa es que para el asunto de Tula nombra administrador general a Francisco Morales porque “don Martín, su hijo, no sabe de negocios”, mientras que en México dice “pues el dicho don Martín es indio y no sabe de negocios”. La diferente calificación de los hijos en las dos copias continúa en las páginas siguientes, con la excepción de D^a Magdalena, que figura como hija natural en ambos. El párrafo siguiente del documento de Madrid, sin embargo, la vuelve a llamar “legítima”. La complicación del asunto aparece a continuación (RAHM Muñoz, 48: f. 247r), pues D. Pedro declara que es casa-

⁴ GARRITZ, Amaya. *Op. cit.*, p. 33.

do en faz de la Santa Madre Iglesia con “doña Francisca, natural de Tetzoco, en la qual no tiene hijos ni hijas”, a la que deja el usufructo de sus casas y encarga que “se le den en cada un año por sus herederos lexítimos y naturales de yuso declarados cien pesos de oro común y más cinquenta fanegas de maíz para su sustentación”. Aquí se ve la importancia de la presencia de D^a Inés en el pleito, pues si seguimos el texto al pie de la letra, D. Pedro resulta bígamo en el texto de México, pero claro, la legitimidad era una condición inexcusable para los mayorazgos. Las complicaciones familiares —o las noticias suculentas— continúan poco más allá, donde el otorgante del testamento dice que deja las mandas a sus hijos, con excepción de D. Martín, “porque es grande cargo a los dichos sus hijos lexítimos y a su madre de grandes servicios que de ellos ha recibido” en la copia de la Real Academia, en la publicada por Garritz⁵ dice: “porque en grande cargo a sus hijos naturales y a sus madres de grandes servicios que de ellos ha recibido...”. Así que ¿cuántas eran las mujeres de D. Pedro? Lo que sí queda claro en el documento es que D^a Inés sólo era la madre de D. Martín. Volveremos sobre ello.

Reconoce a continuación D. Pedro sus deudas, citando personas o entidades y cantidades, con alguna indicación más, en ocasiones. En conjunto, son 16 deudas que suman 891 pesos y una piedra verde en el texto de Madrid y 583 y la mencionada piedra en el de México. Llama la atención la deuda a Juan de Cuenca, que es de 10 pesos en el texto mexicano y de 200 en el madrileño. Después de haber visto las modificaciones intencionadas en el apartado familiar, las sospechas sobre un nuevo caso de “arreglo” permanecerán hasta que podamos consultar el original mexicano y constatar que no se trate de una errata o mala lectura. En la lista tenemos españoles, indios y el monasterio de San Francisco, al que debe 120 pesos “de una campana que les mandó”. También aparece un sastre indio, al que adeuda 13 pesos (3 en el documento mexicano) y un sastre español, al que debe 50.

Aún hay otra deuda, manifestada tras exponer sus deudores, y es un español peninsular, Pedro de Valdés, que vino recomendado por D. Diego Luis Moctezuma, uno de los hijos de D. Pedro, que se encontraba en Castilla, y que había servido a D. Pedro seis meses. Manda que se pague su salario.

⁵ *Ibidem*, p. 35.

Mayor interés presenta para nosotros la lista de deudores a D. Pedro, por las cantidades y por las personas que aparecen, que nos ilustra sobre el ambiente en el que se movía.

En primer lugar aparece D^a María Manuel, mujer de Diego Arias de Sotelo, que debe 500 pesos de oro común y sólo ha dado “un negrillo de edad de seis años” a cuenta. Sabemos que D^a María era la segunda esposa de Diego Arias de Sotelo, alcalde de la ciudad de México en 1561, y que mediante el matrimonio había entrado en el círculo en el que se movía D. Pedro. La primera mujer de Diego Arias había sido D^a Leonor de Valderrama, hija del conquistador Cristóbal de Valderrama y de D^a Leonor de Moctezuma, hermana de padre de D. Pedro, de quienes había heredado la encomienda de Ecatepec. A la muerte de D^a Leonor, la encomienda pasó a su hijo D. Fernando Sotelo Moctezuma. D^a María Manuel de Portugal pertenecía a una buena familia peninsular, llevó como dote una estancia de ganado menor y dos caballerías de tierra, un hermano suyo, D. Fernando, fue tesorero de la Real Hacienda en México y entre sus ilustres parientes contó con un virrey del Perú, el conde de Villar don Pardo, D. Fernando de Torres y Portugal (1586-1589), primo suyo por parte de madre. Y como éste afirmaba estar emparentado con la familia real portuguesa... Nos presenta también este caso la primera vinculación con el marqués del Valle, pues Diego Arias de Sotelo fue sospechoso de haber participado en la conjura de D. Martín Cortés, segundo Marqués del Valle, e incluso un hermano suyo fue ajusticiado, Baltasar de Sotelo.⁶

Sigue D. Pedro Ponce de León, con 350 pesos. El apellido es muy conocido, pero no he conseguido datos de ningún Pedro, para esta época y lugar. Un Luis Ponce, hermano de Bernardino de Bocanegra estuvo preso también por la conjura, así como otros dos hermanos, D. Francisco y D. Fernando de Bocanegra, los cuatro junto a D. Martín Cortés, el hermano de padre del segundo marqués.⁷

Un intérprete de la Audiencia debía 90 pesos, y D. Francisco Jorge, indio principal de Mizque, 60 pesos. Otro indio principal, D. Matheo, de Calpa debía 12 pesos o 200, según sigamos el documento mexicano o el de la Academia.

⁶ SUÁREZ DE PERALTA, Juan. [1589] *Tratado del descubrimiento de las indias (Noticias históricas de Nueva España)*. Secretaría de Educación Pública, México, 1949, p. 147.

⁷ *Ibidem*, p. 141.

La deuda de Gabriel de Chávez es más compleja. El total es de 800 pesos de oro de minas, es decir de 450 maravedises. A cuenta ha dado 180 pesos de oro común (de 272 maravedises). Además, debe por escritura 160 pesos de oro común. Gabriel de Chávez era vecino de la ciudad de México, hijo y nieto de conquistador. Su padre era Gutierre de Badajoz. Fue encomendero, corregidor en varios pueblos y alcalde de la ciudad de México en 1581. Una hija suya, D^a Ana de Chávez, casó con D. Alonso Ortiz de Zúñiga, nieto y sucesor del conquistador del mismo nombre, quien tenía una herencia neta de 4,000 pesos anuales en el pueblo de Tlanchinolticpac.⁸ Valle-Arizpe⁹ nos da más noticias sobre esta familia, aclarando la vinculación con D. Pedro: Gutierre de Badajoz se casó con D^a Ana de Vargas, sobrina de Moctezuma, quien aportó tierras al matrimonio. Un descendiente de ambos, a principios del siglo XVIII, Jerónimo de Almagro, estuvo casado con D^a Carmen de Haro, hija del conde de Anduerza y prima de la mariscal de Castilla.¹⁰

El último de la lista es Pedro Rodríguez Caravajal que debe 35 pesos y una "piedra de ijada" que llevó prestada y no ha devuelto. Aunque hay varias personas prominentes, emparentadas con conquistadores, de apellido Carvajal, no hemos obtenido más datos de este Pedro.

El total de lo adeudado a D. Pedro es de 1,027 pesos de oro común y 800 de oro de minas. Bastante más de lo que debe y mucho menos de lo que monta la renta que le concedió el rey: 3,000 pesos de oro de minas al año.

Además de las rentas, la real y la de sus pueblos, D. Pedro tenía negocios: ciertas estancias de ovejas y cabras y sementeras de trigo y maíz, en términos de Tula, una de ellas en compañía con Felipe de Castellanos, todo lo cual debía ir a parar a su mayorazgo. Nos enteramos a continuación, antes de enumerar otras propiedades, que Francisco Morales Millán había servido en "pleitos, causas y negocios" a D. Pedro desde hacía más de doce años, en España y en México,

⁸ PORRAS, Guillermo. *El gobierno de la ciudad de México en el siglo XVI*. UNAM, México, 1982, p. 267.

⁹ VALLE ARIZPE, Artemio del. [1933] *Virreyes y virreinas de la Nueva España*. Ed. Porrúa, México, 2000, p. 118.

¹⁰ *Ibidem*, p. 120.

tratando, entre otros, con el Rey, el obispo de Chiapas y la orden de Santo Domingo, y sin sueldo hasta un año antes, en que se los fijó en 100 pesos de oro común. Ahora manda que sean 200 "por todos los días de su vida". Después, las casas a las que ya aludió y algunos pedazos de tierra en las comarcas de México y Tula, que manda que se repartan entre sus herederos "lexítimos y naturales" en iguales partes. Termina nombrando tutor de sus hijos a Francisco Morales, y albaceas al mismo y a fray Domingo de la Anunciación. Los testigos fueron fray Domingo, fray Melchor de los Reyes, Diego de Escovedo y Pedro de Valdés y D. Pedro lo firmó "de su nombre y rúbrica".

A 10 de septiembre, D. Pedro se ratifica en su testamento y realiza la llamada a la sucesión del mayorazgo incluyendo a los demás hijos como legítimos, para el caso de que D. Martín muriera sin herederos. Ya no estaba para firmar y lo hizo en su nombre Gabriel de Chaves, que actuó también como testigo, así como Gonzalo García "maestre del arte de la seda", Bernardino de Tovar, Andrés Sánchez Bueno y Diego Ramírez, todos vecinos del barrio de San Sebastián y Francisco Sedeño, vecino de Texcoco, así como Antón de Almodóvar "vecino de la misma colación". "Algunos de ellos dijeron haber entendido la lengua mexicana".

Un Antón de Almodóvar fue alguacil en México en 1530¹¹ pero no tenemos constancia de que esté relacionado con éste. Aún queda mucho que hacer en el seguimiento de los nombres que aparecen.

De resultas de esta enfermedad, D. Pedro falleció, como manifiesta Morales en la petición de un traslado que hace a la Audiencia y que sigue en nuestro documento.

Porque a la muerte de D. Martín, del que no nos consta que nadie le pusiera impedimentos para la sucesión, otros miembros de la familia se opusieron a que la herencia pasara a D. Diego Luis, el siguiente hermano, quien invocaba el testamento para sustentar su derecho. D. Pedro Andrada Moctezuma, hijo de D^a Isabel de Moctezuma y sobrino por tanto de D. Pedro, argüía que D. Diego Luis era bastardo y estaba incapacitado para la sucesión que debía corresponder al "transversal más propincuo", o sea, él. Todo esto ocurre en 1579. El Consejo de Indias falla en primera instancia que uno no tiene derecho por no ser descendiente y el otro por no ser legítimo y que queda

¹¹ PORRAS, Guillermo. *Op. cit.*, p. 103.

para la Corona. D. Diego Luis continúa porfiando, ahora contra los hijos y la viuda de Pedro de Andrada y contra la madre de D. Martín, D^a Inés, que aparece declarándose “universal heredera” de su hijo, sosteniendo que se trataba de bienes libres y no vinculados, y que como mucho, pudo vincular los 3,000 pesos, pero no lo demás. Habla de D. Pedro como “su marido”, y esta presencia viva, unida a la esposa que D. Pedro dejó, es la que nos condujo a las reflexiones que ya expusimos sobre las parejas de nuestro personaje.

El 11 de julio de 1587 se falló a favor de D. Diego Luis, en virtud de las leyes de Toro y se remitió a las partes a la Audiencia de México para cualquier reclamación sobre los bienes en tela de juicio. La sentencia incluía el pago de las rentas atrasadas desde la muerte de D. Martín, así que se trataba de una pequeña fortuna. El 25 de agosto de 1587 recibió D. Diego Luis carta ejecutoria para realizar el cobro en la Nueva España. Y termina el documento de la Real Academia.

El de México nos cuenta cómo el 8 de noviembre de 1588 se presentó la ejecutoria en la Real Audiencia de México para proceder al cobro, realizándose el oportuno acatamiento y dando orden para que se asentara en los libros de la Contaduría Real. En otro escrito de 12 de febrero de 1590 consta cómo se había pagado en efecto lo atrasado y se reclaman las cantidades devengadas desde entonces y el 30 de abril de 1590 consiguió por fin la regularización de los pagos.

Algunos de sus sucesores tuvieron más problemas para cobrar.¹² El destino de esta rama de la familia estuvo en España, pues D. Diego Luis casó allí con D^a Francisca de la Cueva y Valenzuela, perteneciente a la Casa de Albuquerque. La pareja tuvo seis hijos, heredando el mayorazgo D. Pedro Tesifón (1585-1639), quien recibió del rey el título de Conde de Moctezuma. De su matrimonio con D^a Jerónima Porras del Castillo nació el II Conde, D. Diego Luis Moctezuma y Porras, pariente del marqués de Castro Nuevo, quien a su vez casó con D^a Luisa Jofré de Loaysa, hija de los marqueses de Valenzuela y Campotéjar. No tuvieron hijos varones, así que el III Conde fue D^a Jerónima de Moctezuma. Con su matrimonio con D.

¹² ÁLVAREZ, Carlos. “El conde de Moctezuma en el reino de Granada”, en *El Reino de Granada y el Nuevo Mundo*, vol. 2: 105-116. Diputación Provincial de Granada, Granada, 1994.

José Sarmiento de Valladares enlazamos de nuevo con D. Pedro Moctezuma, pues este conde consorte fue virrey de la Nueva España de 1696 a 1701. En el ejercicio de sus funciones tuvo la desgracia de que falleciera su hija, D^a Fausta Dominga, que fue enterrada con gran pompa en la iglesia de Santo Domingo.

En la capilla dedicada a la Virgen de los Dolores, que tenía esta inscripción que recorría su imposta con letras góticas, negras y rojas: “Capilla de don Pedro Moctezuma, príncipe heredero de Moctezuma, señor de la mayor parte de la Nueva España”.¹³

En efecto, parece haber tenido efecto la fundación de la capellanía, con 500 pesos de oro de minas de renta anual, instituida por D. Pedro (RAHM Muñoz, 48: f. 247v). Hoy día no es posible observarla, la iglesia actual data de 1731, pues la anterior se anegaba. Hay una capilla de Nuestra Señora de los Dolores, pero sin ninguna tumba.¹⁴ Las relaciones del hijo de Moctezuma con los dominicos eran muy estrechas. Confesor y consejero fue fray Domingo de la Anunciación, autor de una conocida relación sobre los tributos de los indios que se encuentra en Sevilla (AGI, Patronato 181, ramo 28) y personaje activo en la Nueva España. No conocemos la razón de la elección de esta orden, pero dadas como estaban las cosas en la familia, pudo ser una reacción a la vinculación de D^a Isabel Moctezuma con los franciscanos, pues a su hijo mayor, D. Juan de Andrada Moctezuma lo bautizó nada menos que fray Juan de Zumárraga.¹⁵

D. Pedro Moctezuma fue hijo del *tlahtoani* Motecuhzoma Xocoyotzin y de su esposa de Tula. Aunque él dijera que era el único hijo varón legítimo del antiguo emperador, las hijas que sobrevivieron a la conquista también pretendían ser las únicas legítimas y en el sistema mexicana probablemente ninguno estaba destinado a ser el heredero. Además, hubo otro varón, D. Martín, que tuvo ocasión de viajar varias veces a España, volviendo casado de uno de sus viajes, y muriendo

¹³ VALLE ARIZPE, Artemio del. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁴ Agradezco esta información a mi buen amigo, el Lic. D. Jaime del Arenal Fenochio, de la Escuela Libre de Derecho, en la ciudad de México, que en mi lugar realizó la debida “inspección ocular”.

¹⁵ AGI PATRONATO 245, ramo 12. Legitimación y petición de rentas de descendientes de Moctezuma: hijos de D. Pedro de Andrada Moctezuma, 1590.

poco después, a comienzos de la década de 1530, envenenado según Tezozómoc¹⁶ por “dos mexicanos que le tuvieron envidia”.

Dos de las hermanas (Isabel y Leonor) ya han aparecido en nuestro texto, por su participación en los pleitos. Las dos estuvieron casadas varias veces con españoles, además de haber tenido una hija Isabel con Hernán Cortés. Esta niña, D^a Leonor Cortés Moctezuma, casó con Juan de Tolosa, uno de los mineros principales de Zacatecas, y constituye otro nexo de la familia con el marqués del Valle, quien resulta ser hermano de una sobrina de D. Pedro. Esto no fue óbice para que tuvieran algunas diferencias, como consta en el Archivo Histórico de Protocolos de Notarías de Madrid (Protocolo 907 de Pedro de Salazar) que es una escritura de acción de D. Pedro Moctezuma contra D. Martín Cortés, Marqués del Valle, reclamándole unos señoríos en México en 1562.¹⁷

Otra hermana, D^a Francisca, se casó con D. Diego Huanitzin, *tlahtoani* de Tenochtitlan de 1539 a 1542, quien había acompañado a España a D. Martín en uno de sus viajes, y al que, con el tiempo, sucedieron en el cargo su hijo D. Cristóbal de Guzmán y más adelante su yerno, D. Antonio Valeriano. De este matrimonio nació el cronista D. Hernando Alvarado Tezozómoc. Y en esa historia de la familia, pues no otra cosa es la *Crónica Mexicayotl*, encontramos más información sobre las parejas de D. Pedro.¹⁸ D. Martín de Moctezuma fue hijo de D^a Inés; D. Diego Luis de Moctezuma, hijo de una señora de Tula, D^a Magdalena Quiauhxochtzin; el tercero y el cuarto, D. Lorenzo y D. Bartolomé, quienes murieron jóvenes, eran hijos de Tlilpotonqui; y de la 5^a hija, D^a María, no consta la madre, pero sí que casó con un noble de Coyoacán. El panorama se aclara algo en otra petición de D. Pedro al rey¹⁹ donde se lee:

Conforme a la mrd que Vra mag me hizo de los dhos tres mill p^{os} de minas de renta otorgue una escritura de mayorazgo con la condiciones y aditamentos que en ella ban declarados e lo dexo a todos mis hijos para que lo coman e

¹⁶ TEZOZÓMOC, Hernando Alvarado. *Crónica Mexicayotl*. UNAM, México, 1975, p. 151.

¹⁷ GUÍA DE FUENTES para la Historia de Ibero-América conservadas en España. Dirección General de Archivos y Bibliotecas, Madrid, 1966, t. 1, p. 393.

¹⁸ TEZOZÓMOC, Hernando Alvarado. *Op. cit.*, pp. 152-153.

¹⁹ AGI PATRONATO 245, ramo 4. Carta a S.M. de D. Pedro Moctezuma, México, 31 de marzo de 1569, ff. 1r-2v., 1569.

gasten e destribuyan ygualmente y porque ellos son naturales auidos en mugeres solteras, señoras prencipales e donzellas suplico humilmente a Vra Mag. Los mande ligitimar su carta e provision Real e lo mesmo para que se me paguen los dhos seysçientos p^{os} de minas que de antes se me pagaban.

Algunas noticias más tenemos de D. Pedro Moctezuma. En primer lugar, un contacto directo con Hernán Cortés, con quien debió de salir de Tenochtitlan en la Noche Triste, que consiste en la adjudicación por parte del conquistador, tras la caída de la capital mexicana, de un barrio de la misma a D. Pedro “con ánimo de ganarse con esas dádivas y su generosidad el afecto y los aplausos del pueblo”.²⁰ Ningún dato más tenemos sobre esa posesión, aunque sí sobre otras, pues la herencia de tierras en Tula le dio continuos problemas, que se transmitieron a sus sucesores: en 1541, pleito contra el gobernador y naturales de Tula (AGN, Vínculos 256, exp. 2) fallado a favor de D. Pedro en 1542 (AGN, Mercedes vol. 1, exp. 380). Otros pleitos en 1558-1561 (AGN, Tierras 2345, exp. 1), en 1561 (AGN, Vínculos 253, exp. 1 y 2; AGN, Vínculos 255, exp. 2; AGN, Tierras 1528, exp. 1). Incluso el virrey Conde de Moctezuma tuvo problemas con los naturales de Tula por las tierras de su mujer (AGN, Tierras 2337, exp. 1). El análisis detallado de esta documentación brindará noticias sobre el desarrollo de la herencia de D. Pedro.

Una mención del testamento (RAHM Muñoz, 48: f. 251v) es de gran interés para el estudio del sistema tributario: a D. Pedro se le hace cargo de los tributos de sus pueblos, y él los paga como cosa natural. Parece que el señor es el responsable del pago, como parece desprenderse también de testimonios de otros lugares de la Nueva España. Pero es tema para otra ocasión.

Algo sabemos de la ida a España de nuestro protagonista. En 1567 afirmó que en 1540 había ido a Madrid a ver al rey, que le hizo merced de 1,000 pesos de tipuzque.²¹ Y en una carta de la Audiencia de México²² se refleja el acontecimiento, junto a algunas consideraciones interesantes:

²⁰ GAGE, Thomas. [1648] *Nuevo reconocimiento de las Indias Occidentales*. SEP/80, México, 1982, p. 172.

²¹ MOCTEZUMA, Pedro. “Carta al Rey”. *Epistolario de la Nueva España* XVI: 81-82, 1567, p. 82.

²² AUDIENCIA DE MÉXICO. Carta al rey de... México, 31 de julio de 1541. *Epistolario de la Nueva España* IV: 26-29, 1541, p. 28.

Cuanto a lo que vuestra majestad manda acerca de Don Pedro, hijo de Moctezuma y de Don Gabriel, que fueron a esa corte, se hará así como vuestra majestad lo manda y lo mismo enno dejar ir a esos reinos semejantes indios no pareciendo que conviene al servicio de vuestra majestad hacerse otra cosa; y en lo que toca a hacerles justicia, esta Real Audiencia ha tenido y tiene dello siempre especial cuidado, y lo terná para hacerselo en lo que se les ofresciere.

Varios hijos de Moctezuma y unos cuantos nietos más fueron a España a pedir mercedes y "a ver al rey". Otros indios nobles de otros lugares, sobre todo descendientes del Inca, también lo hicieron, y continuaron efectuando el viaje durante todo el periodo colonial, algunos de ellos quedándose en la península ibérica, como ocurrió con D. Diego Luis Moctezuma y con uno de sus primos, hijo de D^a Isabel, D. Juan Cano Moctezuma. El tema está comenzando a estudiarse, aunque aún desde una perspectiva de obligación, más que de deseo de los indígenas. De hecho, parte de la escasez de noticias que tenemos en Nueva España puede deberse a su ausencia allá. Tendremos que empezar a buscar en archivos españoles, generales o locales. La cita tomada de Mira, con el detalle de sus fuentes es bien ilustrativa:

Encontramos casos de indios bien situados socialmente que decidieron conocer "estos reinos". Ese fue el caso de don Gabriel y de don Pedro (este último, hijo del Rey del Imperio Azteca, Moctezuma), que llegaron acompañados por dos indios de servicio y tutelados por Francisco de Santillana "a ver las cosas de España".²³

Ya el 24 de julio de 1533 se le concedió al hijo de Moctezuma el cargo de contino de la Casa Real para que de esta forma se pudiese mantener.²⁴ El 22 de noviembre de 1540 solicitaron pasaje para volverse a Nueva España,²⁵ pero al menos don Pedro continuaba reclamando permiso para retornar a México²⁶ dos años después.

²³ Real Cédula a los oficiales de la Casa de Contratación, Ocaña, 27 de diciembre de 1542. AGI, Indiferente General, 1963, 1.8 ff. 96v-97r.

²⁴ Heredia Herrera, Antonia. *Catálogo de consultas del Consejo de Indias*. Dirección General de Archivos y Bibliotecas, Madrid, 1972, t. I, p. 36.

²⁵ Real Cédula a los oficiales de la Casa de Contratación, Madrid, 22 de noviembre de 1540. AGI, Indiferente General, 1963, 1.7, ff. 219v-220r.

²⁶ Real Cédula a los oficiales de la Casa de Contratación, Ocaña, 27 de diciembre de 1542. AGI, Indiferente General, 1963, 1.8, ff. 96v-97r (Mira, 2000: 85).

Para pasar a los indicios de una vez, podemos comenzar por el final: los indios —o algunos indios— venían a España. Unos por su cuenta, otros como criados de señores indígenas, otros al servicio de los españoles, algunos como esclavos. No todos regresaban, ni tenían las mismas perspectivas. Esteban Mira ha abierto la veda por escrito. Nosotros llevamos algún tiempo haciéndolo de forma oral en nuestras clases, tratando de motivar a los estudiantes a que investiguen sobre indígenas americanos en España: motivos, intereses, resultados, trato, financiación, etc. De momento, y en el caso que nos ocupa, ya estaría bien con preguntarse qué tipo de gente era la que decidía "venir a ver al rey" o "a conocer", como hicieron varios descendientes de Moctezuma, tomaban el barco y se venían. ¿Qué conocimientos les permitían hacer eso? ¿Qué les reportaba? En una carta cuya copia se conserva en la Real Academia de la Historia,²⁷ parece como si un grupo de amigos, que incluye a D. Martín Moctezuma y a D. Diego Huanitzin, se hubiera ido de pachanga a España. Pero a los investigadores actuales parece que no les llama la atención.

Y para nosotros, es un indicio. A través de unos pocos documentos referentes a D. Pedro Moctezuma y a su familia hemos podido ver algo de su mundo económico, de sus propiedades, ingresos, deudas por cobrar y por pagar. Y en sus acreedores o deudores no parece haber mucha discriminación racial ni sexual: hay de todo. Las relaciones familiares son de lo más interesante. En la familia de D. Pedro había indígenas, mestizos con cantidades diversas de sangre de una y otra procedencia, y españoles. Unos consortes y otros en realidad mestizos por sangre, pero que pasaban como españoles de rango. Ésta es una de las claves: el rango. D. Pedro era hijo de emperador y un hombre rico en su época. Sus actividades parecen corresponderse con eso: las económicas, las sociales y las religiosas. En la pequeña nómina de personas que se deriva del testamento aparecen algunos de los más importantes personajes de la Nueva España. Siguiendo la pista de alguno de ellos, ampliaríamos la nómina. Por ejemplo, D. Diego Huanitzin tuvo negocios con algunos oidores que se beneficiaban del preeminente puesto del indígena, pariente

²⁷ PRINCIPALES DE MÉXICO. Petición a S.M. de los ... México, 18 de junio de 1532. Real Academia de la Historia, Colección Muñoz 61: f. 175r-178v, 1532.

cercano por varias bandas de D. Pedro. La descendencia hispana alcanzó títulos de prestigio, incluida la Grandeza de España, pero de la descendencia en México poco sabemos. El mayorazgo quedó en la rama española y era el que delimitaba el rango y la riqueza, por lo que las otras ramas bien pudieron diluirse en el común de la gente, o extinguirse, como, por otra parte, solía ocurrir con la mayoría de las familias nobles. Un rasgo que puede ser considerado indígena con cierta facilidad es el de la poligamia de D. Pedro. Parece una herencia de la nobleza prehispánica y es una buena piedra de toque para reflexionar sobre la rápida cristianización de los señores. Habría que preguntarle a fray Domingo de la Anunciación qué pensaba sobre el asunto. Pero, si contemplamos la "ejemplar" vida de algunos señores hispanos, comenzando por los monarcas, o nos limitamos a un ejemplo cercano y perteneciente al círculo de D. Pedro, el primer Marqués del Valle, D. Hernando Cortés, las diferencias son mínimas.

Y por ahí van los tiros. Seguimientos biográficos nos deben permitir ir conformando la cúpula social novohispana, incluyendo todos los miembros y sopesando sus posibilidades, posiciones y proyecciones. La descendencia, ilegítima como hemos visto, de D. Pedro, consiguió ser Grande de España, pero con la condición de mantener sus raíces indígenas: la gloria de la familia era precisamente, el emperador que recibió a Cortés, y las recompensas se debían a la favorable acogida que le dio. Al menos en estos papeles, Moctezuma no es un derrotado y no lo son, por tanto, sus descendientes. Y parece que no se portaron como tales.

VIEJOS TEMAS, NUEVOS PROBLEMAS. LA JUSTICIA CRIMINAL ORDINARIA EN PRIMERA INSTANCIA: LA CRIMINALIDAD EN TOLUCA (1800-1829)

Mario A. TÉLLEZ G.¹

SUMARIO. I. *Toluca, de corregimiento a partido*. II. *El Juez Privativo*. III. *La criminalidad en Toluca*. IV. *Comentarios finales*.

El concepto de “justicia criminal” no ha permanecido estático a lo largo del tiempo. Incluso, a finales del siglo XVIII este concepto como tal no existía pero es posible construirlo a partir de la conjunción de otros que ya habían sido discutidos con largueza como el de la justicia, el de sus distintas divisiones y el de juicio criminal,² así, la justicia criminal podía entenderse como “la facultad de la autoridad para averiguar, juzgar y castigar la conducta externa del hombre contraria a las leyes”.

Pero más allá de la definición, algo que gravitaba en el ambiente de la época era el de la inaplicabilidad de la justicia criminal. Pero la aceptación de esa inoperancia como una verdad incuestionable, de suyo verdadera, no es posible sostenerla mientras no encuentre una argumentación metodológicamente sustentada. Hay que matizar y discutir, con base en las ventajas que proporciona la investigación histórico jurídica sobre las personas, regiones, formas y grados específicos en los que se aplicó o no el derecho en materia penal durante los años de la transición de la Colonia a la independencia. Es tiempo de preguntar, ¿a qué clase de justicia se hace referencia en particular

¹ En este artículo se recogen parte de los planteamientos discutidos en el capítulo IV de mi libro, *La justicia criminal en el Valle de Toluca 1800-1829*, México, El Colegio Mexiquense-UAEM, 2000.

cuando se descalifica su eficiencia?, ¿o es que “toda” la justicia era ineficiente?, ¿cómo se aplicó o intentó aplicar en materia penal?, ¿cuáles fueron los delitos de mayor incidencia?, ¿quiénes eran los justiciables?

En este sentido resulta capital señalar que la justicia criminal que aquí se estudia es fundamentalmente la justicia criminal ordinaria de primera instancia en el Valle de Toluca,³ la denominada baja justicia.⁴ Esta justicia fue vital en los años de la transición porque en ella se subsumieron las múltiples jurisdicciones existentes en el antiguo régimen (salvo la jurisdicción eclesiástica y el fuero militar); indudablemente una de las conquistas más importantes del siglo XIX. Además, la baja justicia tiene gran relevancia porque constituye la puerta de acceso para el análisis de la base más amplia de la criminalidad; en términos jurídicos la mayoría de los casos penales iniciaban en este nivel.⁵ Y además porque en ella concluyeron muchos de los expedientes criminales conocidos por la autoridad jurisdiccional. Independientemente si fueron sentenciados o no, y de las diversas causas que podrían explicarlo, no tuvieron continuidad jurídica en las instancias superiores.⁶

² Ver las voces “justicia” y “juicio criminal” en *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense.... Por Don Joaquín Escriche. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, 1837. Edición y estudio introductorio por Ma. del Refugio González, México, UNAM, 1996.

³ El “derecho vulgar” es una incorrecta aplicación del derecho “por desconocimiento del mismo o porque sus ideas e intereses [de los jueces] difieren de él”; José SÁNCHEZ-ARCILLA, “En torno al derecho indiano vulgar”, *Cuadernos de historia del derecho* (1-1994), Ed. Complutense, p. 14. Precisamente la justicia criminal ordinaria de primera instancia del Valle de Toluca constituye un extraordinario espacio para reflexionar sobre la aplicación o no de un “derecho vulgar” en un lugar y en un momento determinado.

⁴ Para otro estudio sobre la baja justicia, ver Ricardo JIMÉNEZ GÓMEZ, *El sistema judicial en Querétaro 1531-1872*, México, Porrúa, 1999, p. 24.

⁵ Ricardo Zorraquín señalaba en el caso argentino: “la justicia de los cabildos adquirió una gran importancia como definidora de las cuestiones de índole privada que se suscitaban en esas comunidades pequeñas. Fue la justicia lugareña, conocedora de las personas y de las costumbres, que se adaptaba a las conveniencias y a las necesidades locales y era administrada por elementos estrechamente vinculados a los demás pobladores. Y en este sentido ejerció una influencia que no podría ser desconocida”, *idem, La organización judicial argentina en el periodo hispánico*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1981, pp. 52-53; en el mismo sentido Jaime DEL ARENAL, “Instituciones judiciales de la Nueva España”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 22, núm. 22, 1998, pp. 16-17.

⁶ Distintos historiadores del derecho han llamado la atención sobre la importancia de los expedientes criminales, pero pocos los han estudiado de forma sistemática. Los histo-

I. TOLUCA, DE CORREGIMIENTO A PARTIDO

El Corregimiento de Toluca estuvo integrado desde el siglo XVI a lo que formalmente se denominó Estado del Marquesado del Valle de Oaxaca.⁷ Este señorío lo constituyó Carlos I de forma excepcional para recompensar a Hernán Cortés por sus méritos en la Conquista; y salvo algunos periodos en que la Corona lo administró directamente por diferencias sostenidas con los herederos, conservó sus privilegios y permaneció prácticamente inalterado hasta la época independiente.

El Marquesado estuvo compuesto de 22 pueblos que se repartieron a lo largo de extensas regiones de la Nueva España separadas entre sí y se extendían desde el centro hasta el sureste del virreinato; una de esas regiones era precisamente el Corregimiento de Toluca. Por causa de las diferencias entre los marqueses y la autoridad real, del desinterés posterior de los herederos y del control que desde los primeros años intentó imponerle la Corona, en 1613 esta última instituyó en su organización interna la figura del juez privativo; el cual debía ser siempre presidido por un miembro de la Audiencia de México. Así, desde el siglo XVII hasta que se extinguió estuvo administrado por un gobernador y por un juez privativo; ambos actuaban con las facultades delegadas por los marqueses (quienes vivieron la mayor parte del tiempo en Europa). Los titulares de los corregimientos y alcaldías que estaban dentro de la jurisdicción del Marquesado eran nombrados por el rey, con aprobación de los marqueses, pero sus funciones y actividades, en general, fueron muy similares a las realizadas por los pueblos, corregimientos y alcaldías mayores de realengo que los rodeaban y que no pertenecían al Señorío. El Corregimiento de Toluca no fue la excepción. Y como su jurisdicción no era muy

riadores, en cambio, han recurrido a ellos de forma constante; el problema, es que al no ser lo jurídico un eje central en sus trabajos los ha llevado a mal interpretarlos. Por su parte, las autoridades mexiquenses encargadas de custodiarlos al no tener claridad sobre los beneficios que podría reportar esta clase de documentación los tiene por completo abandonados.

⁷ Otras regiones que pertenecieron también al Marquesado y que al mismo tiempo estuvieron dentro de la Intendencia de México (antecedente inmediato del estado del mismo nombre) fueron la Alcaldía Mayor de Cuernavaca y el Corregimiento de Coyoacán; G. VON WOBESER, “El gobierno en el Marquesado del Valle de Oaxaca”, W. BORAH (coord.), *El gobierno provincial en la Nueva España 1570-1787*, México, UNAM, 1935-1985, p. 168. Este trabajo ofrece una breve historia sobre el Marquesado.

extensa contó apenas con un teniente general que asumía las funciones del corregidor cuando éste se ausentaba.⁸

En materia de administración de justicia tampoco hubo grandes diferencias entre las regiones que se encontraban bajo la jurisdicción señorial del marquesado y las que se encontraban bajo jurisdicción real.

Con la constitución de las Intendencias en 1786, y por lo menos hasta 1821, el Corregimiento de Toluca quedó dentro de la Intendencia de México, lo mismo que las alcaldías mayores de Metepec / Zinacantepec y Lerma, aunque jurisdiccionalmente continuó durante el mismo periodo bajo el régimen señorial.⁹ El titular del Corregimiento de Toluca era denominado en las fuentes como Corregidor Subdelegado y los titulares de las alcaldías mayores simplemente como subdelegados. Con el nacimiento del nuevo país, Toluca, Metepec, Zinacantepec (ambos fueron escindidos) y Lerma se transformaron en partidos, y contaron con sus respectivas alcaldías constitucionales pero Toluca, además, fue elegida cabecera de partido y de distrito. Poco a poco ganaría importancia mientras que sus vecinos en la misma proporción la perdían. Finalmente, en 1826 el Partido de Toluca amplió sus límites para absorber a los partidos de Metepec y Lerma, y poco después sería también capital del estado; mientras que Metepec, Lerma y Zinacantepec quedaron sólo como alcaldías constitucionales.

II. EL JUEZ PRIVATIVO

El Juez Privativo era, como bien lo definió Joaquín Escriche, “el que tiene facultad para conocer de una causa con inhibición o exclusión del juez ordinario que debería determinarla”.¹⁰ En el ámbito de la administración de justicia vallesana la presencia del Juez Privativo en los primeros años del siglo XIX fue discreta pero muy interesante. Esta jurisdicción privativa fue concedida por el monarca como una facultad delegada a los marqueses del Valle de Oaxaca para administrar justicia en segunda instancia.

⁸ WOBESER, “El Marquesado del Valle de...”, p. 179.

⁹ Bernardo GARCÍA M., *El Marquesado del Valle de Oaxaca*, México, El Colegio de México, 1969, pp. 129-130.

¹⁰ Ver la voz “juez privativo” en *Diccionario razonado de legislación civil, penal...*

Por cuanto al Corregimiento de Toluca la primera instancia permaneció siempre en la esfera de su propia competencia. Como en realidad la Corona lo había creado con el ánimo de ampliar su control sobre el Marquesado, el Juez Privativo debía ser siempre un ministro de la Audiencia y sus sentencias podían ser “suplicadas” ante esta última. En efecto, por “Autos de vista y revista del Supremo Consejo de Indias de 23 de noviembre de 1767 y de 22 de noviembre de 1768. CCCCXXII” fueron derogadas una serie de reales cédulas y decretos, y quedó establecido que las apelaciones a las sentencias de las “justicias ordinarias” de los pueblos pertenecientes al Marquesado de Oaxaca fueran ante el Juez Conservador y Privativo y la suplicación ante la Audiencia.¹¹ Así, con la titularidad del juzgado y de los recursos jurídicos controlados por la misma Audiencia quedaba garantizado que en materia jurisdiccional el Marquesado siguiera una orientación muy cercana a esta última. Por estas razones, a pesar de ser una jurisdicción privativa siguió una línea de actuación muy cercana a la jurisdicción ordinaria. Por su parte, las sentencias emitidas por las alcaldías mayores de Lerma y Metepec / Zinacantepec, que no pertenecían al marquesado, eran apeladas y suplicadas directamente ante la Audiencia.

Para esta investigación se revisaron 493 expedientes, y el Juez Privativo apareció sólo en diez ocasiones que van fechadas desde 1801 hasta 1809; en este último año la Corona tomó por última vez el control directo del Marquesado.¹² Y por lo que se desprende de las propias fuentes el Juez Privativo sí estuvo en estrecha colaboración con la Audiencia; confirmando y rechazando —en menor número de ocasiones— las sentencias del Corregidor de Toluca, decisiones que a su vez fueron siempre ratificadas por la propia Audiencia.

¹¹ *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España, y providencias de su superior gobierno; de varias Reales Cédulas y Órdenes que después de publicada la Recopilación de Indias han podido recogerse así de las dirigidas á la misma Audiencia ó Gobierno, como de algunas otras que por sus notables decisiones convendrá no ignorar: Por el Doctor Don Eusebio Bentura Beleña, del Consejo de S.M. Oydor de la misma Real Audiencia* (ed. facsimilar de 1787), estudio introductorio de María del Refugio González, vol. I, tercer foliaje, III-UNAM, 1991, pp. 224-225.

¹² En diversas ocasiones, por las diferencias tenidas con los herederos, la Corona tomó bajo su responsabilidad la administración del Marquesado. La primera fue en 1567 con motivo de la supuesta sublevación promovida por Martín Cortés, la segunda en 1707 (duró 19 años), la tercera en 1734 (por unos meses) y la última en 1809 (por 7 años); WOBESER, “El Marquesado del Valle de...”, pp. 169-170.

El bajo número de causas en las que intervino el Juez Privativo no debe sorprender si se contrasta con las más de ochenta que conocieron Agustín de Arozqueta y Manuel Antonio de Falla Oruña como corregidores en Toluca en el periodo 1800-1810.¹³ Las razones que explican ese diferencial numérico tienen que ver principalmente con el hecho de que el Juez Privativo intervenía en segunda instancia cuando así lo solicitara alguna de las partes o porque se tratara de un caso delicado, ya fuera por la gravedad del delito o por la severidad de la pena impuesta. En consecuencia, de esas decenas de causas hay que restar las “arregladas” (donde las partes llegaban a un acuerdo previo a la sentencia) y las “inconclusas” (las que no llegaron a ser “sentenciadas” por alguna razón), y que si bien en una aplicación estricta del derecho posiblemente algunas de estas causas “arregladas” e “inconclusas” debieron ser del conocimiento del Juez Privativo por su gravedad, en la realidad, la vida cotidiana de los tribunales hacía que las cosas funcionaran de forma más relajada. Aun así, vale la pena rescatar su actuación en función de la información con la que se cuenta.

De los diez expedientes criminales que fueron del conocimiento del Juez Privativo, siete se refirieron a delitos de “heridas” en los que las víctimas fallecieron;¹⁴ otro se inició por “incesto”,¹⁵ y dos más

¹³ Ver TÉLLEZ, *La justicia criminal en...*

¹⁴ *Criminal. De oficio, contra Maximo Reza por la muerte de José Ignacio Zepeda*, Archivo Histórico del Poder Judicial del Estado de México, en adelante AHPJEM (caja: 1803-1805) —el juicio duró de noviembre de 1804 a enero de 1806—; *Causa criminal sobre la muerte originada por la herida que María Nestora le infirió á Bartolo Luis: resultando cómplices Manuel Antonio y José Aniseto todos indios de esta jurisdicción*, AHPJEM (caja: 1803-1805) —de diciembre de 1805 a octubre de 1806—; *Criminales de oficio contra Mariano Montes de Oca por las heridas que infirió á Ramon Galban de cuyas resultas murió, ambos vecinos de Almoloya*, AHPJEM (caja: 1806-1808) —de abril a agosto de 1806—; *Criminales de oficio contra Diego Martín por la herida que infirió a Juan Elías, indio de San Sebastián, de cuyas heridas falleció*, AHPJEM (caja: 1806-1808) —de abril a septiembre de 1806—; *Criminales de oficio contra Jose Esquivel por la herida y palos que infirió a Juan de Dios indio del pueblo de San Andrés de cuyas resultas murió*, AHPJEM (caja: 1806-1808) —de marzo de 1806 a junio de 1807—; *Criminal de oficio por la muerte acaecida á Tomás Pasqual, Yndio del Barrio de Huichila, de resultas de una descalabradura que le infirió Hipólito Casiano del Pueblo de Sn. Mateo*, AHPJEM (caja: 1806-1808) —de enero de 1806 a octubre o noviembre de 1808—; *Criminales. Felipe Asencio contra Casimiro Ramirez sobre golpes*, AHPJEM (caja: 1809-1815) —julio de 1809—.

¹⁵ *Criminales de oficio contra Ambrosio López por incesto con su hija Salvadora*, AHPJEM (caja: 1800-1802). El juicio duró de enero a junio de 1801 y el Juez Privativo confirmó la sentencia absolutoria dada por el Corregidor a propuesta del asesor letrado.

por las quejas que las partes elevaron directamente al Juez Privativo en contra de la actuación del Corregidor.¹⁶ Es posible que el hilo común a los ocho expedientes que fueron sentenciados estuviera acorde con el proceso de humanización que experimentaba en esos años el derecho criminal; en cada uno de ellos se aprecia la disposición del Juez a favorecer a los reos. Es evidente que los siete primeros casos se refieren a delitos graves en la medida de que las víctimas murieron y los “heridores” pudieron ser acusados de homicidio y por lo tanto pudieron ser sentenciados a la pena ordinaria establecida para ese delito: sentencia de muerte. Sin embargo, en ningún caso sucedió así, en seis juicios el Juez Privativo no hizo más que confirmar la sentencia dada por el Corregidor, y que absolvió a los reos; y sólo en un caso el Juez Privativo la revocó para imponer una pena más benigna.

Vista esta causa [y] que el reo menor de catorce años ha sufrido trece meses de carcel con lo que tiene compurgado su tal qual delito; se revoca la determinación del justicia de Toluca en que por vía de corrección mandava se le diesen veinte y cinco asotes; y se confirma en quanto que se ponga en libertad, pero seriamente aperebido... y que no se le cobraran costas ni carselaje; para lo qual se devuelva la causa al Corregidor. Asi lo proveio el S. Juez Priv. del Estado y lo rubricó. Manuel Nuñez Mirillon. Rúbrica.¹⁷

En ningún caso la Audiencia rechazó la decisión del Juez Privativo, todas fueron ratificadas, lo que demuestra la armonía jurisdiccional de ambas autoridades.

La presencia y actuación señorial del Juez Privativo en el Corregimiento de Toluca entre 1801 y 1809 no alteró de ninguna forma la administración de justicia en el centro de México y apenas se diferenció de la que se ejercía en los tribunales reales contiguos de las alcaldías mayores de Lerma y Metepec / Zinacantepec. Incluso cuando se le quiso involucrar contraviniendo las pautas de desarrollo de los procesos criminales rechazó la posibilidad; aun cuando excepcional-

¹⁶ *Dn. Cayetano Cuestas, contra la muger, é hijas de Dn. Ignacio Cuebas, por injurias en obra y palabra*, AHPJEM (caja: 1803-1805). El juicio duró de agosto de 1804 a igual mes de 1805; *Criminales. Felipe Asencio contra Casimiro Ramirez sobre golpes*, AHPJEM (caja: 1809-1815). El juicio inició en 1809 y no duró más de un mes.

¹⁷ *Criminal. De oficio, contra Maximo Reza...* Sentencia dada el 15 de enero de 1806.

mente intervino para remediar algún problema de grave injusticia.¹⁸ Las formas procesales fueron las mismas que en los juzgados ordinarios y el Juez Privativo, en su doble condición de ministro de la Audiencia y titular del juzgado, actuó en consecuencia, de acuerdo con las pautas establecidas por ese alto tribunal y sin alterar la vida institucional del Valle de Toluca.

Estas circunstancias permiten suponer que el Corregimiento de Toluca actuó, por lo menos en términos jurisdiccionales, dentro de la misma lógica de los juzgados ordinarios del centro de México, y por ello, es probable que las estimaciones hechas en esa materia para el Corregimiento sean igualmente válidas para la región.

Por supuesto que esta homogeneidad procesal y jurisdiccional nada tiene que ver ni con la eficiencia de los tribunales ni con la justicia de su actuación; más bien se trata de una primera interpretación de su funcionamiento de acuerdo con las fuentes existentes.

III. LA CRIMINALIDAD EN TOLUCA¹⁹

En total para esta investigación se revisaron 531 documentos, de los cuales 493 son expedientes criminales y los 38 restantes pedimentos, documentos varios relacionados con la justicia criminal; en mayor cantidad exhortos de las autoridades de un lugar a las de otro para efectuar detenciones, embargos de bienes, careos y otras diligencias relacionadas con delitos cuyos expedientes no fueron localizados. Es a partir de ese universo de 493 expedientes que se hicieron las estimaciones que a continuación se presentan.

En el periodo 1800-1829 se puede apreciar con claridad la dinámica de la administración de justicia año con año. En el subperiodo 1800-1808 es claro el funcionamiento de los órganos encargados de su impartición; en el subperiodo 1809-1822 la actividad jurisdiccional disminuyó sensiblemente o de plano quedó interrumpida de 1812

¹⁸ El Corregidor de Toluca, Agustín de Arozqueta, le envió al Juez Privativo la causa antes de dictar sentencia y de pedir asesoría a un letrado, éste se la devolvió y le indicó el camino a seguir. Aunque previamente había ordenado al mismo Arozqueta que soltara a la esposa de uno de los reos que se había fugado y que el alcaide de la cárcel había tomado prácticamente como rehén hasta que su marido regresara.

¹⁹ Para una visualización pormenorizada de la información cuantitativa aquí presentada, ver TÉLLEZ, *La justicia criminal en...*

a 1814 y de 1816 a 1819, años en los que no se localizó ningún expediente, para recuperarse de forma evidente entre 1823-1829.

En los catorce años que van de 1809 a 1822 se registraron muy pocos expedientes penales, todos ellos en fechas muy precisas (1810, 1811, 1815 y 1822). En total suman 29 expedientes, apenas el 5.8% de los 493 analizados. De este panorama podría deducirse que hubo una fractura en el sistema de administración de justicia que impidió la continuidad del orden jurídico y que coincidió exactamente, con los años donde se pasó del régimen colonial novohispano al régimen independiente mexicano y, por lo tanto, con los años de mayor inestabilidad política y social de la época. Poco se sabe de lo que sucedió con las autoridades en esos momentos, posiblemente en muchos casos los titulares abandonaron sus cargos.²⁰

Bajo estas condiciones de ausencia o inoperancia de los tribunales lo más lógico sería suponer un aumento del bandidaje y de todas las formas delictivas relacionadas con la subversión social; escenario que coincide con las quejas reiteradas de la sociedad de la época. Más adelante volveremos sobre la necesidad de matizar ese panorama de "anarquía" social de la época. De momento hay que seguir con el hilo expositivo.

Es cierto que sólo con tener en cuenta que la época de mayor inestabilidad política y social en el país fue la segunda década del siglo podría inferirse lógicamente la inestabilidad jurisdiccional; sin embargo, por el intenso rastreo de fuentes que se hizo podía darse un siguiente paso, adelantar posibles años de parálisis total en la administración de justicia, avanzar sobre números y fechas concretas.

Si se analizan en conjunto los 493 expedientes, queda claro que el momento de mayor actividad de los órganos de la administración de justicia fue realmente en el último quinquenio del periodo de estudio: 1825-1829 (199 casos registrados), que es cuando más expedientes criminales se conocieron con relación a los cinco quinquenios anteriores.

Ahora bien, si se parte de la duración de los procesos, comprendida desde el día de inicio o apertura del expediente hasta el día en que

²⁰ En TÉLLEZ, *La justicia criminal en...*, se muestran ejemplos de cómo los letrados desempeñaron distintas actividades en el aparato judicial vallesano a lo largo de los años de la transición, con lo cual quedó evidenciado que sobre ellos recayó en gran parte la transición.

se registró el último auto o diligencia del mismo, se aprecia que 392 duraron menos de un año (79.5%), 39 más de uno (7.9%) y 62 más de dos años (12.5%). Resulta revelador que la duración de la gran mayoría de los expedientes fuera menor a un año sobre los que duraron más de uno o dos años. Por supuesto que esta duración no tiene que ver con las condiciones jurídicas en que terminaron dichos expedientes, a ellas se hará referencia más abajo.

Por otro lado, si se suman los expedientes que duraron más de uno o dos años en los últimos siete años del periodo de estudio (77 casos) y se hace la misma operación para los veintitrés años anteriores (24 casos), las evidencias apuntan hacia procesos más largos en la última parte, lo cual en principio no significaba ningún beneficio en la administración de justicia y mucho menos para aquellos que la demandaban. Por supuesto que esta pequeña cantidad de información no es suficiente para pensar que la administración de justicia en general fuera más rápida y expedita durante la Colonia pero al menos es un primer indicador.²¹

Y sin hacer mención a las posibles transformaciones que el proceso judicial en sí mismo pudo o no sufrir en estos años, conviene considerar otros elementos que apuntan en la dirección de que el proceso criminal en la región de Toluca se alargó en términos generales durante los primeros años independientes. El hecho de que las subdelegaciones de intendencia (antes alcaldías mayores y corregimientos) administraran justicia criminal en primera instancia en el antiguo régimen y que en la época liberal fueran los jueces letrados de primera instancia marcó, entre otras cosas, una diferencia geográfica importante en esta región porque sólo hubo un juez letrado en la cabecera (Toluca), y la gente de Lerma, Metepec, Zinacantepec que antes podía actuar y vigilar el desarrollo de los litigios criminales en los que estaba involucrada en su lugar de origen, ahora tenía que desplazarse hasta Toluca. Esa misma diferencia geográfica bien pudo incidir en el ánimo de las personas para llevar su caso hasta la nueva ubicación de los tribunales o bien para continuarlo después de un tiempo de haberse iniciado sin conseguir una respuesta favorable a sus intereses.

²¹ En sólo doce casos, 2,2% de los 493 expedientes, se desconoce la fecha de terminación de los expedientes.

Estas modificaciones también pudieron significar que el juez letrado tuviera que cubrir un área geográfica mayor para administrar justicia que sus antecesores (los jueces de real nombramiento) y, por tanto, que se registrara un incremento en el número de expedientes criminales por sentenciar; aunque por otra parte, esta situación pudo verse compensada con la aplicación del concepto de la división de poderes que le significaba estar concentrado sólo en su actividad jurisdiccional. Sin embargo, esta argumentación sólo es válida en términos formales porque en la realidad, como está demostrado, los alcaldes constitucionales vallesanos en distintas ocasiones tuvieron que hacer de jueces de primera instancia por no haber un letrado que ocupara la plaza.²² Esa recomposición de los ámbitos espaciales de la administración de justicia no fue en ningún sentido privativa para Toluca y sus alrededores sino que sus alcances debieron tener repercusión en todo el país.

Las autoridades del estado tuvieron plena conciencia de estos retrasos y de los problemas del sistema de administración de justicia. Aun cuando no los reconocieran como hechos provocados por las circunstancias del presente sino en gran parte como consecuencia de las formas del proceso criminal heredado de la Colonia. En 1828, el gobierno planteó la necesidad de no esperar la expedición de los códigos, en los que había depositado grandes esperanzas.

El mal es gravísimo y ecsije con urgencia remedios parciales inmediatos. Empiecese á lo menos por derogar lo mas inutil y aun funesto de nuestras formas criminales que eternizan los procedimientos, y aumentan el rigor justo de la ley, ó privan á la sociedad de la reparacion y del ejemplo público.²³

Después de analizar la duración de los procesos criminales, ahora corresponde estudiarlos desde la condición específica en la que terminaron. Hacerlo de forma individual significaría recorrer uno a uno los 493 documentos que conforman la muestra y por consecuencia

²² TÉLLEZ, *La justicia criminal en...*

²³ *Memoria en que el Gobierno del Estado Libre de México, da cuenta al Primer Congreso Constitucional, de todos los ramos que han sido a su cargo en el año económico corrido desde el 16 de octubre de 1826, hasta 15 de igual mes de 1827. Presentada el día 3 de marzo de 1828, Tlalpam, Imprenta del Gobierno a cargo de Juan Matute y González, 1828, p. 61.*

una labor muy extensa y poco ilustrativa; había que sistematizar la información.

Podría decirse que existían tres formas diferentes de que un juicio concluyera. La primera se refiere a los aquí llamados juicios "Arreglados". Este adjetivo no tiene que ver con ninguna negociación indebida —que seguramente las hubo— sino que se refiere a los procesos en los que no recayó ninguna sentencia en sentido estricto pero donde las partes se arreglaron por su cuenta o el juzgador medió entre ellas para que se desistieran de continuar con el proceso. También se refiere a las causas en las cuales la autoridad le otorgó al reo el indulto durante la secuela procesal; o bien, en los casos que se trató de muertes accidentales. Se optó por incluir estos tres supuestos en el rubro "Arreglados" porque en todos ellos el proceso terminó jurídicamente sin que se emitiera ninguna sentencia sobre el fondo de la causa, pero también sin que quedara "inconclusa".

Ésta, la de "Inconclusos", fue precisamente una segunda forma de que los juicios terminaran. Se trata de expedientes en los que el proceso, a pesar de no estar concluido en ningún sentido simplemente quedó suspendido y en los que además la fuente no permitió saber o suponer la razón de tal suspensión. Es decir, se desconoce si las partes tuvieron algún tipo de acuerdo extrajurídico y ya no "agitaron" el proceso —como se decía en la jerga de los tribunales— o si la autoridad, por falta de interés o por cualquier otra circunstancia no continuó con la secuela procesal del litigio en cuestión.

La tercera y última forma era cuando quedaban "Sentenciados". Estos expedientes representan la manera más acabada de la administración de justicia porque se agotaron las etapas del procedimiento y el juez, al final, emitió su sentencia. Con base en los anteriores criterios quedó conformado el cuadro que aparece en la siguiente página.

La primera impresión, a pesar de las diferencias numéricas existentes entre cada quinquenio, es la identidad de comportamiento de las tres formas de terminación de los litigios. Es bastante claro que los expedientes "Inconclusos" siempre constituyeron mayoría con relación a las otras dos categorías, con excepción del quinquenio 1810-1814. ¿Esta circunstancia sería suficiente para plantear la hipótesis de un sistema de administración de justicia preponderantemente errático para los años de la transición y, por lo tanto, en consonancia con las voces que desde la época y hasta la fecha la han calificado de esta

manera?

Los expedientes criminales y su terminación
1800-1829²⁴

Quinquenio	Arreglados	Inconclusos	Sentenciados
1800-1804	47	72	33
1805-1809	24	47	14
1810-1814	4	1	1
1815-1819	1	4	2
1820-1824	9	22	13
1825-1829	71	100	28
Total	156	246	91
Porcentaje	31.7%	50.1%	18.5%

Por esta idea general de caos e inestabilidad que se tiene de la época y por la primera impresión de las cifras del cuadro, la respuesta tendría que ser afirmativa. No obstante, esas mismas cifras vistas desde otra perspectiva pueden ofrecer una visión distinta. Esto es, si se parte del criterio primigenio de que juzgar era "dar el juez su sentencia",²⁵ y esta acción estaba definida por la doctrina como "la decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal" puede decirse, en un sentido amplio que los casos de las columnas "Arreglados" y "Sentenciados" fueron *decididos legítimamente* por el juez, algunas veces decidió sobre el fondo y en otras antes de llegar a él, pero donde las partes en cualquier caso *terminaron con la causa controvertida*. Bajo estas circunstancias la eficiencia del sistema de administración de justicia tendría que medirse sumando las columnas de "Arreglados" y "Sentenciados" y el resultado es de 247 casos criminales por 246 "Inconclusos". Se estaría frente a una efi-

²⁴ Se fechó el día, mes y año de inicio y terminación de cada expediente, salvo unas cuantas excepciones donde las fuentes no lo permitieron. En esos casos dichos expedientes se contabilizaron en la columna de "inconclusos".

²⁵ Ver la voz "sentencia" en *Diccionario razonado de legislación civil, penal,...* En *Partidas* III, 22, 1 se definió así: "Juzzio, en romance, tanto quiere dezir como *sententia*, en latín. E ciertamente Juzzio es dicho, mandamiento que el Juzgador faga a alguna de las partes, en razon de pleyto que mueven ante el. Pero deve ser atal, que non sea contra natura, nin contra derecho de las leyes de este nuestro libro, nin contra buenas costumbres...".

ciencia en términos redondos del 50%. Es decir, del universo criminal conocido por las autoridades jurisdiccionales entre 1800 y 1829, una parte importante fue *decidida legítimamente*.

Y hay que insistir para evitar confusiones de interpretación. Se habla de una eficiencia de alrededor del 50% donde la autoridad jurisdiccional "resolvió" la controversia jurídica pero en ningún momento que lo hizo con justicia. El concepto de la justicia y sus profundas implicaciones filosóficas no son un fin que se pretenda discutir en ninguna parte de esta investigación.

Aunado a los problemas de interpretación es importante tener en cuenta que los actores de la época también tenían su propia visión de la criminalidad; visión que no siempre es fácil distinguir. Por ejemplo, entre 1827 y 1828, cuando los problemas de la entidad podrían suponerse graves y la administración de justicia no era la excepción, el diputado Epigmenio Piedra propuso en la Comisión de Legislación expedir una ley para combatir a los "ladrones salteadores cuatrerros" que afectaban el territorio. Casi cinco meses después, cuando dicha Comisión por fin turnó a discusión la propuesta, en ella se determinó mandarla archivar porque las autoridades aplicaban con mayor rigor las leyes vigentes y por ello, con un curioso argumento concluyeron: "si los ladrones no han disminuido, no han progresado".²⁶

Existe coincidencia con quienes señalan que de los datos estadísticos, manejados en una u otra forma, es posible obtener el resultado que se quiera y hacer las lecturas correspondientes. Pero en el caso de la administración de justicia del centro de México aquí expuesto no fue *a priori* que se pensara en cambiar o confirmar la perspectiva de caos o de anarquía que se tiene en la literatura especializada sino simplemente de buscar nuevas muestras, de intentar nuevas vías en la investigación que permitan ponderar esas visiones panorámicas y al mismo tiempo objetivar distintas aproximaciones al fenómeno de la criminalidad y de la administración de justicia. Es decir, la simple lectura de las cifras da por sí misma esa interpretación.

Por otra parte, hay que señalar que si bien los "indultos" fueron incluidos en la parte denominada de juicios "Arreglados", sólo fueron considerados los "indultos" que sí fueron concedidos. La institución del indulto podía tener dos vías de incidencia en la sociedad,

²⁶ Biblioteca del Congreso del Estado de México, exp. 46, caja 32.

crear "clientela" política y desahogar la presión en las cárceles. En los tiempos coloniales existía un calendario de fiestas y celebraciones de la monarquía —muchas de carácter religioso— en los que se otorgaba el indulto a los reos procesados y sentenciados. Los gobiernos independientes siguieron haciendo uso de esta figura aun cuando los días a celebrar y las condiciones pudieron variar; se cambiaron las celebraciones religiosas por las cívicas como el logro de la independencia y el recuerdo de los héroes caídos. Por ejemplo, en 1827 los magistrados de la Audiencia local expusieron "... que declaran comprendido en la gracia del indulto [a Cresencio Gregorio], publicado el 23 pasado en celebridad del juramento de la constitución del Estado..."²⁷ Aun cuando por otro lado el gobierno reconociera "que las causas de la crisis del resorte del poder judicial traían su origen del desarreglo que sufrieron todos los ramos de administración con la guerra de independencia, y de los estensos y frecuentes indultos que se concedieron á la instalacion de la junta gubernativa, con motivo de la emancipacion de nuestro suelo".²⁸

Por otro lado, un problema que tiene enorme relevancia cuando se aborda el fenómeno de la criminalidad es precisamente el de los delitos y las sanciones. Se sabe de la dificultad que hubo por lo menos hasta la primera mitad del siglo XIX para que la ley y la doctrina pudieran definir con claridad los delitos y las penas. Ya desde la época romana se había trabajado intensamente en el mundo jurídico sobre la cuestión de la criminalidad, y para finales del siglo XVIII con la renovación impuesta por el derecho natural racionalista se hizo cada vez más evidente la necesidad de conceptualizar los delitos y establecer las penas correspondientes, pero a pesar de la experiencia acumulada con los siglos y de los inobjectables avances en este proceso de codificar el derecho criminal, en México, tardaría todavía unos años en resolverse el problema. En el caso particular de las penas, en la tercera década del siglo XIX las autoridades se expresaban con pesadumbre: "Baste... saber que la escala de los castigos está hoy

²⁷ *Criminal contra Cresencio Gregorio, por el homicidio que perpetró en la persona de Martín Diego, ambos del pueblo de San Marcos de esta jurisdicción*, AHPJEM (caja: 1825-1828).

²⁸ *Memoria en que el Gobierno del Estado Libre de México da cuenta de los ramos de su administración al Congreso del mismo Estado, a consecuencia de su decreto de 16 de diciembre de 1825*, México, Imprenta a cargo de Rivera, 1826, p. 55.

limitada por necesidad, á la muerte, presidio, destierro, obras públicas y prisión”.²⁹

Con apoyo de lo establecido por la doctrina y de las anteriores consideraciones se intentó hacer un acercamiento a los delitos que aparecen en los expedientes criminales del Valle de Toluca. Y hablar de doctrina no es precisamente considerar siquiera una mínima parte de la literatura que se generó en torno a los delitos y sus penas a finales de siglo XVIII y principios del siguiente con motivo de los procesos de humanización y codificación del derecho. Más bien se trata de tomar como referentes algunas de las prácticas criminales de la época y un par de fuentes más, también de esos años, que son seguramente muy similares a las que utilizaron los jueces del Valle de Toluca, o que incluso llegaron a usar; y cuya intención, en palabras de un práctico importante de la época, era bastante clara:

Para que quienes deban por sus cargos ú oficios instruirse en la substanciación y seguimiento de las causas criminales, y en la formación de las diligencias que se ofrece practicar en ellas, pueden conseguir en poco tiempo y sin mucha molestia una suficiente instrucción sobre esta materia [el proceso].³⁰

²⁹ *Memoria en que el Gobierno del Estado Libre de México, da cuenta al Congreso Constitucional, de todos los ramos que han sido a su cargo en el año económico, corrido desde 16 de octubre de 1829, hasta 15 de igual mes de 1830. Presentada el día 2 de marzo de 1831, spi., p. 69.*

³⁰ *Práctica criminal de España. Publícala el Licenciado Don Joseph Marcos Gutiérrez. Obra tal vez necesaria ó útil á los jueces, abogados, escribanos, notarios, procuradores, agentes de negocios y á toda clase de personas*, tomo II, Filadelfia, Imprenta de Jesper Harding, 1826, p. 75. Se han tomado en cuenta principalmente las siguientes fuentes: *idem*, 3 tomos; S. GARCÍA LEÓN, “Un formulario de causas criminales de la Nueva España”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, IX, 1997 (que en adelante se cita como el “Formulario de causas criminales...”); *Libro de los principales rudimentos tocante a todos juicios, criminal civil y ejecutivo año de 1764*. Transcripción y estudio preliminar de C. Cutter, México, UNAM, 1994; y el *Diccionario razonado de legislación civil, penal...* Dos elementos principalmente diferencian estas cuatro obras: el esfuerzo doctrinal que desarrollaron y el impacto consecuente que alcanzaron. Mientras el “Formulario” y el *Libro* pretendían ser simplemente documentos de apoyo cotidiano en los tribunales que se administraba la primera instancia o baja justicia (como se le llamaba en la época) y que no presentan ningún esfuerzo de refinamiento jurídico, precisamente por el público al que estaban destinados, por su parte, el *Diccionario* y la *Práctica* (a pesar de sus diferencias inmanentes entre las dos), intentaban además ser obras de consulta para los juristas; el derroche de citas a autores y legislación lo demuestran. Los dos primeros aparecieron a mediados del XVIII, y ninguno de ellos fue publicado en su época; de los dos últimos, la *Práctica criminal de España...* fue impresa por vez primera en 1804 y el

Un interesante problema que se enfrentó al revisar los cientos de expedientes es que apenas unos cuantos hicieron menciones vagas de autores prestigiados de la época y de la legislación y doctrina vigente, pero nunca de las prácticas criminales modestas. Por supuesto que estas últimas debieron consultarse porque eran las que estaban al alcance de la mayoría de quienes laboraban en los tribunales, pero como mencionarlas no otorgaba ningún prestigio profesional o académico simplemente se omitieron. Al estar concebidas para quienes carecían prácticamente de cualquier instrucción era preferible suprimir cualquier referencia, hacer lo contrario hubiera implicado una aceptación tácita de ignorancia jurídica. De lo que sí se tiene constancia es que en la biblioteca de prestigiados licenciados y doctores del Estado de México estuvo el *Diccionario razonado de legislación civil y penal...*³¹

En la documentación del archivo aparecen indistintamente los delitos de “heridas”, “lesiones”, “injurias” y “malos tratamientos”.³² Curiosamente sólo las “heridas” y las “injurias” contaban con una definición doctrinal. El delito de “heridas” era “comúnmente... toda lesión hecha con violencia en las partes duras ó blandas del cuerpo”,³³

Diccionario en 1831, pero ambos, y sobre todo el segundo, alcanzaron incontables ediciones corregidas y aumentadas. Por último, hay que señalar que de las cuatro obras citadas, el *Diccionario*, es la de mayor relevancia para acercarse al derecho mexicano en los años de la transición por la importante glosa que le hizo Juan N. Rodríguez de San Miguel, quien tuvo especial preocupación por recuperar el derecho del antiguo régimen, todo, complementado por su notable conocimiento del derecho que se aplicaba en México en los años previos a su publicación, precisamente los años de la transición; Ma. del Refugio GONZÁLEZ, “Estudio introductorio”, *Diccionario razonado de legislación civil, penal...*, pp. 19 y ss.

³¹ La edición facsimilar del *Diccionario razonado de legislación civil, penal...*, que se consultó contiene una lista de los licenciados que tuvieron ese mismo volumen en su biblioteca, entre los que se pueden mencionar: Dr. Basilio Arrillaga, Juan W. Barquera, Mariano Esteva, Ignacio Flores Alatorre y Pedro José García y García, todos ellos desempeñaron en algún momento de la transición distintas actividades en el Poder Judicial del Estado.

³² A manera de ejemplo: *A pedimento de Don Mariano Baez, por las heridas que sufrieron las personas de José Mariano y Guadalupe Garibay*, AHPJEM (caja: 1825-1828); *A pedimento de José María Borja y Manuel Bernal por lesiones*, AHPJEM (caja: 1829); *Criminales. Dn. Julian Planzon contra Dn. Luis Herrera, sobre injurias*, AHPJEM (caja: 1803-1805); *Criminales María Dolores Albarran contra su marido José Mariano González por malos tratamientos* (las cursivas son nuestras), AHPJEM (caja: 1800-1802).

³³ *Diccionario razonado de legislación civil, penal...* En José Marcos GUTIÉRREZ (*Práctica criminal de España...*, tomo I, p. 148 y ss.) aparece una amplía definición. Y las

y a pesar de la inclusión de la palabra "lesión", ésta no aparecía definida como un delito diferenciado. El delito de "injurias" se entendía como "el ultraje, afrenta o agravio que se hace a otro delante ó detras, ya en su propia persona, ya en la de su muger, hijos, criados y demas con quienes tuviera relacion".³⁴ Una diferencia que se desprende con facilidad de las definiciones referidas es que las "heridas" tenían que ser agresiones al físico de las personas mientras que las "injurias" además podían contemplar otras posibilidades pero también ser físicas.³⁵

Al lado de las definiciones y a pesar de la posible cercanía que en el más amplio sentido podían tener estas cuatro figuras,³⁶ después de la comparación realizada entre los expedientes se llegó a la conclusión de que los juzgadores en el día a día de la administración de justicia sí diferenciaban a las "injurias" de las "lesiones", aun cuando la doctrina no definiera a estas últimas; incluso, hay más de un expediente en los que coinciden ambas.³⁷ La práctica judicial en los tribunales mexiquenses (seguramente igual se hacía al menos en las regiones de su entorno) habían delineado ciertas diferencias con las otras dos figuras, las cuales no quedan del todo claras aunque sí se percibe de la lectura de los expedientes el esfuerzo por conseguirlo; se hacía la distinción entre las agresiones predominantemente físicas

clasifica en: "leves, incurables, mortales por accidente, mortales por falta de socorro, mortales por lo común y absolutamente mortales", *idem*. Ni el "Formulario de causas criminales..."; ni el *Libro de los principales rudimentos...*, las definen.

³⁴ *Diccionario razonado de legislación civil, penal...*; En Gutiérrez la definición prácticamente está en los mismos términos; *idem*, *Práctica criminal de España...*, tomo III, p. 61.

³⁵ José Marcos Gutiérrez incluyó a las "injurias" en el capítulo IV "de los delitos contra el honor..." en su *Práctica criminal de España...*, tomo III, p. 61; allí mismo hizo una clasificación de las "injurias": "con palabras, con hechos y con escritos" y también se refirió a la clasificación de *Partidas* VII, 9, 20 que las dividió en "graves ó atroces y en leves, ligeras ó livinas", *idem*, p. 67.

³⁶ Cuando se hace referencia a distintos delitos se evita hablar de "tipo delictivo", "tipo de delito" o "tipo penal" y se emplea la palabra "figura". Esto con la finalidad de evitar la confusión del lector, porque para los inicios del siglo XIX la teoría del derecho penal todavía no acuñaba el concepto de "tipo" como se entiende en la actualidad.

³⁷ Como ejemplo ver: *Diligencias practicadas a pedimento de Manuel Vásquez y su mujer Juana María con los demás que dentro se expresan por injurias y lesiones contra el fiscalito Juan Antonio por los asotes que infiere de orden del padre vicario de aquel auxiliar de Tarasquillo Br. Don Francisco Sumaya*, AHPJEM (caja: 1800-1801); *Causa promovida por José Vicente Sánchez en contra de Secundino Esquivel por injurias y lesiones* (las cursivas son nuestras), AHPJEM (caja 1806-1808).

de las que no lo eran, y a los distintos niveles de violencia que no terminaban de ser clarificados. Los casos de "heridas" siempre se refieren a hechos con un alto grado de violencia, incluso en varios de ellos como consecuencia de la agresión física sufrida por la víctima le sobrevino la muerte;³⁸ circunstancia que no sucede en los expedientes de "injurias", "lesiones" y "malos tratamientos" que también tienen como hilo conductor a la violencia pero a un nivel de menor intensidad.

De los casos revisados de "heridas" e "injurias" se comprueba que las primeras tenían que ser físicas y las "injurias" podían ser como lo consignan las propias fuentes: "de palabra, de hecho o con escritos".³⁹ Y se puede inferir que en el supuesto de que una "injuria" fuera de hecho estuviera en los linderos de convertirse en "lesión". Las "lesiones" también parecen referirse sólo a agresiones físicas pero no al nivel de violencia que las "heridas".⁴⁰ Los documentos de "malos tratamientos" tienen una marcada tendencia a estar relacionados con las agresiones físicas y verbales sucedidas entre cónyuges. De los 23 casos registrados sólo cuatro se refieren a "malos tratamientos" de otra naturaleza.⁴¹

³⁸ Los siguientes casos son un buen ejemplo: *Criminales de oficio de la Real Justicia contra Ermenegildo oficial de tejedor por las heridas que infirió a Don Francisco Santillan de cullas resultas le sobrevino la muerte*, AHPJEM (caja 1806-1808); *Criminal sobre la muerte de Ramón Montes de Oca, cuyo cadaver se encontro con tres heridas, siendo la una de necesidad mortal, y contra los que resultan agresores: Cipriano Rosales, Pablo Martinez, Ignacio Munguía, y Pedro Rosales* (las cursivas son nuestras), AHPJEM (Caja: 1824).

³⁹ *Malacatepeque, Criminal a pedimento de Gregorio Santillan contra Lucas Gonzalez sobre injurias personales de obra y de palabras*, AHPJEM (caja: 1800-1802); *Dn. Cayetano Cuestas, contra la muger, é hijas de Dn. Ignacio Cuebas, por injurias en obra y palabra* (las cursivas son nuestras), AHPJEM (caja: 1803-1805).

⁴⁰ Dentro del caos conceptual que tenían los expedientes, en distintos momentos hablan de "golpes". Por los puntos de vista arriba expresados, es decir, dependiendo de la violencia y gravedad de esos "golpes" es que podían quedar subsumidos en "heridas" o "lesiones"; incluso, si se trataba de juicios sentenciados es muy probable que la misma fuente definiera en algún momento el delito específico en el que esos "golpes" habían derivado. No parece que la práctica cotidiana concibiera a ese sustantivo como un delito en sí mismo.

⁴¹ Sobre cónyuges ver: *Criminales de María Petra Osorio contra su marido Mariano Flores sobre malos tratamientos*, AHPJEM (caja: 1800-1802); Los cuatro casos de excepción son: *A pedimento de Don Agustín de Cardenas, contra Vicente Carmona por malos tratamientos y lesiones a Bartolo Luis y Eusebio Antonio, gañanes del primero*, AHPJEM (caja: 1825); *Criminal a instancia de María Josefa Ortega, contra el sargento retirado*

Por su parte, la "incontinencia" estaba contemplada por la doctrina como "el abuso de los placeres sensuales y toda especie de unión ilegítima entre personas de diverso sexo".⁴² Con base en esta laxa concepción es que podían quedar comprendidas prácticamente todas las conductas sexuales diferentes a la legitimada por la institución del matrimonio.⁴³ No obstante, en el día a día de los tribunales hubo expedientes que registraron expresamente el delito de "incontinencia"⁴⁴ y otros los de "adulterio",⁴⁵ "estupro",⁴⁶ "incesto",⁴⁷ etc. Aunque por la misma laxitud conceptual, como se aprecia también en la práctica judicial, el delito de "incontinencia" estaba cediendo su lugar a los delitos que contenía y que buscaban diferenciarse definitivamente entre sí.⁴⁸ Aun cuando algunos autores, por el tratamiento que dieron a la "incontinencia" y a los demás delitos sexuales, los entendían como el género y la especie.⁴⁹

Manuel Pineda sobre malos tratamientos, AHPJEM (caja: 1825-1828); *Causa criminal que Don Bonifacio Belázquez sigue contra Don José María Torres sobre malos tratamientos a la mujer de Belazquez*, AHPJEM (caja: 1800-1802); *A pedimento de Don Agustín de Cardenas, contra Vicente Carmona por malos tratamientos y lesiones a Bartolo Luis y Eusebio Antonio, gañanes del primero*, AHPJEM (caja: 1825). Las cursivas son nuestras.

⁴² *Diccionario razonado de legislación civil, penal...*; en Gutiérrez aparece en distinto orden la misma definición, *idem, Práctica criminal de España...*, tomo III, pp. 139-140.

⁴³ José Marcos Gutiérrez titula el capítulo XII de su trabajo "De los delitos de incontinencia ó deshonestidad y sus penas" y dentro hace referencia a los delitos y penas impuestas a sus distintas variantes: amancebamiento o concubinato, prostitución, estupro (en distintos grados), raptó y su variante "raptó de seducción", incesto, adulterio, poligamia, sodomía (pederastia u homosexualidad), bestialidad (zoofilia), alcahuetería (rutinaria o lenocinio) y sus clases; *idem, Práctica criminal de España...*, tomo III, pp. 139-168.

⁴⁴ *Criminal contra el C. Ignacio López, Leandra y Casimira Gómez, por incontinencia*, AHPJEM (caja: 1824).

⁴⁵ *Pedimento de demanda por José Sotelo en contra de José Ramon Garcés y su esposa María Josefa Ramírez por adulterio*, AHPJEM (caja: 1806-1808).

⁴⁶ *Criminal a pedimento de Manuel Robles contra Cristóbal Mena, por haber intentado estupro, en María Matilde Robles creatura de 6 años*, AHPJEM (caja: 1825-1828).

⁴⁷ *Criminal contra Don José María Mejía por incesto*, AHPJEM (caja: 1829).

⁴⁸ Como ejemplo de la diferenciación que se alcanzaba en los tribunales mexicanos entre la incontinencia y los delitos sexuales que contenía: *Antonio Blancas contra su mujer Clara Ramírez y Bentura Mejía sobre incontinencia adulterina*, AHPJEM (caja: 1800-1802). *Criminal. De oficio contra don Agustín de Cuebas sobre incontinencia incestuosa con su cuñada doña María Josefa Trelles* (las cursivas son nuestras), AHPJEM (caja: 1800-1802). Es paradójico destacar que en el "Formulario de causas criminales...", y el *Libro de los principales rudimentos...*, obras realizadas en el siglo XVIII, no aparece definida la "incontinencia" y sí, en cambio, están el "lenón", "amancebados", "adulterio", "estupro", y otros.

⁴⁹ GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España...*, tomo III, pp. 139-168.

Por su parte, sorprende el elevado número de expedientes iniciados por "incontinencia". La Nueva España y en general las nuevas tierras americanas ofrecieron siempre un desafío a la moral planteada por la Iglesia. Desde el inicio de la conquista y la evangelización, esta institución intentó imponer prácticas sexuales diferentes a las vividas en el mundo indígena y esto le representó un gran reto. A pesar de su esfuerzo existen en los archivos incontables evidencias de que la población ejerció su derecho a la heterodoxia sexual y moral impuesta desde los altares; heterodoxia que se manifestaba principalmente en el empeño de formar relaciones no legitimadas por la religión (concubinato, adulterio, bigamia, incesto) ni asociadas a los rígidos estratos en los que se pretendía dividir a la sociedad y que trajeron como consecuencia la multiplicación de las denominadas "castas" y la relajación de los estrechos márgenes impuestos por la Iglesia.

El alto índice de los delitos de "incontinencia" parece revelar al menos tres de las múltiples caras de la sociedad novohispanomexicana. Una que representaba al sector que reclamaba su derecho a vivir prácticas sexuales alejadas de las formas y de los valores impuestos por la Iglesia; otra que representaba a la autoridad y a los valores tradicionales, preocupada y deseosa de perseguir y castigar tales prácticas; y una tercera que proponía avanzar en el largo y complejo proceso de secularizar la impartición de justicia y de separar finalmente el concepto pecado / delito.

Hay que destacar que de los 65 casos de "incontinencia" registrados, 42 de ellos —64.6%— correspondieron al delito de adulterio.⁵⁰ Esto es, parece que lo más cuestionado, lo que estaba en juego, independiente de lo pecaminoso del asunto, era la institución del matrimonio y consecuentemente la estructura tradicional de la familia, con los valores éticos y los problemas económicos de ahí derivados.

El delito de "homicidio" desde los romanos había quedado conceptualizado como "el acto de privar á uno de la vida".⁵¹ Este delito fue

⁵⁰ Parece que este fenómeno no era privativo del Valle de Toluca sino que también era un fenómeno extendido en la ciudad de México; aun cuando allí está registrado como un asunto propio de los sectores depauperados, M. Scardaville, *Crime and the urban poor: Mexico city in the late colonial period*, The University of Florida, Ph. D., 1977, pp. 169-170.

⁵¹ En *Partidas* VII, 8, 1, "Homicidium... matamiento de ome". José Marcos Gutiérrez habla del homicidio "voluntario simple", "calificado", "lícito", "puramente casual" y "necesarios", tomo III, pp. 35-36; en el *Diccionario razonado de legislación civil, penal...*

el que registró el mayor índice de casos (128) y casi duplica al que le sigue en número, el delito de "heridas" (67 casos); ambos estrechamente vinculados. El hecho de que estos delitos en particular estén muy por encima de los otros parece ser una muestra clara a la alta efervescencia social que se vivía en la época.⁵² En efecto, frente a los profundos cambios sociales que se venían registrando y donde las condiciones económicas eran adversas para los grupos sociales que antes gozaron de mayor estabilidad y para quienes habían sido negativas, se recrudecieron, la reacción obvia de la colectividad tenía que traducirse y reflejarse en la delincuencia.

Sobre el delito de "hurto" o "robo" la documentación registró ambos casos, la dificultad estuvo en que no se distingue con facilidad por qué en unos casos las conductas se asientan como "hurto" y por qué en otras como "robo" (57 casos),⁵³ aun cuando para la doc-

se habla del homicidio "voluntario" (simple y calificado), "imprudente", "casual" y "necesario"; el *Libro de los principales rudimentos...*, lo define de forma muy cercana a las *Partidas* y habla de los modos de probarlo. Proporciona definiciones breves y otros cuantos pormenores del "parricida", "fratricida", "uxoricida", "asesino" y "alevoso", *idem*, pp. 33-35; el "Formulario de causas criminales..." hace prácticamente lo mismo, salvo unas pequeñas diferencias, *idem*, pp. 89, 124-126.

⁵² Colin Mac Lachlan observó que el delito de homicidio representó el 11% de los arrestos de indios en el Tribunal de la Acordada frente al 85% de los arrestos de indios en la Sala del Crimen de la Audiencia de México a finales del siglo XVIII. Y resaltó que el diferencial entre españoles e indios arrestados por homicidio en ambos tribunales rondó el 250%; más indios que españoles aprehendidos por este delito. Esta información lo anima a sugerir que "puede ofrecer algo de apoyo a la teoría sociológica de que el número y la frecuencia de los crímenes violentos está directamente vinculado al grado en que un grupo particular se respeta a sí mismo" (*idem*, "Acordada", *Los tribunales de la Nueva España. Antología* (introducción por J. L. Soberanes), México, UNAM, 1980, p. 107. Por supuesto que son interesantes las estimaciones numéricas de este investigador, pero inferir de ahí el respeto que de sí mismo tiene un grupo étnico es demasiado arriesgado. No es el lugar para discutirlo, sólo valdría tener en cuenta que el derecho indiano nunca les reconoció a los indios la mayoría de edad para comparecer en juicio, siempre debieron hacerlo, al menos así lo estableció la doctrina, acompañados de un curador; éste sí español. También hay que considerar que en todo el periodo colonial el clima social y jurídico siempre fue más favorable a los españoles que a los indios. Si después de ponderar estas circunstancias, de suyo complicadas, el balance siguiera arrojando los mismos resultados entonces sí la teoría sociológica podría echar mano de esta información. No antes.

⁵³ *Criminal a instancia de Don Francisco Mario de Ochoa, contra Pedro Salazar y complicados sobre hurtos*, AHPJEM (caja: 1800-1801). *Sumaria formada a José María Villagomez, José María Rayon y María Bartola Burgos, por el robo ejecutado en la casa del ciudadano José Vicente Sánchez* (las cursivas son nuestras), AHPJEM (caja: 1829).

trina la diferencia nodal estaba en el uso de la violencia en esta última figura.⁵⁴

Por lo que respecta al delito de "abigeato" (28 casos registrados), de larga trayectoria en la doctrina y el cual estaba definido como "hurtos de ganado o de bestias", hay que señalar que las fuentes del archivo en ningún momento lo mencionan por ese nombre sino que se refieren a las figuras sinónimas de "ladrón cuatrero", "robo" y "robo de bestias"; en este caso los expedientes criminales carecieron de un lenguaje jurídico de mayor refinamiento.⁵⁵ Aun cuando es cierto que la doctrina tampoco avanzó mucho en una definición esmerada de este delito.⁵⁶

Ahora bien, con respecto a este delito el análisis tiene que partir de otras consideraciones. Esto es, si se acepta que el número real de casos debía ser bastante mayor con relación al que se tiene por el número de expedientes registrados (28 casos), surge el problema de explicar por qué en el mismo periodo la gente acudía a denunciar los delitos de un bajo impacto económico como las "injurias" y "lesiones" (56 casos), y dejaba pasar otros de mayor repercusión, como era precisamente el robo de sus animales, que sí afectaban drástica-

⁵⁴ "Hay notable diferencia entre el robo y el hurto, y con mayor rigor debe castigarse aquél que éste. El robo es un hurto cometido con violencia y repugnancia del dueño ó tenedor de la cosa robada, por lo que tambien se llama a caso con mayor propiedad *rapiña...*"; GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España...*, tomo III, p. 70. Este mismo autor divide al hurto en "manifiesto", "encubierto", "simples", "calificados", y el ejecutado "con una verdadera necesidad" *idem*, pp. 73 y 85; el *Diccionario razonado de legislación civil, penal...* define al hurto con mejor técnica: "sustracción fraudulenta de la cosa ajena sin voluntad del dueño con el ánimo de ganar el dominio, la posesion ó el uso de ella" y refiere la misma clasificación. El "Formulario de causas criminales..." p. 126 y el *Libro de los principales rudimentos...*, p. 35, hablan simplemente de "ladrones" y de "ladrones sacrilegos".

⁵⁵ GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España...*, tomo III, p. 78, menciona al "abigiato" como el "hurto de ganados"; lo mismo que el *Diccionario razonado de legislación civil, penal...* Mientras que el "Formulario de causas criminales..." p. 127, y el *Libro de los principales rudimentos...*, p. 36, sí se refieren a los "abigeos" y "cuatrerros" pero no los definen.

⁵⁶ La influyente obra de Castillo de Bovadilla se refería al "abigeato" de esta forma: "si uno tomó una vaca, cometió hurto, y si hurtó cinco cometió abigeato", *idem*, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos, en tiempos de paz, y de guerra, y de secas, aduanas, y de residencias, y sus oficiales: y para regidores, y abogados, y del valor de los corregimientos y gobiernos realengos, y de las ordenes* —edición facsimilar de 1704—. Estudio preliminar por Benjamín González Alonso. Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1978, II, 4, 10 y ss.

mente su vida personal por tratarse de una sociedad eminentemente agrícola, y cuyo castigo sí interesaba directamente a los afectados. ¿O es que a la sociedad de la época le interesaba más denunciar los pleitos de esposos, comadres y borrachos que la pérdida de sus animales? Por supuesto que la respuesta en una lógica elemental tiene que ser negativa. Pero más allá de la exactitud de las cifras, lo que parece importante visualizar es que el panorama cuantitativo presentado, en su tendencia y proporción no debió estar muy alejado de la realidad a la que se refiere. Pero si esta interpretación es correcta, habría que matizar entonces la visión tradicional que se tiene de aquel entonces donde se habla de una violencia generalizada; obviamente existía, como lo muestra el indicador de los "homicidios", pero los delitos de "robo" y "abigeato", por lo menos debían estar muy por encima de los registrados en "lesiones", "injurias" e "incontinencia", lo cual, de acuerdo con la información que se rastreó y contabilizó no fue así.

Es decir, las cifras presentadas y su respectiva proporción representan niveles cercanos a la delincuencia real que se presentaba en la sociedad. La disminución del número de registros de expedientes criminales revela la paralización de los órganos de administración de justicia, pero esto no significa en contrapartida que se hubieran disparado los índices delictivos como se deduce de la contradicción de los niveles de "injurias" y "lesiones" versus "abigeato"; seguramente se incrementaron pero no en grado superlativo. Finalmente, y sólo a manera de hipótesis, pensamos que parte del control social, con la parálisis de los juzgados y el desajuste total del estado, quedó en manos de los grupos de poder regionales que pusieron en juego otras formas de sujeción metajurídicas, mientras se restablecían poco a poco las instituciones estatales, incluidas las jurisdiccionales.

Por su parte, el delito de "fuga" en principio no ofreció mayor problema para la doctrina en cuanto a la definición; aunque no podría decirse lo mismo en cuanto a su punición. Algunos autores se expresaban en estos términos:

Hay quien lo ponga entre los crímenes de lesa magestad, y quien no la tenga ni aun por leve delito... Mas para huir de uno y otro extremo ha de decirse que el orden público exige el castigo de dicha evasión pero que este debe combinarse con el vehemente impulso y justo deseo de recobrar la libertad,

para que no sea muy severo..., teniéndose en consideración si el preso lo estaba por deuda ó delito, y de qué medios se valió para lograr la fuga.⁵⁷

Y otros lo señalaban así:

La fuga en los delitos no hace prueba, pero induce presunción... Pero es necesario advertir que esta presunción es muy poco segura, y que nunca puede ser bastante para imponer la pena, si por otra parte faltan la prueba completa y la convicción de que el fugitivo es el verdadero delincuente que se busca.⁵⁸

En los tribunales mexiquenses se iniciaron algunos expedientes por esta conducta y su punición estuvo marcada por la complacencia de los juzgadores.⁵⁹

Por último, hay que señalar que bastantes expedientes criminales se refieren a delitos que no pudieron encuadrarse en ninguna de las figuras ya explicadas, producto del lento desarrollo del proceso codificador, de la inexistencia de un cuerpo de oficiales capacitados en el conocimiento del derecho o de que al iniciar los expedientes en el día a día de los tribunales los redactaran con descuido.⁶⁰

Richard Kagan hace un planteamiento para el caso de los tribunales castellanos del siglo XVI que a pesar de la distancia geográfica y temporal también resulta válido para los tribunales mexiquenses de principios del siglo XIX. Señala que si los tribunales hubieran sido tan corrompidos como algunos se quejaban en la época, podría agregarse, y tan ineficaces, la gente no habría recurrido a ellos para solucionar sus diferencias. Y esto responde a una lógica elemental; la gente acudió a los tribunales, aquí y allá, con la intención de en-

⁵⁷ GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España...*, p. 132.

⁵⁸ *Diccionario razonado de legislación civil, penal...* Mientras que el "Formulario de causas criminales...", y el *Libro de los principales rudimentos...*, ni siquiera la mencionan.

⁵⁹ *Proceso sobre la fuga que hicieron, escalando la carcel los reos que adentro se nominan*, AHPJEM (Caja: 1800-1802); *De oficio contra Maria Dolores Gonzalez, por la fuga que hizo de la prision en que se hallaba*, AHPJEM (caja: 1803-1805).

⁶⁰ Esta inacabada construcción de un derecho penal con tipos de delitos bien definidos y sus sanciones correspondientes sería un logro del siglo XIX y en el caso mexicano de la segunda mitad del siglo; por ello no extrañan las quejas de William Taylor cuando menciona que no todas las conductas registradas en los expedientes criminales que analizó tenían como referente un delito en específico; *idem*, *Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas*, México, FCE, 1987, p. 116.

contrar una solución a sus problemas porque prefería —como ahora— las vías institucionalizadas de solución que las viejas formas de la justicia privada.⁶¹

Hasta aquí se han descrito las condiciones generales de terminación de los expedientes del Valle de Toluca y la frecuencia de los delitos que se iniciaron en los tribunales. Ahora corresponde dar un paso más, referirse de forma concreta a los delitos de mayor incidencia y conocer cuántos de ellos fueron “sentenciados”, el tipo de punición que les correspondió y el tiempo que tardó la sentencia en ser emitida. Ésta parece ser, con todo y las grandes limitaciones institucionales de esos años, la mejor manera de analizar la criminalidad; es decir, un delito es tal hasta en tanto lo reconoce y lo sanciona la autoridad correspondiente conforme al derecho establecido, antes sólo se puede presumir su existencia. De ahí que plantear tendencias criminales sin hacer explícitas éstas y otras consideraciones podría significar una distorsión aun mayor de lo que las mismas fuentes presentan.

Las cifras son reveladoras. Los delitos de mayor frecuencia en la época de estudio fueron “heridas” (67 casos), “homicidio” (128), “hurto o robo” (57), “incontinencia” (65), “lesiones o injurias” (56) y sumaron un total de 373 casos: sólo fueron sentenciados 63. De estos 63 casos, 47 fueron sentenciados con la puesta en libertad del delincuente (74.6%) y únicamente en 16 ocasiones, el 25.3%, implicaron algún tipo de sanción. Sin embargo, esa tendencia no parece estar alejada de las pautas de la época y que parecen explicarse por una combinación del proceso de humanización del derecho criminal, de la amplia discrecionalidad del juzgador para dar sus fallos y sobre todo de la incapacidad del estado para imponer la prisión como castigo eficaz por las infracciones a la ley; elementos que, a diferencia de los que piensan autores como Tomás y Valiente, terminaron por relajar la severidad de las penas. Además de la elocuencia de las cifras hay que observar el tratamiento que la propia doctrina y legislación daban por ejemplo al “homicidio” y a la “incontinencia”, dos delitos que presentan altos índices de incidencia en el Valle de Toluca.

El delito de “homicidio” había sido discutido con largueza desde los romanos y su punición, según la doctrina penal de finales del siglo

⁶¹ *Idem*, *Pleitos y pleiteantes en Castilla 1500-1700*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1991, pp. 90-91.

XVIII, en principio podía ser bastante severa. En el supuesto de que alguien cometiera un homicidio simple y voluntario se le debía castigar con pena de muerte. No obstante, la misma doctrina preveía una larga serie de posibilidades para eximir de castigo a quien lo cometiera: cuando a la víctima se le hallara con la mujer del victimario, cuando el homicidio se cometiera sobre la persona del ladrón nocturno de una casa, del salteador de caminos..., “en fin al que aun de día quisiere tomarle sus cosas por la fuerza; en todos los cuales *no se incurre en pena alguna*” (cursivas nuestras).⁶²

En el caso de los delitos de “incontinencia” y su especie: “amancebamiento o concubinato”; definido como el “trato ilícito y continuado entre hombre y muger... Castigase este delito, á que puede agregarse algun otro de incontinencia, con mucha diversidad, según sean las personas que le cometan”.⁶³ La doctrina daba todas las facilidades para el arbitrio. Y así, de seguir con otros delitos podría constatar ese clima propicio para que la severidad del castigo no fuera como se había supuesto hasta ahora; y que se complementaba con un sistema carcelario que todavía no terminaba por considerar a la prisión como un castigo en sí mismo sino como una instancia intermedia entre la detención y la emisión de la sentencia. Además de las precarias condiciones en las que estaban las prisiones en el Valle de Toluca.⁶⁴

En otras ocasiones habrá que regresar a evaluar con mayor detenimiento el problema pero si se considera, por un lado, que en

⁶² GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España...*, tomo III, p. 36. Este mismo autor cita *Partidas* VII, 8, 3, “Como aquel que mata a otro deve aver pena de omizida fueras ende sy lo fiziere tornando se sobre sy”.

⁶³ *Ibidem*, tomo III, pp. 140-141.

⁶⁴ Una buena parte de los expedientes revisados en este trabajo atendió a conflictos entre indios o donde al menos una de las partes lo era; en dichos expedientes se aprecian las bondades que el sistema jurídico les proporcionaba y el conocimiento del derecho que tenían las autoridades, pero ello no significa que puedan sostenerse afirmaciones como las siguientes: “Del examen de muchos procesos hemos podido sacar una serie de conclusiones relativas a la justicia penal en esa época: por ejemplo sabemos que era rápido, que la protección de los más débiles, indios o pobres, era una cosa realizada en forma perfecta, que las más modernas tendencias del derecho penal ya eran práctica de todos los días, así la individualización de la pena. Era una justicia humana y paternal; a veces nos encontramos en los procesos con fallos que contienen sesudos consejos de buen vivir en vez de penas”; Alamiro DE ÁVILA, “Aspectos del derecho penal indiano”, *Instituto de Historia del Derecho Argentino*, 1946, p. 24.

los expedientes criminales del centro de México apareció como una constante que los reos eran en su mayoría gente pobre con pocos o ningunos recursos y, por el otro, que el derecho tendía a suavizar los castigos físicos, que ampliaba los márgenes del arbitrio y que las cárceles no eran seguras ni suficientes, ¿qué otra posibilidad real le quedaba al juzgador para sancionar sino la libertad cuando ni siquiera las sanciones económicas eran una alternativa? Por lo señalado hasta aquí, pareciera que hay elementos que permiten suponer que todo el entorno jurídico, social y económico se había ido fraguando para que la justicia criminal tendiera en esa dirección. Uno de los principales argumentos esgrimidos por los jueces del centro de México para apoyar sus sentencias de libertad, más allá de considerar o no la legislación y la doctrina, fue que el tiempo que el reo había permanecido en prisión era suficiente para purgar su falta.⁶⁵ Argumento que visto en el contexto descrito tiene más de disculpa que de fundamentación para justificar la puesta en libertad.

No existe un diferencial numérico importante entre quienes recibieron la prisión como castigo o quienes recibieron alguna otra como las obras públicas, la leva, el destierro o las sanciones económicas. Esta última, impuesta apenas unas cuantas veces, está asociada con la condición generalizada de pobreza de quienes estuvieron involucrados con la justicia penal. En ninguno de los cientos de casos revisados apareció nunca como inculpado un individuo adinerado, perteneciente a alguna de las familias reconocidas como poderosas; en las ocasiones que actuaron en juicio lo hicieron como víctimas o como denunciantes. Cuando más, podría decirse que estuvieron involucrados hombres y mujeres de medianos recursos. Y cuando esto último sucedió no escatimaron medios para salir airosos del conflicto.

Finalmente, de la información contenida en la carátula de los expedientes debía ser posible saber la forma de inicio de los expedientes, esto es, si se habían iniciado de oficio (o pesquisa),⁶⁶ o por querrela (o acusación). Hacía tiempo que la dogmática penal había dejado

⁶⁵ Por su parte, Taylor señala que en catorce de veintidós casos de homicidios cometidos en el centro de México los acusados fueron puestos en libertad; los jueces consideraron que habían purgado su culpa con el tiempo que habían permanecido en prisión durante el proceso, *idem*, *Embriaguez, homicidio y rebelión...*, p. 156.

⁶⁶ Para efectos procesales, los expedientes criminales iniciados por denuncia o delación se desahogaban de la misma forma que los iniciados de oficio.

en claro las diferencias de cada una de ellas. No obstante, en la práctica cotidiana de los tribunales del Valle de Toluca las cosas no funcionaban con la misma precisión. Quienes hicieron de escribanos, por ignorancia o por falta de cuidado, en múltiples ocasiones no se cuidaron de consignarla con el debido cuidado. Así, se aprecia que de los 493 expedientes criminales, 91 iniciaron de oficio y 5 por querrela porque así está consignado literalmente en cada uno de ellos. Y el resto, 397, serían “indeterminados”, es decir, quienes los iniciaron simplemente no señalaron, como debieron haberlo hecho, si se trataba de casos iniciados de oficio o por querrela o denuncia. Sin embargo, no debe pensarse que esta contabilidad es precisa porque de la lectura cuidadosa de los expedientes se puede inferir que cuando en la carátula dice “criminal contra” (71 casos), “a pedimento de” (92 casos) o “criminal de... en contra de...”, era frecuente que se tratara de expedientes que iniciaban por querrela.⁶⁷ Estas variaciones demuestran la falta de unificación de criterios o de rigor en quienes tenían la encomienda de elaborar los expedientes en el Valle de Toluca.

Por otro lado, uno de los problemas que ofrece serias dificultades es el de los sujetos participantes en los procesos. Está claro que en términos jurídicos desde la época bajomedieval⁶⁸ había quedado establecido que en todo proceso habría tres partes (en materia criminal: víctima, juez y reo), pero eso, trasladado a los expedientes penales en concreto cobra otra dimensión muy distinta porque en dos de esas tres partes puede haber más de una víctima, así como más de un reo y una larga serie de elementos que complican la precisión de unos y otros. En el caso particular de los juicios estudiados hay que tener en cuenta por lo menos algunas “variables” que si bien no resuelven el problema de ubicar con claridad a los sujetos que actuaron en ellos a cambio ilustran la dimensión de las dificultades a las que se ha hecho referencia. Es probable que para algunos estudiosos estas consideraciones podrán parecer excesivas, pero también excesivas resultan a

⁶⁷ Ver por ejemplo el expediente: *De oficio a pedimento de Petra Juana Arzaluz por lesiones ocurridas en contra de su marido Dionicio Segura* (AHPJEM), donde en la propia carátula se denotan las variaciones de redacción que puede confundir.

⁶⁸ En *Partidas* III, 4, 10 “juez e demandador e demandado son tres personas que conviene que sean en todo pleyto”.

veces las simplificaciones que hacen de estos documentos para sustentar sus estimaciones.⁶⁹

La primera variable, sin exponerlas en orden de importancia, se refiere al rigor jurídico de quienes actuaron en los expedientes, y en especial del amanuense —o escribano— y el juez. En ninguno de los más de 500 documentos revisados en esta investigación actuó un escribano. Hay tentativamente varias razones que podrían explicar tal ausencia: o no había escribanos dispuestos para incorporarse a estos juicios (ya se ha visto que en materia penal la aplicación de sanciones económicas no fue recurrente porque generalmente las partes involucradas fueron de escasos recursos) o al juzgador no le convenía que lo hubiera por el salario y derechos que tenía que pagarle. Los famosos “testigos de asistencia por ausencia de escribano” podrían resultar menos onerosos.

⁶⁹ De acuerdo con los señalamientos que se hacen en este artículo y con otros vertidos en TÉLLEZ, *La justicia criminal en...*, resulta muy difícil aceptar las estimaciones que hace William Taylor en los cuadros del núm. 8 al 12 y las consecuentes comparaciones en su obra *Embriaguez, homicidio y rebelión...* Por ejemplo, en uno de estos cuadros se dice que hubo 102 homicidios y proporciona cifras de los cometidos en la mañana, en la tarde y en la noche (*idem*, pp. 123-128), pero omite mencionar que cuando los expedientes registran una hora aproximada, excepcionalmente se refieren a la de la comisión del delito y más bien lo hacen en relación con el tiempo en que la autoridad conoció de él. En términos estadísticos su forma de procesar la información puede ser impecable, pero en términos jurídicos surgen algunas preguntas: ¿a qué se refiere cuando habla de “homicidio”? ¿a que alguien denunció la comisión del delito?, ¿a que la autoridad sentenció ese delito?, ¿o simplemente que en alguna parte de los expedientes que revisó se menciona que hubo ese delito?, ¿es posible en estas condiciones hacer comparaciones? Es cierto que en las pp. 119-120 menciona los lugares de procedencia de sus expedientes, su número y hace otros comentarios, pero en ningún lado cuestiona los elementos internos de esos documentos, elementos que son fundamentales para interpretarlos; de lo contrario, tales interpretaciones pueden resultar insostenibles. Luego, en las pp. 149-150 reconoce que “el número relativamente pequeño de procesos que incluyen sentencias” (lo que demuestra que los delitos que Taylor cita son “presunciones delictivas”) y da las cifras en la cita a pie de página (núm. 49), donde señala que sus expedientes para el centro de México que van del 1600 a 1650 hay cinco casos sentenciados, de 1700 a 1789 catorce, de 1790 a 1809, 89, y de 1810 a 1819 treinta. Podría argumentarse que su intención no era hacer historia del derecho pero aun así, ¿no valdría la pena hacer una crítica de fuentes (como la que hace en la pp. 141-142 para hablar de la subjetividad de las declaraciones en los juicios) y puntualizar los criterios utilizados para llegar a comentarios tan interesantes? Para quienes conocen los expedientes criminales de la época resulta muy cuestionable trabajar los documentos sin un mínimo de principios metodológicos básicos que allí no aparecen.

Por supuesto que la ausencia de escribano, independientemente de la causa o causas que la expliquen, seguramente repercutió no sólo en la caligrafía sino en la carencia de rigor de forma y fondo al momento de elaborar los documentos. No se puede comparar el desempeño “profesional” de un escribano que requería de una preparación especial para obtener esa condición con alguien que le bastaba ser alfabeto y en el mejor de los casos amigo del juez. Aunado al hecho de que en la mayor parte del periodo precisamente el juez tampoco fue letrado, con lo cual, la falta de rigor jurídico en los expedientes criminales se incrementó. Es evidente que la presencia del escribano y del juez letrado tampoco hubiera garantizado la inexistencia de vicios pero sí al menos expedientes criminales con menos fallas en la técnica de su elaboración. Por supuesto que la continuidad en la elaboración de los expedientes criminales se explica, primero, por la “mecanización” de las etapas del proceso y, segundo, por la participación del asesor letrado.

La segunda variable tiene que ver con lo que podría denominarse la mutabilidad de los actores. En términos procesales había dos momentos precisos en que los reos debían proporcionar sus datos generales. Uno era cuando el reo era presentado por primera ocasión ante el juez para describir su participación en el delito y el segundo, cuando rendían su “declaración preparatoria y confesión con cargos”. En el caso de las víctimas, parece como si hubiera una especie de gracia tácita que se le concedía para no declarar sus generales, por lo que en pocas ocasiones aparecen completas. Los testigos lo hacían en sus declaraciones y ratificación de las mismas. Sin embargo, la falta de rigor a la que se ha hecho referencia y las condiciones en las que terminaba el expediente implicaba que en innumerables casos esos datos no aparecieran nunca completos. En un expediente “sentenciado” era más fácil que en uno “inconcluso”. Asunto que se podía complicar cuando el ofensor pasaba en el mismo proceso a ser ofendido o cuando los testigos cambiaban de rol para convertirse en reos.

La tercera y última variable que aquí se va a referir tiene que ver con la complejidad de la estratificación social de la época. La visión de la realidad de quien hacía las veces de escribano y de quien declaraba complicaban aún más la densa composición demográfica del centro de México. Además de que quienes tenían malicia seguramente se declaraban pertenecientes a uno o a otro estrato, según creye-

ran que les favorecía declarar por el delito que se les acusaba, o por ingenuidad o vanidad podían falsear esta información y toda la referida a sus datos personales. Por ejemplo, ¿cómo saber que un arriero tenía más de 16 años y que era mestizo y no indio en un caso de homicidio? Ambas circunstancias, en términos jurídicos podían modificar su punición. La única posibilidad de comprobar su dicho era pedir su fe de bautismo; lo que en la realidad de los tribunales sucedía pocas veces.

En estas condiciones parece muy difícil determinar la verdadera condición social y de participación de los distintos sujetos que actuaron en los juicios criminales cuando se habla de cientos de expedientes porque implica seguirlos cuidadosamente a lo largo de todo el documento para conocer sus generales y sus posibles cambios de rol; y aun así, al final, comprobar que esa información no aparece completa, frecuencia que aumenta si no son "sentenciados".⁷⁰

Aun con estas limitaciones, y sólo para las dos primeras décadas del siglo XIX cuando comenzó a hacerse efectiva la supresión de la pertenencia social, aparecen en los expedientes 104 personas que declararon ser españoles, 138 indios y 17 mestizos; en muchos otros casos sólo se registró el nombre y algún otro dato más. Ciertamente teniendo en cuenta algunas combinaciones podría avanzarse un poco más. Esto es, si aparece únicamente el nombre de pila es muy posible que se trate de un indio, si se registró el "don", nombre y apellido por lo menos se trata de un español con cierta holgura económica y sólo el nombre y apellido pudiera tratarse de un mestizo o un español con pocos recursos o pobre. Pero sólo considerando la declaración de pertenencia que hicieron los propios individuos no es mucha la

⁷⁰ Refugio González y Teresa Lozano hacen la siguiente reflexión en este sentido. "Muchos de los asuntos penales en los que se veían involucrados españoles no debieron ventilarse dentro de esta jurisdicción [la ordinaria], ya que son muy pocos los testimonios que hay a este respecto. Debe recordarse que si el español pertenecía a alguna corporación, correspondía al tribunal previsto la administración de justicia civil y penal en primera instancia. Lo que abunda en los archivos de la administración de justicia local en materia penal son expedientes en los que, por lo menos, una de las partes es indígena o cuando menos mestiza". Y se refieren en especial a los casos revisados para la región de Teposcolula en Oaxaca y de Tulancingo; *idem*, "La administración de justicia", W. BORAH (coord.), *El Gobierno provincial en la Nueva España 1570-1787*, México, UNAM, 1935-1985, pp. 80-81.

desproporción de participación en los juicios entre indios y españoles. 40.1% por 53.2%, con un 6.5% de mestizos.

IV. COMENTARIOS FINALES

Es indudable que Toluca es un estupendo espacio para estudiar a la justicia criminal de principios del siglo XIX por la complejidad territorial y jurisdiccional que implica. Su condición de corregimiento y su pertenencia al Marquesado del Valle de Oaxaca hasta el último momento del periodo colonial y su transformación en cabecera de partido y de distrito hasta convertirse en capital del estado le significaron cambiar a sus juzgados de la jurisdicción privativa a la jurisdicción ordinaria. Más allá de las dificultades político administrativas de este cambio se puede observar, por el análisis de los expedientes criminales localizados, una armonía jurisdiccional entre el Corregidor que administraba la primera instancia y el Juez Privativo que era responsable de la apelación (segunda instancia) y de las instancias posteriores. La condición de que el Juez Privativo fuera miembro de la Audiencia posiblemente facilitó esa armonía. Sería muy interesante saber si esta buena convivencia existió en la materia civil donde el interés económico de diversas causas tuvo una relevancia que en la materia penal no se localizó en ningún expediente. Y ya en la época independiente, con la desaparición de las jurisdicciones especiales (salvo la militar y la supervivencia del fuero eclesiástico), disminuyeron las controversias por razón de jurisdicción.

Una característica muy importante que se desprende de los más de 400 expedientes criminales estudiados de la época (1800-1829) es la brevedad de su vida institucional. Casi el 80% terminó antes de cumplir un año. Además, parece haber una tendencia del alargamiento del proceso hacia la última parte de la década de 1920 que significaría una desventaja de los tribunales surgidos del principio de la división de poderes frente a los del antiguo régimen. Habría que investigar en otra ocasión si este letargo se debe precisamente al cambio de principios o a la falta de consolidación de las nuevas instituciones.

Apenas a poco más del 18% de expedientes recayó una sentencia; lo que significaría una muy baja eficiencia de los tribunales. No obstante, este porcentaje se compensa con los expedientes denominados

“arreglados” que representaron poco más del 31%. Estas cifras presentan un panorama novedoso.

Se tienen ubicados con precisión los periodos de escasa o nula actividad de los tribunales, pero la actividad registrada en esos momentos, o en los cercanos a ellos, no se refiere a delitos relacionados directamente con valores primordiales como la vida o la propiedad sino a otras conductas, lo cual parece indicar que es necesario matizar la percepción de la criminalidad que la literatura especializada ha mostrado en los últimos años. Parece incuestionable que esa criminalidad existió, pero que los grupos armados de la región con poder económico o alguna otra circunstancia todavía no revelada pudo incidir para que no se incrementara como hasta ahora se había creído.

Para terminar sólo queda esperar que los planteamientos referidos puedan contribuir un poco a aclarar el difícil problema de la justicia criminal de principios del siglo XIX. Hay que insistir sobre la necesidad de ahondar todavía más en la investigación sobre el apasionante tema de la justicia criminal.

EL DERECHO Y LOS POBRES, EN LAS RAÍCES DE LA TRADICIÓN HISPANOAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La raigambre bíblica de los derechos humanos, en la tradición teórica hispanoamericana*. III. *Del kittum u misarum, del mispat y de la iustitia como socorro del necesitado, fundamento de la paz*. 1. *Antecedentes prebíblicos*. A. *Derecho y justicia en la antigua Mesopotamia*. a) *Las reformas sociales de los reyes*. b) *Los códigos de Shulgi, Lipit Istar y Esnunna*. c) *Sobre el Código de Hammurabi*. d) *Edictos de gracia*. e) *Sentido del derecho en la antigua Mesopotamia*. B. *La justicia en el Egipto antiguo*. 2. *Algunos aspectos de derecho y justicia en la tradición bíblica*. A. *Derecho y justicia en los profetas de Israel*. a) *La formación social, materia de la profecía*. b) *Amós*. c) *Oseas*. d) *Isaías*. e) *Miqueas*. f) *Jeremías*. B. *¿Qué significa para los profetas de Israel derecho y justicia?* 3. *Algunas cuestiones de derecho y justicia en la Patrística*.

I. INTRODUCCIÓN

Entre el 29 de mayo y el 2 de junio de 1537, el Papa Paulo III dio tres documentos de enorme importancia para la Iglesia indiana en general y para la Iglesia novohispana en particular; tres documentos que implican la defensa de los derechos de los indios: la *Pastorale Officium*, la bula llamada *Altitudo divino consillii* y la encíclica *Sublimis Deus*, siendo esta última una auténtica declaración de derechos inherentes a todos los hombres y de libertad de los pueblos. La encíclica *Sublimis Deus* era producto del pensamiento y la acción de varios misioneros indios; en su inspiración y solicitud al Papa, destacan las siguientes intervenciones: informes y acciones concretas del dominico

Bernardino Minaya; una célebre carta del primer obispo de Tlaxcala, el dominico Julián Garcés; una carta del obispo de México, el franciscano Juan de Zumárraga; varios escritos del dominico fray Bartolomé de las Casas, destacando su primer libro conocido como *Del único modo*; y las opiniones vertidas por los obispos y religiosos novohispanos en las juntas apostólicas de mediados de 1536, celebradas en la ciudad de México.

La encíclica *Sublimis Deus* es, sin duda, una primera declaración universal de derechos humanos, producto de un reconocimiento previo de esos derechos, hecho por un puñado de misioneros que supieron reconocer en el indio al otro hombre, esto es a seres distintos de ellos, pero tan seres humanos como ellos mismos. Se trata de un fruto ya maduro, que implica el comienzo de la consolidación de la teoría hispanoamericana de los derechos humanos.

Aunque ya en varios trabajos lo hemos expresado,¹ resulta oportuno reiterar aquí el hecho de que durante una mesa de trabajo en el "II Seminario La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina", celebrado en la Universidad Iberoamericana de la ciudad de México en noviembre de 1990, le escuchamos al padre José Aldunate, de la Compañía de Jesús, hacer una certera afirmación cuando dijo que sobre los derechos humanos existen dos tradiciones teóricas: la de la Ilustración, ligada a la Revolución francesa y a la Independencia de Estados Unidos, de corte eminentemente individualista; y otra tradición, que nace en América Latina con Bartolomé de las Casas y el grupo de los primeros evangelizadores que pensaban como él, caracterizada por concebir los derechos humanos a partir del pobre.² Hasta aquí las importantes palabras de Aldunate.

Cada una de esas tradiciones teóricas sobre los derechos humanos tiene una filosofía jurídica en la cual hunde sus raíces. La de la Ilustración apela teóricamente a la llamada Escuela del Derecho Natural, que se desarrolla a lo largo de los siglos XVII y XVIII; es de corte racionalis-

¹ Cf. Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL. *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*. Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes. Aguascalientes, 1991, pp. 174-175.

² Esta afirmación la hizo el jesuita chileno en la Mesa 6-1 sobre Investigación, el 9 de noviembre de 1990. Cf. "Los Derechos Humanos y la Iglesia Chilena", en *La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina*. Ed. Unión de Universidades de América Latina y Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, pp. 123-129.

ta y su principio social fundamental es el individualismo. La segunda es más antigua y se trata del iusnaturalismo de tradición cristiana que tiene su expresión más acabada con los teólogos juristas españoles del siglo XVI y principios del siglo XVII, tales como Vitoria, De Soto, Suárez y Mariana; conlleva una concepción del derecho natural no sólo racional, sino que tiene en cuenta al hombre concreto y a la historia y con un principio social fundamental de corte comunitario.

Esta corriente del iusnaturalismo cristiano da el salto definitivo en la concepción de los derechos humanos desde el pobre, no en las cátedras españolas, sino en la praxis de la defensa del indio y a partir de la realidad de las Indias.

Los distintos fundamentos filosóficos de una y otra corriente hacen que existan entre ellas enormes diferencias. El hecho de que se den, entre una y otra teoría de los derechos humanos, fundamentos distintos, necesariamente implica el que se llegue a distintas consecuencias también.

Las dos concepciones de los derechos humanos que nos ocupan, tanto la de la Ilustración como la hispanoamericana, reconocen la existencia del derecho natural más allá del derecho positivo; ambas se inscriben dentro de la tradición muy general del iusnaturalismo. Sin embargo, la primera, como dijimos, tiene sus raíces en la llamada Escuela del Derecho Natural, que está constituida por un iusnaturalismo eminentemente racionalista, propio del iluminismo; y la segunda, tiene su base en el iusnaturalismo clásico retomado por la tradición filosófica cristiana.

Explicitemos más las diferencias entre la Escuela o Doctrina del Derecho Natural y el iusnaturalismo clásico; esas diferencias son:

1. La Escuela del Derecho Natural se funda sólo en la razón. Es racionalista. La clásica, en cambio, se funda en un determinado concepto global del hombre, en una antropología integral, no sólo en la razón. Messner escribe: "la ciencia del derecho natural no se puede contentar con el conocimiento natural que tiene la razón humana de los principios elementales morales y jurídicos, sino que le es imprescindible penetrar en el ser, es decir, en la naturaleza de la cosa y sobre todo en la naturaleza del hombre".³

³ Johannes MESSNER. *Sociología moderna y derecho natural*. Ed. Herder, Barcelona, 1964, p. 36.

2. La Escuela del Derecho Natural es ahistórica, por principio el derecho es el mismo e igual “para todos, en todo tiempo y lugar”.

La clásica, si bien se ha concebido en algunas ocasiones como si fuera ahistórica y tiene siempre el peligro de la ahistoricidad, sus más claros exponentes, sin embargo, dejan un camino abierto para su adaptación histórica. En el teólogo jurista granadino, Francisco Suárez, es muy clara su reflexión jurídica uniendo racionalidad e historia.⁴

3. La Escuela del Derecho Natural carga el acento en el individualismo. La clásica, sin olvidar al individuo, acentúa la importancia de la comunidad, ya que ésta considera al ser humano social por naturaleza.

4. La Escuela del Derecho Natural o iusnaturalismo racionalista infla los derechos en detrimento de las obligaciones, ya que a los derechos los considera como “naturales” y a los deberes sólo como convencionales. En cambio, el iusnaturalismo clásico, al partir del concepto de justicia, equilibra la obligación (cosa o conducta debida a otro), con el derecho (facultad o poder moral de exigir lo suyo).

Al respecto, Gregorio Robles es muy certero cuando dice que la crisis de valores que vivimos, “se enlaza directamente con la atenuación del sentimiento de obligatoriedad en nuestra sociedad y, paralelamente, la inflación de la actitud reivindicatoria”.⁵ Esto se debe en buena medida a la influencia de la tradición teórica de los derechos humanos ligada a la Ilustración (Revolución francesa e Independencia de los Estados Unidos) la cual, dice Robles, considera a los derechos como “naturales”, y a los deberes como “convencionales”:

Y, por tanto, mientras que los primeros son inalienables y poseen, por decirlo así, una entidad permanente propia, los segundos son el resultado contingente de la carga de la convivencia con los demás, por lo que su

⁴ Cf. Francisco SUÁREZ. *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, edición bilingüe de *Tractatus de Legibus, ac Deo Legislatore*, versión castellana de José Ramón Muniozgueren, S.I. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, Lib. II, cap. XIV, núms. 8, 11 y 12, pp. 156 y sig.

⁵ Gregorio ROBLES. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 84.

contenido puede variar al variar las exigencias del poder establecido. Frente a la absolutización de los derechos se produce la relativización de los deberes...⁶

Y el propio Robles se refiere implícitamente a la tradición teórica hispanoamericana de los derechos humanos, que adopta otro punto de vista al respecto, al decir que dentro del pensamiento moderno hay otra vía —casi olvidada— “que trata de encontrar el equilibrio ético mediante la coonestación de los derechos y deberes”, agregando: “Es la vía que enlaza con la Escolástica medieval a través de la Escolástica española”.⁷

5. Por último, el iusnaturalismo clásico de raíz cristiana tiene implícito el concepto bíblico del derecho como *mispat*, esto es, como liberación del oprimido, lo que se hace muy claro, y a veces hasta explícito, en el salto teórico-práxico de esta corriente dado en Indias, en América, precisamente en su nacimiento, al concebir los derechos humanos desde el pobre. La Escuela del Derecho Natural carece de esta concepción, a pesar de estar inscrita, de manera muy general, en la “cultura cristiana”, pues lleva razón Kuri Camacho cuando escribe: “ninguna de las corrientes existentes hoy en el mundo occidental habrá enaltecido la dignidad humana, los derechos del hombre, más de lo que lo ha hecho el cristianismo”.⁸ Y en ese sentido la Ilustración es deudora de la tradición cristiana al hacer proclamación de derechos humanos, pero jamás ha entendido esos derechos desde el pobre.

La consecuencia distinta más importante, entre una y otra corriente iusnaturalista, con relación a los derechos humanos, está en que la primera, la de la Ilustración, *circumscribe el ámbito de los derechos humanos al individuo, teniendo como base una reafirmación racional del yo frente al otro y sin entrañar circunstancias históricas*. La clásica, en cambio, con su visión integral del hombre, *concibe la existencia de los derechos humanos tanto individuales como socia-*

⁶ *Idem Supra*, p. 110.

⁷ *Idem Supra*, p. 125.

⁸ Ramón KURI CAMACHO. “La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y la tradición judeo-cristiana”, en *Analogía Filosófica*, año 9, núm. 1, México, enero-junio de 1995, p. 51.

les, teniendo como base una relación entre el yo y el tú, que es el nexo fundante de la justicia, y con la posibilidad de historizarse.

II. LA RAIGAMBRE BÍBLICA DE LOS DERECHOS HUMANOS, EN LA TRADICIÓN TEÓRICA HISPANOAMERICANA

Hemos dicho que los primeros evangelizadores indios concibieron los derechos humanos a partir del pobre. Y esto tiene un fundamento bíblico.

Dios aparece en la Biblia como el protector del más débil y asegura el respeto de sus derechos. En los Proverbios se identifica la ofensa hecha al pobre con la ofensa hecha a Dios (Prov. 14, 31), misma idea religiosa que recoge Jesús de Nazareth (Mateo 25, 31-46). "Dios es liberador y redentor, por lo tanto, garante de aquellos a quienes el mundo no reconoce o respeta sus derechos",⁹ escribe Hugo Echegaray. Y agrega: "Dios aparece desprovisto de imparcialidad frente a la historia. Porque Dios es soberanamente justo, Dios es parcial".¹⁰ Lo inusitado de esta concepción jurídica de la Biblia, sigue diciendo el teólogo peruano, es "la conciencia de una especie de derecho —escandaloso para los bien pensantes— del pobre a ser amado por Dios".¹¹

José M. Chacón y Calvo escribió, en referencia al famoso sermón de Antón de Montesinos, en defensa de los derechos de los indios, producto de la reflexión de la pequeña comunidad dominica de La Española, en diciembre de 1511:

En aquellos momentos solemnes, en la humilde residencia de unos oscuros frailes surgía un derecho nuevo. Un derecho de profunda raíz teológica.¹²

Gustavo Gutiérrez añade que ese derecho nuevo, que nace con el sermón de Montesinos, es sobre todo de raíz bíblica, y en eso radica su fuerza.

⁹ Hugo ECHEGARAY. *Derecho del pobre; derecho de Dios*. Ed. Centro de Reflexión Teológica, México, 1982, pp. 15 y 16.

¹⁰ *Idem Supra*, p. 16.

¹¹ *Idem Supra*, pp. 20 y 21.

¹² Citado por Venancio CARRO, O. P. en *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*. Ed. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, 1951, p. 1.

No intentamos establecer una fácil oposición entre fundamentos teológico-jurídicos, por un lado, y demandas evangélicas, por el otro, pero creemos que es importante hacer ver su diferencia en hondura y alcance; en efecto, sin las últimas los primeros no son colocados en su contexto propio y vital. Las diversas preguntas de la homilía de Montesinos están ligadas, es cierto, pero aquella que recuerda la calidad del prójimo que tiene el indio para los misioneros, y el consiguiente deber de amarlo, es la que va más lejos y da sentido a todo el conjunto.¹³

Es aquí en donde aparece con claridad el salto de la concepción de los derechos hispanoamericana a partir del pobre. Los teólogos juristas españoles, especialmente la Escuela de Salamanca, se quedan en el reconocimiento pleno de la dignidad humana de todos los hombres por igual; los misioneros, partiendo de esta premisa, ven la diferencia real, histórica, que existe entre el poderoso y el débil, el conquistador y el conquistado, y optan, por entender el derecho según la Biblia, por el débil frente al poderoso.

Cuando en los años de 1550 y 1551 disputa Las Casas con Juan Ginés de Sepúlveda en la famosa Junta de Valladolid, su tesis fundamental es que la guerra de los cristianos contra los indios es injusta y radicalmente en contra de la caridad cristiana.¹⁴ Lassègue llama la atención en que, precisamente en el punto de la guerra, el dominico se aparta de la Escuela de Salamanca, que la trata en lo relativo a la justicia, y retoma a Santo Tomás de Aquino que la ubica en el tratado de la caridad.¹⁵ Alonso de la Veracruz, por su parte, considera que la administración de justicia debe tener como uno de sus criterios a la caridad, pues sostiene que los juicios son instituidos a favor de la caridad y la justicia, y no deben funcionar contra una ni otra.¹⁶

¹³ Gustavo GUTIÉRREZ. *En busca de los pobres de Jesucristo. El pensamiento de Bartolomé de Las Casas*. Ed. Instituto Bartolomé de Las Casas-Rimac y Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1992, p. 50.

¹⁴ Cf. Juan GINÉS DE SEPÚLVEDA y Bartolomé DE LAS CASAS. *Apología*. Traducción Ángel Losada, Ed. Nacional, Madrid, 1975.

¹⁵ Cf. J. B. LASSÈGUE. *La larga marcha de Las Casas*. Ed. Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974, p. 328.

¹⁶ Alonso DE LA VERACRUZ. *Sobre los diezmos*, texto íntegro en castellano del tratado *De decimis*. Trad. Rubén Pérez Azuela, O. S. A. Introducción de Roberto Jaramillo Escutia, Ed. Organización de Agustinos de Latinoamérica (OALA), México, 1994, párrafo 382, p. 130.

Esta idea de Las Casas y Veracruz de relacionar, en una polémica filosófico-jurídica, la caridad con la materia propia del derecho, muestra con claridad la concepción que tienen de los derechos humanos los principales defensores de los derechos de los indios, y que es de la más pura tradición bíblica como *mispát*, esto es, como liberación del oprimido.

En la tradición bíblica, y más concretamente en la profética, el derecho y la justicia no son conceptos distintos de la caridad. Lo jurídico implica de manera directa el rescate del pobre, del oprimido; no se trata del concepto aristotélico de justicia distributiva, legal y conmutativa, sino de la salvación plena de la dignidad del hermano que ha sido ultrajado, de la reivindicación del que ha sido oprimido, empobrecido. En otras palabras, derecho y justicia implican la liberación del otro, el hacerse responsable del hermano débil; el hacer praxis de caridad, quiero decir.¹⁷

Los defensores de los derechos de los indios de la primitiva Iglesia novohispana tienen esta concepción bíblica del derecho y de los derechos humanos. Ciertamente no elaboran —quizás ni siquiera Las Casas ni Veracruz—, una doctrina sistemática acerca de los derechos humanos; ni hacen un largo catálogo —como hoy se usa— de esos derechos del hombre; pero sí, basados en su tradición filosófica y radicalmente cristiana, descubren la dignidad humana del otro distinto del conquistador.

III. DEL *KITTUM U MISARUM*, DEL *MISPAT* Y DE LA *IUSTITIA* COMO SOCORRO DEL NECESITADO, FUNDAMENTO DE LA PAZ

Hemos sostenido que la tradición hispanoamericana de los derechos humanos tiene como elemento esencial, que la hace plenamente original, el hecho de partir, su teoría y su praxis, desde el pobre, desde aquel empobrecido en sus derechos que lo constituye en reclamante histórico de justicia, aquí y ahora. También hemos dicho que el paso definitorio en ese sentido, de esa concepción de los derechos huma-

¹⁷ Sobre este tema puede verse: Porfirio MIRANDA. *Marx y la Biblia. Crítica a la filosofía de la opresión*. México, 1971; José Luis Sicre. *Con los pobres de la Tierra. La justicia social y en los profetas de Israel*. Ed. Cristiandad, Madrid, 1984; y la obra citada de Hugo Echegaray.

nos, se dio en Indias —en Amerindia— con la defensa que de los derechos de los pueblos originarios hacen un Bartolomé de Las Casas, un Alonso de la Veracruz, un Vasco de Quiroga, etc. Agregamos que en ese sentido se trata de una teoría y de una praxis de defensa de los derechos humanos de raigambre bíblica, al entender lo jurídico como *mispát*, esto es, la práctica del derecho como liberación del oprimido, como justicia al débil, al empobrecido.

A continuación nos proponemos profundizar un poco en esta idea de la juridicidad como se entiende en la tradición bíblica y como se recoge por los pensadores cristianos primitivos, ya que ello sirve de fundamento a la teoría y la praxis de nuestros autores y practicantes indios, hispanoamericanos. Esa profundización en este modo de entender el derecho, la haremos abordando tres rubros: primero nos referiremos a los antecedentes prebíblicos, que están constituidos por la tradición jurídica de Mesopotamia y Egipto; en segundo lugar, en concreto, analizaremos el *mispát* en los textos bíblicos, especialmente en los profetas de Israel; y por último, en tercer lugar, nos referiremos brevemente a la concepción de los derechos de los pobres en la Patrística.

I. Antecedentes prebíblicos

A. Derecho y justicia en la antigua Mesopotamia

El hecho de que sean los derechos de los pobres defendidos prioritariamente por la tradición hispanoamericana de los derechos humanos, tiene su explicación en la tradición cultural y de fe cristiana de sus cultivadores, teniendo como base la tradición bíblica y su modo de entender ésta el derecho y la justicia. Ahora bien, el concepto de derecho y de justicia en la Biblia tiene una de sus raíces en la cultura de la Mesopotamia antigua.¹⁸ Por eso proponemos que nos asomemos un poco a la tradición jurídica de esos pueblos mesopotámicos.

La cultura mesopotámica se desarrolla “entre ríos” (*Mesopotamia* en griego), precisamente en las cuencas inferiores del Éufrates y el Tigris, dos cauces fluviales que bajan hacia el golfo Pérsico. A la

¹⁸ Enrique NARDONI. *Los que buscan la justicia. Un estudio de la justicia en el mundo bíblico*. Ed. Verbo Divino, Estella, 1997, p. 15.

región del sur profundo, cercano al golfo, se le llamó *Súmer* que constituía la zona inferior de la Baja Mesopotamia. Un sector de su población habla la lengua llamada *sumerio*, la que dejó de hablarse como lengua viva a finales del tercer milenio antes de nuestra era.¹⁹ El sector "no sumerio" más importante lo formaban los hablantes de diferentes dialectos semíticos; sumerios y semíticos, convivían con otros sectores lingüísticos. Sanmartín advierte que no puede hablarse de una raza sumeria, ni de una raza semita, ni tampoco de una cultura sumeria y otra semita: "Lo más sensato, científicamente, es hablar de datos transmitidos en lengua sumeria, en lengua semita, o en ambas lenguas, sin buscar, más allá, parámetros étnicos o culturales para los que las fuentes no dan pie en absoluto".²⁰ Destacan como ciudades ancestrales Eridu, Ur, Lagas, Larsa, Umma, Girsu, Isin y Nipur.

Hacia el norte, en el tercer milenio antes de nuestra era, se le llamó "el país de Akkad", por el nombre de su capital; constituía la mitad superior de la Baja Mesopotamia. Su lengua era semita, llamado *acadio*. Sus ciudades más importantes eran Kis, Sippar y, después, Babilonia. Súmer y Akkad primero y luego Babilonia y Asiria, constituyeron el núcleo cultural mesopotámico.

El derecho que nos llega de la antigua Mesopotamia está constituido por las "reformas sociales" de sus reyes mandadas por medio de decretos, y por los llamados *códigos*. Éstos no eran como los actuales, leyes positivas impuestas por el Estado, sino más bien como "colección de hipótesis o de provisiones de rectitud",²¹ o sentencias o colecciones de ellas como jurisprudencia; dice Nardoni que la atribución de un Código a un determinado rey "significa que la colección contiene la práctica de jurisprudencia durante su reinado. La colección ofrece un modelo de jurisprudencia siguiendo el espíritu de la reforma que el soberano ha querido establecer".²²

¹⁹ Cf. Joaquín SANMARTÍN. "Introducción: la 'ley' en la tradición cultural babilónica", en *Códigos legales de tradición babilónica*. Ed. Trotta y Edicions de la Universitat de Barcelona, Madrid, 1999, p. 19.

²⁰ *Idem Supra*, p. 20.

²¹ Federico LARA PEINADO y Federico LARA GONZÁLEZ. "Estudio preliminar", en *Los primeros códigos de la humanidad*. Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. XIV.

²² NARDONI. *Op. cit.*, p. 20.

a) Las reformas sociales de los reyes

La más antigua reforma social que se conoce, se remonta al año 2420 a. C. La hizo el *ensí* (gobernador) de la ciudad-estado de Lagas, Entemena. En lo medular de su texto se lee:

Él (Entemena) hizo restituir la madre a su propio hijo; hizo restituir el hijo a su propia madre; liberó (la población) de las tasas (opresivas) de interés".²³

Además de la condonación de intereses a los habitantes de Lagas, dio libertad a ciudades dependientes de su reino, dio exención de impuestos y liberación de esclavitud por deudas.²⁴ Su acción reformista fue en el sentido de establecer un orden justo. "Para ello expidió un acto de liberación que resultó ser muy importante para el futuro, pues sentó el precedente para lo que sería toda una institución legal, designada en acádico con los términos *misarum* y *andurarum*".²⁵

En el año 2370 a. C., en la misma ciudad-estado de Lagas, el rey Urukagina o Uruinimgina llevó a cabo otra reforma social. El texto, redactado en sumerio, comienza describiendo el estado de cosas injusto que encontró al asumir su reinado y cómo, a partir de reformas legales, esa injusticia desaparece; argumenta que la instauración de medidas justas están inspiradas por *Ningirsu*, el dios tutelar de Lagas. Su reforma siguió tres líneas: "reajuste estructural y control de la maquinaria administrativa del Estado; regulación de tarifas para determinar actividades y profesiones; y decretos sobre la liberalización de deudas".²⁶ Agrega Nardoni que además manifestó sensibilidad religiosa y social al establecer la primacía en "proteger legalmente al oprimido y al desamparado".²⁷ El texto dice:

Él liberó y condonó las obligaciones para aquellas familias endeudadas, ciudadanos de Lagach, que vivían como deudores a causa de los impuestos de grano, los pagos de cebada, el robo o el asesinato. Uruinimgina prome-

²³ Citada por NARDONI. *Op. cit.*, p. 16; cf. *Los primeros códigos...* *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

²⁴ Cf. LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. XIX.

²⁵ NARDONI. *Op. cit.*, p. 17.

²⁶ LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. XX.

²⁷ NARDONI. *Op. cit.*, p. 17.

tió solemnemente a Ningirus que nunca subyugaría el huérfano y la viuda al poderoso.²⁸

Comentan Lara Peinado y Lara González que la promesa de *no subyugar* “se relaciona con al defensa del oprimido fuera cual fuera su situación personal y social. Los términos ‘huérfanos’ y ‘viuda’ están empleados como símbolos. De cualquier manera, esta frase será retomada luego de la mayoría de los Códigos mesopotámicos en un deseo de remarcar la justicia”.²⁹ En ese sentido, Sanmartín refuerza diciendo que “huérfano” y “viuda” son “ejemplos de personas necesitadas de una protección especial por parte del rey”.³⁰

Un siglo más tarde asume el gobierno de Lagas otro reformador, Gudea (2144-2124), llamado “el pastor elegido de Ningirsu”,³¹ con sensibilidad personal, piadoso y con preocupación social para con su pueblo.³² En uno de los textos por los que se conoce su reforma, se lee:

Él (Gudea) removi6 toda injusticia de entre ellos (los poderosos y los humildes). Prest6 atenci6n a las leyes de Nanse y de Ningirsu. El hu6rfano (fue protegido) y el rico no le hizo da6o. La viuda (fue protegida) y el poderoso no le hizo mal alguno. En la familia sin heredero var6n, la hija pas6 a ser heredera. 6l (Gudea) hizo brillar la justicia (y as6) Utu aplast6 la iniquidad.³³

Teniendo en cuenta que Utu era el dios solar sumerio, dios tutelar tambi6n del derecho,³⁴ y que Nanse y Ningirsu eran las divinidades tutelares de Lagas; Nardoni comenta el texto anterior diciendo que el caos y las tinieblas imperan cuando los poderosos aplastan a los humildes: “Por el contrario, el sol de la justicia reina cuando la iniquidad es aplastada y el orden, presidido por Utu y revelado por Nanse y Ningirsu, es restablecido. El sol de la justicia brilla sobre todo cuando se protege al hu6rfano y a la viuda y se mantiene la relaci6n equitativa entre el poderoso y el humilde”.³⁵

²⁸ *Los primeros c6digos... Op. cit.*, pp. 24 y 25.

²⁹ LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. 25 (nota 94).

³⁰ SANMARTÍN. *Op. cit.*, p. 27.

³¹ NARDONI. *Op. cit.*, p. 27.

³² LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. XXII.

³³ Citado por NARDONI. *Op. cit.*, p. 18.

³⁴ LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. XXV.

³⁵ NARDONI. *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

Hubo otros reyes reformadores, continuadores de la línea de los arriba mencionados: Ur-Ninurta de Isin (1923-1896 a. C.), Sin Kashid de Uruk (1865-1833 a. C.) y Sin-iddinam de Larsa (1849-1843 a. C.).

b) Los c6digos de Shulgi, Lipit Istar y Esnunna

Ur-Nammu (2112-2095 a. C.) rey sumerio, contemporáneo de Gudea, que se present6 a s6 mismo como “aquel que, seg6n las leyes justas del dios Babbar, estableci6 el reinado del derecho en la Tierra”,³⁶ fue considerado hasta 1981 como el autor del c6digo m6s antiguo conocido; sin embargo, hoy se sabe, fue su hijo y sucesor Shulgi (2094-2047 a. C.), “quien, al tiempo que lograba dar estabilidad al imperio neosumerio, pudo articular por primera vez un C6digo jur6dico, que constituye hoy el m6s antiguo monumento legislativo propiamente dicho”.³⁷

Sigue el mismo criterio jur6dico fundamental de las reformas sociales; el establecimiento del orden, por medio de la justicia, especialmente por acciones protectoras para con los d6biles. Se lee en el texto legislativo:

No entregué el hu6rfano al rico, no entregué la viuda al hombre poderoso, no entregué al hombre de un GIN al hombre de una mina, no entregué al hombre de un cordero al hombre de un buey.

Si(tué) a mis gobernadores, a mi madre, a mis (herma)nos (y) hermanas, a su fa(milia (y)) a sus (seres queridos); no me (mostré) nunca (dispuesto a acceder a sus deseos). No impuse trabajos, hice desaparecer el odio, la violencia (y) el clamor por la justicia. Establecí la justicia en el pa6s.³⁸

Lara Peinado y Lara González explican que *Nig-si-sá* significa *justicia*, y que por “establecimiento de la justicia” debe entenderse que los súbditos quedaban desligados de su situación económica y social injusta, instaurándose de nuevo la libertad. Lo que implicaba “la condonaci6n de las deudas privadas, la condonaci6n de las tasas atrasadas, la liberaci6n de personas esclavizadas por raz6n de deu-

³⁶ LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. XXV.

³⁷ *Idem Supra*, pp. XXV y XXVI.

³⁸ *Los primeros c6digos de la humanidad, Op. cit.*, p. 59.

das, así como la restitución a sus propietarios originales de los bienes inmuebles expropiados".³⁹

Dos siglos después aparece otro Código en lengua sumeria. Fue promulgado por Lipit Istar quien reinó en Isin en los años 1875-1865 a. C.⁴⁰ La acción de este rey se describe en conceptos tradicionales: "hacer justicia es liberar a los miembros de la sociedad de los yugos y ataduras que les impiden llevar una vida sana y próspera para servir a los dioses".⁴¹ En el prólogo se destaca ello, reiterándose la salvaguarda de los derechos de los más pobres y propugna la solidaridad familiar.⁴²

Este Código constituyó el eslabón entre los Códigos sumerios y la legislación babilónica.⁴³

El Código de Eshnunna apareció poco antes que el de Hammurabi. Es el más antiguo que se conoce en lengua acádica. Se señalan dos posibles autores: Ipiq-Adad II (1835-1795 a. C.) o su hijo Dadusa (1794-1785 a. C.).⁴⁴ "Si, como parece probable, las Leyes de Eshnunna se proclamaron al ascender Dadusa al trono de la ciudad, esta colección es un ejemplo más de edicto real 'de Equidad' (*misarum*): el nuevo rey renueva todo, poniendo, entre otras cosas, los fundamentos de un nuevo orden social".⁴⁵

c) Sobre el Código de Hammurabi⁴⁶

El sexto rey de la dinastía amorrea de Babilonia, Hammurabi (1792-1750 a. C.), promulgó un conjunto de leyes, que mandó grabar en estelas de piedra. Estas leyes que sancionaron en parte la jurisprudencia anterior imprimiéndole un sello propio, escritas en lengua acadia "constituyen el monumento literario más extenso y más im-

³⁹ LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ, en la nota 50 de *Los primeros códigos...* *Op. cit.*, p. 59.

⁴⁰ NARDONI. *Op. cit.*, p. 20; los Lara, *op. cit.*, p. XXVIII, señalan como fecha 1934-1924 a. C.

⁴¹ NARDONI. *Op. cit.*, pp. 20 y 21.

⁴² Cf. *Los primeros códigos...* *Op. cit.*, pp. 83-86.

⁴³ LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. XXIX.

⁴⁴ Cf. LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. XXXI; y SANMARTÍN, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁵ SANMARTÍN. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁶ Joaquín SANMARTÍN en *Códigos legales de tradición babilónica*, *op. cit.*, escribe "Hammurabi". pp. 79-95.

portante de su época, así como el *corpus* legislativo más célebre del mundo antiguo oriental y aun de toda la Antigüedad".⁴⁷ Hammurabi publicó su "edicto de equidad" (*misarum*) a comienzos de su reinado. "Cuando, en el cénit del poder y quizá en previsión de su cercana muerte —dice Sanmartín—, en torno a 1752, creyó llegada la hora de proclamar —o renovar— un 'edicto de equidad', ordenó, primero, poner al día las tarifas y los datos más urgentes, o más conspicuos, del derecho penal, mercantil y matrimonial; luego, mandó redactar un tratado de teología política, en que se recogieran y concentraran, enfocándoles hacia su persona, los avatares divinos, y, por último, hizo que le escribieran un programa de gobierno en el que se recogieran las esencias de su reinado y se advirtiera a sus sucesores de la necesidad de continuar por el mismo camino".⁴⁸ Nardoni escribe:

Además de las razones políticas, el código fue motivado por preocupaciones sociales. Tanto en el prólogo como en el epílogo, Hammurabi se gloria de haber implantado la justicia en su imperio. En el epílogo, por ejemplo, dice: "él ha llevado en su seno los pueblos de Sumer y Acad para que el poderoso no oprima al débil y la justicia sea administrada al huérfano y a la viuda"; y termina diciendo: "Yo escribí mis palabras preciosas en mi estela para que se haga justicia al oprimido". La protección del débil es también un motivo importante en el cuerpo del código. Ejemplos de ello son los artículos referentes a los pequeños agricultores, los salarios de los artesanos y los jornaleros, como también la fijación de las tasas de interés. Sin embargo, como observa N. Lohfink, el cuerpo del código no hace referencia alguna al huérfano o a la viuda.⁴⁹

Del Epílogo son estos párrafos:

Para que el fuerte no oprima al débil, para hacer justicia al huérfano (y) a la viuda, en Babilonia, la ciudad cuya dignidad realzaron Anum y Enlil en el Esagil, el templo cuyos fundamentos son incommovibles como (los de) los cielos y (los de) la tierra, para promulgar la ley del país, para prescribir las ordenanzas del país, para hacer justicia al oprimido, he escrito mis precio-

⁴⁷ Federico LARA PEINADO. "Introducción" a *Código de Hammurabi*, edición preparada por el propio Lara Peinado. Ed. Nacional, Madrid, 1982, p. 19.

⁴⁸ SANMARTÍN. *Op. cit.*, p. 82.

⁴⁹ NARDONI. *Op. cit.*, p. 23.

sas palabras en mi estela y la he levantado delante de mi estatua de "Rey de Justicia".

Que el hombre oprimido que esté implicado en un proceso venga delante de mi estatua de "Rey de Justicia" y que se haga leer mi estela escrita (y) que escuche (así) mis preciosas palabras. Que mi estela le muestre su proceso, que vea su caso, que su corazón se tranquilice (y que proclame): "Hammurabi es un señor que es como un verdadero padre para su pueblo. Ha obedecido las palabras de Marduk, su señor, y ha conseguido el triunfo de Marduk en el norte y en el sur. Ha contentado el corazón de Marduk, su señor. Ha asegurado para siempre la felicidad de las gentes y ha gobernado al país según el derecho".⁵⁰

d) Edictos de gracia

Tanto el Código de Hammurabi como el de Isnunna luchan contra las tasas de interés usurarias. Esta práctica difícil de erradicar, motivó que los reyes promulgaran periódicamente decretos que anulaban deudas u obligaciones que se habían hecho impagables, constituyendo *edictos de gracia*, en ejercicio de lo que llama Nardoni "justicia liberadora".⁵¹

Esta gracia incluía remisión de deudas u otras obligaciones, devolución de la propiedad inmueble al dueño originario y liberación de la esclavitud contraída por insolvencia. El significado de justicia liberadora dado a la palabra *misarum* tenía su antecedente en la tradición sumeria en que la igualdad, que el rey restauraba por decreto, era llamada *nig-si-sá* (justicia), como se puede ver en el código de Lipit-Istar. Paralelo al *misarum*, entró desde el comienzo otro término técnico: *andurarum* (libertad, liberación), que se aplicó especialmente a la manumisión de esclavos. Este término tuvo también su antecedente en el sumerio *ama-ar-gi*, como se puede ver en el texto de la reforma de Urukagina.⁵²

Un ejemplo es el llamado *Edicto de Ammisadaqa*, dado por el monarca de ese nombre (1646-1626 a. C.), décimo rey de la dinastía babilónica, que comenzó a gobernar cuando Hammurabi llevaba más

⁵⁰ Código de Hammurabi. *Op. cit.*, pp. 123 y 124.

⁵¹ NARDONI. *Op. cit.*, p. 27.

⁵² *Idem Supra*.

de un siglo de muerto.⁵³ En su texto se lee que "el rey restableció la equidad al País":

Los pagos aun pendientes de los gobernadores, de los pastores, de los desolladores, de los de las tierras de pastos y de los (colonos) del Palacio: queda todo condonado para que ellos puedan fortalecerse mediante un trato equitativo. El apremiador no actuará contra la familia de un colono.⁵⁴

e) Sentido del derecho en la antigua Mesopotamia

El sentido profundo de la juridicidad, como derecho y justicia, en la Mesopotamia antigua, es el de la equidad a favor de los pobres, de liberación de los oprimidos.

Es clara la intención de los reyes reformadores y legisladores, que se llamaron a sí mismos *pastores* de sus súbditos: la instauración de la libertad y la protección de los débiles frente a los poderosos. Con ello la ley tenía un sentido de justicia y equidad.⁵⁵ Nardoni escribe:

Para llevar a cabo su cometido, el rey recibía el don de ser firme y fiel y la habilidad de crear la firmeza y la fidelidad. *Kittum* era el término técnico para expresar este don y habilidad. Además, el rey recibía la capacidad de crear las condiciones que posibilitasen la prosperidad y el progreso de la comunidad, la capacidad de poner o volver a poner en marcha la vida de la comunidad hacia la prosperidad y la armonía. Esta capacidad era expresada por el término *misarum*. El rey era legítimo o justo (*sar misarum*) en la medida en que ponía en ejercicio estas capacidades y facilitaba a la comunidad los beneficios del *kittum u misarum* (Cazelles, 60-68). Especial responsabilidad del poder real era atender y proteger a los desamparados, como eran los pobres, los huérfanos y las viudas. El binomio *kittum u misarum* de la ideología real de la cultura babilónica se extendió a la región sirio-palestina, donde tomó la forma semita occidental de *sdk-m(y)sr* y en hebreo bíblico pasó a ser *mispat-sedeq* ("derecho" y "justicia"; Cazelles, 60-73).⁵⁶

Esta legislación y jurisprudencia de los reyes mesopotámicos, esta juridicidad sumerio-acádica-babilónica, va a influir en el derecho

⁵³ SANMARTÍN. *Op. cit.*, p. 187.

⁵⁴ Códigos legales de tradición babilónica. *Op. cit.*, p. 193.

⁵⁵ LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. XII y XIII.

⁵⁶ NARDONI. *Op. cit.*, pp. 25 y 26; y cf. SANMARTÍN. *Op. cit.*, pp. 38-42.

hebreo plasmado en la Biblia, aunque, ciertamente, toda ley para Judá e Israel viene de Dios y no del rey a la cual él mismo se somete, como expresa el Deuteronomio (17, 18-20).⁵⁷

B. La justicia en el Egipto antiguo

La cultura egipcia influyó mucho en el Israel antiguo, de tal modo que es necesario conocer la sabiduría de los egipcios para mejor comprender la idea de justicia y derecho en la tradición bíblica. La preocupación por los pobres y oprimidos es análoga en Egipto e Israel.

El pensamiento egipcio acerca de la justicia lo conocemos más por sus libros en donde se expresa su sabiduría que de sustentos legales; estos últimos, de acuerdo con lo que se conoce, son relativamente recientes: el Código de Boccharis (año 715 a. C.) y Código de Hermópolis (siglo tercero a. C.).⁵⁸

En Egipto, desde principios del reino antiguo, se creía que el faraón poseía el poder de la *maat*, que era la *ka* del faraón, esto es, su energía motriz y anímica. Ese poder se personificaba en la diosa *Maat*, que protegía el orden y la justicia, la estabilidad y la armonía.⁵⁹

Maat es, entonces, un término complejo. Es el estado justo de la naturaleza y de la sociedad, como producto del acto creado. "Personifica lo que es exacto, correcto, el orden, el derecho, la justicia y la verdad; por ello se le rinde culto".⁶⁰ Es instituida por el dios creador "como una especie de logos femenino, la *Maat* es constantemente garantizada y restaurada por el rey",⁶¹ que por su carácter divino está íntimamente unido a ella y de ella se alimenta.

Y esa práctica de la justicia (*maat*), "incluye el socorrer al necesitado" y ser compasivo con el débil.⁶²

Como ejemplo las declaraciones de Nefer-Seshem-Ptah, un alto funcionario de la sexta dinastía, en su tumba de Saqqara:

⁵⁷ Cf. J. BRIEND. "Advertencia preliminar", en Marie-Joseph Seux. *Leyes del Antiguo Oriente*. Ed. Verbo Divino, Estella, 1987, p. 7.

⁵⁸ NARDONI. *Op. cit.*, p. 35.

⁵⁹ *Idem Supra*, pp. 35 y 36.

⁶⁰ Jean LÉVÊGUE. *Sabiduría del Antiguo Egipto*. Ed. Verbo Divino, Estella, 1984, p. 52.

⁶¹ *Idem Supra*.

⁶² NARDONI. *Op. cit.*, p. 39.

Yo hablé lo bueno, repetí lo bueno... Juzgué dos contendientes para que los dos quedaran contentos; salvé al débil del poderoso en cuanto me fue posible... Di pan al hambriento, vestido al desnudo; llevé a destino al que andaba perdido; enterré al que no tenía hijo; hice una barca para el que no la tenía y sostuve al huérfano. Nunca hablé mal de ninguno frente al poderoso.⁶³

En la *Enseñanza o Instrucción de Amenemope*,⁶⁴ un alto funcionario del Estado egipcio del siglo once a. C., encontramos esta estu-penda enseñanza de sabiduría jurídica a favor de los desvalidos:

No corrompas a la gente en la corte de justicia; no oprimas al que está en su derecho. No tomes el partido del hombre bien vestido ni rechaces al que viste andrajos, no aceptar el regalo de un poderoso, y para presumir no oprimas al débil. La justicia es un gran don de dios, y le da a quien quiere.

El poder del que se parece a él salva al pobre de los que le golpean.⁶⁵

En las "confesiones de inocencia",⁶⁶ del *Libro de los Muertos* se contiene una profunda ética preocupada por la justicia a favor de los desvalidos, personificados aquí por el "pobre", como "hambriento", "sediento", "desnudo" y "náufrago".⁶⁷

2. Algunos aspectos de derecho y justicia en la tradición bíblica

Israel es influido en sus nociones de derecho y justicia por sus pueblos vecinos del Medio Oriente antiguo. La preocupación por los problemas sociales en general, y en particular por el pobre, el huérfano y la viuda así como las soluciones de justicia, son comunes. En concreto, de la antigua Mesopotamia, Israel heredó "el vocabulario sobre la justicia y el derecho, y el concepto de justicia liberadora", y

⁶³ Citado por NARDONI. *Op. cit.*, p. 39.

⁶⁴ O "Amenemopet".

⁶⁵ Citado en LÉVÊGUE. *Op. cit.*, p. 65.

⁶⁶ NARDONI. *Op. cit.*, p. 65.

⁶⁷ Cf. Enrique DUSSEL. *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*. Ed. Trotta, Universidad Autónoma Metropolitana y Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 26 y 44 (nota 34). Recuerda el cap. 125 del *Libro de los Muertos*, el Juicio Final visto por el evangelio de San Mateo (25, 31-46). Simone Weil dice que el *Libro de los Muertos* está impregnado de caridad evangélica, en *Carta a un religioso*. Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 18.

de Egipto su sabiduría.⁶⁸ Lo que Israel aporta con su vivencia de la juridicidad al tema de la justicia, en especial por los derechos de los pobres, los oprimidos, las víctimas, está en ligar su experiencia de oprimido-liberado a sus instituciones de derecho y a su idea de justicia. Y es que su historia la comienza como esclavo, pobre y oprimido; “y Dios ejerció justicia liberadora para con él. Y esta acción divina de justicia compasiva le sirve de modelo para atender a sus pobres”.⁶⁹ Es la historia narrada en el *Éxodo*, de la liberación de Israel del yugo de Egipto y de las leyes que Dios le revela en el Sinaí.

Las narraciones no son simples comentarios añadidos a los textos legales; son más bien la matriz en que las leyes nacieron. En efecto, éstas se originan en los acontecimientos; Dios libera a Israel para hacer una alianza con él y darle sus leyes.⁷⁰

La liberación de Israel del cautiverio egipcio, venciendo al opresor (Egipto), es leída como una acción de justicia de Dios, que condena al opresor y salva al oprimido. Nardoni escribe:

Por una parte, manifiesta que el ser humano no ha sido creado para la esclavitud, señalando la injusticia institucionalizada como un factor importante en la opresión de los pueblos. Por otra parte, el acontecimiento del éxodo estimula en los oprimidos el deseo de salir del estado de opresión, y les asegura que Dios oye el clamor del oprimido. En este sentido, el éxodo es un paradigma de liberación.⁷¹

Por otro lado, el acontecimiento del éxodo, como hacer justicia y defender los derechos de los oprimidos (Sal. 103, 6), no es un acontecimiento terminado, no es algo que fue, como acciones pasadas, sino que tiene una presencia continua en todo el quehacer histórico, y especialmente en la expresión y experiencia del derecho, de la juridicidad toda.

Las leyes dadas en el Sinaí a Moisés, como los llamados Diez Mandamientos (Éx. 20, 1-17; Dt. 5, 6-21); el Código de la Alianza

⁶⁸ NARDONI. *Op. cit.*, p. 55.

⁶⁹ *Idem Supra*.

⁷⁰ *Idem Supra*.

⁷¹ *Idem Supra*, p. 60.

(Éx. 20, 22-23, 19); las “leyes sociales” del Deuteronomio, humanitarias con los esclavos israelitas y con los necesitados en general; y el Levítico, con sus instituciones sabáticas, como el reposo tradicional del campo (Lv. 25, 1-7) y el jubileo (Lv. 25, 1-55); expresan una juridicidad con una idea constante de justicia liberadora, ligada al acontecimiento del Éxodo, que implica la idea de un pueblo libre, atento a las necesidades de los pobres y oprimidos, pues éstos no deben existir en la comunidad. Es una legislación al servicio de la vida. “La vida humana se afirma por encima de toda ley de contratos y deudas”.⁷²

A. Derecho y justicia en los profetas de Israel

El profetismo es un fenómeno religioso relacionado con las cuestiones sociales, políticas y económicas y, por supuesto, con lo jurídico. Su existencia, en el Medio Oriente antiguo, se remonta a la primera parte del segundo milenio a. C. “Las cartas de Mari atestiguan su presencia en la alta Mesopotamia durante el reinado de Zimrilim (1730-1697 a. C.)”.⁷³ En Israel aparecen al final del periodo premonárquico; postulan la justicia y constituyen la conciencia ética de los propios reyes y de los poderosos.

Una de las características fundamentales del discurso de los profetas en la Biblia es su profunda ubicación histórica y política. La suya es una palabra historizada. La injusticia, la opresión de los pobres, de los débiles, es el centro de su crítica. El profeta es un hombre que se sabe realizador de una misión a la que ha sido enviado por Dios (Yahvé). Misión que le ha sido encomendada dentro de una experiencia religiosa muy profunda. Sus dos interlocutores son Yahvé, que lo envía, y el pueblo, para quien es enviado. Como explica don Miguel Villoro, no se puede dejar de lado la vivencia más importante

⁷² Pablo RICHARD. “¡Ya es tiempo de proclamar un Jubileo! Jubileo y Liberación desde los pobres de América Latina”, en *Christus* 716. México, enero-febrero, 2000, p. 8. Para ampliar el tema, además de NARDONI, *op. cit.*, pp. 77-103; ver: Jorge PIXLEY. “Bases bíblicas del Jubileo”, en *Esquila Misional* 534. México, enero, 2000; Jacques BRIEND. *El Pentateuco*, Ed. Verbo Divino, Estella, 1987; Félix GARCÍA LÓPEZ. *El Deuteronomio, una ley predicada*, Ed. Verbo Divino, Estella, 1989; y Miguel VILLORO TORANZO. *Del derecho hebreo al derecho soviético*. Ed. Escuela Libre de Derecho, México, 1989, pp. 13-57.

⁷³ NARDONI. *Op. cit.*, p. 109.

de la conciencia hebrea, que es la que un Dios personal actúa en su historia, por las circunstancias e inspirando a hombres escogidos; "sin esa vivencia no se entiende el genio peculiar de la nación hebrea, ni su sentido mesiánico, ni su derecho".⁷⁴

El discurso de los profetas es de extraordinario interés al jurista, porque tiene como tema central la *justicia*. La justicia se presenta como punto de partida para una crítica de la realidad social existente y como punto de término de la sociedad por venir. "Se denuncia la carencia de justicia y se anuncia su sobreabundancia. De tal modo que la justicia a la vez es imperativo moral al presente y objeto de esperanza al futuro".⁷⁵

Los profetas no defienden la justicia en abstracto, la concretizan en su opción por la defensa del pobre, del oprimido, del indigente, que es el que padece la injusticia.

a) La formación social, materia de la profecía

Si los profetas denuncian las injusticias concretas, históricas; si su discurso sobre la justicia no es en abstracto, es necesario referirnos a la "materia" social en la que se desarrolla la actividad profética, esto es la evolución socioeconómica de Israel.

En especial, nos referiremos a algunos aspectos relevantes de la monarquía. Ésta nace con Saúl y está concebida para la guerra para defenderse de otros pueblos, especialmente de los filisteos. En sus inicios es una institución austera, modesta. Con Saúl comienza un proceso de unificación que acaba en centralización; de militarización que culminará en franco militarismo; y de acumulación de poder, que desembocará en dictadura. Algunos autores sostienen que comienza también el periodo de la economía urbana.

La tarea de David (1010-971 a. C.) fue consolidar el Estado (poniendo fin a las luchas con los filisteos, sometiendo a los cananeos y eligiendo una capital común para las tribus del norte y del sur), y la

⁷⁴ Miguel VILLORO TORANZO. "El derecho hebreo según el Antiguo Testamento" en *Jurídica* núm. 1, *Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, julio de 1969, p. 203.

⁷⁵ Varios. "La Nueva Sociedad" en el Cuaderno "Los Profetas: su historia y su causa", en *Christus* núm. 495. México, febrero de 1977, p. 36.

formación de un imperio, mediante una serie de campañas contra Amón, Moab, Edom y Siria. Esto hace que la organización y administración del Estado se vuelva más compleja. Surge la burocracia administrativa y la clase dirigente, personas con poderes en torno al rey. Crece, también, el lujo de la corte. Se imponen, para mantener el aparato estatal, tributos a países extranjeros. La más grave acusación que recibe es la despreocupación por la administración de la justicia, preocupación del "subversivo" Absalón (2 Sam. 15, 2-4).

Salomón (971-931 a. C.) tiene como monarca grandes méritos: paz, seguridad, cultura, construcciones. Pero, también muchos aspectos negativos. Aumenta el aparato administrativo, divide a Israel en doce distritos, con un gobernador al frente de cada uno de ellos. Aumenta en mucho la burocracia. El lujo se vuelve excesivo. Para hacer frente a los gastos inmensos de su reino, Salomón cuenta con tributos de los países sometidos, impuestos a las caravanas, comerciantes y tránsito de mercancías, y el comercio exterior. Recurrió a préstamos. Impuso tributos fuertes al pueblo. Además, la abundancia de construcción obligó a poner trabajo forzoso. La prosperidad del reinado de Salomón descansó sobre las espaldas del pueblo.

El siglo X a. C., en Israel, con indiscutible progreso material, fue acompañado de injusticias y opresiones, aunque también los más débiles mejorasen su nivel de vida. Entre los cambios que se dan está la afectación a la estructura social anterior. La tribu y las comunidades que la constituyen, se ven seriamente afectadas por la centralización política, el urbanismo, la organización del ejército, etc. Su antiguo poder y autonomía se debilitan.

La urbanización provocó la aparición de la clase alta —los dirigentes— concentrada en las ciudades. Implica, además, una emigración y la disolución de vínculos familiares. El individuo se va a encontrar solo, más desamparado. Se da también una marcada estratificación social.

Por otro lado, crecen los bienes de la corona y su administración. Antes de la monarquía sólo existen territorios comunitarios y territorios privados. Las propiedades de la corona se hacen indispensables para pagar a los empleados de la corte, a los militares, y para las herencias de los hijos del rey. El patrimonio monárquico se formó por tres procedimientos: 1. Compra de terrenos; 2. Cuando había un cambio dinástico, no sólo se apropiaban los bienes de la corona, sino

también los de los familiares si no había herederos; 3. Confiscación de las propiedades de los condenados por motivos políticos y de los emigrantes y huidos.

La monarquía permanece indivisa alrededor de cien años. La muerte de Salomón (931) marca la división política y religiosa de Israel. Jeroboán, hijo de Nebat, se proclama rey de Israel en Samaría (Reino del Norte), y coloca dos santuarios; uno en Betel y otro en Dan, para evitar que los israelitas dé su reino siguieran yendo al templo de Jerusalén. Por su lado, Roboán, hijo de Salomón, reina sobre las ciudades de Judá (Reino del sur), teniendo por santuario el templo de Jerusalén. Esta división desemboca en la llamada "gran crisis del siglo VIII", el tiempo de los grandes profetas denunciadores de la injusticia: Amós, Oseas, Isaías y Miqueas.

La monarquía en Israel da lugar a una formación social cuyo modo de producción social dominante —mas no único— es el tributario (asiático le llaman algunos). Sus características son las siguientes: 1) El medio de producción esencial sigue siendo la tierra. El régimen de propiedad de la tierra es en ocasiones una sobreposición de derechos entre los de las comunidades campesinas (el clan, la tribu o la familia) y los de la clase-Estado. Ésta no es necesariamente propietaria de la tierra, puede tener simplemente el control de su acceso. 2) Existen dos clases antagónicas: los campesinos organizados en comunidades, en las que en gran medida se conservan las características del modo de producción comunitario, y la clase-Estado que les extrae el excedente. 3) La forma de extracción del excedente es por medio de un tributo, casi siempre en especie, a veces en moneda o trabajo. 4) Ni el producto social ni el excedente se convierten en mercancía, salvo que se intercambien al exterior. 5) La instancia ideológica es la dominante y se expresa en categorías religiosas. La ideología es el punto nuclear por el que se conserva la estructura social. De aquí la gran importancia de los profetas, porque su acción se traduce en palabras, ideas, que desacreditan, quitan legitimación a la explotación y ponen especial énfasis en la justicia como lo más agradable a Dios, aun más que el culto mismo.

La formación social de Israel es más compleja que el modo de producción tributario que hemos delineado. Existen otras clases sociales: terratenientes, grandes comerciantes, esclavos y mano de obra asalariada.

José L. Sicre nos da la visión de conjunto. "La división del reino a la muerte de Salomón, las guerras fratricidas y la amenaza de los países vecinos repercuten negativamente en la economía de Israel... El abismo entre ricos y pobres aumenta. Un abismo que se manifiesta ya de forma clara en el siglo IX y que alcanza dimensiones alarmantes en el VIII. Esta desigual distribución de la riqueza es el principal problema de la monarquía".⁷⁶

Sicre, en su visión de conjunto que quedó sintetizada en su frase anterior, nos propone algunos temas conexos. Nos habla del latifundismo, formado por terratenientes privados y el propio Estado. "El deseo de apoderarse del campo del vecino es tan antiguo como el agricultor... Pero el siglo VIII pone una experiencia nueva. No es sólo el uso de la violencia para ampliar las posesiones; lo denuncia Miqueas, pero ya lo hizo Ajab. Lo más grave es que la práctica se ha difundido y que se emplean recursos legales. La tierra y el poder político se acumulan en pocas manos, mientras cada vez son más los que deben asalariarse o venderse como esclavos".⁷⁷

La administración de justicia es otro rubro por el cual, paradójicamente, la práctica de la injusticia es constante.

El comercio es también fuente de injusticias. "El mayor peligro radica en la venta de productos esenciales para la supervivencia y el trabajo agrícola. Los pequeños campesinos y los pobres se ven sometidos a una dura ley de oferta, que se aprovecha para vender los peores productos; al mismo tiempo los comerciantes engañan en pesos y medidas. Es curioso que la legislación antigua no contiene ninguna norma sobre el comercio. La sabiduría se interesa por el tema de las pesas y balanzas falsas (Prov. 11, 1; 20, 10-23)".⁷⁸ Es hasta el Deuteronomio (25, 13-15) que aparece una norma jurídica respecto del comercio.

El Deuteronomio prohíbe también el interés o rédito: "No prestarás a interés a tu hermano, ya se trate de réditos de dinero, o de víveres o de cualquier otra cosa que produzca interés". (Dt. 23, 20). Sin embargo, los comerciantes-prestamistas encontraron formas de cumplir formalmente la norma sin atenerse a su espíritu, entregando bienes a corto plazo, sin "réditos", pero con "recargos".

⁷⁶ SICRE. *Op. cit.*, p. 76.

⁷⁷ *Idem Supra*, p. 77 (cursivas nuestras).

⁷⁸ *Idem Supra*, p. 79.

Tenemos, ya, aunque sea sólo de modo muy general, el cuadro social que sirve a la actividad profética. Pasemos ahora a analizar las cuestiones principales para el tema que nos ocupa en algunos de los principales profetas, cuatro del conflictivo siglo VIII y uno del devastador siglo VII.

b) Amós

No se sabe cuándo nació y murió. Era originario de Técoa (unos diecisiete kilómetros al sur de Jerusalén); era pastor o vaquero. La actividad profética de Amós la sitúan los comentaristas entre los años 760 y 750 a. C. Su predicación es en el Reino del Norte hasta que el sacerdote Amasías lo denuncia y expulsa. Algunos autores creen que con esto termina su actividad profética; otros sostienen que continuó en el Reino del Sur.

Amós profetiza en la época de Jeroboan II, que se caracteriza por ser un periodo de expansión territorial y prosperidad. El libro del profeta demuestra el lujo y progreso de su época, acompañado de muchas injusticias, agudos contrastes entre ricos y pobres, corrupción del derecho, fraudes en el comercio, etc. La religión está totalmente deformada; sólo sirve para tranquilizar la conciencia. La alianza con Dios se había convertido en letra muerta, recordada en el culto, pero sin influjo en la vida diaria.

Amós critica duramente a las naciones vecinas de Israel, sobre todo en lo que se refiere a las crueldades de la guerra. Y también critica a Israel por sus crímenes contra Yahvé y la fraternidad. Es considerado como “el profeta de la justicia social”,⁷⁹ que no quiere oír el sonido de las arpas sino la justicia por todas partes (Am. 5, 24). Critica la rapacidad del rico y el culto formalista y sin moral. Se preocupa por la violación del orden social y ataca a los responsables. Según el maestro Villoro, la reacción de Amós ante las injusticias sociales es la revolucionaria, recuerda que Renán lo compara con un

⁷⁹ Rafael SIVATTE. “La práctica de la justicia, criterio de discernimiento de la verdadera experiencia de fe, según el Antiguo Testamento”, en *La justicia que brota de la fe*. Ed. Sal Terrae, Santander, 1982, p. 21. Cf. Ivo STORNILO y Euclides MARTINS BALANCIN. *Cómo leer el libro de Amós. Una denuncia de la injusticia social*. Ed. San Pablo, Santafé de Bogotá, 1995.

polemista de extrema izquierda. Pero Amós —como escribe el propio Villoro—, “no procede por arrebatos pasionales subjetivos. La inspiración profética que viene de Dios, toma en cuenta las circunstancias históricas que rodean a Amós para despertar en él su sentido de justicia. El mensaje revolucionario de Amós era la preparación necesaria de los subsiguientes mensajes de los profetas”.⁸⁰

Las afirmaciones de Amós sobre el tema de la justicia, las encontramos en: 1) Oráculos contra las naciones (1, 3-2, 16); 2) el encuentro con Dios (3, 1-4, 13); 3) la gran alternativa (5, 1-17); 4) la sección de los “ayes” (5, 18-6, 14); y 5) las visiones (7, 1-9, 6). Los pecados de los países extranjeros, que Amós denuncia, son los siguientes:

a) Contra Damasco (1, 3):

“Por haber trillado a Galaad con trillas de hierro”.⁸¹

El texto subraya la crueldad con que actuaron los sirios en la guerra.

b) Contra Filistea (1, 6):

“Porque hicieron prisioneros en masa y los vendieron en Edom”. El pecado de los filisteos consiste en la deportación y el comercio de esclavos a gran escala, no para trabajar su territorio, sino para entregarlos a Edom. Este país los usaba en sus minas de cobre o los revendía en África o Arabia del Sur.

Aquí la denuncia de Amós es por el hecho de reducir al hombre a mercancía.

c) Contra Tiro (1, 9):

“Porque vendió prisioneros en masa a Edom y no recordó la alianza fraterna”.

Semejante a lo anterior, sólo que en este caso los vendidos como esclavos pertenecen a países hermanos.

d) Contra Edom (1, 11):

“Porque persiguió con la espada a su hermano ahogando la compasión siempre desgarró su ira, conservó su cólera sin parar”.

e) Contra Amón (1, 13):

⁸⁰ VILLORO TORANZO. “El derecho hebreo según el Antiguo Testamento”. *Op. cit.*, p. 238.

⁸¹ Sigo siempre, salvo referencia en contrario, la traducción de José L. SICRE. *Op. cit.*

“Porque abrieron en canal a las embarazadas de Galaad para ensanchar su territorio”.

Se denuncia la codicia (ampliar el territorio) acompañada de una crueldad terrible, consistente en reventar a las mujeres encintas.

f) Contra Moab (2, 1):

“Porque quemó los huesos del rey de Edom hasta convertirlos en ceniza”.

Es un pecado de odio. “Es una ofensa enorme, porque la tumba pertenecía en cierto modo al reino de los espíritus; sólo quien descansaba en ella podía gozar de paz en la otra vida; de lo contrario, debía vagar perpetuamente, sin reposo”.⁸²

Dos cosas llaman especialmente la atención de Amós: la crueldad de la guerra y la esclavitud. Y es muy importante que no sólo denuncia injusticias contra Israel, sino también las cometidas contra otros pueblos. Pone de manifiesto que Yahvé está en contra de la injusticia, se cometa en contra de quien sea. Los pecados de Israel son los siguientes:

a) “Porque venden al justo por dinero”. (2, 6)

La interpretación más aceptada es que se trata de acreedores, los cuales para recuperar el dinero prestado, venden como esclavos a personas cuya única culpa es no poder devolver la deuda.

b) “Y (venden) al pobre por un par de sandalias”. (2, 6)

Aquí aparece la desproporción de una deuda pequeña y la esclavitud.

En opinión de Sicre, Amós se opuso a cualquier tipo de esclavitud, tanto masiva (1, 6 y 1, 9), como individual (2, 6); y no acepta, tampoco, la esclavitud por deudas, admitida por ciertas disposiciones legales. “Amós rompió las barreras culturales y éticas de su tiempo. Anticipó en muchos siglos esa conciencia de que nada —mucho menos el dinero— es motivo para esclavizar a una persona”.⁸³

⁸² SICRE. *Op. cit.*, p. 100.

⁸³ *Idem Supra*, p. 107.

c) d) “Los que pisotean a los pobres y evitan (?) el camino de los humildes”. (2, 7)

Ambas afirmaciones subrayan el desprecio con que los poderosos tratan a las clases menos privilegiadas.

e) “Un hombre y su padre van a la muchacha (?) (2, 7)

“El profeta fustiga a los señores que se aprovechan de las criadas a su servicio, abusando de su situación privilegiada”,⁸⁴ lo que según parece era frecuente. Las leyes hititas conocen este hecho, pero no lo castigan. “Amós, en contra de la práctica admitida en otro pueblo y difundida en Israel, denuncia con energía esta humillación de los débiles”.⁸⁵

f) “Se acuestan sobre ropas dejadas en fianza junto a cualquier altar”.

g) “Beben vino de impuestos en el templo de su Dios”.

Se acusa a los opresores de asistir a celebraciones religiosas, y aun en ese momento se aprovechan del fruto de su explotación.

Sicre distingue siete pecados distintos de Israel, denunciados por Amós: 1) desprecio hacia la persona del deudor; 2) esclavitud por deudas ridículas; 3) humillación/opresión de los pobres; 4) desprecio hacia los humildes; 5) abuso de los débiles; 6) falta de misericordia en el problema de los préstamos; 7) mal uso de los impuestos (o de las multas). “El oráculo deja ver un pueblo dividido en dos grandes bandos; poderosos y débiles, ricos y pobres, opresores y oprimidos. Y Dios no es espectador imparcial de este espectáculo”.⁸⁶

Amós identifica a los “pobres” con los “justos”, lo que hará la “piedad posterior” según Sicre. Munch, citado por el propio Sicre, considera que en Amós existe una fuerte conciencia de clase; para él sólo los pobres son honrados, y los ricos, en conjunto, unos canallas. De la misma opinión es Beek. “A nosotros nos gusta matizar, suavizar asperezas —dice Sicre—, hablar de ‘ricos buenos’ y ‘ricos malos’. Nos deja mucho más tranquilos. Aun suponiendo que sea verdad, este lenguaje no es el de Amós. Munch y Beek están en lo cierto.

⁸⁴ *Idem Supra*, p. 111.

⁸⁵ *Idem Supra*.

⁸⁶ *Idem Supra*, p. 113.

Amós es unilateral, demagógico si queremos. No ha optado por la moderación y los matices, sino por y Dios y por los débiles, en contra de quienes tienen el dinero y el poder. El resto del libro confirmará esta primera impresión”.⁸⁷

Pasamos ahora a las denuncias de Amós que tienen más relación con el derecho. Del capítulo 5.

7 “Ay de los que convierten el derecho en ajeno y tiran por tierra la rectitud.

10 Odian al que interviene con valor en el tribunal y detestan al que depone exactamente.

11 Pues por haber impuesto tributo al indigente, exigiéndole cargas de grano,

si construís casas sillares, no las habitaréis;

si plantáis viñas selectas, no beberéis de su vino.

12 Sé bien vuestros muchos crímenes

e innumerables pecados;

estrujáis al inocente, aceptáis sobornos,

atropelláis a los pobres en el tribunal.

13 Por eso callará en aquel momento el prudente, pues será un momento de peligro”.

Los términos que se han traducido por *derecho* y *rectitud* son *mispal* y *sadaqâ*, respectivamente, y aparecen unidos con bastante frecuencia en la Biblia. “De hecho, numerosos comentaristas interpretan *mispal* como algo objetivo, el ‘derecho’, el recto ordenamiento de la sociedad, y *sadaqâ* como algo más subjetivo, la actitud interna de ‘justicia’ o ‘rectitud’. Ambas cosas deben ir unidas. Una actitud interna que no se manifiesta en la vida práctica es puro engaño; y un ordenamiento jurídico que no se basa en el sentimiento profundo de la justicia se presta a grandes injusticias (*summum ius, summa iniuria*). La sociedad se basa en estos dos pilares. Los antiguos no usaban esta expresión, pero sí imágenes parecidas. Decían que el trono de Dios se asentaba en el derecho y la justicia (Sal. 89, 15; 97, 2) y consideraban que éstas eran cualidades esenciales al rey (Sal. 72). ‘Derecho

⁸⁷ *Idem Supra*, p. 114.

y justicia’ es lo que Dios hace (Sal. 99, 4), lo que Dios ama (Sal. 33, 5), lo que espera (Is. 5, 7) y desea (Am. 5, 24; Prov. 21, 3)”.⁸⁸

Para Amós derecho y justicia no existen en Samaría. El derecho es como una planta agradable al gusto, y ha sido convertido en una planta amarga, venenosa. La columna que sostiene la sociedad —la justicia—, ha sido echada por tierra. Al despreciarse la justicia el derecho se pervierte.

Según comenta Jaramillo se trata de una perversión ética radical. Amós denuncia con nuevas imágenes el atropello contra los pobres. Así la bina veneno-acíbar/amargo se combina con la clásica derecho/justicia. “El paso de la justicia y derecho a ser una realidad *amarga* está suponiendo, en Am. 5, 7 y 6, 12, que la justicia y el derecho se conciben como una realidad *dulce*. De hecho lo dulce... es otra experiencia del gusto que también es empleada metafóricamente para expresar lo bueno, lo agradable, lo positivo... No hay que olvidar que *justicia/derecho* son la expresión de la voluntad de Dios sobre las relaciones humanas. Percibidas de este modo son realidad comparable con la dulzura, ante las que se puede exclamar: *qué dulce al paladar tu promesa; más que miel en la boca* (Sal. 119, 103)... En el caso de Amós, la conversión de lo dulce en amargo es una auténtica perversión; se trata de convertir, pervirtiendo... De esta envergadura radical es la acción de los que convierten (transforman/cambian) la dulzura del derecho y la justicia en la amargura venenosa del acíbar”.⁸⁹

Amós nos está describiendo lo que en palabras de hoy decimos que es la *legalidad de la injusticia*, la opresión arropada con la ley. Cuestión ésta fundamental, pues no se trata de que la violación al derecho sea causa de injusticias. Sino que se trata de un derecho pervertido, de un derecho torcido diría el profeta Habacuc (1, 4), de un derecho en sí mismo injusto. Cosas que la propia ley permite son rechazadas por el profeta en forma radical, como en el caso de la esclavitud, los impuestos y los préstamos.

La justicia y el derecho están por tierra, pero no es bastante, además quienes intentan salvarlos son odiados. La propia administración de justicia, como estructura e institución, se ha convertido en

⁸⁸ *Idem Supra*, p. 126.

⁸⁹ Pedro JARAMILLO RIVAS. *La injusticia y la opresión en el lenguaje figurado de los profetas*. Ed. Verbo Divino, Estella, 1992, pp. 209-214.

instrumento de explotación; beneficia sólo a los opresores y es maligna para los pobres. Del capítulo 5:

21 “Detesto y rehúso vuestras fiestas,
no me aplacan vuestras reuniones litúrgicas,
22 Aunque me traigáis holocaustos...
no aceptaré vuestras ofrendas
no miraré vuestras víctimas cebadas.
23 Retirad de mi presencia el barullo de vuestros cantos
no quiero oír la música de vuestras cítaras
24 Que fluya como agua el derecho
y la justicia como arroyo perenne”.

Lo que Dios quiere, en primer lugar, no es el culto, sino que sus deseos son colmados con derecho (*mispát*) y justicia (*sadaqâ*). El culto no es agradable a Dios si existen la opresión y la injusticia. Lo máspreciado para Dios es que el derecho y la justicia sean como agua corriente.

Jaramillo hace notar los siguientes aspectos en la exhortación de Amós, hecha con la imagen del agua.

Está suponiendo una situación en el pueblo equiparable a la aridez y al páramo, a la sequedad del desierto, como fruto del pecado. Por la solución que propone a esta sequía —el derecho y la justicia como agua y torrente perenne— podemos deducir que la situación ha sido provocada fundamentalmente por pecados sociales.

La respuesta que se está dando, mediante el culto vacío, es inadecuada. No es con los raudales y torrentes de la sangre de los sacrificios, ni con la abundancia de las fiestas y peregrinaciones a los santuarios como se va a transformar la tierra reseca, agostada y sin agua.

El derecho y la justicia, presentados como el agua que va a vivificar la tierra, se conciben con las siguientes características:

- Capacidad transformadora de esta realidad concreta. El agua no crea un paraíso distinto, sino que transforma *esta* estepa y *este* páramo.
- La perennidad y estabilidad de las aguas apuntan no a actos aislados, sino a la justicia y el derecho como maneras globales de ser y actuar, que están alimentando, como agua, las raíces mismas de todo el proceso humano.

- Abundancia. No se trata de las aguas que caen precipitada y violentamente para secarse después rápidamente. El fluir y la perennidad apuntan hacia una abundancia que significa constancia.
- Espontaneidad, frescura, viveza, claridad. Todo lo que falta a las aguas estancadas, que se convierten en venenosas.⁹⁰

“¿Corren los caballos por las rocas?
¿se ara con bueyes el mar?
Pues vosotros convertís en veneno el derecho,
el fruto de la justicia en ajeno”. (Am. 6, 12).

Para Amós y para todo mundo es insensato pensar en la posibilidad de correr caballos por las rocas o de arar el mar. Para Amós también es insensato convertir en veneno el derecho y el fruto de la justicia en ajeno; sin embargo, para los opresores no, es lo “normal”.

Hemos entresacado sólo algunos textos significativos —no todos— de Amós con relación al derecho y a la justicia, para darnos una idea de la crítica feroz de este profeta en contra de la opresión de los pobres y la injusticia a los débiles, proveniente de una tremenda desigualdad social.

Para el tema de los derechos humanos las críticas de Amós a la corrupción del derecho como “injusticia legalizada” son de un valor inmenso, así como la crítica a las instituciones de administración de justicia.

c) Oseas

Poco después de Amós aparece en el reino Norte el profeta Oseas. Más que acentuar aspectos de la justicia social en concreto, a Oseas le preocupa la sociedad de su tiempo. “Desea que sea ‘justa’, adecuándose a unas normas de convivencia que podemos sintetizar en el decálogo, alentada por un espíritu de verdad, afecto, lealtad. Las fallas mayores no las detecta en el comercio, la compra-venta de esclavos, la administración de la justicia en los tribunales, el lujo, sino en la violencia que hace tiempo se apoderó de Israel y provoca

⁹⁰ *Idem Supra*, pp. 232 y 233.

muerdes continuas entre sus contemporáneos. Y en la ambición política, que pone en marcha esa violencia criminal".⁹¹

Oseas nació y creció en uno de los pocos periodos de esplendor que tuvo Israel desde que se separó de Judá: durante el reinado de Jeroboan II. Cuando muere éste, la situación cambia. En los treinta años siguientes habrá seis reyes, cuatro de los cuales ocuparán el trono por la fuerza, sin derecho alguno. Por esa razón, el punto que más preocupa a Oseas, son los asesinatos provocados por ambiciones políticas.

"Me casaré contigo para siempre
me casaré contigo a precio de justicia y derecho
de afecto y de cariño;
me casaré contigo a precio de fidelidad,
y conocerás al Señor". (2, 21-22)

Para ser dignos de la fidelidad de Yahvé, su pueblo debe cultivar la justicia, el derecho, el afecto, el cariño y la fidelidad. Mismas cualidades que Dios da a su pueblo. Son para Oseas los valores máximos, las aspiraciones humanas más válidas.

d) Isaías

Amós y Oseas actúan en el norte durante el siglo VIII. Isaías, que probablemente nació en Jerusalén, actúa en el sur, profetizando aproximadamente del 740 al 701. Vive la invasión asiria. Se interesa por la política y por la justicia.

"Oíd la palabra del Señor, príncipe de Sodoma;
escuchad la enseñanza de nuestro Dios, pueblo de Gomorra.
¿Qué me importa el número de vuestros sacrificios?
—dice el Señor—
Estoy harto de holocaustos de carneros, de grasa de cebones;
la sangre de novillos, corderos y machos cabríos no me agrada.
Cuando entráis a visitarme
¿quién os pide esto al pisar mis atrios?"

⁹¹ SICRE. *Op. cit.*, p. 170.

No me traigáis más dones vacíos,
el incienso me resulta execrable.
Novilunios, sábados, asambleas...
No aguanto iniquidad y festividad.
Vuestras solemnidades y fiestas las detesto;
se me han vuelto una carga que no soporto más.
Cuando extendéis las manos, cierro los ojos;
aunque multipliquéis las plegarias, no os escucharé.
Vuestras manos están llenas de sangre.
Lavaos, purificaos,
apartad de mi vista vuestras malas acciones,
cesad de obrar mal, aprender a obrar bien.
Preocupaos por el derecho, enderezad al oprimido,
defended al huérfano, proteged a la viuda". (1, 10-17)

De este texto quisiera entresacar dos cuestiones dignas de destacar para nuestro tema. Al igual que en Amós, Isaías pone por encima del culto el derecho y la justicia. Pero lo que importa ahora acentuar por novedoso, es la preocupación de Isaías por los débiles: el oprimido, el huérfano y la vida, a quienes debe hacerse justicia.

Con este texto tenemos la crítica de Isaías a la injusticia en general. Vayamos ahora a textos más concretos relacionados con el fenómeno jurídico y sus instituciones. Contra los jueces (5, 22-23)

"Ay de los valientes para beber vino
y aguerridos para mezclar licores;
que por soborno absuelven al culpable
y niegan justicia al inocente".

Es la perversión de la administración de justicia. Dice Sicre: "Esos jueces no se limitan a 'desatender el derecho del desgraciado', embotados por el vino. Tienen la cabeza fresca para absolver a quienes les conviene".⁹² Aparece el soborno, la justicia se vende, el máximo valor es el dinero. Se niega el derecho del pobre por el dinero del rico.

Y de nuevo, como en Amós, la crítica de la perversión del derecho, de la legalización de la injusticia:

⁹² *Idem Supra*, p. 222.

“Ay de los que decretan decretos inicuos
y redactan con entusiasmo normas vejatorias
para dejar sin defensa a los débiles
y robar su derecho a los pobres de mi pueblo;
para que las viudas se conviertan en sus presas
y poder saquear a los huérfanos.
¿Qué haréis el día de la cuenta,
cuando la tormenta venga de lejos?
¿A quién acudiréis buscando auxilio
y dónde dejaréis vuestras riquezas?
Iréis encorvados con los prisioneros
Y caeréis con los que mueren”. (Is. 10.4)

Ya vimos la preocupación de Isaías por la administración de justicia, denunciando a quienes se desprecupaban de la causa de los huérfanos y las viudas, y a quienes dictan sentencias injustas contra los inocentes. Ahora su denuncia se refiere a la acción de “torcer” el derecho objetivo, no con sentencias ni leyes, sino con complementos a la ley. Isaías se opone a la redacción “con entusiasmo” (intención) de una serie de disposiciones complementarias (*heq, miktab*) —no código de leyes (*mispatîm*)— que no suprimen la letra de la ley en vigor, pero sirven para tergiversarla y aprovecharse de ella. Son personas dotadas de autoridad que aprovechan su posición y sus facultades de emitir decretos para aplastar a los débiles (*dallêm*), los huérfanos y las viudas.

Los métodos de explotación se han refinado con respecto a un siglo antes —escribe José L. Sicre—. “Cuando Jezabel quiso apoderarse de la viña de Nabot tuvo que matarlo. Ahora ya no es preciso suprimir a la persona; basta con suprimir sus derechos. Es un procedimiento menos escandaloso y más eficaz. Puede aplicarse a infinidad de casos. Así resultará, en cualquier época y país, que la ley sancione las desigualdades económicas y el robo”.⁹³

Para Isaías, igual que como vimos en Amós, la injusticia radica en el corazón del hombre y en las estructuras sociales. Pretende la conversión, que se cambie la conducta, interesándose por el derecho y la justicia. Y sobre este tema Isaías —como nos lo deja ver Sicre—, su última palabra es la esperanza, lo cual resulta muy alentador.

⁹³ *Idem Supra*, p. 231.

e) Miqueas

Es Miqueas el último profeta del siglo VIII. Es considerado un gran portavoz de la justicia. El ambiente que rodea al profeta está marcado por el latifundismo, robos a mano armada y trabajos forzados. Su actividad profética se sitúa entre los años 740-698 aproximadamente. Era originario de Morasti, un pueblo del reino de Judá.⁹⁴

Las denuncias de Miqueas son contradichas por los falsos profetas, defensores de la situación de injusticia, cuyos argumentos destruye el propio Miqueas. Los falsos profetas predicen mentiras e invitan a la buena vida. Sobre el latifundismo y redistribución de la tierra, en el capítulo 2:

1. “¡Ay de los que planean maldades
e iniquidades en sus camas!
Al amanecer las ejecutan porque pueden hacerlo.
2. Codician campos y los roban
casas, y las ocupan.
Oprimen al varón con su familia,
al hombre y a sus herederos.
3. Por eso, así dice el Señor:
Mirad, yo planeo una desgracia contra esta gente,
de la que no podréis apartar el cuello
no podréis caminar erguidos,
porque será una hora funesta.
4. Aquel día entonarán contra nosotros una sátira,
cantarán una triste elegía. Dice
“Estamos totalmente perdidos.
Cambia la propiedad de mi familia.
¿Cómo osa arrebatármela?
Distribuye nuestros campos al infiel”.
5. Ciertamente, no tendréis quien os atribuya por sorteo
un pedazo de tierra en la asamblea del Señor”.

⁹⁴ Cf. Ivo STORNILO y Euclides MARTINS BALANCIN. *Cómo leer el libro de Miqueas. Un profeta contra el latifundio*. Ed. Paulinas, Santafé de Bogotá, 1993.

Miqueas no sólo se fija en las acciones, sino también en las intenciones, en la codicia que lleva a cometer injusticias. Los opresores despojan a familias de sus campos y casas; cometen injusticia.

Al final habla de un reparto equitativo, por sorteo, de las tierras, hecho por el pueblo reunido en asamblea. Anuncia la justicia.

Miqueas denuncia también a las autoridades (3, 1-4 y 3, 9-12) que detestan la justicia y tuercen lo recto. Condena la mala administración de justicia. Estas autoridades detestan el derecho (*mispat*), que es lo que Dios ama, y van contra el recto ordenamiento de la sociedad.

Como escribe Sicre, Miqueas: “no ama Jerusalén, ni sus edificios, ni su progreso. No cree en sus tribunales de justicia. No se siente contento de estar en la ciudad. No desea su paz. Porque, igual que Amós, no es un turista ni un peregrino. Es un profeta, que descubre el revés de la trama. Prosperidad y progreso están contruidos con la sangre de los pobres, a base de injusticias”.⁹⁵

En Miqueas los opresores son los que tienen el poder político, económico y judicial, y los que detentan el poder religioso: sacerdotes y falsos profetas. Los opresores en general se presentan como hombres de fe religiosa, pero de malos sentimientos internos (codicia, odio, desprecio). Se compadece de los oprimidos y conoce de cerca sus problemas. Atribuye mucha importancia a Jerusalén en el fenómeno de la opresión, considerando que esa ciudad debe desaparecer como los culpables. Miqueas rechaza también las acciones culturales si no existe justicia; del capítulo 6:

6. “—¿Con qué me presentaré al Señor inclinándome al Dios del cielo?
¿Me presentaré con holocaustos,
con becerros añojos?
7. ¿Aceptará el Señor un millar de carneros
o diez mil arroyos de aceite?
¿Le ofreceré mi primogénito por mi culpa
o el fruto de mi vientre por mi pecado?
8. —Hombre, ya te he explicado que está bien,
qué desea el Señor de ti:
que practiques el derecho,

⁹⁵ SICRE. *Op. cit.*, p. 290.

ames la bondad
y seas atento con tu Dios”.

f) Jeremías

Jeremías es ya un profeta posterior, se sitúa al final de la época monárquica y a comienzos del exilio (627-586).

Nos importa destacar que para Jeremías, conocer a Dios es practicar el derecho (*mispat*) y la justicia (*sadaqâ*) (9,23). Y, como en todos los profetas, hacer efectivos el derecho y la justicia implica ver por los oprimidos, hacerse cargo de ellos, de su causa.

Y Jeremías, de acuerdo con su mensaje, condena directamente al monarca por sus actos opresivos y en concreto por dejar sin salario a los pobres. El oráculo contra el rey Joaquín, sintetiza el mensaje central de Jeremías con respecto al derecho y la justicia:

“¡Ay del que edifica su casa con injusticias,
piso a piso, inicualemente;
hace trabajar de balde a su prójimo,
no le paga su salario!

¿Piensas que eres rey porque compites en cedros?
Tu padre comió y bebió,
practicó la justicia y el derecho y le fue bien;
hizo justicia a pobres e indigentes
y eso sí que es conocerme —oráculo del Señor—.

Tú en cambio, tienes ojos y corazón sólo para el lucro,
para derramar sangre inocente
para el abuso y la opresión”.

B. ¿Qué significa para los profetas de Israel derecho y justicia?

Es claro que no tienen para ellos el mismo sentido corriente que para nosotros hoy día. No se trata de la concepción del positivismo jurídico —ni voluntarista, ni normativista—; tampoco se trata de una concepción meramente iusnaturalista que entienda el derecho derivado de la “naturaleza del hombre” con una justicia formalista, ahistórica.

Se trata de una concepción del derecho y la justicia más profunda, más rica e histórica, esto último en el sentido de que, sin perder su valor “para todo tiempo y lugar”, tiene una ubicación en el “aquí y ahora”, se concretiza.

Mispat ha sido traducido como derecho, ley, acto judicial, justicia, intervención justiciera extrajudicial, y algunos otros términos análogos. *Mispat*, según nos enseña Porfirio Miranda, viene de la raíz *spt* que significa “salvar de la injusticia a los oprimidos”.⁹⁶ *Mispat* encierra entonces un sentido jurídico muy profundo. Pues derecho y justicia, ley, acto judicial, etc., poseen en la tradición bíblica, y por lo tanto profética, un sentido de liberación de la opresión al débil. No es dar a cada quien lo suyo en el sentido de una justicia conservadora, de derechos adquiridos, sino que implica, especialmente, velar por los derechos de los pobres, de los oprimidos, de los débiles. Esto también en virtud del *paralelismo sinonímico* entre las raíces *spt* y *sdq*, derivándose de esta última *sadaqâ* que se traduce como justicia.

Esto tiene también una significación muy importante sobre el origen del derecho y la idea de justicia. El propio Miranda afirma: “En planteo de antropología general ya podíamos haber supuesto como obvio que, cuando en la historia humana se ideó la función de un juez o de lo que después llegó a llamarse juez, fue exclusivamente para ayudar a quienes por ser débiles no pueden defenderse; los otros no lo necesitan. Pero el uso bíblico de la raíz *spt* hace que una tal teoría deje de ser mera teoría y conjetura”.⁹⁷ Considera que el significado genuino de *sâfat* no es *juzgar* en sentido estricto de administración de justicia, sino más amplio, hacerles justicia a los débiles y oprimidos, quedando englobado el sentido estrictamente judicial porque se supone que los tribunales deben salvar de la injusticia a los necesitados.

Otros autores coinciden con Miranda respecto del concepto de derecho y justicia en la tradición bíblica y concretamente en los profetas. Sicre menciona a Wildberger que sostiene que “la justicia que el antiguo testamento exige a los jueces no es la ‘iustitia distributiva’ que da a cada uno lo suyo, sino la ‘iustitia adiutrix miseri’, la que protege al desgraciado. También es injusticia despedir a las viudas

⁹⁶ MIRANDA. *Op. cit.*, p. 111.

⁹⁷ *Idem Supra*.

con las manos vacías, no socorrerlas, dejarlas consumirse en llanto. Y es justicia librar al huérfano indefenso, repartir el pan con él, alegrar el corazón de la viuda”.⁹⁸

El concepto de *mispat* es bastante amplio, pues, y no comprende sólo al derecho objetivo, a las leyes, sino que implica una práctica jurídica, “practicar el derecho” (Miq. 6, 8) que va más allá del puro cumplimiento de las leyes; supone un compromiso con el prójimo, especialmente con el más necesitado. Sicre cita a Renaud: “No es sólo cumplir los mandamientos, sino establecer con el prójimo una relación conforme al ideal de la alianza establecida por Dios”. Y Allen sostiene: “La primera de las exigencias divinas se orienta a la comunidad humana (...) *Justicia* es la palabra clave usada tantas veces por los profetas para sintetizar esta obligación social. Abarca y supera una serie de preceptos negativos, tales como la prohibición de oprimir, perjurarse, sobornar. Exige un sentido de responsabilidad con los miembros más débiles de la sociedad para que no queden marginados. Insiste en los derechos de los otros; requiere un instinto de preservación *social*”.⁹⁹

Podemos concluir, entonces, que los conceptos de derecho y justicia en los profetas son sinónimos, conforme a la traducción del Antiguo Testamento. Y que se trata de dos términos que rebasan en mucho las ideas legalistas de derecho y meramente judiciales de justicia, aunque las impliquen. Su sentido más profundo, y amplio al mismo tiempo, supone una práctica a favor de los más débiles, salvar de la injusticia al oprimido.

3. Algunas cuestiones de derecho y justicia en la Patrística

Los Padres de la Iglesia son un conjunto de pensadores cristianos de los primeros siglos de la Iglesia —desde los orígenes del cristianismo hasta el siglo sexto según unos y según otros hasta el séptimo u octavo—;¹⁰⁰ sus enseñanzas y doctrinas forman lo que se llama *Patrística*. En sus escritos tocan marginalmente cuestiones de tipo

⁹⁸ SICRE. *Op. cit.*, p. 202.

⁹⁹ *Idem Supra*, p. 298.

¹⁰⁰ A. HAMMAN. *Guía práctica de los Padres de la Iglesia*. Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1969, p. 329.

social y entre ellas tópicos relativos a la juridicidad, aunque no de manera sistemática, pues el objetivo de sus textos es pastoral y apologético.

En términos generales, cuando se ocupan de temas jurídicos, se revela en los Padres una preocupación muy fuerte por la justicia, entendiendo ésta, ante todo, como el respeto a los derechos de los pobres. Esto es muy claro cuando denuncian situaciones económicas injustas y estructuras sociales inequitativas que se expresan en el comercio, la usura, los impuestos y el desigual reparto del producto social; y también cuando tratan criterios morales como el destino comunitario de los bienes (teoría de la comunicación de bienes), la dignidad del trabajo, la apropiación injusta de los bienes de propiedad, la obligación de compartir los bienes y la condena del lujo.¹⁰¹

Veamos algunos textos a manera de ejemplo, como botones de muestra, en donde salen sobrando los comentarios.

De San Basilio de Cesarea (329-379), padre griego, en su Homilía VII sobre el Hexamerón:

Los peces tienen distinta alimentación, según su especie. Unos, en efecto, se alimentan de barro; otros, de algas; otros se contentan con las plantas que se crían en las aguas. Sin embargo, la mayoría se comen los unos a los otros, y el menor es entre ellos comida del mayor. Y si sucede que el que se apoderó del menor es a su vez presa de otro mayor, los dos vienen a parar al mismo vientre.

¿Y qué otra cosa hacemos los hombres al oprimir a los de la clase baja? ¿En qué se diferencia del último que hemos dicho el que por su ávido amor a la riqueza esconde en sus senos insaciables a los débiles? Aquél poseía lo que era del pobre; tú, tomándolo a él mismo, lo hiciste parte de tu opulencia. Te has mostrado el más inicuo de los inicuos y el más avaro de los avaros. Cuida que no tengas el mismo fin que los peces: el anzuelo, la caña o la red. Y es así que si nosotros cometemos muchas acciones propias de inicuos, no escaparemos al último suplicio.¹⁰²

¹⁰¹ Cf. *Justicia y explotación en la tradición cristiana antigua*, textos seleccionados por Juan LEURIDAN. Ed. Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1978; *Pobreza y riqueza en obras selectas del cristianismo primitivo*, selección de textos, traducción y estudio introductorio por Carlos Ignacio González, S. J. Ed. Porrúa, Col. Sepan Cuantos... México, 1988; Guillermo MÚGICA. *Los pobres en los Padres de la Iglesia*. Ed. Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1977.

¹⁰² *Justicia y explotación... Op. cit.*, p. 11.

Del padre latino, San Jerónimo (347-420), en una de sus *Cartas*:

Acertadamente llama el Evangelio a las riquezas 'injustas', pues todas las riquezas no tienen otro origen que la injusticia y uno no se puede hacer dueño de ellas, o no ser que otro las pierda. Por lo que me parece certísima esta sentencia popular que dice: Los ricos lo son por su propia injusticia o por herencia de bienes adquiridos injustamente.¹⁰³

Del padre también latino, obispo de Milán, San Ambrosio (+397), en su libro sobre Nabot de Yizreel:

¿Hasta dónde pretenden llevar, ricos, su codicia insensata? ¿Acaso son los únicos habitantes de la tierra? ¿Por qué expulsan de sus posesiones a los que tienen su misma naturaleza y vindican para ustedes solos la posesión de toda la tierra? En común ha sido creada la tierra para todos, ricos y pobres; ¿por qué se arrojan ustedes el derecho exclusivo del suelo? Nadie es rico por naturaleza, pues, ésta engendra igualmente pobres a todos. Nacemos desnudos y sin oro ni plata. Desnudos vemos la luz del sol por primera vez, necesitados de alimentos, vestidos y bebidas; desnudos recibe la tierra a los que salieron de ella, y nadie puede encerrar con él en su sepulcro los límites de sus posesiones. Un pedazo estrecho de tierra es bastante a la hora de la muerte, lo mismo para el pobre que para el rico; y la tierra, que no fue suficiente para calmar la ambición del rico, lo cubre entonces totalmente.¹⁰⁴

Ahora del padre griego, San Juan Crisóstomo (+407) obispo de Constantinopla, en su Homilía sobre el Salmo 48.

El cuerpo del rico ha sido entregado a la tierra; pero la vista de las grandes construcciones no permite que con él quede enterrada la memoria de su avaricia. Todo el que pasa, al contemplar la grandeza y riqueza de la espléndida casa, no dejará de decirse a sí mismo o a su vecino: "¡Con cuántas lágrimas no se habrá edificado esta casa! ¡Cuántos huérfanos se habrán quedado desnudos! ¡Cuántas viudas no habrán sufrido una iniquidad y cuántos obreros no habrán sido defraudados de su jornal!" De modo que te pasa todo al revés: querías gozar de gloria mientras vivías, y ahora ni después de fallecer te ves libre de acusadores. La casa lleva tu nombre como esculpido en la fachada y obliga a que te ultrajen hasta quienes no te vieron en vida.¹⁰⁵

¹⁰³ *Idem Supra*, p. 26.

¹⁰⁴ *Idem Supra*, p. 27.

¹⁰⁵ *Idem Supra*, p. 13.

mativa para tutelar a los terceros que tenían relaciones jurídicas con las empresas organizadas según este esquema. Tal tutela se justifica propio por la confianza que las bancas debían ofrecer a los clientes (se dice en D. 14,3,20 *ad fidem mensae protestandam*, para dar cuenta de la fe del banco y en D. 42,5,24,2 *fidem publicam secuti*, ateniéndose a la fe pública) y por la necesidad que éstas tenían de dirigirse a sus servicios (*propter necessarium usum argentariorum*, por causa del uso necesario de los banqueros, D. 16,3,8).

Respecto a la propuesta del gerente, como dice Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,3,11,3-5, debía ser dada una oportuna publicidad para esclarecer las cartas legibles (*claris litteris, unde de plano recte legi possit*, a letras claras, de modo que pueda leerse inmediata y correctamente), en un lugar evidente puesto en la banca o en cualquier lugar donde se ejercitase la función (*ante tabernam ... vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed evidenti*, frente al local ... o bien frente a aquel lugar en donde se ejercita la empresa, no en un lugar escondido, sino evidente), en una lengua comprensible a los habitantes (*litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem*, en letras griegas o latinas? Opino según la situación del lugar); esta forma de publicidad, además, mientras duraba el ejercicio de la banca, no podía eliminarse (*proscriptum autem perpetuo esse oportet*, de otra parte lo que fue fijado tiene que ser manifestado en perpetuo), porque el relativo aviso había sido retirado con o sin dolo del banquero o por el gerente o sustraído por un tercero o todavía hecho ilegible por el tiempo. Ni el contenido y los límites de la propuesta podían estar modificados por el simple gusto del que lo proponía con la finalidad de engañar a los terceros contrayentes (*condicio autem praepositionis servanda est ... neque enim decipi debent contrahentes*, de otra parte la condición del encargo debe ser respetada ... porque los contratantes no deben ser engañados).

La violación de estas disposiciones venía sancionada con el ejercicio de la misma acción institoria en contra del banquero.

En segundo lugar, resulta indiferente que el gerente tenga el *status* de esclavo o de hombre libre, ya que en ambos casos se hace valer la responsabilidad del banquero mediante la acción institoria, como dice Papiniano, *libro tertio responsorum* en D. 14,3,19,1:

Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

(Si el dueño que tuvo un esclavo como gerente de un banco para recibir dinero, también después de haberle dado la libertad, explotó el mismo negocio por medio del liberto, con la variación de estado no se alterará la causa del riesgo).

La situación originaria es la de un banquero que ha propuesto como gerente de la banca a un esclavo propio (... *dominus ... servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit*, el dueño tuvo un esclavo como gerente de un banco para recibir dinero), análogamente a lo que habíamos visto en D. 14,3,5,3. Después, sucede que este esclavo fue manumitido sin que dejase de actuar como gerente de la banca, transformándose el dueño en patrón (*post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit*, también después de haberle dado la libertad, explotó el mismo negocio por medio del liberto); en tal caso, según el jurista, el régimen del riesgo empresarial, y por lo tanto de la responsabilidad hacia los terceros por la actividad bancaria concluida por el liberto, continuaba a ser ilimitada, no sufriendo cambios una vez que se dio la variación del *status* de gerente (*varietate status non mutabitur periculi causa*, con la variación del *status* no se alterará la causa del riesgo).

Es evidente cómo aquí el jurista se haya encontrado frente a un problema nuevo consistente en la utilización como gerente de un banco en lugar de un esclavo a un liberto; como el edicto del pretor, que concedía la acción institoria, era modelado sobre la situación originaria en que el banquero proponía como gerente un propio esclavo o hijo de familia, el ejercicio de tales funciones por parte de un hombre libre (también si en determinado momento fue esclavo) ponía las dudas sobre el ejercicio de esta acción. Tal problemática la resuelve Papiniano en sentido afirmativo, reforzando la tutela de los clientes (y de otros acreedores) del banco, para los cuales no debía tener más relevancia el *status* de gerente pudiéndose por ello siempre demandar al propio banquero.

En fin, gracias a la interpretación de la jurisprudencia es creado un régimen jurídico particular para la protección de los terceros contratantes (y por lo tanto también de los clientes), en el caso en que el empresario (que en el presente caso es el banquero) muera, pero la

empresa (que aquí es la banca) continúe sus funciones mediante el gerente.²² Se trata de dos textos, uno de Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,3,5,17 y otro de Paulo, *libro trigesimo ad edictum* en D. 14,3,17,2-3, que toman en consideración cualquier tipo de actividad empresarial organizada según el modelo que habíamos llamado de responsabilidad ilimitada. Se dice en el primer texto:

si ... decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit. nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem.

(si haya fallecido quien dio el encargo y le haya sucedido un heredero, que utiliza el mismo gerente, sin duda será necesario que él sea obligado. Y, si antes de la aceptación de la herencia fue contratado con él, es equitativo que a quien lo ignora sea dada la acción institoria).

Si el titular de la empresa que ha propuesto a un gerente muere y su heredero continúa a utilizarlo (*si ... decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur*, si ... haya fallecido quien dio el encargo y le haya sucedido un heredero, que utiliza el mismo gerente), puede ser llamado en juicio con la acción institoria para las actividades realizadas por el mismo. Si antes de la aceptación de la herencia un tercero hubiera contratado con el gerente (... *si ante aditam hereditatem cum eo contractum est*, si antes de la aceptación de la herencia fue contratado con él), ignorando la muerte del empresario, a él viene concedida igualmente por razones de equidad la acción institoria (*aequum est ignoranti dari institoriam actionem*, es equitativo que a quien lo ignora sea dada la acción institoria), que naturalmente ejercerá en contra del heredero después que hubiera aceptado. En la primera parte del texto Ulpiano enuncia el principio general, según el cual la muerte del que proponía al gerente no extinguía la mencionada propuesta cuando el heredero continuaba a utilizar al mismo gerente, mientras en la segunda, se otorgaba protección mediante la acción institoria a los que en buena fe no sabían que estaban concluyendo con un gerente en un momento en que el em-

²² Sull'argomento cf. PETRUCCI, *I servi impuberum esercenti attività imprenditoriali nella riflessione della giurisprudenza romana dell'età commerciale in Societas - Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Nápoles, 1999, pp. 212 ss., bibliografía.

presario había muerto y todavía no había sido aceptada la herencia. En el texto de Paulo en D. 14,3,17,2-3 se sostiene:

2. Si impubes patri habenti institores heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus ... 3. Eius contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi si furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit: non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat.

(2. Si un impúber haya sucedido como heredero al padre que tenía gerentes, y después haya sido contratado con ellos, se ha de decirse que es dada la acción contra el pupilo por utilidad del uso promiscuo ... 3. También escribió Pomponio, que ciertamente se ha de dar acción por razón del contrato que se celebró antes de aceptada la herencia, aunque quedase de heredero un furioso; porque no se ha de culpar al que sabiendo que el dueño falleció contrate con el gerente negociador de la mercancía).

Si un impúber sucede al padre que ha propuesto gerentes a su empresa, los terceros que han contratado con ellos pueden ejercitar en contra de él con la acción institoria por causa de la utilidad que deriva del uso promiscuo de los gerentes mismos (*si impubes —promiscui usus*, si un impúber— del uso promiscuo). Pero respecto a los contratos concluidos antes de la aceptación de la herencia, Paulo, siguiendo la posición de Pomponio, concede por ello a los terceros contratantes con el gerente la acción institoria, también si el heredero del que lo proponía era un enfermo de mente (*etiamsi si furiosus heres existat, dandam esse actionem ...*, se ha de dar acción ..., aunque quedase de heredero un furioso), porque no se puede imputar a quien tenía conciencia de la muerte del empresario que ha propuesto de haber igualmente contratado con el gerente encargado de ejercitar la empresa (*non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat*, porque no se ha de culpar al que sabiendo que el dueño falleció contrate con el gerente negociador de la mercancía).

Mientras el § 2 va de acuerdo con la hipótesis tratada por Ulpiano en el primer periodo de D. 14,3,5,17 analizado arriba, en el § 3 Pomponio y Paulo se alejan de la solución propuesta por el jurista de Tiro por la actividad desarrollada con el gerente en el momento de la muerte del empresario y el de la aceptación de la herencia, propug-

nando la concesión de la acción institoria también a los contratantes que contrataron con el gerente y que hubiesen tenido conocimiento de la muerte del empresario que lo propuso. Aplicando estos principios a la empresa bancaria, vemos que en la hipótesis de la muerte del banquero y sucesiones de un heredero que utiliza el mismo gerente, existe concordancia de opiniones entre los juristas en el sentido de reconocer a los clientes (y a cualquier tercero contratante) la posibilidad de intentar contra el nuevo titular del banco la acción institoria para hacer valer los propios derechos. En la fase de "vacío" de la titularidad del banco (entre la muerte del banquero y la aceptación de la herencia por obra de su heredero), pero de continuidad de su ejercicio de parte del gerente, las soluciones que emergen en la jurisprudencia eran parcialmente diferentes. Pomponio y Paulo, manifestando una fuerte sensibilidad por las exigencias de la tutela de los clientes (y de todo tercero contratante), le atribuían en todo caso la acción institoria contra el heredero, mientras Ulpiano la limitaba sólo a aquellos de buena fe, que ignorasen la muerte del banquero, otorgando por cuanto a los que por el contrario tuviesen el conocimiento de un periodo de suspensión un momento de espera para que se llegase a aceptar la herencia.

Una vez que hemos clarificado los presentes aspectos, se puede observar cómo tal disciplina se armoniza con aquella que emergía del texto de Escévola, *libro quinto digestorum* en D. 14,3,20 examinado en el precedente párrafo. En éste por ello se configuraba la diferente situación que el banquero fuera muerto sin herederos e insolvente (*Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis*, fallecido Lucio Ticio sin heredero y vendidos sus bienes), no permitiendo por tanto a los clientes de tener un nuevo titular de la empresa contra el cual intentar la acción institoria.

Para proteger los intereses del banquero que ejercitaba la banca según el esquema organizativo aquí en examen, se pone el principio por el cual su responsabilidad valía sólo para la actividad cumplida por el gerente en el ámbito de la designación del gerente, según cuanto se afirma en Gayo 4, 71 (cf. además Inst. de Justiniano 4,7,2): *institoria vero formula tunc locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve suum vel quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit* (La fórmula de la acción institoria

procede cuando alguien ha encargado como gerente de una tienda o cualquier otro comercio a un hijo o a un esclavo suyos o a cualquier extraño, libre o esclavo, y se ha efectuado con él algún negocio relacionado con aquella actividad por la que fue encargado como gerente). Era entonces de fundamental importancia establecer cuáles actividades realizadas por el gerente pudiesen considerarse en el ejercicio de un banco y cuáles fuesen excluidas, liberando en tal modo al banquero y haciendo responsable, por el contrario, al gerente mismo. La importancia del presente punto ya ha sido subrayada comentando en el § precedente el texto de D. 14,3,20, donde la exención de la responsabilidad del gerente libre de una banca había sido comprendida en la especie concreta de haber actuado en el ámbito de su encargo.

Sobre tal aspecto el testimonio más importante es el de Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,3, donde, en sede del comentario al edicto *de argentariis rationibus edendis* que hemos tomado en examen en el §2, se incluye una definición dada por Labeón de las varias actividades que constituían una cuenta bancaria:

Rationem autem esse Labeo ait, ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendive causa negotiationem; nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere, nec, si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere; hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet; nam et hoc ex argentaria venit.

(Mas dice Labeón, que una cuenta es una negociación de lo que por una y otra parte se ha de dar, recibir, prestar, obligar o pagar; y que ninguna cuenta empieza sólo por la nuda paga de lo debido, ni a nadie se ha de compeler a exhibir, si haya recibido prenda o mandato, porque esto cae fuera de la cuenta. Pero debe el banquero exhibir también lo que estableció que se pague; porque también esto proviene de su empresa bancaria).

La doctrina considera como único retoque del texto por parte de los compiladores de Justiniano la supresión de la referencia a la garantía específica prestada por los banqueros (el *receptum argentarii*), abolida por el mismo emperador con la constitución del año 531 incluida en C. 4,18,2, y su sustitución con una garantía de carácter general (el *constitutum debiti alieni*), que cualquier tercero podía prestar.

Aceptando tal observación, de la exégesis del mencionado texto es posible realizar algunas deducciones respecto a la naturaleza jurídica de la cuenta bancaria, así como respecto a las actividades que

pueden incorporarse en ella. No es ésta la sede para volver a tratar tales argumentos ya analizados por nosotros en otras investigaciones.²³ Aquí es suficiente relevar cuanto sigue:

El término *ratio* (cuenta) utilizado por los comentarios al edicto de los juristas tiene un doble significado, documental y sustancial, pues con tal expresión se indican, como vimos en el § 2, las escrituras contables en que se registran el complejo de operaciones que conciernen una cuenta, así como la relación jurídica entre banquero y cliente que da origen a dichas operaciones.

Con referencia al aspecto sustancial, el empleo en la definición que acabamos de exponer de las palabras “por una y otra parte” (*ultra citro*) y “negociación” (*negotiatio*) y la imposibilidad que la nuda paga de una deuda pueda constituir una cuenta nos inclinarían a considerar la hipótesis que, por lo menos tendencialmente, Labeón y Ulpiano sean de la idea que el concepto de cuenta bancaria tenga una naturaleza contractual. Tal consideración nos parece válida a pesar de las posibles relaciones entre esta definición labeoniana de cuenta en D. 2,13,6,3 y aquella que el mismo jurista da sobre el concepto de contrato, acordada siempre por Ulpiano en D. 50,16,19.²⁴ En efecto la expresión “por una y otra parte” puede sobrentender no únicamente la bilateralidad objetiva de la relación, sino también su carácter voluntario, mientras que la exclusión que un simple acto de cumplimiento de una obligación pueda dar origen a una cuenta, representa un síntoma indudable de la existencia de un acuerdo de voluntad finalizado a constituir la. Además la palabra “negociación” indica la realización entre cliente y banquero de una pluralidad de actos, o más generalmente de operaciones con ejecución repetida, basados en la unicidad y la unitariedad de la relación jurídica.

²³ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 171 sig. y *Prime riflessioni*, op. cit., pp. 80 sig., con indicación de la principal bibliografía.

²⁴ Según la opinión dominante (cf. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Corso di diritto romano I*, Torino, 1992, p. 155, nt. 201), no existe una identidad conceptual entre las dos definiciones, de modo que la idea que Labeón tiene de una cuenta queda fuera de su idea de contrato. El argumento principal en que se basa esta opinión es que el contrato, según Labeón, implicaría necesariamente el nacimiento de obligaciones sinalagmáticas (*ultra citroque obligatio*), mientras la definición de D. 2,13,6,3 haría referencia sencillamente a la reciprocidad de las operaciones bancarias relacionadas con una cuenta (*ultra citro negotiatio*), con exclusión de su carácter sinalagmático. En un sentido parcialmente diferente PETRUCCI, *Prime riflessioni*, op. cit., pp. 80 ss.

La definición de D. 2,13,6,3 nos ofrece una imagen general de las varias actividades que pueden seguramente definirse bancarias, esto es, las negociaciones recíprocas de dar, recibir, prestar, obligar y pagar, mientras que no tienen dicho carácter la nuda paga de una deuda, la recepción de prendas y el mandato, aunque sean actos que podían cumplirse también por parte de un banquero. A las actividades típicas se ha de añadir, según Ulpiano, el *receptum argentarii*, la específica garantía prestada por el banquero en favor de su cliente, pues también esta garantía “procede de (la gestión de) un banco” (*nam et hoc ex argentaria venit*).

Para la determinación concreta de estas actividades no podemos más que remitir a los brillantes estudios de Fernández Barreiro, Albanese, Álvaro D’Ors²⁵ y a las observaciones más recientes realizadas por nosotros.²⁶

Queda todavía un interesante texto de Paulo, *libro primo decretorum* en D. 14,5,8, que demuestra cómo a veces las decisiones de los órganos jurisdiccionales imperiales podían, en presencia de determinadas circunstancias, reconocer una responsabilidad del banquero también para los actos cumplidos por el gerente fuera de su encargo. En éste se dice:

Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam ... quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.

(Ticiano Primo había encargado un esclavo a dar dinero en mutuo y a recibir prendas: este esclavo solía también respecto a los negociadores de

²⁵ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, pp. 156 sig.; B. ALBANESE, *Agere, gerere e contrahere in D. 50,16,19. Congetture su una definizione di Labeone* en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)* 38, 1972, pp. 204 sig., y pie de página 18; A. D’ORS, *Réplicas Panormitanas II, El contractus según Labeón (A propósito de una crítica de Albanese)* en *Revista de Estudios históricos jurídicos* 1, 1976, pp. 29 sig.

²⁶ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 179 sig.

cebada asumir la deuda en lugar del comprador y pagar. Habiéndose huido el esclavo y llamando él, al que había sido delegado de pagar el precio de la cebada, en juicio el dueño por cuenta del gerente, éste negaba que podía ser llamado en juicio por tal cuenta, porque no había sido encargado para tal asunto. Pero siendo probado que el mismo esclavo bien sea había ejercitado otras actividades bien sea había gestionado almacenes y había pagado a muchos, el prefecto *annonae* había emitido la sentencia en contra del dueño ... Porque resultaba que él lo había sustituido en todo, el emperador conservó la sentencia).

Ticiano Primo había propuesto a un esclavo para conceder préstamos garantizados mediante prenda. Además de tal actividad realizaba otras, entre las cuales la de otorgar créditos a los adquirentes de los comerciantes de cebada, actuando como delegado de los primeros respecto a los segundos (*etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere*, solía también respecto a los negociadores de cebada asumir la deuda en lugar del comprador y pagar). En un cierto momento el esclavo escapa y un comerciante de cebada, el cual había sido delegado a pagar el precio, demanda en juicio al patrón con la acción institoria (*is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris*, llamando él, al que había sido delegado de pagar el precio de la cebada, en juicio al dueño por cuenta del gerente). El demandado argumentaba la falta de legitimación pasiva para ser demandado en juicio porque la actividad crediticia iba más allá del propio encargo como gerente (*negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset*, éste negaba que podía ser llamado en juicio por tal cuenta, porque no había sido encargado para tal asunto). Habiéndose, sin embargo, probado en el procedimiento que aquel esclavo desarrollaba otras actividades económicas, gestionaba almacenes y había actuado de delegado de muchos adquirentes por los cuales había pagado el precio de la cebada, el prefecto de la "anona" había emitido una sentencia de condena en contra del dueño (*praefectus annonae contra dominum dederat sententiam*, el prefecto *annonae* había emitido la sentencia en contra del dueño). La sentencia viene apelada delante al emperador que confirma la decisión del prefecto, sobre el presupuesto que el dueño, habiéndose sustituido a sí mismo por el esclavo en todas las actividades también fuera de la propuesta como gerente, implícitamente habría extendido sus límites (*quia videbatur in omnibus eum*

suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator, porque resultaba que él lo había sustituido en todo, el emperador conservó la sentencia).

Como se puede constatar, en la especie en examen la argumentación del banquero que las actividades financieras cumplidas por el gerente entre comerciantes de cebada y adquirentes no estaban comprendidas entre las específicamente indicadas en la propuesta y su perada por la circunstancia que él había normalmente tolerado el desarrollo de tal actividad, además de muchas otras, manifestando por ello la propia voluntad de considerarlas incluidas entre el objeto de su actividad. No parece dudoso que tal solución, si bien fundada sobre una *quaestio voluntatis*, encontrase la propia *ratio* en las mismas exigencias de la confianza de los clientes, que habíamos relevado en el curso de la presente investigación, también si aquí los clientes tutelados son comerciantes de cebada y no pequeños ahorradores.

Mayormente favorecidos eran los beneficios del banquero en el caso de escoger el modelo organizativo fundado sobre la gestión de un banco de parte de su hijo o esclavo en el ámbito del peculio (*mensa peculiaris*), porque en esta hipótesis su responsabilidad hacia los clientes (y otros acreedores) era limitada al monto del mismo peculio (*dumtaxat de peculio*) o de aquella parte del peculio que hubiera sido incorporada en el patrimonio del patrón (*vel de in rem verso*), haciéndose valer con la homónima acción.²⁷ Aquí no era necesario un encargo específico del banquero para la gestión de un banco, sino únicamente la ausencia de su voluntad contraria a tal efecto,²⁸ explicando por qué no fueron impuestos particulares formas de publicidad como para la propuesta como gerente. Es claro que también para tal modelo valían aquellas mismas exigencias de protección de la confianza de los clientes que ya vimos, pero el banquero, en lugar de responder con todo su patrimonio por su violación, se beneficiaba de una limitación de la responsabilidad.

El testimonio de tal fenómeno proviene de Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,4,3, sacado todavía una vez más del comentario al edicto pretorio sobre la exhibición en juicio de la contabilidad

²⁷ Sobre el argumento cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 347 sig.

²⁸ Cf. al respecto PETRUCCI, *I servi umperum*, op. cit., pp. 221 sig., con amplias referencias bibliográficas.

bancaria (cf. *supra*, § 2).²⁹ En éste, bien sea en la particular óptica del edicto comentado, se meten en luz las ventajas y al mismo tiempo los límites para el banquero de la adopción de este esquema organizativo. En la parte que aquí nos interesa se dice:

Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. Sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere. Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.

(Mas si un esclavo gestiona un banco (pues puede), si lo haya gestionado con la voluntad del dueño, éste es constreñido a exhibir y se ha de dar la acción en contra de él, como si lo hubiera gestionado él mismo. Mas si lo gestionó ignorándolo el dueño, es suficiente que el dueño jure que tiene las cuentas. Si el esclavo gestiona un banco en su peculio, el dueño es obligado por la acción *de peculio vel de in rem verso*: mas si el dueño tiene las cuentas y no las exhibe, es obligado por el entero).

En el primer periodo Ulpiano reporta el pensamiento de Sabino citado en el parágrafo 2 del fragmento, según el cual, si el esclavo gestiona el banco al interno del peculio por voluntad del dueño, el mismo es considerado como el gestor directo y contra de él se puede ejercitar la acción por la falta de exhibición de las escrituras contables (*compellendum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset*, éste es constreñido a exhibir y se ha de dar la acción en contra de él, como si lo hubiera gestionado el mismo). Pero si la gestión de la banca se realiza sin el conocimiento del titular, es suficiente que éste realice un juramento por el que afirme de no poseer las escrituras contables para evitar cualquier tipo de responsabilidad (*si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere*. Mas si lo gestionó ignorándolo el dueño, es suficiente que el dueño jure que tiene las cuentas). En el periodo final Ulpiano, considerando el pensamiento de Sabino, precisa que en esta última eventualidad, ya que se trata de una empresa gestionada con base en un peculio, contra el titular se puede actuar con la

²⁹ Para una exégesis profunda de tal texto cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 348 sig.

relativa acción. (*Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur*. Si el esclavo gestiona un banco en su peculio, el dueño es obligado por la acción *de peculio vel de in rem verso*). Si, por el contrario, se logra probar que él, declarándose que ignoraba la gestión, poseía la documentación contable y no la había exhibido, su responsabilidad no se encuentra más limitada, sino por la totalidad (*sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur*, mas si el dueño tiene las cuentas y no las exhibe, es obligado por el entero).

Para los fines que nos interesan, se observa, por tanto, como el banquero no podía valerse de la limitación de la responsabilidad todas las veces que su posición subjetiva respecto al ejercicio de la banca no fuese el de la ignorancia. Y si esto valía para la exhibición de la contabilidad, tanto más debía valer para la actividad de gestión de la banca.

En fin, una última reflexión con referencia al modelo organizativo de la sociedad entre banqueros (*societas argentariorum*) sin designación de un gerente. Como es notorio, este tipo de sociedad presenta importantes características, resumibles en la solidaridad activa y pasiva y en la recíproca representación entre los socios, que hacen uno de los tipos más perfectos de sociedad con relevancia externa en la experiencia jurídica romana.³⁰ De las pocas noticias que tenemos a nuestra disposición se puede considerar que la creación de tal régimen jurídico fue primero obra de la práctica y por ello la *Rhetorica ad Herennium* del siglo I a. C., habla de la introducción del principio de la solidaridad pasiva entre banqueros socios por costumbre (*Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis*, el derecho por costumbre es lo que, sin ley igualmente como si fuera legítimo, fue utilizado, este género es lo que te debe un banquero, justamente puedes pedírselo a su socio 2,13,19), y después perfeccionado por la interpretación de los juris-

³⁰ Sobre el argumento cf. V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, Nápoles, 1965, pp. 82 sig.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros (societas argentaria)* en *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. 3, Milán, 1982, pp. 373 ss.; M. TALAMANCA, *Società (diritto romano)* en *Enc. del Dir.* vol. 42; Milán, 1990, pp. 830; PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 336 ss.

tas. Ésta por ello, mediante el principio de la solidaridad activa entre los socios, debía proponerse favorecer los intereses de los banqueros que podían en tal modo actuar en contra de los deudores también en lugares diferentes de aquellos de donde se había contraído la deuda, mientras, dando reconocimiento al principio de la solidaridad pasiva, debía haber observado el objetivo opuesto, esto es, de permitir a los clientes (y a otros acreedores) de hacer valer las propias razones también en lugares diferentes de la misma banca.

V. BREVES REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Tomando en consideración todo lo que hemos dicho en los presentes parágrafos, se puede observar que el complejo de datos examinados, si bien incompleto y fragmentario, nos ofrece una idea bastante precisa sobre cómo entre los fenómenos importantes de la vida de la banca, el ordenamiento jurídico se esforzase en encontrar puntos de equilibrio entre el conflicto de intereses.

Para la exhibición de las escrituras contables se tiene cuenta de la necesidad de los clientes de poderlas utilizar a salvaguarda de los propios intereses, creando en su favor una acción penal privada para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por el banquero que no había permitido observarla. Este último a su vez recibía protección de las propias exigencias del secreto profesional en un sector de vital importancia para su empresa.

En el caso de quiebra es evidente la línea de demarcación entre ahorradores y especuladores y la diversa protección establecida en el ordenamiento a las dos categorías, así como los límites de responsabilidad a cargo del gerente.

En la organización se relacionan elementos directos para garantizar estabilidad y expansión de las bancas y elementos de protección también acentuados de todos aquellos que confiaban su propio dinero, mediante una articulada red de normas sobre la responsabilidad.

Es interesante destacar cómo a estas soluciones no se llega mediante instrumentos que hoy llamaremos legislativos o reglamentarios, sino mediante la actividad jurisdiccional pretoria y la interpretación de la jurisprudencia, instrumentos más ágiles respecto a los primeros (basta pensar que el edicto del pretor venía renovado cada año al momento de entrar en funciones el magistrado), y por ello más capa-

ces de adaptarse con eficacia y rapidez a los cambios de la economía y a las nuevas exigencias que resultaban a tal efecto. No es una casualidad que el ordenamiento jurídico privado romano en el periodo de máxima expansión económica sea caracterizado, como emerge de Gayo Inst. 1,2 y sig. de una pluralidad de fuentes de producción del derecho (*constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*, los derechos del pueblo romano consisten en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que gozan el poder de promulgarlos y en los dictámenes de los jurisconsultos, Gayo, Inst. 1,2), entre las cuales la ley, si bien teniendo en la escala el grado más alto, desde el punto de vista cuantitativo tenía un papel secundario.

En fin las soluciones propuestas, si bien naciendo del examen de los casos concretos, no restaban límites a sí mismos, sino representaban una aplicación de los principios generales, como la *fides*, entendida bien sea como buena fe en las relaciones bancarias-cliente que confiaba en el banco, la *publica utilitas*, l'*aequitas*, que con su elasticidad, de un lado y, por otro, en su carácter jurídico estaba en grado de extenderse a un número ilimitado de casos, otorgando continuas soluciones a las nuevas especies que mano a mano se venían observando en el mundo jurídico.

LAS CONCESIONES FERROVIARIAS EN LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO FERROVIARIO

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: I. *La Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario*. II. *Las concesiones en la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario*. III. *Límites de los derechos de la concesión*. IV. *Naturaleza jurídica de la concesión de servicio público*. V. *Obligaciones del concesionario*. VI. *Conclusiones*.

I. LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO FERROVIARIO

En mayo de 1995 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (LRSF), la cual es de orden público y de observancia en todo el territorio nacional, y tiene por objeto regular la construcción, operación, explotación, conservación y mantenimiento de las vías férreas cuando sean vías generales de comunicación, así como el servicio público de transporte ferroviario que en ellas opera y los servicios auxiliares (art. 1).

El art. 2 hace un catálogo de definiciones para efectos de la interpretación de la LRSF.

El art. 3 señala las condiciones para que una vía férrea constituya una vía general de comunicación.

Las atribuciones de la aplicación de la LRSF corresponden a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (art. 6).

II. LAS CONCESIONES EN LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO FERROVIARIO

Se requiere concesión para construir, operar y explotar vías férreas, que sean vías generales de comunicación (art. 7, frac. I) y para prestar el servicio público de transporte ferroviario (art. 7, frac. II).

Las vías generales de comunicación ferroviaria se mantendrán en todo momento dentro del dominio público de la federación. Las vías férreas que se construyan al amparo de un título de concesión pasarán a formar parte del dominio público inmediatamente, con independencia de las condiciones y plazos de la concesión (art. 8 de la LRSF).

Las concesiones se otorgan mediante licitación pública (art. 9 de la LRSF), siguiendo el procedimiento previsto en dicho artículo. Una concesión ferroviaria incluye:

- a) La vía general de comunicación ferroviaria: son los caminos con guías sobre los cuales transitan trenes indispensables para la operación (art. 2, frac. VIII de la LRSF).
- b) Son parte integrante de la vía general de comunicación, el derecho de vía, los centros de control de tráfico y las señales para la operación ferroviaria (art. 3 de la LRSF).

El derecho de vía es la franja de terreno que se requiere para la construcción, conservación, ampliación, protección y en general para el uso adecuado de una vía general de comunicación (art. 2, inciso I, de la LRSF).

A la vía férrea solamente se le puede dar el uso de una vía general de comunicación. Como constituye un bien del dominio público de la federación es inembargable, imprescriptible e inalienable. No puede ser objeto del comercio la vía en sí, pero sí lo pueden ser los derechos de la concesión relativos a la vía férrea, de acuerdo con la Ley del Servicio Ferroviario.

- c) Los bienes del dominio público que se señalan en la concesión, así como su uso, aprovechamiento y explotación: *Dichos bienes no son enajenables, pero sí las partes de la concesión en la que se otorgan tales derechos. Lo mismo puede decirse en tratándose de arrendamientos o la celebración de contratos sobre los bienes del dominio público parte de la concesión: no son transmisibles en sí mismos, sino como parte de los derechos de la concesión que se cedan en un momento dado. El uso de tales bienes debe estar relacionado con la explotación de la vía férrea.*
- d) La prestación del servicio público de transporte ferroviario de carga en la vía férrea. El servicio público consiste en la satisfacción de una necesidad general de manera uniforme, ininterrumpida y general. En el presente caso es el que se presta en vías

férreas destinado al porte de bienes, incluyendo el servicio de arrastre de vehículos de terceros (art. 2, frac. V, de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, LRSF) *en el caso de la concesión ferroviaria el servicio público puede incluir el transporte de carga a través de la vía férrea sin interrupciones, a todos los que lo soliciten, y sin variaciones (para ciertas variaciones se requiere aprobación de la SCT).*

El servicio público es la actividad organizada que se realiza conforme a las disposiciones legales o reglamentarias, con el fin de satisfacer una necesidad continua, uniforme y regular de necesidades de carácter colectivo (artículo 65 de la ley de 29 de diciembre de 1970).

Con el mismo criterio que esta ley y dada la finalidad que se persigue con la creación de servicio público, la doctrina también ha considerado como principios esenciales comunes a todos los servicios el de continuidad en razón de la permanencia de la necesidad que se pretende satisfacer; el de adaptación, o sea la posibilidad de modificarlo a medida que vaya variando dicha necesidad y el de igualdad que significa que no debe discriminarse el goce del servicio a ningún particular que llene las condiciones legales.¹

- e) La prestación del servicio público de transporte ferroviario de carga en las demás vías troncales, rutas cortas o ramales integrantes del Sistema Ferroviario Mexicano, *siempre que cuente con derechos de paso o derechos de arrastre.*

Los bienes del dominio público están sujetos al régimen jurídico de inalienabilidad e imprescriptibilidad (artículo 16 de la Ley General de Bienes Nacionales).

La inalienabilidad significa que los bienes del dominio público están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional y que los particulares y las instituciones públicas sólo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes los derechos regulados por la propia ley.

Sin embargo, se declara que pueden establecerse sobre los bienes de dominio público aprovechamientos accidentales o accesorios compatibles con la naturaleza de tales bienes, en cuyo

¹ FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, Ed. Porrúa, 35a. ed., México, 1997, pp. 243 y 244.

caso tales aprovechamientos se regirán por el derecho común, pero los derechos de tránsito, de vista, etc., se regirán exclusivamente por las leyes y reglamentos administrativos.²

La Ley de Bienes Nacionales considera como bienes del dominio público a los destinados a un servicio público. La LRSF claramente habla de la concesión *para la prestación del servicio público, por lo que le resulta aplicable dicha disposición*.

El régimen jurídico aplicable a esta clase de bienes es igual a la que corresponde a los bienes de uso común, pues mientras se encuentran afectos al servicio, no pueden ser enajenados ni prescritos, prohibiéndose respecto a ellos todo gravamen real. Sin embargo, en la práctica pueden gravarse con autorización de la SCT.³

f) La prestación de los servicios auxiliares.

III. LÍMITES DE LOS DERECHOS DE LA CONCESIÓN

- a) Los derechos de la vía general de comunicación y los bienes del dominio público son en principio, intransmisibles.
- b) El concesionario no podrá usar, aprovechar o explotar la vía férrea para fines diversos a los permitidos en la concesión.

La concesión no incluye los derechos de paso y los derechos de arrastre.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La doctrina jurídica contemporánea considera que la concesión es un acto mixto compuesto de tres elementos: un acto reglamentario, un acto condición y un contrato.

El acto reglamentario fija las normas a las que ha de sujetarse la organización y el funcionamiento del servicio y dentro de él quedan comprendidas las disposiciones referentes a horarios, tarifas, modalidades de la prestación del servicio, derechos de los usuarios.

Teniendo el carácter de un acto reglamentario este primer elemento de la concesión, la administración puede variarlo en cualquier ins-

² *Ibidem*, p. 348.

³ *Ibidem*, pp. 350 y 351.

tante, de acuerdo con las necesidades que satisfacen el servicio, sin que sea necesario el consentimiento del concesionario, pues no se trata de modificar una situación contractual.

El segundo elemento de la concesión, el acto condición, es el que como su nombre lo indica, condiciona la atribución al concesionario de las facultades que la ley establece para expropiar, para gozar de ciertas franquicias fiscales, para ocupar tierras nacionales, etcétera.

Finalmente, existe en la concesión un tercer elemento, cuya finalidad es proteger los intereses legítimos del particular concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por la administración.

Pensamos que el elemento contractual de la concesión está constituido, además de las cláusulas que conceden ciertas ventajas pecuniarias al concesionario, pero las cuales pueden dejar de existir, en un derecho para el concesionario de mucha mayor importancia jurídica, puesto que representa la verdadera protección de sus intereses y la garantía de sus inversiones. Ese derecho es el que el concesionario tiene a que se *mantenga el equilibrio financiero de la concesión*.⁴

Para otros la concesión es un acto administrativo discrecional, y las concesiones-contrato que el Estado otorgó están por extinguirse.⁵ Nosotros nos adherimos a la opinión anterior.

V. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

A continuación nos referiremos a las principales obligaciones que debe cumplir un concesionario ferroviario, y analizaremos el tipo de obligación, dada la naturaleza jurídica de la concesión.

- a) El concesionario se obliga a prestar los servicios ferroviarios a los usuarios solicitantes, de manera permanente, uniforme y en condiciones equitativas y no discriminatorias en cuanto a oportunidad, calidad y precio en las condiciones previstas en el Reglamento.

⁴ *Ibidem*, p. 245.

⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, Ed. Porrúa, 14a. ed., México, 1999, p. 931.

Dichas obligaciones son acordes con las obligaciones que debe asumir un concesionario de servicios públicos en el derecho administrativo. Constituyen *la obligación esencial de la concesión. Tal como hemos definido un servicio público, la concesión para prestar el servicio público ferroviario.*

- b) En todos los puntos de interconexión con vías férreas de otros concesionarios o con ferrocarriles conectantes de otros países, el concesionario deberá proporcionar los servicios de terminal e interconexión, en condiciones equitativas y no discriminatorias en cuanto a oportunidad, calidad y precio. Cualquier diferencia en la oportunidad del servicio o en la aplicación tarifaria debe estar basada en circunstancias específicas que determinen las diferencias establecidas.

El servicio de interconexión comprende el entronque de la vía férrea de un concesionario con la de otro, y el intercambio recíproco de equipo ferroviario, así como, en su caso, los servicios de terminal que se requieran cuando uno de los concesionarios tenga a su cargo la operación de la misma.

El servicio de interconexión deberá permitir en todo tiempo la prestación de servicios ferroviarios entre vías férreas, de la vía férrea de un concesionario a la de otro.

Punto de interconexión es el lugar en el que se enlazan vías férreas para prestar servicios de interconexión. La SCT determinará los puntos y distancias de interconexión en los que se efectuará el intercambio de equipo ferroviario (art. 104 del Reglamento de la LRSF, RLSF).

Los derechos de interconexión son los que permiten a una línea conectarse con la línea férrea de otra empresa para prestar el servicio o llegar a otra localidad. En la práctica se han retrasado a propósito para impedir la competencia, lo que podría constituir una práctica monopólica relativa de obstaculización de acceso al mercado (artículo 10, fracción VII, de la Ley Federal de Competencia Económica).

- c) El concesionario será responsable ante la SCT de que se preste el servicio público de transporte público de transporte ferroviario de carga y demás servicios auxiliares, conforme los indicadores de eficiencia y seguridad que se especifiquen, los cuales serán revisados y, en su caso, modificados por la SCT cada cinco años.

Esta obligación forma parte de la obligación esencial de la concesión de servicio público: satisfacer necesidades colectivas de manera uniforme, continua y, sobre todo, *general*.

- d) El concesionario deberá ajustarse, como mínimo, a los compromisos de inversión establecidos en el plan de negocios, el cual deberá actualizarse cada cinco años, remitiéndose la documentación respectiva a la SCT, en el entendido de que dicha actualización no podrá tener por efecto la reducción de la inversión o de los compromisos adquiridos en el título: esta obligación la consideramos como parte del elemento contractual de la concesión: si se afecta el plan de negocios, se altera *el equilibrio financiero de la concesión*.

El Plan de Negocios debería ser revisado por el Consejo de Administración o por la Asamblea de Accionistas, para no incumplir esta condición de la concesión.

- e) El concesionario podrá llevar a cabo la modificación de la vía férrea o los bienes cuando dichas modificaciones tengan por efecto modernizar, reconstruir, conservar o mantener dicha vía o los bienes, o bien para mejorar la eficiencia o la calidad del servicio ferroviario.

Esta obligación guarda relación con el carácter de la concesión. Contrariamente a lo que se ha pensado durante mucho tiempo, las concesiones obligan más que las empresas que no la poseen a prestar el servicio en las mejores condiciones posibles para los usuarios. Acorde con lo anterior, el concesionario puede llevar a cabo (y a nuestro juicio debería) las reparaciones o mejoras necesarias a las vías generales de comunicación para estar en situación de cumplir con la obligación de adaptar el servicio público a las necesidades de los usuarios.

- f) Todas las obras que se realicen a la vía férrea pasarán inmediatamente a formar parte del dominio público de la federación. Lo anterior constituye una muestra de la teoría de la concesión, por la cual el concesionario no es más que un "prestador autorizado" de un bien o servicio público. Al ser público el bien o servicio que presta, es lógico que reúnan dicho carácter los bienes y servicios que se afecten a la concesión.
- g) El concesionario se obliga a realizar las obras con apego al proyecto ejecutivo previamente aprobado por la SCT. La SCT está

facultada para señalar las características, especificaciones y límites de la concesión (art. 9, frac. III, inciso a). Dentro de dichas atribuciones podemos incluir las previstas en este rubro. Sin embargo, es muy importante que dicho proyecto técnico esté bien especificado y detallado, pues sus modificaciones, aunque sean pequeñas, pueden implicar cantidades fuertes, por lo que debería haber una compensación para el caso que la SCT modifique el proyecto técnico o una prohibición para modificarlo para evitar el problema anterior. Una alteración supone una *afectación del equilibrio económico de la empresa, por lo que se requiere consentimiento de ambas partes para su modificación.*

h) El concesionario deberá contar con los servicios de telecomunicaciones y sistemas necesarios para el funcionamiento eficiente de los centros de control de tráfico. En su caso, se deberá obtener la autorización correspondiente al art. 34 de la ley. Los servicios de telecomunicaciones deberán estar interconectados con toda la red del Sistema Ferroviario Mexicano. Es lógico que se exija esta medida, pues el servicio debe contar con ciertas condiciones mínimas de seguridad que, en parte, se pretenden lograr mediante estas obligaciones.

Esta obligación también ayuda a cumplir con el principio de adaptabilidad mencionado: adaptar la concesión a las necesidades colectivas de los usuarios.

i) El concesionario deberá cumplir con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como con los tratados internacionales aplicables, en materia de equilibrio ecológico y protección al ambiente.

El concesionario será responsable de los daños que, en materia ecológica y protección al ambiente, se originen a partir de la conclusión de la diligencia de entrega-recepción, y que deriven de actos u omisiones a su cargo.

De igual forma, el concesionario será responsable de llevar a cabo las correcciones, modificaciones y obras de superficie e infraestructura de los centros de abasto y talleres que opere, que son requeridas para cumplir con la legislación de la materia.

El ferrocarril es un medio de locomoción contaminante. De ahí que las autoridades condicionen el otorgamiento y mantenimiento de la concesión al cumplimiento de las obligaciones en

materia ecológica. El cumplimiento de dichas obligaciones llega a ser oneroso, por lo que sería conveniente la inclusión de esquemas para facilitar a las empresas el cumplimiento de las obligaciones en materia de medio ambiente.

Dichas obligaciones forman parte del acto reglamentario por el cual el Estado puede sujetar al concesionario al cumplimiento de determinadas normas, *siempre y cuando guarden relación con el objeto de la concesión.*

j) En la ejecución de obras que realice el concesionario respecto a la vía férrea y a los bienes afectados a esta concesión dentro de los límites de un centro de población, deberá cumplir con lo dispuesto en la legislación, programas y zonificación en materia de desarrollo humano. Es extensible el mismo comentario que el número anterior. Cuando se celebren contratos de obra, el concesionario deberá asegurar que se cumplan con las condiciones de zonificación y desarrollo humano, cuyo incumplimiento puede llevar a la nulidad absoluta del acto (artículos 2224 y ss. del Código Civil).

k) El concesionario será responsable de la preservación y conservación de los bienes que constituyan monumentos históricos ante el Instituto Nacional de Antropología e Historia: dicha obligación corresponde a cualquier persona física o moral que posea monumentos históricos, por lo que no constituye una obligación adquirida por virtud del título de concesión.

l) El concesionario se obliga a designar, antes del inicio de operaciones, un responsable de la operación de la vía férrea. Los operadores deben estar registrados ante la SCT, para que pueda asegurar el control y la supervisión del personal ferroviario, como un modo de garantizar la seguridad del servicio público (art. 41 de la LRSF). *Este responsable no exime de responsabilidad al concesionario.*

m) El concesionario no podrá negarse a transportar agua a aquellas comunidades que por sus características geográficas o climatológicas lo requieran. Una de las finalidades del servicio público es la universalidad, que se pueda prestar a todos los usuarios, y dicha obligación tiende a imponer dicha obligación. Es de justicia que las empresas tienen una responsabilidad social que tienen que cumplir, de la que las concesiones se hacen eco a través de dicha obligación.

Esta obligación forma parte de las obligaciones propias del acto reglamentario, para el cumplimiento de la obligación de servicio público de satisfacer necesidades colectivas para todos los usuarios.

- n) El concesionario se obliga a transportar el correo dentro de los servicios de carga que proporcione; a transportar personas y bienes destinados a equipo de salvamento o auxilio, así como el personal y equipo de fuerzas armadas. El mismo comentario que al número anterior le resulta aplicable.
- o) En la aplicación de las tarifas, el concesionario deberá abstenerse de practicar ventas atadas, discriminación de precios o realizar subsidios cruzados. Las ventas atadas son la venta o prestación de un bien o servicio condicionado a la adquisición de otro producto (art. 10, frac. IV, de la Ley Federal de Competencia Económica, LFCE). La discriminación de precios es el otorgamiento de condiciones distintas para compradores que se encuentran en las mismas circunstancias (art. 7 del Reglamento de la LFCE y 10, frac. VII, de la LFCE). Los subsidios cruzados consisten en cubrir los gastos de un bien con los producidos en otro (art. 7 del Reglamento de la LFCE y 10, frac. VII, de la LFCE).

Dichas prácticas constituyen, además de violaciones al título de concesión, violaciones a la LFCE que pueden ser objeto de fuertes sanciones, y que pueden ser más frecuentes en una industria de tradición monopólica como la ferrocarrilera.

- p) En caso fortuito o de fuerza mayor, la SCT está facultada para imponer modalidades en la operación y explotación de la vía férrea, así como en casos de desastres naturales, guerra, grave alteración del orden público, cuando se prevea algún peligro para la seguridad nacional o la paz interior del país. De manera parecida a la suspensión de garantías, para asegurar la paz pública, es lógico que el Estado pueda imponer modalidades en la prestación del servicio para mantener dicha paz. Sin embargo, dichas modalidades sólo deberán durar el tiempo que dure la perturbación.

Esta obligación forma parte del acto reglamentario que rige la concesión y, por ende, puede ser sujeto a modificación por parte de la SCT.

- q) El concesionario se obliga a contar con las pólizas de seguros que en términos de la Ley y el Reglamento deban contratar: una

industria de transporte supone riesgos, por lo que en atención a la prevención de los mismos, se obliga a los concesionarios a asegurar los bienes o a las personas, en los términos de la LRSF o su Reglamento.

- r) El concesionario estará obligado a otorgar derechos de paso y los derechos de arrastre conforme a los términos de la concesión.

El derecho de paso es el que se concede a un concesionario para que sus trenes con su tripulación, transiten en las vías férreas de otro concesionario mediante el cobro de una contraprestación al concesionario solicitante (art. 105, RLRSF).

El derecho de arrastre es el que se concede a un concesionario para que su equipo de arrastre sea manejado con el equipo tractivo, la tripulación y en la vía férrea de otro concesionario mediante el cobro de una contraprestación al concesionario solicitante (art. 106, RLRSF).

Los derechos de paso y de interconexión constituyen los activos esenciales (*essential facilities*) para que los competidores puedan acceder al mercado en que opera el concesionario. Si no se da esto convenientemente, es muy difícil que exista competencia. Por esta razón, deberían ser objeto de una regulación más estricta para su prestación a los agentes económicos concesionarios.

- s) El concesionario tiene derecho para que se le otorguen los derechos de paso y los derechos de arrastre, conforme a los términos de la concesión.

Los derechos de paso constituyen un activo esencial para la operación de otros ferrocarriles, que de otra manera no podrían competir o alcanzar otras rutas que las que operan con su concesión.

- t) El concesionario se obliga a permitir la construcción de cualesquiera de las instalaciones, siempre que no se vea perjudicada la prestación de servicios públicos ferroviarios.

Consideramos que la imposición de dicha obligación debe guardar relación con los fines de la concesión, para que sea una facultad discrecional debidamente fundada y motivada (artículo 16 constitucional).

- u) El concesionario podrá constituir gravámenes sobre los derechos derivados de la concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley. En los casos en que se autorice la constitución de gravámenes sobre los derechos derivados

de la concesión, se deberá establecer que la ejecución de la garantía no otorgará el carácter de concesionario al adjudicatario, a menos que sea autorizado en los términos del art. 18 de la ley.

El concesionario, para garantizar el pago de los gravámenes, podrá obligarse en el convenio correspondiente a ceder los derechos y obligaciones contenidos en el título al acreedor o tercero adjudicatario, condicionado a que se obtenga autorización previa de la SCT.

La concesión, por su propia naturaleza es intransmisible, debido a que se eligió aquel transportador porque tenía las condiciones técnicas y humanas para prestar el servicio. Para el caso de que se quiera cambiar el concesionario, la autoridad debe cerciorarse que reúne las mismas características técnicas y materiales para la prestación del servicio.

- v) El concesionario sólo podrá ceder total o parcialmente sus derechos con aprobación de la SCT. Se considera aplicable el último párrafo del número anterior.
- w) Los inversionistas extranjeros se obligan a no invocar la protección de sus gobiernos, bajo la pena, de perder, en caso contrario, los derechos objeto del presente título en beneficio de la nación mexicana.

Dicha cláusula, un tanto retrógrada, transcribe la disposición constitucional de que los extranjeros no deben invocar la protección de sus gobiernos, para proteger la soberanía nacional. Con los capítulos de inversión y los tratados para proteger las inversiones en los acuerdos de libre comercio, esta cláusula cada vez tiene menos sentido.

- x) El concesionario se obliga a constituir una reserva para cubrir pasivos laborales contingentes que se originen durante la vigencia de este título.

La constitución de la reserva, que aquí aparece como acto reglamentario, puede afectar el equilibrio económico de la empresa, por lo que consideramos *que la empresa puede negociar lo con la autoridad.*

- y) El concesionario deberá utilizar un sistema de contabilidad uniforme, que permita desagregar los diferentes costos. En la aplicación de tarifas, el concesionario está obligado a separar el com-

ponente originario en el extranjero del generado en México, guardando congruencia con los costos asociados a cada segmento.

Esta obligación es claramente consecuencia del acto reglamentario de la concesión, pero no sabemos si es suficiente para detectar la existencia de posibles subsidios cruzados. Consideramos que, como en materia de telecomunicaciones, debería haberse exigido que la contabilidad para las diferentes empresas deberían llevarse por separado, además de otros requisitos para poder detectar prácticas monopólicas.

- z) El concesionario pagará al gobierno federal un aprovechamiento único, así como los derechos que procedan por la explotación de los bienes del dominio público y las cuotas que correspondan en los términos de la Ley Federal de Derechos por concepto de verificación.

Consideramos que el pago de aprovechamientos y derechos no pueden ser impuestos por la autoridad *ad libitum*, pues con ellos se afecta directamente el equilibrio financiero de la empresa, por lo que en caso de que se impusieran cargas fiscales excesivas, el concesionario podría impugnarlas, por romperse el elemento contractual, que forma parte de la concesión.

VI. CONCLUSIONES

La Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario regula, por primera vez, la concesión de los servicios públicos ferroviarios, después de que el mismo había sido prestado por Ferrocarriles Nacionales de México.

Dicha Ley y su Reglamento establecen una regulación detallada de las prohibiciones y obligaciones de los concesionarios, tanto en lo que es consecuencia del poder reglamentador del Estado, como las que hacen referencia a los intereses económicos del concesionario.

Destacan asimismo, la prohibición de prácticas monopólicas, como la obligación de otorgar derechos de arrastre y de paso, pero consideramos que hasta el momento no han sido suficientes para alentar la competencia en el sector ferroviario. Con una mejor reglamentación y supervisión de los derechos de paso e interconexión, consideramos que la competencia en el sector se verá fortalecida.

LA POLÍTICA LABORAL Y LAS PERSPECTIVAS DE REFORMAR A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Javier MOCTEZUMA BARRAGÁN

“En el verano de 1997, un destacado periódico japonés me preguntó cuál pensaba yo era el suceso más importante que había ocurrido en el siglo XX [...] Los últimos cien años no carecen de acontecimientos importantes [...] Sin embargo, entre la gran variedad de desarrollos que han ocurrido en el siglo XX, no tuve, en definitiva, ninguna dificultad en escoger uno como el principal desarrollo del periodo: el ascenso de la democracia”.

Amartya Sen, Premio Nobel de Economía, 1998.

SUMARIO: I. *Ámbito laboral internacional.* II. *Situación laboral en México.* III. *El diálogo obrero-empresarial hacia una Nueva Cultura Laboral y el anteproyecto de Código Procesal del Trabajo.* IV. *Principales resultados del diálogo obrero-empresarial hacia una Nueva Cultura Laboral.* 1. *Anteproyecto de Código Procesal del Trabajo.* V. *Retos y perspectivas del ámbito laboral.*

Es un gran honor acudir a la Escuela Libre de Derecho, mi *alma mater*, para abordar el tema “La política laboral y las perspectivas de reforma a la Ley Federal del Trabajo”. Reitero mi más amplio agradecimiento al Lic. Mario Alberto Becerra Pocaroba, Rector de la Escuela Libre de Derecho, así como al Lic. Luis Manuel Díaz Mirón Álvarez, por su gentil invitación para intercambiar experiencias y puntos de vista con los estudiantes de esta institución de excelencia académica en el ámbito de la enseñanza del derecho.

Es un motivo de particular satisfacción constatar el interés de la comunidad de la Escuela por profundizar en un tópico de tal trascendencia social, como lo es la reforma laboral.

El gobierno de la República tiene como uno de sus objetivos primordiales consolidar la normalidad democrática en nuestro país, la cual ya permea las distintas esferas de la vida nacional. El ámbito laboral no es la excepción, pues durante la presente gestión gubernamental el diálogo y la concertación, pilares fundamentales de la democracia, rigen las relaciones laborales.

En efecto, durante el presente régimen, el diálogo y la concertación han hecho posible que los factores productivos acuerden, por consenso, un conjunto de principios y propuestas, en particular un anteproyecto de Código Procesal del Trabajo, para mejorar las relaciones obrero-patronales, y enfrentar exitosamente los retos de los grandes cambios a escala mundial, como son los intensos flujos de capital, la formación de cadenas internacionales de producción, un rápido cambio tecnológico y la introducción de modernos esquemas en la organización productiva.

I. ÁMBITO LABORAL INTERNACIONAL

Como dice el especialista Michael Renner, en un reciente artículo intitulado "Creating Jobs, Preserving the Environment", en el inicio de un nuevo milenio la naturaleza del trabajo está cambiando rápidamente, en una medida sólo comparable a la Revolución Industrial.

Estamos inmersos en una tercera Revolución Industrial, que se caracteriza, principalmente, por el uso generalizado de la informática, el empleo de nuevos materiales, y la adopción de novedosas formas organizativas para desarrollar los procesos productivos.

Además, la revolución informática ha permitido que más personas tengan acceso a la información que anteriormente era privilegio de unos cuantos, lo cual ha dado mayor poder a la sociedad en su conjunto.

Dichos cambios han incidido en el trabajo humano. En una época dominada por los acelerados cambios tecnológicos, el trabajo ha superado su connotación de mano de obra y se ha convertido en una actividad creativa que exige la potenciación de aptitudes y el desarrollo de nuevas habilidades, y un puesto de trabajo permanente para

toda la vida productiva de una persona será la excepción más que la regla. En ciertos países desarrollados, aproximadamente el 45% de los puestos de trabajo no son fijos ni de tiempo completo.

Hay quienes sostienen que en el siglo XXI, el 20% de la población activa será suficiente para conservar el funcionamiento de la economía mundial.

El crecimiento poblacional ha marcado también esta época. Al inicio de la era cristiana, la población total del planeta era de 100 millones de personas, cantidad prácticamente igual al aumento de la población mundial observado en 1997.

Así, la población mundial se ha cuadruplicado en el siglo XX, al llegar a más de 6 mil millones de personas. La economía mundial es 17 veces más grande. En sólo un año, en 1999, la economía global sobrepasó el crecimiento alcanzado durante todo el siglo XVII.

La economía mundial se ha expandido. Apertura comercial, mundialización e interdependencia de los países constituyen la divisa de nuestra época.

Según el Fondo Monetario Internacional, la globalización es la interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, causada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capital, a la vez que la difusión acelerada y generalizada de la tecnología.

Sin embargo, dicho fenómeno puede traer aparejadas consecuencias indeseables para la humanidad. La economía mundial no puede expandirse indefinidamente si los ecosistemas de los que depende continúan deteriorándose, por lo que resulta indispensable impulsar un desarrollo sustentable.

Los esfuerzos que hagamos para construir una economía sustentable, a su vez, no pueden separarse de los esfuerzos para satisfacer las necesidades básicas de la población en extrema miseria. Tan sólo considérese que el capital de las más de dos centenas de personas más acaudaladas del planeta equivale al ingreso anual del 47% de las personas paupérrimas del planeta.

De donde surge la necesidad de respetar los derechos humanos y procurar mayor calidad de vida.

Es necesario romper con la dinámica de una mayor riqueza material, en unas cuantas zonas del planeta que, sin embargo, trae apare-

jada una gran incertidumbre en los mercados laborales de otros países, con los consecuentes impactos sociales.

En las economías modernas el trabajo constituye la principal fuente de ingresos para la mayor parte de las personas que integran la fuerza laboral.

No obstante, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) calcula que más de 1,000 millones de personas, es decir, un tercio de la población activa del mundo, están desempleadas, o subempleadas.

Aunado a ello, la fuerza de trabajo crece muy dinámicamente en el ámbito mundial. Debido al crecimiento poblacional, se estima que durante los próximos 50 años, el mundo necesitará crear más de 30 millones de empleos adicionales cada año.

El desempleo juvenil está en ascenso en una proporción mayor que el crecimiento de la fuerza laboral en su conjunto. De acuerdo con la OIT, en todo el mundo hay cerca de 60 millones de jóvenes de entre 15 y 24 años que buscan trabajo pero no lo encuentran.

En Europa hay 15 millones de desempleados, mientras que, según datos de la misma OIT, 18 millones de personas en América Latina están desempleadas en el medio urbano. La tasa de desocupación en dicha región se calcula que fue de 8.8% en 1999. En diez de los 15 países latinoamericanos en los que se cuenta con información, la tasa de desempleo fue de dos dígitos.¹ Según la Comisión Económica de la Organización de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL), en dicha región siete de cada 10 puestos de trabajo se han creado en el sector informal.

Frente a este panorama, si observamos las agendas políticas de los Estados, veremos que en primerísimo lugar está la demanda de muchos ciudadanos por obtener empleo. México no es ajeno a este problema internacional.

II. SITUACIÓN LABORAL EN MÉXICO

La población de México asciende a 97.4 millones de habitantes, el doble de la población que había en 1970. Los cambios demográficos han implicado profundas transformaciones en la pirámide poblacio-

¹ En Colombia llegó al 19.8%.

nal. Destaca un aumento considerable en la proporción de jóvenes y adultos y un porcentaje creciente de adultos mayores.

La población en edad de trabajar, medida por la Población Económicamente Activa (PEA), entre 1995 y 2000 creció de 36.6 millones de personas a 43.3 millones, estimada en este año. Aunado a ello, se registra en México una emigración internacional por razones laborales.

En este contexto, el desafío es crear empleos productivos y de calidad en el sector formal de la economía. Hay una fuerza de trabajo muy dinámica en México, pues 1.3 millones de personas buscan ingresar cada año al mercado laboral.

Asimismo, resulta decisivo impulsar el crecimiento real de los salarios de los trabajadores, mediante la elevación de la productividad.

Lo anterior explica el lugar prioritario que, en la agenda del gobierno de la República, tiene el impulso al crecimiento económico y la puesta en práctica de políticas y programas que permitan mantener en forma sostenida dicho crecimiento.

El régimen del presidente Ernesto Zedillo ha impulsado un crecimiento económico sostenido y sostenible, bajo la premisa de que el mayor dinamismo de la economía permitirá generar más y mejores empleos que los mexicanos demandan legítimamente.

Asimismo, en el marco de la creciente democratización del país, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social procura el equilibrio armónico de los factores de la producción y promueve el pleno ejercicio de los derechos de asociación, de libertad sindical y de negociación colectiva.

Como es de su conocimiento, la libertad de asociación permite a los trabajadores y empleadores formar sindicatos que defienden sus derechos y aumentar así su poder de negociación colectiva; también es el derecho a afiliarse libremente a dichas organizaciones.

La autoridad es respetuosa de la autonomía de los sindicatos. Los sindicatos se constituyen por, y a favor de los trabajadores, y las autoridades federales del trabajo somos escrupulosamente respetuosas de la vida interna de los sindicatos. La permanencia y consolidación del sindicalismo tienen su fuente en la voluntad de los trabajadores, y el sindicalismo está garantizado por nuestra democracia constitucional.

Asimismo, el gobierno federal propicia la libertad de negociación de los contratos colectivos entre las partes, de acuerdo con las condiciones específicas de cada empresa.

La libre negociación salarial entre las partes ha probado ser positiva, pues fomenta la estabilidad laboral, necesaria para atraer nuevas inversiones y, por lo tanto, para crear nuevos puestos de trabajo y preservar el equilibrio entre los factores productivos, como lo marca nuestra Constitución Política.

En el marco del artículo 123 constitucional, sobre la base de los estándares mínimos establecidos en la Ley Federal del Trabajo, como resultado de la negociación colectiva, se ha edificado en nuestro país un derecho social mediante la institución de la contratación colectiva, lo cual ha significado una ampliación y una mejoría, por encima de los mínimos legales, de los derechos de los trabajadores.

Así, el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva ha permitido que los contratos colectivos de trabajo se erijan en una auténtica fuente de derecho laboral.

El gobierno de la República reconoce la importancia de respaldar la negociación colectiva, sin inmiscuirse en el ámbito de los agentes sociales autónomos, como lo son los sindicatos y las empresas.

Sin embargo, lo anterior no implica, de ninguna manera, que la autoridad laboral abdique de su responsabilidad de cumplir y hacer cumplir la legislación laboral.

Como prueba de ello, es importante señalar que, aunada a la importante labor de conciliación que lleva a cabo la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en el ámbito administrativo, tiene bajo su responsabilidad la mediación conciliadora entre sindicatos y empresas de jurisdicción federal, por conducto de la Coordinación General de Funcionarios Conciliadores. De 1995 a 1999 la Coordinación intervino en 1,416 conciliaciones que involucraron a 1,831,470 trabajadores. De septiembre de 1999 a julio de 2000 el número de conciliaciones atendidas fue de 325, e involucró a 408,475 trabajadores.

Así, los procedimientos alternativos de solución de controversias en el ámbito laboral, como son la mediación y la conciliación, han sido privilegiados por las autoridades del trabajo, dada su probada eficacia en la prevención y solución de litigios.

Como lo ha destacado la OIT, el reconocimiento y el respeto de la negociación colectiva y del diálogo social constituyen un prerrequisito para afianzar un clima de confianza y de cooperación entre los sectores productivos para encarar los acelerados cambios en la economía

mundial. Téngase presente, como añade la OIT, que las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores, así como el entramado institucional que los rige surgieron cuando las empresas colocaban casi toda su producción en el mercado interno.

Por tanto, la negociación colectiva es un derecho fundamental de carácter laboral que todo Estado democrático ha de garantizar y promover.

La política laboral del gobierno federal tiene como uno de sus principales propósitos preservar el equilibrio armónico entre los factores de la producción, en el marco de un pleno Estado de derecho, en cumplimiento de nuestra Constitución Política y de la Ley Federal del Trabajo, para alcanzar los objetivos marcados en el Plan Nacional de Desarrollo y en el "Programa de Empleo, Capacitación y Defensa de los Derechos Laborales 1995-2000".

Bajo estas premisas, el gobierno de la República: i) impulsa la conciliación; ii) implementa políticas activas de empleo; iii) fomenta la plena autonomía sindical; iv) fortalece la procuración e impartición de la justicia laboral y v) facilita el diálogo obrero-empresarial hacia una Nueva Cultura Laboral, entre otras directrices de política.

Gracias a la conciliación y al franco entendimiento entre las fuerzas productivas, durante el actual sexenio se ha presentado el menor número de huelgas de que se tiene registro en el ámbito federal.

Así, debido primordialmente al clima de entendimiento entre los sectores productivos, durante el actual sexenio se han registrado de diciembre de 1994 a septiembre de 2000, 279 huelgas.

De los emplazamientos recibidos por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje en el periodo de enero a octubre de 2000, se registraron sólo 21 huelgas, lo que representa 30% menos conflictos en comparación con los 30 registrados durante el mismo periodo de 1999, año en el que se contabilizó el menor número de estallamientos, desde que se lleva registro de este indicador, es decir, desde 1972.

En materia de procuración de justicia laboral, durante la presente gestión gubernamental, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo (PROFEDET) siguió proporcionando en forma enteramente gratuita los servicios de asesoría, conciliación y representación jurídica a los trabajadores, sus beneficiarios y sindicatos en defensa de sus derechos laborales. En 1999 se publicó el nuevo Reglamento Interior de la PROFEDET que permite apoyar a los trabajadores con un

servicio integral de asesoría, conciliación y representación. Se instalaron seis nuevas Procuradurías Auxiliares Foráneas.

Al comparar el periodo enero-julio de 2000 con el mismo lapso de 1995, la solución de conflictos obrero-patronales por medio de la conciliación impulsada por la PROFEDET se incrementó 264.7 por ciento.

En lo concerniente a la impartición de justicia laboral, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, tribunal de plena jurisdicción, tiene a su cargo la solución de los conflictos de trabajo de competencia federal expresamente consignados en la Ley. De integración tripartita, por mandato constitucional, dicho tribunal especializado emplea primordialmente la conciliación como el mecanismo idóneo para dirimir las controversias entre los factores de la producción y, en su caso, el arbitraje.

Con el propósito de acercar la justicia al lugar donde se reclama, durante el presente gobierno se han creado doce Juntas Especiales de la Federal de Conciliación y Arbitraje, en otros tantos estados de la República, y una más en el Distrito Federal, lo cual contribuye a alcanzar una justicia pronta y expedita. Con ello, las Juntas Especiales de Conciliación y Arbitraje suman 67, distribuidas en las 32 entidades federativas, lo que ha traído como resultado una mejor atención a la ciudadanía.

De 1995 a 1999, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje recibió 232,976 demandas individuales para su trámite y resolvió 199,580 expedientes, cifras superiores en 27.9 por ciento y 17 por ciento, respectivamente, en comparación con las del periodo 1989-1994.

De septiembre de 1988 a junio de 1999, los conflictos de tipo individual resueltos superaron en 9.4 por ciento a las demandas recibidas, situación que continuó entre septiembre de 1999 y junio de 2000, cuando se recibieron 34,884 demandas y se lograron desahogar 35,503.

Es importante destacar que las demandas de carácter colectivo resueltas por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje durante el periodo 1995-1999 ascendieron a 5,336, lo que representó un crecimiento de 66.8 por ciento respecto a las 3,198 que se solucionaron de 1989 a 1994, y entre septiembre de 1999 y junio de 2000 los conflictos colectivos resueltos alcanzaron un total de 394, lo que significó una disminución de 66.1 por ciento comparativamente con el mismo periodo anterior.

Mediante un nuevo Reglamento Interior, vigente a partir de junio de 1999, se reordenó la estructura orgánica de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, que permite una mejor distribución tanto de las atribuciones del tribunal como de las cargas de trabajo, al mismo tiempo que fortalece las funciones sustantivas y separa las funciones administrativas, lo que propicia una mayor eficiencia y capacidad para atender la creciente demanda.

Respecto a la generación de empleos, ésta ha crecido en forma consistente. De enero a septiembre del año en curso, la tasa de desempleo abierto en promedio fue de 2.2%, tasa menor a la de igual periodo de 1999, que fue de 2.6%; al respecto, debe tenerse presente que el año pasado se alcanzó la tasa de desempleo más baja desde que se registra este indicador.

Lo anterior se ve confirmado por el mayor número de trabajadores afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social. De enero a octubre de 2000, se han creado 721,699 nuevos empleos, entre trabajadores permanentes y trabajadores eventuales urbanos.

Asimismo, la autoridad laboral garantiza el pleno respeto a la autonomía sindical. En materia de registro de asociaciones, la autoridad registral en el ámbito federal ha ejercido sus atribuciones legales con absoluta transparencia y respeto a la autonomía sindical. De diciembre de 1994 a octubre de 2000, se otorgaron 162 nuevos registros sindicales.

Del total de registros otorgados a nuevos sindicatos, el 51 por ciento se ha otorgado a sindicatos agrupados en alguna central tradicional, y el otro 49 por ciento ha sido otorgado a sindicatos no afiliados a dichas centrales. En materia registral, el principio rector es, y ha sido, que la autoridad federal otorgue el registro al solicitante que cumpla con los requisitos legales.

III. EL DIÁLOGO OBRERO-EMPRESARIAL HACIA UNA NUEVA CULTURA LABORAL Y EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO

Conscientes de la necesidad de enfrentar exitosamente los cambios registrados en el mundo del trabajo a escala mundial, los sectores productivos del país desde 1995 llevan a cabo un fructífero diálogo obrero-empresarial hacia una Nueva Cultura Laboral, que ha generado importantes resultados concretos.

El acercamiento entre los sectores productivos para emprender el diálogo se dio después de que en el país se había registrado la crisis económica más grave en las últimas décadas. En este contexto, la CTM y la COPARMEX, como se verá, acordaron que era prioritario dar claras señales de entendimiento entre los factores productivos, que generaran un clima de colaboración entre los sectores para encontrar, a partir del diálogo, soluciones a los problemas en el mundo del trabajo.

El diálogo hacia una Nueva Cultura Laboral no es una moda pasajera, sino que es un laudable y sostenido esfuerzo de concertación de las fuerzas productivas, quienes tienen la firme determinación de seguir adelante. Se trata de un diálogo entre agentes sociales autónomos, realizado en ejercicio de sus derechos constitucionales, lo que constituye una valiosa aportación a la cultura democrática de nuestro país, que, como anticipé, permea ya los distintos ámbitos de la vida nacional, incluido el laboral.

El diálogo obrero-empresarial hacia una Nueva Cultura Laboral constituye una instancia de diálogo social, que tiene entre sus objetivos centrales: revalorar el trabajo humano y, por tanto, la dignidad de los trabajadores, así como las importantes contribuciones de los empresarios a la sociedad; y, sobre todo, mejorar aún más las relaciones obrero-patronales.

Así, con una visión de largo plazo, los agentes productivos perciben que, mediante una Nueva Cultura Laboral, será posible consolidar una economía más eficiente y competitiva, que permita crear más empleos productivos y mejor remunerados.

El 25 de julio de 1995 don Fidel Velázquez, entonces líder de la CTM, y el Lic. Carlos Abascal, actual coordinador de la Mesa Laboral del equipo de transición del Presidente Electo y entonces Presidente de la COPARMEX, suscribieron un documento de 11 puntos, intitulado "Por una Nueva Cultura Laboral", en el que reconocieron que la globalización debe alentar la creatividad, la responsabilidad y la imaginación de todos los mexicanos para forjar una Nueva Cultura Laboral que permita alcanzar "el pleno empleo con productividad y calidad para la competitividad".

Asimismo, las partes firmantes acordaron que la Nueva Cultura Laboral debía tener como soporte "el diálogo, la concertación y la unidad de esfuerzos entre las organizaciones sindicales y los directi-

vos empresariales". En el citado documento, la CTM y la COPARMEX solicitaron a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social que facilitara el diálogo, a fin de traducir en acciones concretas una Nueva Cultura Laboral. Desde entonces, la autoridad federal del trabajo promueve un diálogo franco, plural e incluyente.

El día 11 de septiembre de 1995 se instaló su Comisión Central, órgano decisorio principal, y el Comité Técnico, instancia de análisis y de estudio; ambos órganos están integrados por representantes obreros y por representantes empresariales.

Es importante señalar que el Comité Técnico del diálogo tiene una amplia representatividad, pues en el mismo están representadas las principales organizaciones de trabajadores y de empleadores del país.

En efecto, a los representantes originales de la Confederación de Trabajadores de México (CTM) y del Congreso del Trabajo, se han sumado los representantes de la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC), del Sindicato de Telefonistas de la República Mexicana, integrante de la Unión Nacional de Trabajadores (UNT), y de la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM). Por parte de los empresarios, en el Comité Técnico están representados el Consejo Coordinador Empresarial (CCE) y las principales cámaras patronales e industriales, como son: la Confederación Patronal de la República Mexicana (COPARMEX), la Cámara Nacional de la Industria de la Transformación (CANACINTRA) y la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos (CONCAMIN).

IV. PRINCIPALES RESULTADOS DEL DIÁLOGO OBRERO-EMPRESARIAL HACIA UNA NUEVA CULTURA LABORAL

La primera parte del diálogo, como resultado del trabajo realizado por ocho mesas de trabajo,² culminó con el documento intitulado "Principios de la Nueva Cultura Laboral", suscrito por los repre-

² Las mesas de trabajo fueron las siguientes: Mesa 1. Código de ética. Mesa 2. Empleo. Mesa 3. Remuneraciones. Mesa 4. Capacitación y formación. Mesa 5. Productividad, calidad y competitividad. Mesa 6. La empresa y su papel en la sociedad. Mesa 7. Derechos y obligaciones. Mesa 8. Conflictos y justicia laboral. En estas mesas se contó con la participación del SME y del SNTRM.

sentantes obreros y los representantes empresariales el día 13 de agosto de 1996, con la presencia, como testigo honorario, del Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León, titular del Poder Ejecutivo Federal, en la residencia oficial de Los Pinos.

En segundo término, como resultado de los consensos alcanzados, la Comisión Central, instancia máxima del diálogo, en su sesión del día 3 de diciembre de 1997, aprobó por unanimidad someter a la consideración y, en su caso, aprobación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, sendas recomendaciones para: i) enfrentar la problemática derivada de los conflictos de titularidad de los contratos colectivos de trabajo y ii) publicar datos sobre registro de sindicatos.

La recomendación relativa a la publicación de datos sobre registro de sindicatos fue asumida por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, conforme a sus atribuciones legales, y fue puesta en práctica desde diciembre de 1997. Los datos de interés general de todos los sindicatos registrados en el ámbito federal están disponibles vía Internet. Este ejemplo ha sido secundado por el gobierno del Distrito Federal, por el gobierno del estado de Nuevo León y por los gobiernos de otras entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

En efecto, el registro de asociaciones se ha abierto a quienes acrediten tener interés jurídico; asimismo, a través de la página de Internet de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, que se encuentra en la dirección electrónica <http://www.stps.gob.mx> se pueden consultar los datos de mayor interés general, como son: nombre de la organización, número de registro; domicilio social; vigencia del comité directivo, entre otros datos. Esta información deriva de las resoluciones de registro de sindicatos, federaciones y confederaciones, emitidas por la Dirección General de Registro de Asociaciones desde el año de 1931, en que se creó el registro.

Con el propósito primordial de armonizar aún más las relaciones laborales, los representantes obreros y los representantes empresariales en el Comité Técnico del diálogo, aprobaron, por consenso, en su sesión de fecha 1 de diciembre de 1998, el documento intitulado: "Propuestas acordadas para mejorar las relaciones obrero-patronales en materia de derecho procesal del trabajo".

1. Anteproyecto de Código Procesal del Trabajo

Sin duda, entre los principales resultados del diálogo, destaca el anteproyecto de Código Procesal del Trabajo, el cual fue aprobado por la Comisión Central el pasado 17 de octubre del año en curso.

En la integración de dicho anteproyecto se ha contado con la valiosa opinión de abogados postulantes, académicos, colegios de abogados, las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje de todo el país,³ y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, cuyos planteamientos han enriquecido el anteproyecto.

Es importante subrayar que una de las peculiaridades del citado anteproyecto es el hecho de que está consensado entre los factores de la producción, lo que lo distingue respecto de algunos otros esfuerzos en similar sentido.

El anteproyecto de Código Procesal del Trabajo consta de 385 artículos permanentes, distribuidos en diez títulos, además de dos artículos transitorios.

El anteproyecto preserva los principios generales consustanciales a nuestro derecho del trabajo, y que tienen su fundamento último de validez en el artículo 123, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El anteproyecto regula, entre otros, los siguientes aspectos: ámbito de aplicación y principios procesales; autoridades jurisdiccionales del trabajo; reglas generales del procedimiento; procedimiento ordinario; procedimientos especiales; conflictos colectivos de naturaleza económica; procedimiento de huelga; procedimientos de ejecución; procedimientos paraprocesales, así como responsabilidades y sanciones.

La elaboración de un anteproyecto de Código Procesal del Trabajo, representa un hito, toda vez que, como es de su conocimiento, en la vigente Ley Federal del Trabajo, que data de 1970, las normas de

³ Es importante remarcar que el citado anteproyecto no sólo fue enviado, para su opinión, a los presidentes de las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje de todas las entidades federativas del país, sino que también se contó con la participación de aquellos presidentes de Juntas que solicitaron exponer de viva voz sus puntos de vista, como fueron los presidentes de las Juntas Locales de los estados de: Aguascalientes, Chihuahua, Jalisco, Estado de México, Nuevo León, Campeche y Veracruz. Asimismo, se invitó al Presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y al Presidente de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal.

derecho sustantivo y las normas de derecho adjetivo o procesal coexisten en un mismo ordenamiento jurídico que tiene 1,010 artículos.

En lugar de un solo ordenamiento en que se mezclan los aspectos sustantivos y los aspectos procesales, la propuesta de los sectores productivos es contar con un Código Procesal del Trabajo, que sistematice en un cuerpo normativo coherente las propuestas de reforma planteadas, con el propósito de que los destinatarios de las normas laborales cuenten con mejores instituciones procesales para defender en forma ágil sus derechos, y así alcanzar plenamente una justicia pronta y expedita en el ámbito laboral.

Así, se contaría con un moderno ordenamiento legal en materia procesal, distinto de la Ley sustantiva, como ocurre en otros países, también de tradición jurídica romanista, como Argentina, Bolivia y España.

Entre las principales innovaciones normativas del anteproyecto, sobresalen las siguientes:

1. *Fortalecimiento de la conciliación.* El anteproyecto contiene preceptos con los que se pretende fortalecer y privilegiar la conciliación como instrumento alternativo de solución de los conflictos laborales, a fin de preservar el equilibrio y armonía entre los sectores productivos, para ello se acordó incluir en el anteproyecto (dentro de las reglas generales del procedimiento) un nuevo capítulo, el capítulo I (del art. 82 al art. 85, inclusive) dedicado especialmente a la conciliación; se crea la figura del funcionario conciliador como parte del personal jurídico de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, y se establecen nuevas disposiciones para fomentar la solución de conflictos por la vía conciliatoria.
2. *Modernización de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y mayor profesionalización de su personal jurídico.* Se proponen modificaciones en relación con la integración y funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Con el objeto de profesionalizar a su personal jurídico, se incluyen disposiciones para mejorar los sistemas de selección, preparación y promoción de dicho personal.

La designación del personal jurídico de la Junta, se hará tomando en cuenta sus aptitudes y preparación para el puesto; para tal efecto, la Junta establecerá un sistema cuya normatividad com-

prenda los requisitos y procedimientos para ello, así como las relativas a su formación, capacitación, actualización, profesionalización y el mejoramiento continuo de la función jurisdiccional. El Presidente de la Junta será responsable del cumplimiento estricto de este precepto y de las disposiciones aplicables (art. 36).

3. *Elevación del nivel profesional de los litigantes en el ámbito laboral.* Los abogados patronos o asesores legales de las partes, sean o no apoderados de éstas, deberán acreditar ser licenciados en derecho, con cédula profesional, o personas que cuenten con carta de pasante vigente expedida por la autoridad competente para ejercer dicha profesión (art. 89, fracc. V). Esta modificación implicaría una reforma a la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.

4. *División de la actual audiencia de conciliación, demanda y excepciones y ofrecimiento y admisión de pruebas.* En cuanto al procedimiento ordinario, el anteproyecto adopta nuevamente el sistema de la Ley antes de las reformas de 1980, al dividir en dos la actual audiencia de conciliación, demanda y excepciones y ofrecimiento y admisión de pruebas, con el objeto de dedicar mayor tiempo a la etapa inicial de conciliación y lograr su efectividad (art. 267).

Dicha modificación es procedente, ya que por constar de tantas etapas la actual audiencia, se programan pocas para un mismo día, y cuando se difieren a petición de las partes por estar celebrando pláticas conciliatorias o por cualquier otro motivo, quedan lapsos sin actividad en las Juntas, mismos que con las dos audiencias se aprovecharían, permitiendo programar un número mayor de éstas.

5. *Combate a la problemática derivada de los conflictos de titularidad de los contratos colectivos de trabajo.* A fin de evitar este tipo de juicios promovidos por sindicatos de trabajadores que no representan el interés legítimo de los que laboran en el centro o centros de trabajo en los cuales rigen los contratos, así como el abuso de este procedimiento, el anteproyecto de Código establece una nueva disposición, el art. 284, para establecer como requisitos de procedibilidad de la demanda, que el sindicato actor acredite ante la Junta que coaliga trabajadores de la rama indus-

trial o actividad de la empresa en la que rige el contrato en disputa, y que tiene afiliados trabajadores al servicio de ésta, en una proporción no menor a la tercera parte del personal sindicalizado que labore para ella.

En todos los casos, para resolver sobre la procedencia de la acción, se establece que será indispensable acreditar la manifestación expresa de la voluntad de los trabajadores, mediante la prueba de recuento, independientemente de que el sindicato demandado controvierta o no la demanda respectiva.

Asimismo, se regula en forma especial la prueba de recuento de los trabajadores en estos conflictos, al establecer el voto secreto, sobre la base de un padrón de trabajadores sindicalizados al servicio de la empresa, elaborado por la Junta —en forma previa al desahogo de la prueba— con fundamento, principalmente, en los padrones vigentes de los sindicatos contendientes que obren ante la autoridad registradora competente (art. 286, fracc. III).

Con el objeto de impedir demandas reiteradas de titularidad de contratos colectivos por un mismo sindicato, se establece como requisito de procedibilidad, el que hayan transcurrido 12 meses por lo menos, contados a partir de la fecha en que haya causado ejecutoria el laudo del juicio de titularidad intentado con anterioridad o de la fecha del desistimiento, en su caso (art. 284).

6. *Viabilidad de los conflictos colectivos de naturaleza económica.* Con el objeto de darles viabilidad, se precisa que sólo la suspensión de labores como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, suspende la tramitación de dichos conflictos, pues se considera que la sola presentación y notificación del pliego de peticiones con emplazamiento a huelga, no debe suspender su tramitación (art. 292).

7. *Emplazamientos a huelga para firma de contrato colectivo de trabajo.* A efecto de evitar emplazamientos a huelga para firma de contrato colectivo de trabajo, por parte de sindicatos que no representan legítimamente los intereses de los trabajadores que laboran en las empresas, el anteproyecto propone que el sindicato emplazante acredite que su radio de acción comprende el objeto de la empresa o establecimiento que pretenda emplazar a huelga y que coaliga trabajadores a su servicio, para lo cual de-

berá acompañar al pliego de peticiones copias certificadas expedidas por la autoridad registradora competente de los estatutos del sindicato o, de la parte conducente de los mismos en donde conste su objeto o radio de acción, y toma de nota del padrón de los trabajadores socios del sindicato, que laboren en la empresa o establecimiento con el que pretende celebrar el contrato colectivo de trabajo, a fin de que acredite su legitimación activa (art. 310, fracc. IV).

8. *Diferimiento de la fecha del estallamiento de la huelga.* El anteproyecto recoge una sana práctica que no se encuentra expresamente regulada en la ley vigente, consistente en que a petición de ambas partes pueda diferirse la fecha de la suspensión de las labores en el procedimiento de huelga (art. 316).
9. *Arbitraje en la huelga.* Con el propósito de que las huelgas no se prolonguen por tiempo indefinido, lo que representa afectación para los obreros, para la planta productiva y para la colectividad en general, los integrantes del diálogo obrero-empresarial han acordado establecer un procedimiento, para que cuando las huelgas lleguen a durar más de 30 días, sin que los trabajadores hayan sometido el conflicto a la decisión de la Junta de Conciliación y Arbitraje, se inicie el arbitraje de oficio por parte de ésta para resolver sobre la imputabilidad de la huelga (art. 327).
10. *Procedimientos especiales.* Por lo que toca a las disposiciones relativas a los procedimientos especiales, se incluyen para tramitarse por esta vía a los conflictos que tengan por objeto la nulidad de convenios celebrados dentro o fuera de juicio, y de aquellos en los que se reclamen prestaciones al Instituto Mexicano del Seguro Social derivados de riesgos de trabajo, lo que, sin duda redundará en la celeridad de la solución de los conflictos de este tipo (art. 282).

El anteproyecto de Código Procesal del Trabajo pretende ser un cuerpo normativo coherente y completo, es decir, sin contradicciones, sin lagunas y, además, sin redundancias, que proporcione a los justiciables mayor certeza y seguridad jurídicas.

La modernización del derecho procesal del trabajo, tal como se plantea en el anteproyecto de Código Procesal del Trabajo, permitiría, sin duda, mejorar la impartición de la justicia laboral y, por ende,

hacer plena realidad el mandato constitucional de una justicia pronta, expedita e imparcial.

V. RETOS Y PERSPECTIVAS DEL ÁMBITO LABORAL

Bajo el liderazgo del presidente Ernesto Zedillo, México tiene una economía en crecimiento, vivimos una normalidad democrática y el positivo desempeño del mercado laboral se ha traducido en más empleos, mejores salarios y una reducción de la conflictividad.

No obstante, aún subsisten rezagos en el ámbito laboral que constituyen un desafío para las políticas públicas en los próximos años.

Como se dijo, la fuerza de trabajo crece en forma muy dinámica, a un ritmo de 1.5% en forma anual, lo que presionará al mercado laboral en los próximos años. El máximo histórico de la PEA se calcula que se alcanzará en 2040, al llegar a 70.5 millones de personas, y a partir de entonces comenzará un descenso atribuible al envejecimiento poblacional.

Al mismo tiempo, el incremento de la capacitación no ha tenido una dinámica similar. Por tanto, uno de los principales retos es contar con trabajadores más calificados de acuerdo con los requerimientos de la planta productiva.

En México, según la OCDE, cerca del 80% de los adultos no tienen terminada la secundaria, una proporción casi dos veces mayor que la de los otros países miembros de la OCDE.

Asimismo, uno de los problemas más delicados que enfrenta el sector laboral es el crecimiento de la economía informal o no estructurada. De acuerdo con el INEGI, que ha realizado una investigación estadística intitulada *Cuenta Satélite del subsector informal de los hogares, 1993-1998*, este subsector utiliza el 28.5% de la población ocupada total excluido el sector agropecuario; conforme a lo cual se estima que hay 9.3 millones de personas en el subsector informal.

Igualmente, como es de su conocimiento, es necesario elevar la productividad y, por ende, la competitividad global de nuestro país, lo que permitirá mejorar los ingresos de los trabajadores.

Aunado a ello, en el marco de una plena normalidad democrática, es fundamental afianzar los derechos de libertad de asociación, libertad sindical y de negociación colectiva, así como la libertad empresarial, dentro de un Estado constitucional de derecho.

En suma, como lo acredita el diálogo obrero-empresarial hacia una Nueva Cultura Laboral, sólo mediante el diálogo continuo y la concertación entre las fuerzas productivas y el gobierno, será posible afrontar los retos y aprovechar las potencialidades del sector laboral, a fin de alcanzar mejores estadios de bienestar, en un clima de concordia, libertad, democracia y justicia social.

México, 15 de noviembre de 2000

UNA DÉCADA DE RÉGIMEN DESREGULADO DE FRANQUICIAS. EL REGISTRO DE CONTRATOS DE FRANQUICIA Y LA OBLIGACIÓN DE REVELACIÓN ANTICIPADA DE INFORMACIÓN DEL FRANQUICIANTE

Carlos MÜGGENBURG

SUMARIO: I. *Evolución del marco jurídico*. II. *Evolución económica*. III. *Aspectos contractuales principales*. IV. *Marco legal de la obligación de revelación anticipada de información por el franquiciante al franquiciatario y el registro de los contratos de franquicia*.

I. EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO

Tradicionalmente las licencias de marcas y las franquicias han sido tratadas por la ley en México como contratos de una misma naturaleza.¹ La ley ha asimilado a los contratos de licencia y a los de franquicia, sin tomar en consideración sus características específicas. Esta asimilación constituyó el mayor obstáculo para el desarrollo comercial de las franquicias con anterioridad a la década de 1990, entre otras razones por la prohibición a las partes para convenir cláusulas de confidencialidad que tuvieran una duración mayor a 10 años o que obligaran a los franquiciatarios a comprar suministros para la operación de la franquicia, de fuente de abastecimiento que no fuera aprobada por el franquiciante.

¹ Ver del mismo autor "Liberación del régimen legal de las franquicias en México", publicado en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, núm. 14, México, 1990.

La posición anterior, así como el carácter extremadamente limitativo de la voluntad de las que predominó en la legislación vigente durante la década de 1980, sufre un cambio drástico con la abrogación de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso de Explotación de Patentes y Marcas y su Reglamento, y la abrogación de la Ley de Invenciones y Marcas, con motivo de la iniciación de vigencia de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial y sus muy importantes modificaciones llevadas a cabo en la segunda mitad de 1994, incluyendo el cambio en el nombre mismo de la ley, al de Ley de la Propiedad Industrial. Dicho cambio tuvo por efecto devolver a las partes en el contrato de franquicia el poder negociar sus propios términos.

Las severas restricciones impuestas por la ley a las partes en los contratos de licencia y franquicia y el amplísimo poder discrecional otorgado a las autoridades para aprobar cada uno de dichos contratos, había sido la consecuencia de la política de "sustitución de importaciones" seguida por el gobierno mexicano hasta el comienzo de la década de 1990. Los principios generales de la ley aplicables a todo contrato y las disposiciones legales aplicables en relación con usuarios autorizados de marcas de producto y de servicio, fueron a partir de entonces el único marco legal de referencia aplicable en la negociación y preparación de los contratos de franquicia.

Al final de junio de 1991 y aun más a principios de agosto de 1994 el principio de libertad contractual fue restablecido casi por completo; obviamente, al igual que en otros casos, disposiciones generales de la ley principalmente aplicables en materia de contratos debieron seguir siendo tomadas en cuenta. Definir cuándo dichas disposiciones generales eran de orden público y cuándo de carácter permisivo se volvió entonces un asunto de vital importancia. Además, la falta de disposiciones contractuales específicamente aplicables a contratos de franquicia, hizo incuestionable la aplicación de las disposiciones de contratos análogos, tales como el alquiler o arrendamiento de bienes muebles y del contrato de prestación de servicios.

Los contratos de franquicia, incluyendo las disposiciones correspondientes al licenciamiento de marca, continuaron siendo materia de registro gubernamental, a efecto de que los mismos tuvieran efectos en perjuicio de terceros, específicamente con respecto a las marcas. La anterior flexibilización no fue tan avanzada como para elimi-

nar el registro obligatorio que aunque fue entonces simplificado, continuó y continúa existiendo, debido a que siempre que hay una licencia de marca, materia de un contrato de franquicia, el contrato debe ser registrado en la misma forma que en el caso de cualquier contrato de licencia de marca.²

II. EVOLUCIÓN ECONÓMICA

El ingreso de México al GATT, a finales de la década de 1980 y al Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN), en 1994 hizo que las empresas de franquicia de Estados Unidos identificaran oportunidades en un mercado que entonces empezaba a ser regido por los principios legales más acordes con las prácticas internacionales. Además, la recesión de la economía de Estados Unidos, a principios de la década de 1990, fue otro factor que, a partir de entonces, motivó que los negocios de franquicia identificaran en el mercado mexicano una manera de mantener su crecimiento en el extranjero, que se había visto limitado por restricciones económicas propias de su mercado interno. Complementariamente, los empresarios mexicanos vieron en los negocios de franquicia de Estados Unidos no únicamente una nueva oportunidad, sino además un mecanismo de defensa ante el riesgo de llegar a ser desplazados por compañías más evolucionadas en el campo de los negocios de franquicia.

El exceso en la demanda de franquicias de Estados Unidos por parte de empresarios mexicanos para su reventa principalmente, más que el desarrollo de las mismas mediante la aportación de su trabajo, como lo requiere la naturaleza del propio contrato *intuitu personae*, y el incremento en los precios de las franquicias resultante de dicha demanda excesiva, fueron un obstáculo importante para el desarrollo apropiado del mercado mexicano y constituyeron las principales razones del fracaso de muchos negocios de franquicia en México.

La crisis de la economía mexicana al inicio de 1995 y específicamente las características descritas del entonces naciente negocio de las franquicias en México, tales como la competencia excesiva y su

² El artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial establece que además de los conocimientos técnicos, una marca de producto o de servicio constituyen el objeto de un contrato de franquicia.

vinculación con los consumidores de alto nivel económico, así como la subsecuente y continua reducción general del poder adquisitivo, caracterizaron al mercado de los negocios de franquicia mexicanos en la primera mitad de la década de 1990. La segunda mitad de esta década se caracterizó por un mercado de franquicias mucho más estable en el que las ventas a través de negocios de franquicias crecieron enormemente, así como el empleo en los mismos, lo cual contribuyó, en forma importante,³ en la oferta de trabajo en el país. En este lapso, varios negocios ya maduros se convirtieron en franquicia como una forma de crecimiento y el número de franquicias mexicanas desarrolladas creció de unas cuantas hasta ocupar aproximadamente el 57% del mercado.

III. ASPECTOS CONTRACTUALES PRINCIPALES

Entre los aspectos contractuales más importantes relacionados con los contratos de franquicia se encuentra la cancelación de la inscripción de los mismos en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI),⁴ la cual debe ser solicitada conjuntamente por el franquiciante y el franquiciatario o mediante una sentencia judicial que así lo ordene al propio IMPI.

Una mera notificación de terminación por el franquiciante al franquiciatario o una solicitud unilateral de cancelación dirigida al IMPI exclusivamente por el franquiciante, no tendrá efecto legal alguno por cuanto al IMPI se refiere. Es por ello que se vuelve de gran importancia lograr cancelar dicho registro tan pronto como la relación con-

³ Asociación Mexicana de Franquicias 1996, Directorio Segundo Semestre, muestra que las ventas de franquicias crecieron a más del doble y las ventas a través de negocios de franquicias alcanzaron un valor de 4 mil millones de dólares, en tanto que más del 15% de las ofertas de trabajo de la economía mexicana fueron hechas por negocios de franquicia.

⁴ Los artículos 136 y 142 de la Ley de la Propiedad Industrial establecen que el registro de los contratos de franquicia y de los contratos de licencia de marca en el IMPI es obligatorio para que surtan efectos en contra de terceros. Por su parte, el artículo 138 establece que la cancelación de la inscripción de una licencia procederá en los siguientes casos:

- I. Cuando la soliciten conjuntamente el titular de la marca y el usuario a quien se le haya concedido la licencia.
- II. Por nulidad, caducidad o cancelación del registro de marca o cuando se trate de marcas en trámite y no se obtenga el registro de las mismas.
- III. Por orden judicial.

tractual es terminada; en caso contrario, cualquier solicitud de declaración de infracción en contra de un franquiciatario para impedir que siga utilizando la o las marcas hasta entonces licenciadas, no puede ser intentada. El tratamiento propio de esta cuestión por anticipado resulta esencial, ya que tratar de obtener la confirmación de la terminación de la relación contractual por escrito, por el franquiciatario, una vez que dicha relación contractual se ha deteriorado es generalmente muy difícil o prácticamente imposible y tener que presentar una demanda en los tribunales para obtener una resolución que confirme dicha terminación, puede tardar hasta dos años, particularmente si el franquiciatario se inconforma con todas y cada una de las resoluciones judiciales del tribunal que conozca del asunto, tanto con las de trámite como con las de fondo.

La inclusión de cláusulas que faculten al franquiciante para llevar a cabo la cancelación de la inscripción de contratos de franquicia por medio de un poder irrevocable otorgado por el franquiciatario al momento de celebrar el contrato de franquicia o que establezcan una pena convencional diaria a cargo del franquiciatario que no deje de usar la marca franquiciada o licenciada al término del contrato, parecen ser las recomendaciones más efectivas. El empleo de lenguaje apropiado al efecto es fundamental para evitar que dicho poder irrevocable o la pena convencional puedan ser considerados nulos en virtud de la complejidad de su naturaleza jurídica.

Por otra parte, la garantía constitucional de libertad de trabajo constituye una restricción a ser considerada en la elaboración de cláusulas obligaciones de confidencialidad y de no competir a incluirse en un contrato de franquicia y por lo mismo deben vincularse a los conceptos de secretos industrial y comercial y a la forma como los mismos se regulan en la ley, para lograr que tales obligaciones puedan ser válidas y hacerse efectivas. Debe cuidarse que el lenguaje utilizado en los contratos de franquicia, en lo relativo a secretos industriales y comerciales, quede apropiadamente redactado para poder probar eventualmente la intención del infractor de causar daño al propietario del secreto u obtener un beneficio al que no se tiene derecho, para el caso de que se tenga que presentar una denuncia penal en contra del franquiciatario.⁵ Otro mecanismo que se puede utilizar para que la obli-

⁵ Ver artículo 223, fracciones III, IV y V de la Ley de la Propiedad Industrial.

gación de no competir sea válida y pueda hacerse efectiva, lo constituyen las penas convencionales pagaderas por el franquiciatario en caso de incumplimiento de dicha obligación. En este caso, existe el riesgo de que la sentencia que haga efectiva una pena convencional, pueda llegar a ser considerada en última instancia violatoria de la garantía constitucional del libre trabajo por un juez de amparo; el uso creativo del lenguaje que haga medible la pena convencional y aplicable en la práctica al presentarse la violación de la obligación de no competir por el franquiciatario, son factores que deben de ser cuidadosamente evaluados al redactar los contratos de franquicia.

La inclusión de cláusulas que permitan determinar el tipo de cambio y la manera de hacer la conversión a moneda extranjera, cuando las obligaciones de pago deban cumplirse en esta última, son recomendables, para evitar pérdidas que se pudieren derivar de las fluctuaciones cambiarias o de discrepancias en su determinación, y para verificar que el importe adeudado ha sido calculado correctamente. Como es bien sabido el lugar de pago en cualquier otro tipo de moneda distinta al Peso de los Estados Unidos Mexicanos, debe convenirse para ser efectuado fuera del territorio de los Estados Unidos Mexicanos, para que dicha obligación sea eficaz.

Es fundamental prever de antemano las consecuencias fiscales derivadas de contratos internacionales de franquicia relacionadas con pagos y reembolsos. Ello no sólo evitará sorpresas desfavorables, debido a que las leyes fiscales mexicanas requieren al franquiciatario retener el impuesto aplicable cuando se efectúan pagos a un franquiciante no residente en los Estados Unidos Mexicanos, sino que además permitirá una estructuración fiscal apropiada del contrato. En la actualidad, ha sido reducida la tasa del impuesto sobre la renta y se ha redefinido el concepto de asistencia técnica que se distingue del de regalía y del de los pagos por conocimientos técnicos; todo ello, de conformidad con los tratados para evitar la doble tributación.⁶ Por

⁶ Ya sea por virtud de disposiciones expresas o por aplicación de la cláusula de nación más favorecida, los Tratados Internacionales para Evitar la Doble Tributación que México ha celebrado con Bélgica, Canadá, Chile, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Japón, República de Corea, Holanda, Noruega, Singapur, España, Suecia, Suiza, Inglaterra y Estados Unidos, hacen que la tasa de retención del impuesto sobre la renta sea del 10% en lugar del 15% y aun del 40%, como está previsto expresamente en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

considerarse información disponible públicamente de una u otra manera, los pagos por asistencia técnica no son materia de impuesto. En el mismo contexto, la asesoría y los servicios profesionales no especializados relacionados con la operación de negocios no especialmente sofisticados pueden ser caracterizados como "ganancias empresariales" bajo el concepto que de manera estándar se contempla en dichos tratados fiscales y que establece la exención de impuestos a pagos efectuados bajo dicho concepto. La referencia comúnmente incluida en los contratos de franquicia, relativa al carácter sofisticado y no conocido por terceros, de los conocimientos técnicos para justificar la obligación de secrecía, tendrá que ser modificada si no es que eliminada, para evitar una incongruencia obvia entre el tratamiento fiscal beneficioso mencionado y la obligación de confidencialidad que generalmente se impone al franquiciatario en los contratos de franquicia.

Dentro del tema fiscal resulta importante destacar que, aun cuando no está expresamente prohibida la inclusión de cláusulas que trasladan el importe de los impuestos al franquiciatario, tal inclusión puede resultar muy costosa porque, de conformidad con la Ley del Impuesto sobre la Renta,⁷ se prevé que dicho impuesto trasladado se sume al importe pagadero, lo que hace que la base para la determinación del impuesto a la tasa correspondiente se vea incrementada con el monto de impuesto trasladado mencionado y sobre ese total adicionado, se aplique la tasa del impuesto.

Por último, en el caso de transacciones internacionales, la redacción apropiada de la cláusula de exclusividad territorial concedida al franquiciatario, puede ser caracterizada como una comisión territorial no sujeta a impuesto sobre la renta. Una vez más, el uso del lenguaje adecuado en la cláusula respectiva de impuestos del contrato de franquicia es esencial para obtener un tratamiento fiscal y legal adecuado; ello cuando el franquiciante no sea residente de los Estados Unidos Mexicanos para efectos fiscales.

En la última década, el marco de referencia de los negocios de franquicia ha evolucionado en México hacia un nivel más maduro, tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista legal y ello ha sido la causa de la necesidad de una asesoría

⁷ Artículo 144 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

legal y fiscal más apropiada a las características particulares de este tipo de negocios.

IV. MARCO LEGAL DE LA OBLIGACIÓN DE REVELACIÓN ANTICIPADA DE INFORMACIÓN POR EL FRANQUICIANTE AL FRANQUICIATARIO Y EL REGISTRO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

Probablemente con base en algunas disposiciones legales obligatorias de algunos estados de la Unión Americana, utilizadas como modelo, la modificación a la legislación de 1991 mencionada, introdujo por primera vez en México una disposición legal en materia de franquicias, en virtud de la cual, antes de que cualquier contrato de franquicia sea celebrado, el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario potencial información sobre el estado que guarda su empresa.⁸

Subsecuentemente, debido a las entonces condiciones políticas prevalecientes, la modificación de agosto de 1994 a la legislación de la materia simplificó el marco legal aplicable a los contratos de franquicia, pero no eliminó la obligación de dar a conocer la información mencionada al franquiciatario sobre el estado del negocio del franquiciante. Fue a través del Reglamento de la ley (aprobado tres meses después), que se buscó resolver el problema del requerimiento de presentación de información al franquiciatario, en relación con el negocio del franquiciante por anticipado,⁹ al especificar en el propio Reglamento la información técnica, económica y financiera que debe proporcionarse anticipadamente al franquiciatario: (i) nombre (denominación o razón social), nacionalidad y domicilio del franquiciante; (ii) descripción del negocio de franquicia, incluido el tiempo que lleva dedicándose a ello; (iii) derechos de propiedad industrial involucrados; (iv) cantidades y conceptos de pago; (v) asistencia técnica y servicios a ser proporcionados; (vi) territorio franquiciado; (vii) derecho a subfranquiciar (en caso de ser aplicable); (viii) obligación de

confidencialidad del franquiciatario; (ix) derechos y obligaciones del franquiciatario.

Debido a que la ley no establece sanción específica alguna por el incumplimiento de la obligación de proporcionar la información mencionada, la disposición general de la ley aplicable a cualquier incumplimiento no especificado de la misma, resulta aplicable y, en consecuencia, una multa de hasta aproximadamente 80,000.00 pesos podría imponerse al franquiciante que no cumpliera con dicha obligación.¹⁰ Ninguna otra ley o precedente judicial se ha referido específicamente a cualquier otro tipo de sanción que pudiere resultar aplicable al incumplimiento por parte del franquiciante de la obligación de proporcionar la información mencionada al franquiciatario con anterioridad a la celebración del contrato de franquicia respectivo. Además, en caso de incumplimiento de la obligación de proporcionar previamente al franquiciatario, la información del franquiciante mencionada, existirá siempre el riesgo de que un franquiciatario deseara de terminar su contrato de franquicia, pero que no tenga razón para ello, argumente que otorgó su consentimiento para la celebración de dicho contrato sin un conocimiento adecuado del propio negocio de franquicia, debido a que el franquiciante no le proporcionó al franquiciatario con anticipación, la información descriptiva del propio negocio. Dicho argumento podría ser manejado por el franquiciatario de tal manera que solicitara a un tribunal que resolviera que no hubo una cabal comprensión del negocio por su parte cuando decidió celebrar el contrato, es decir, que hubo una apreciación equivocada de la realidad que fue el motivo determinante de su voluntad para contratar, y que, por lo tanto, no pudo haber otorgado verdaderamente su consentimiento sobre el objeto materia de contrato, y que por lo mismo dicho contrato no alcanzó a formarse, ya que su elemento esencial, el objeto, nunca existió como tal y que por lo mismo el contrato en realidad nunca se celebró.¹¹

En la práctica esta obligación debe satisfacerse, ya sea mediante una declaración del franquiciatario en el contrato por la que reconoce que ha recibido en forma anticipada toda la información co-

⁸ Artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, cuyo lenguaje es idéntico al del mismo artículo de la anterior Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

⁹ Artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial.

¹⁰ Artículos 213, fracción XXV, y 214, fracción I, de la Ley de la Propiedad Industrial (veinte mil días de salario mínimo).

¹¹ Artículo 2224 del Código Civil Federal.

respondiente al estado que guarda la empresa del franquiciante o mediante la firma por el franquiciatario de un documento en el que se haga constar que fue proporcionada dicha información de manera específica. Además, puede resultar muy conveniente acompañar el modelo del contrato de franquicia a ser celebrado, al documento de reconocimiento que por separado en su caso firme el franquiciante, con el propósito de no tener que tratar de describir un número quizá ilimitado de derechos y obligaciones del propio franquiciatario, a que se refiere el inciso X del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial.¹²

En relación con el procedimiento para cumplir con la obligación de registrar los contratos de franquicia (ver último párrafo del inciso I anterior de este artículo) en el IMPI, resultan aplicables los mismos requisitos que se establecen para el registro de un contrato de licencia de marca. El IMPI lleva a cabo una revisión de carácter formal de la solicitud respectiva y de sus anexos, más no de fondo. Información general sobre el franquiciante y el franquiciatario (nombres, direcciones, etc.), y sobre los productos a ser vendidos o servicios a ser prestados, deben ser proporcionados en la solicitud de registro, así como sobre la autorización del uso de las marcas materia de la franquicia.¹³ Ambos, la solicitud y los anexos deben presentarse en idioma español. El comprobante del pago de los derechos gubernamentales llamados tarifas deben también anexarse a la solicitud. Si el contrato respectivo se celebra en un idioma distinto al español, una traducción no oficial debe acompañarse también a la solicitud. El poder para representar al solicitante debe igualmente acompañarse a la solicitud, el cual, de haber sido otorgado en el extranjero, debe contener referencias a la existencia legal del otorgante del poder. Esta forma simple de poder, aunque apropiada para inscribir un contrato de franquicia, no es suficiente para el manejo de controversias administrativas o en tribunales que pueden resultar de dicho contrato. Finalmente, a diferencia de lo que entendemos que generalmente, sucede, por ejemplo, bajo las leyes de los Estados Unidos de América, en México tanto el contrato causal de franquicia (generalmente

¹² Ver nota 4.

¹³ Artículos 139, 179, 180 y 181 de la Ley de la Propiedad Industrial y 64 de su Reglamento.

llamado contrato maestro de franquicia) como los contratos subsecuentes de subfranquicia (generalmente llamados subfranquicias) deben ser registrados en el IMPI, al igual que los contratos por medio de los cuales un franquiciante es autorizado inclusive por una sociedad del mismo grupo, llámese a esta afiliada o subsidiaria, para celebrar contratos de franquicia.

LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL PARA EL PERIODO 2000-2006

Miguel PÉREZ LÓPEZ

*A la memoria de mi maestro, Martín Díaz y Díaz,
promesa trunca de la ciencia jurídica mexicana e
impulsor apasionado de vocaciones de la juventud
estudiosa.*

*Soy deudor que lamenta la ausencia del acreedor,
al que nunca pagaré todo lo que generosamente
me dio.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Procedimiento legislativo. III. La reforma de la LOAPF. 1. La Presidencia de la República. A. La Oficina Ejecutiva de la Presidencia de la República. a) El acuerdo creador y sus reformas. b) Las comisiones en el Plan Nacional de Desarrollo. B. Coordinaciones Generales de Comunicación Social y de Opinión Pública e Imagen. a) Coordinación General de Comunicación Social. b) Coordinación General de Opinión Pública e Imagen. C. Consejero Presidencial de Seguridad Nacional. a) Justificación. b) Titularidad. c) Principales atribuciones. D. Consejos de la Presidencia de la República. E. Agrupaciones de Gabinete y un órgano de la Presidencia de la República de formalidad lenta. a) Los gabinetes. b) La coordinación general del Plan Puebla-Panamá. 2. Secretaría de Gobernación. A. Atribuciones de Gobernación. B. Traslado de atribuciones de Gobernación a otras dependencias. 3. Secretaría de Seguridad Pública. A. Atribuciones de definición de políticas públicas y de concertación de acciones. B. Atribuciones de organización. C. Atribuciones de participación social en la seguridad pública. D. Atribuciones operativas y de protección. E. Atribuciones de control administrativo. F. Atribuciones de ejecución de sanciones. 4. Secretaría de Desarrollo Social. 5. Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales. 6. Secretaría de Economía. 7. Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación. 8. Modificaciones nominativas. 9. Tran-

sitorios. 10. Deficiencias de la técnica legislativa seguida en la reforma y omisión de una política definida de organización administrativa. A. La técnica legislativa. B. La reforma administrativa. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Ha sido persistente en el Estado mexicano, al iniciar una gestión presidencial —salvo en el comienzo de la presidencia de Carlos Salinas de Gortari en 1988—, la modificación de las dependencias de la administración pública centralizada, en lo que hace a sus denominaciones; aumento, disminución o traslado de atribuciones, así como la creación de nuevos órganos con rango de Secretaría de Estado o de apoyo directo al Ejecutivo y adscritos a la Presidencia de la República. El paso de las gestiones presidenciales desde 1976 ha relegado el uso de los Departamentos Administrativos.

Resultaba común el surgimiento de inquietudes y especulaciones alrededor de la conformación del equipo presidencial, lo que era develado un día antes del día 1 de diciembre correspondiente a la toma de posesión. Salvo el caso de la presidencia de Salinas de Gortari, en la toma de posesión se anunciaba la remisión próxima de una iniciativa de reformas y adiciones del ordenamiento legal de la administración pública, lo que también se mantenía bajo relativa reserva hasta ese día. Fueron tiempos de comodidad presidencial ante la práctica identificación partidaria y, sobre todo, política de la mayoría de los miembros del Congreso federal con el titular del Ejecutivo, por su poder constitucional y sus facultades metaconstitucionales.

Era regular que el Poder Legislativo atendiese de forma sustancial e inmediata la iniciativa presidencial para reformar la ley de organización de la administración pública, derivada del artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y acaso se realizaban puntualizaciones de mero detalle.

También era invariable que al realizarse la reforma, se diesen descuidos de técnica legislativa y permaneciesen denominaciones abandonadas o sustituidas por otras en la propia ley orgánica, ante la premura de que la administración entrante iniciará sus funciones bajo nuevas denominaciones y facultades reubicadas, independientemente de dejar incólumes esas denominaciones en el resto de la legislación federal.

La reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF)¹ en el inicio de un periodo presidencial respondía a los rituales de la política mexicana que dominó buena parte del siglo XX: un presidente ejercía su poder hasta el último día, mientras el presidente electo esperaba el día de toma de posesión, donde se iniciaba un enjuiciamiento crítico hacia el pasado político inmediato y se ratificaba un mensaje de esperanza a la sociedad, de ser el punto de partida de un proceso de mejora del país en todos los órdenes. Parte de ese mensaje incluía la reordenación del aparato administrativo federal.

La victoria de Vicente Fox Quesada, en julio de 2000, replanteó el anterior esquema, pues se abandonó la idea de esperar hasta la toma de posesión para iniciar el procedimiento legislativo de reforma de la LOAPF. Fox Quesada llegó a la presidencia mediante una coalición entre su partido, Acción Nacional (PAN) y el Partido Verde Ecologista de México, mientras en las Cámaras del Congreso de la Unión dichos partidos no le proporcionan una mayoría que permita llevar a cabo cualquier cambio legislativo, si previamente no alcanza el consenso con las otras fuerzas partidarias, en especial el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD).

Ante este cuadro de correlación de fuerzas e impulsado por el resultado de la elección presidencial para el candidato de origen panista, los diputados del PAN promovieron el 9 de noviembre de 2000 una reforma legal para dotar al gobierno entrante de las bases normativas necesarias para alcanzar sus finalidades.

II. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

La bancada panista en la Cámara de Diputados presentó una iniciativa de decreto que reformaba, adicionaba y derogaba diversas disposiciones de la LOAPF, la Ley Federal de Radio y Televisión, la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la Ley de la Policía Federal Preventiva y la Ley de Pesca.² La idea de la iniciativa era inscribirla en un proyecto

¹ *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1976. Este ordenamiento cambió la denominación de Ley de Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, empleada hasta ese momento.

² *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados, 9 de noviembre de 2000, pp. 24 a 39.

integral de reestructuración de la administración pública federal, en especial la centralizada, cuyo contenido “va desde la propia reforma estructural, pasando por los procesos de calidad, la mejora en la atención al ciudadano, la reingeniería de procesos estratégicos y la evaluación y compensación de los resultados. Se pretende... un gobierno que utilizando los beneficios de la tecnología, pueda ofrecer servicios de calidad a los ciudadanos con un sentido profundamente humano”.³

En lo que hace a la LOAPF, eje central de la reforma, se proponía principalmente modificar *a*) las disposiciones referentes a la Presidencia de la República (artículo 8), *b*) el conjunto de atribuciones de la Secretaría de Gobernación, en lo referente a la seguridad pública para encomendárselo a una dependencia *ad hoc* del mismo nivel, *c*) las denominaciones de las secretarías de Desarrollo Social por “Desarrollo Humano”, de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca por “Medio Ambiente y Recursos Naturales”, de Comercio y Fomento Industrial por “Economía”, y de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural por “Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación”, así como *d*) distribuir algunas atribuciones de la Secretaría de Gobernación en otras dependencias.

Las reformas a los otros ordenamientos legales eran meras adecuaciones derivadas de la modificación de la LOAPF propuesta al mismo tiempo.

La iniciativa fue turnada a la Comisión de Gobernación y Seguridad Pública.⁴ La Comisión dictaminadora coincidió en buena medida con lo expuesto en la iniciativa, aunque la mayoría manifestó oposición al cambio de denominación de la Secretaría de Desarrollo Social, al considerar insuficiente la justificación de la iniciativa. El 21 de noviembre de 2000, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó el dictamen, con 366 votos en pro, 9 en contra y 2 abstenciones, cuya minuta fue enviada al Senado, donde sin mayores dificultades también aprobó el decreto, el 28 de noviembre siguiente, en su sesión vespertina, por 99 votos a favor y sin uno en contra. El decreto de reforma de la administración pública federal fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de noviembre de 2000.

³ *Ibidem*, p. 25.

⁴ El dictamen apareció publicado en la *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados, 21 de noviembre de 2000, pp. 8 a 24.

III. LA REFORMA DE LA LOAPF

Como se expresó líneas arriba, el contenido de la reforma de la LOAPF se puede agrupar en cuatro grandes líneas temáticas: el régimen de la Presidencia de la República, la creación de la Secretaría de Seguridad Pública, el cambio denominativo de dependencias y la movilidad y actualización de las atribuciones secretariales.

1. La Presidencia de la República

El artículo 1 de la LOAPF cataloga como dependencias de la administración pública centralizada federal a la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.⁵ De esta manera se abandona la figura de la Secretaría de la Presidencia instaurada en la Ley de Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos de 1958,⁶ para fincar un conjunto de órganos de apoyo y asesoría directa al presidente de la República.⁷ El artículo 8 de la LOAPF establecía que

⁵ Originalmente se consideraba como dependencia a la Procuraduría General de la República, lo cual cambió mediante la reforma a la LOAPF publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de mayo de 1996. Sin embargo, con posterioridad, la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República prevé que debe ser considerada “ubicada en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal” (artículo 1), lo que jurídicamente la convierte en una dependencia, aunque formalmente se haya rehuido dicha calificación.

⁶ Cf. el artículo 16 de la Ley de Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 1958.

⁷ En la doctrina del derecho público son escasas las referencias a la Presidencia de la República. Gabino Fraga sólo reproduce parte del contenido del artículo 8 de la LOAPF (*Derecho administrativo*, 40a. edición, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 174) y Andrés Serra Rojas hace relación de las unidades de la Presidencia (*Derecho administrativo, Primer curso*, 16a. edición, México, Ed. Porrúa, 1994, p. 559). Jorge Carpizo señala que la oficina del Presidente se compone de auxiliares directos que “son una especie de ‘estado mayor civil’” (*El presidencialismo mexicano*, 11a. edición, México, Siglo XXI editores, 1993, p. 78). Alfonso Nava Negrete considera que en realidad cuando la LOAPF menciona a la Presidencia hace referencia al Presidente de la República, aunque reconoce que el Ejecutivo tiene en su área de trabajo a varios colaboradores directos “su secretario particular, el privado y otros; oficinas que le auxilian, con denominaciones distintas en cada sexenio de gobierno” (*Derecho administrativo mexicano*, México, FCE, 1995, p. 132). Miguel Acosta Romero reconoce que la necesidad de la Presidencia de la República como un cuerpo de órganos de apoyo técnico que auxilien al Ejecutivo federal en el desempeño de sus funciones, “...sin embargo, dentro de un Estado de derecho y por la importancia de las funciones encomendadas a los órganos que dependen directamente de la

el titular del Poder Ejecutivo Federal contaría con las unidades de asesoría, de apoyo técnico y de coordinación que el propio Ejecutivo determinase de acuerdo con el presupuesto asignado a la Presidencia de la República.⁸ En esta dependencia ha destacado la figura del secretario particular y aparecían invariablemente las áreas de apoyo jurídico y de comunicación social que estuvieron insertas en la Secretaría de la Presidencia hasta 1976. El Estado Mayor Presidencial tiene su sustento jurídico formal en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y en su Reglamento.⁹

Desde 1976, cada gestión presidencial se caracterizó por crear una estructura administrativa en la Presidencia, que a veces lindaba en los terrenos de auténtico centro neurálgico en las decisiones de poder.¹⁰ Esa estructura contaba con un número reducido de órganos de

Presidencia de la República se hace necesario reformar o reglamentar el artículo 8o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal". Inclusive, en su momento, el citado administrativista consideró que el acuerdo presidencial creador de la Oficina de Coordinación de la Presidencia iba más allá de lo previsto en la Constitución y en la LOAPF (*Compendio de derecho administrativo*, México, Ed. Porrúa, 1996, pp. 136 y 137).

⁸ Cuando se expidió la LOAPF, su artículo 8 preveía lo siguiente: "Para estudiar y dar forma a los acuerdos presidenciales, compilar las leyes y decretos promulgados, los reglamentos, acuerdos y resoluciones expedidos por el Presidente de la República; para estudiar y promover las modificaciones que deban hacerse a la administración pública y coordinar y evaluar su ejecución; así como para la atención de servicios de difusión y relaciones públicas, el titular del Poder Ejecutivo Federal contará con las unidades respectivas, además de aquellas de asesoría y apoyo técnico y de coordinación en áreas prioritarias que el propio Ejecutivo determine, de acuerdo con el presupuesto asignado a la Presidencia de la República". Este artículo fue reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de diciembre de 1982, en el inicio de la gestión presidencial de Miguel de la Madrid.

⁹ La Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 26 de diciembre de 1986 y el Reglamento del Estado Mayor Presidencial apareció en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de abril de 1986. Sobre la creación y la evolución institucional de dicho Estado Mayor, cf. Instituto Nacional de Administración Pública, *La organización de la administración pública en México. Manual de organización de la administración pública centralizada 1999*, México, INAP-Noriega, 1999, pp. 38 a 42.

¹⁰ Con la gestión de José López Portillo (1976-1982) se inició la política de crear las unidades administrativas de la Presidencia de la República mediante acuerdo presidencial, la que se conformó paulatinamente por la Unidad de Coordinación General de Estudios Administrativos (*Diario Oficial de la Federación* de 3 de enero de 1977), la Coordinación General del Sistema Nacional de Evaluación (*Diario Oficial de la Federación* de 21 de octubre de 1977), la Coordinación de Proyectos de Desarrollo (*Diario Oficial de la Federación* de 18 de mayo de 1979), la Unidad de Coordinación General del Programa de

apoyo directo al Presidente de la República, independientemente del aparato militar de custodia personal del Ejecutivo y de logística de sus actividades. No debe ignorarse la presencia del secretario particular, de alterna importancia político-administrativa.¹¹ Desde 1995, a la organización formal de la Presidencia de la República se le debe descontar la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal que sustituyó a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia, en atención a la reforma constitucional en materia judicial publicada el 31 de diciembre de 1994, la que atinadamente eliminó la inconstitucionalidad de dicha Dirección General, por ejercer funciones que debería corresponder sólo al Procurador General de la República.¹²

Productos Básicos (*Diario Oficial de la Federación* de 7 de febrero de 1980), la Coordinación de Servicios de Salud Pública (*Diario Oficial de la Federación* de 25 de agosto de 1981) y la Coordinación para el Desarrollo de Centros Turísticos (*Diario Oficial de la Federación* de 6 de noviembre de 1981), mismas que desaparecieron por el acuerdo presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 19 de enero de 1983. La Presidencia de Miguel de la Madrid (1982-1988) gravitó en la Dirección General del Secretariado Técnico de Gabinetes, creada por el acuerdo presidencial dado a conocer en el *Diario Oficial de la Federación* de 19 de enero de 1983, además de contar con un Comité de Asesores Económicos, mientras la de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) contó con la Oficina de Coordinación de la Presidencia (*Diario Oficial de la Federación* de 7 de diciembre de 1988), misma que después sería denominada como Oficina de la Presidencia de la República (*Diario Oficial de la Federación* de 5 de junio de 1992). Esta figura se mantendría durante la primera mitad de la gestión de Ernesto Zedillo (1994-2000), para ser sustituida por las coordinaciones de asesores: un Coordinador de Asesores para Asuntos de Política Interior y Política Exterior y otro para Asuntos de Política Económica y Política Social (*Diario Oficial de la Federación* de 19 de diciembre de 1997).

¹¹ Es atendible la idea expresada por quien fue Presidente de la República sobre uno de sus principales colaboradores: "La posición de secretario particular del presidente de la República ha dependido de las funciones que le ha encomendado cada presidente de acuerdo con su estilo de administrar. También ha variado la importancia del secretario particular según su personalidad y habilidad política", MADRID HURTADO, Miguel de la, *El ejercicio de las facultades presidenciales*, México, Ed. Porrúa, 1998, pp. 66 y 67.

¹² Dicha Consejería Jurídica tiene sus atribuciones en los artículos 43 y 44 de la LOAPF, a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de mayo de 1996. Es interesante resaltar cómo la dependencia cuyo objeto central es la de elaborar y revisar los instrumentos jurídicos que deberán ser suscritos por el Presidente, carece de su reglamento interior, tal como lo impone el tercer párrafo del artículo 4 de la LOAPF: "En el reglamento interior de la Consejería se determinarán las atribuciones de las unidades administrativas, así como la forma de cubrir las ausencias y delegar facultades". Sobre lo que fue la función de consejero jurídico del Procurador General de la República, cf. PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "El Procurador General de la República como consejero jurídico del gobierno. Breve apunte al quinto párrafo del artículo 102 constitucional", en *Alegatos*, núm. 11, enero-abril de 1989, México, pp. 40 a 45.

A pesar de su importancia, la reforma del artículo 8 de la LOAPF carece de una explicación en la iniciativa sobre su oportunidad.

El cambio es únicamente terminológico: consiste en sustituir el término "titular del Poder Ejecutivo Federal" por "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos". En la iniciativa se proponía que los órganos de la Presidencia de la República serían instituidos en los términos de los *acuerdos y órdenes* que emita el Ejecutivo. Antes de la reforma, los órganos de la Presidencia se habían creado por acuerdo presidencial.¹³ Si bien es cierto, que la figura de las "órdenes" aparece en el artículo 92 constitucional como un acto del Presidente, resultaba incomprensible su empleo para crear órganos administrativos, dotarlos de facultades y deberes, y fijarles una estructura para el cumplimiento de sus finalidades.

Para ser coherentes con la estructura del ordenamiento jurídico, debió haberse señalado que el Ejecutivo Federal expediría el *Reglamento Interior* de la Presidencia de la República o de la Oficina Ejecutiva, como actualmente se le denomina al conjunto de las unidades de apoyo directo e inmediato del titular del Ejecutivo, donde se enumerarían las unidades administrativas que la integrarían y señalar sus atribuciones. De esta manera se evitaría continuar con la práctica de crear las unidades de la Presidencia mediante un acuerdo presidencial, al que se debería dejar como una disposición más propia de los titulares de las dependencias de la administración pública federal. Dicho reglamento interior se inspiraría en las ordenanzas reglamentarias de las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, como lo prevé el artículo 18 de la LOAPF.

Fue desaprovechada la ocasión para determinar puntualmente los requisitos de los titulares de esas unidades administrativas, los cuales deberían ser, por simple mayoría de razón, los previstos en el artículo 91 constitucional, si tomamos en cuenta su inmediata relación con el Presidente de la República.¹⁴

¹³ Sobre los decretos y acuerdos de carácter general, cf. NAVA NEGRETE, Alfonso, *op. cit. supra* nota 7, pp. 83 a 85.

¹⁴ El artículo 91 constitucional: "Para ser Secretario del Despacho se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento, estar en ejercicio de sus derechos y tener treinta años cumplidos".

A. La Oficina Ejecutiva de la Presidencia de la República

a) El acuerdo creador y sus reformas

El artículo 8 de la LOAPF ya ha servido para erigir las unidades de apoyo de la Presidencia entrante. Mediante el acuerdo de 1 de diciembre de 2000, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de diciembre siguiente, se creó la Oficina Ejecutiva de la Presidencia de la República, entendida como un conglomerado aglutinador de unidades administrativas que tendrán las genéricas funciones de planeación, coordinación, colaboración, apoyo y promoción encomendadas directamente por el Presidente.¹⁵ Las unidades integrantes de la Oficina Ejecutiva son las siguientes:

- Jefe de Oficina de Planeación Estratégica y Desarrollo Regional.
- Jefe de Oficina de Políticas Públicas.
- Jefe de Oficina para la Innovación Gubernamental.
- Comisionado de Orden y Respeto.
- Comisionado para el Crecimiento con Calidad.
- Comisionado para el Desarrollo Social.
- Oficina de Representación para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- Oficina de Representación para la Promoción e Integración Social para personas con discapacidad.
- Oficina de Representación para Mexicanos en el Exterior y México-Americanos.
- Dirección General de Administración.
- Secretariado Técnico.

Pocos días después de su publicación, el Acuerdo creador de la Oficina Ejecutiva fue modificado por otro diverso que reformaba sus artículos 2 y 5, que a su vez incorporó la Coordinación Presidencial

¹⁵ Dicho Acuerdo abrogó el Acuerdo por el que se reestructuran los Gabinetes Especializados del Ejecutivo Federal y se abroga el diverso que creó la Oficina de la Presidencia, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 19 de diciembre de 1997, excepto en lo que hace al Gabinete de Seguridad Nacional. Éste cesó de funcionar por lo dispuesto por el Acuerdo por el que se establece que habrá un Consejero Presidencial de Seguridad Nacional. (*Diario Oficial de la Federación* de 8 de enero de 2001).

para la Alianza Ciudadana y se definió que el Secretariado Técnico de la Presidencia de la República recaería en el Secretario Particular presidencial.¹⁶ Por otro Acuerdo presidencial se reformó la fracción VI (*sic*) del artículo 2 del diverso que creó la Oficina Ejecutiva de la Presidencia, a fin de cambiar la denominación de la Comisión de Desarrollo Social por la de Comisión de Desarrollo Social y Humano.¹⁷ El Presidente expuso en los considerandos del Acuerdo reformador la razón del cambio:

... el Ejecutivo a mi cargo se ha pronunciado por un desarrollo social sustentado en primer término en el desarrollo humano, por lo que la unidad de Presidencia de la República que coordina los esfuerzos en materia de desarrollo social debe enfocarse asimismo al crecimiento y bienestar del ser humano,...

En el Acuerdo de 1 de diciembre se señaló que al frente de cada una de las unidades de la Oficina Ejecutiva habrá un titular nombrado y removido libremente por el Presidente de la República. Los Acuerdos citados carecen de una definición precisa de las atribuciones de las unidades de la Oficina Ejecutiva, al señalarse que tendrán las funciones de planeación, coordinación, colaboración, apoyo y promoción que directamente les encomiende el Presidente. Si bien es cierto que en los acuerdos presidenciales creadores de las unidades de la Presidencia anteriores al vigente, después de enumerar las atribuciones de dichos órganos, eran previstas disposiciones genéricas que les enunciaba la realización de actividades encomendadas por el Presidente, resulta contrario a la idea del Estado de derecho, basado en un régimen de atribuciones expresas, dejar que sea el Ejecutivo quien les fije arbitrariamente su ámbito de competencia. La excepción que debió extirparse, ahora se generalizó. Resulta notorio el contraste del acuerdo creador de la Oficina Ejecutiva, en vía de ejemplo, con los acuerdos presidenciales posteriores que establecieron las Coordinaciones Generales de Comunicación Social y de Opi-

¹⁶ *Diario Oficial de la Federación* de 13 de diciembre de 2000.

¹⁷ *Diario Oficial de la Federación* de 9 de marzo de 2001. Resulta extraño que en este Acuerdo se haga referencia a las fracciones del artículo 2 del Acuerdo que creó la Oficina Ejecutiva de la Presidencia, cuando éste nunca señala fracciones en la enumeración de las unidades de la Presidencia.

nión Pública e Imagen y el Consejero Presidencial de Seguridad Nacional, donde se enumeran las facultades y deberes de dichas unidades de la Presidencia. Resalta el acuerdo instaurador del Consejero Presidencial de Seguridad Nacional que es taxativo en la enumeración de sus atribuciones, sin dejar abierta la posibilidad de ampliar el perímetro de su competencia.

En cuanto a la relación de las unidades de la Oficina Ejecutiva con las dependencias y entidades de la administración pública federal, se establece que éstos deberán aportar oportunamente la información y el apoyo que requieran a los titulares de las unidades de la Oficina Ejecutiva, con el fin de que éstas puedan cumplir sus funciones.¹⁸ Esta disposición se apoya en el principio de coordinación, indispensable para el desempeño eficiente y a la unidad de la acción administrativa, regulado en términos amplios en el artículo 25 de la LOAPF.¹⁹ Más adelante se verá cómo se conciben las relaciones entre los comisionados y las dependencias y entidades de la administración pública federal.

A la fecha, subsiste el Acuerdo que crea la Coordinación de Atención Ciudadana de la Presidencia, dependiente de la Secretaría Particular.²⁰

b) Las Comisiones en el Plan Nacional de Desarrollo

A diferencia del contenido escueto de los Acuerdos referidos a la Oficina Ejecutiva de la Presidencia, en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006 (PND) se explyea el contenido y las funciones de las Comisiones de esa Oficina.²¹ En el mensaje de presentación del PND son señalados los objetos de las Comisiones de Desarrollo Social y Humano, Crecimiento con Calidad y Orden y Respeto.

¹⁸ Artículo 6 del Acuerdo mediante el cual se crea la Oficina Ejecutiva de la Presidencia de la República.

¹⁹ Sobre este particular, se emitió el Acuerdo por el que se establece el Manual de Requerimientos de Información a dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a la Procuraduría General de la República (*Diario Oficial de la Federación* de 30 de mayo de 2001), expedido por el Secretario de Contraloría y Desarrollo Administrativo, el que entrará en vigor 30 días naturales después de su publicación.

²⁰ *Diario Oficial de la Federación* de 8 de mayo de 1996.

²¹ *Diario Oficial de la Federación* de 30 de mayo de 2001 (segunda sección).

La primera "tiene como objetivo central coordinar las inversiones en justicia social, eliminar los desequilibrios sociales extremos y procurar una vida digna para todos, promoviendo la iniciativa individual y colectiva de los mexicanos, en especial para aquellos que, por tiempo inmemorial, aguardan la justicia y cotidianamente sufren la miseria, el abandono, la ignorancia y la violencia." La Comisión para el Crecimiento con Calidad corresponderá la conducción de la economía, "ampliar y extender la competitividad y promover un crecimiento dinámico, incluyente y sustentable, que abra oportunidades y sea cimiento de una mejor vida para todos." La Comisión de Orden y Respeto deberá "enfrentar con eficacia a la delincuencia, acabar con la inseguridad, terminar con la corrupción y preservar el Estado de derecho", y "buscará defender la soberanía y la seguridad nacionales, contribuir a que las relaciones políticas ocurran dentro de un marco de gobernabilidad democrática, construir una relación de colaboración entre los poderes de la Unión, avanzar hacia un auténtico federalismo, abatir la corrupción, gobernar con transparencia, garantizar la seguridad pública y una procuración de justicia adecuada".

En la "Introducción" del Plan se prevé que debe existir coordinación entre las Comisiones de la Presidencia con las dependencias y entidades, para que "todas las áreas de la administración pública federal estén en la misma sintonía mediante objetivos comunes que permitan enfocar con precisión los esfuerzos gubernamentales y obtener buenos resultados en las acciones." Al explicarse los cambios en la estructura de la Presidencia en el PND se consideró que la innovación "busca que el diseño y la instrumentación de las políticas públicas del Ejecutivo federal tengan una perspectiva integral que refleje la coherencia y coordinación interinstitucional, que evite la duplicidad de funciones, haga un uso más eficaz de los recursos e incremente la efectividad de los resultados".

En el Plan persiste la idea de que en las Comisiones confluyen los Comisionados de la Presidencia y los titulares de dependencias y entidades que tengan relación con el objetivo de estas agrupaciones, que sustituyen lo que se denominó como "gabinetes".

B. Coordinaciones Generales de Comunicación Social y de Opinión Pública e Imagen

La Dirección General de Comunicación Social de la Presidencia se bifurcó en las Coordinaciones Generales de Comunicación Social y de Opinión Pública e Imagen, por acuerdo presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de enero de 2001. Según el artículo 4 del citado acuerdo presidencial, los titulares de las Coordinaciones Generales de Comunicación Social y de Opinión Pública e Imagen serán nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo, sin expresarse los requisitos para ocupar dichos cargos.

a) Coordinación General de Comunicación Social

Entre sus principales funciones se encuentran las siguientes: prestar a la ciudadanía y a los medios de comunicación, los servicios informativos de la Presidencia de la República; ser vocero presidencial; organizar conferencias de prensa, así como redactar y emitir los boletines a que haya lugar; cubrir y difundir las actividades y eventos en que participe el Presidente de la República; realizar la compilación, análisis y evaluación de la información difundida por los medios de comunicación nacionales y extranjeros, referente a los acontecimientos de interés para la Presidencia de la República; informar oportunamente sobre las actividades que realiza el Titular del Ejecutivo Federal y proveer a su eficaz divulgación mediante cualquier medio; coadyuvar con la Secretaría de Gobernación, en la elaboración de las estrategias de comunicación social de las dependencias de la Administración Pública Federal, así como coordinarse con esta dependencia en cuanto a la difusión de la información generada por la Presidencia de la República a los otros Poderes de la Unión, a las entidades federativas y autoridades municipales; dirigir las relaciones públicas de la Presidencia de la República; así como coordinar y proporcionar la información oportuna para su publicación en internet, a través de la página oficial de la Presidencia de la República.

En el Acuerdo de referencia sobresale una función altamente delicada, que anteriormente estuvo asignada informalmente a los secretarios particulares o, en su momento de manera formal, al Jefe de la Oficina de la Presidencia (1988-1996): la de organizar y coordinar,

conjuntamente con el Estado Mayor Presidencial, los eventos en que participe el Ejecutivo Federal.

b) Coordinación General de Opinión Pública e Imagen

En lo que viene a ser una de las políticas prioritarias de la nueva administración, surge la Coordinación General de Opinión Pública e Imagen, cuyas principales atribuciones serían: diseñar y desarrollar las estrategias de comunicación no noticiosa de la Presidencia de la República y de los asuntos prioritarios; planear, desarrollar y elaborar estudios de opinión pública de la Presidencia de la República, del gobierno federal y de los asuntos que la primera estime convenientes; establecer lineamientos de imagen de la Presidencia de la República y, en colaboración con la Secretaría de Gobernación, de la administración pública federal; diseñar, organizar y producir los materiales de información no noticiosa relevante de interés público, relacionada con la Presidencia de la República y, en coadyuvancia con la Secretaría de Gobernación, en lo que corresponde a la administración pública federal; y coordinar el diseño de la estrategia de comunicación no noticiosa de la Presidencia de la República y de la administración pública federal en el extranjero.

C. Consejero Presidencial de Seguridad Nacional

a) Justificación

Es una de las figuras relevantes de la Presidencia de la República para el sexenio 2000-2006, creada igualmente por acuerdo presidencial,²² en el que se argumenta su erección como la instancia administrativa que formule y cumpla la política en materia de seguridad nacional, pues ésta constituye “una premisa indispensable para garantizar la preservación de la soberanía nacional, el ejercicio de las facultades de la autoridad, el imperio de la ley, así como las condiciones para el goce pleno de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos”.

²² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 8 de enero de 2001.

Se reconoce que resulta indispensable la actualización de los instrumentos con que cuenta el Estado para defender el proyecto de nación plasmado en la Constitución Federal, al identificar diversos fenómenos que pueden afectar la seguridad nacional: el narcotráfico, las organizaciones criminales, el terrorismo y los fenómenos naturales, sociales, económicos, internacionales y de carácter fronterizo. Las situaciones comprometedoras de la seguridad nacional serían aquellas que, por su gravedad, amenacen seriamente a la población, a las instituciones o al territorio. En lo tocante al narcotráfico, las organizaciones criminales y el terrorismo, se reconoce que “actúan con medios tecnológicos cada vez más rápidos y avanzados, afectando no sólo la vida de las personas y su patrimonio, sino la viabilidad del proyecto nacional y atentando contra la estabilidad política, económica y social”.

En el acuerdo presidencial se asume que las políticas y acciones en materia de seguridad nacional deben mantenerse dentro de los límites constitucionales y legales, lo cual se traduce en una actuación organizada, un control eficaz y una rendición de cuentas clara, por parte de los órganos de la administración pública que tengan funciones relacionadas con la seguridad nacional (a guisa de ejemplo, las Secretarías de Gobernación, Defensa Nacional, Marina y Seguridad Pública). De esta manera se justifica la creación de una unidad administrativa de asesoría y apoyo técnico “que contribuya a dar coherencia, unidad y amplitud de visión a las decisiones en materia de seguridad nacional que corresponda tomar al Presidente de la República, sin afectar el ejercicio de las atribuciones legales de las distintas dependencias y entidades de la administración pública federal”.

La instalación del Consejero de Seguridad Nacional en el entorno de la Presidencia de la República se debe a la importancia que representa para el ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo federal y para asegurar la adecuada participación de las dependencias y agencias ejecutoras. De esta forma, el Consejero se convierte en un coordinador de la acción gubernamental en una materia por redefinir: la seguridad nacional.

b) Titularidad

En el artículo 2o. del Acuerdo se establece que el Consejero será designado y removido libremente por el Presidente de la República.

Se reitera, como en el resto de las designaciones al interior de la Presidencia de la República, la omisión de requisitos que deben reunirse para ser designado Consejero.

c) Principales atribuciones

El artículo 3o. del Acuerdo enumera las atribuciones del Consejero Presidencial de Seguridad Nacional:

- Asesorar al Presidente de la República sobre el diseño de la política de seguridad nacional, así como sobre el diagnóstico de los asuntos en la materia.
- Recomendar al Presidente la atención de asuntos específicos, así como proponer la creación de grupos de trabajo especializados.
- Preparar un proyecto de agenda para el diagnóstico y el análisis de riesgos y amenazas a la seguridad nacional y someterlo a la consideración del Presidente de la República.
- Sugerir al Presidente de la República las acciones para incrementar las capacidades de las instancias que generen inteligencia de seguridad nacional al interior de la administración pública federal, así como proponer los lineamientos que orienten la coordinación entre dichas instancias.
- Proponer al Presidente de la República instrumentos para evaluar las acciones y estrategias que se adopten en materia de seguridad nacional.
- Coordinar la conformación de un banco de datos, a partir de la información que aporten las instituciones de la administración pública federal que generen la inteligencia de seguridad nacional y el propio Consejero. Sobre este particular, el segundo párrafo del artículo 5o. del Acuerdo creador del Consejero de Seguridad Nacional se establece que en dicho banco de datos obrará, debidamente clasificada y sistematizada, toda la información obtenida, a la que tendrán acceso los titulares de las dependencias que tengan responsabilidades en materia de seguridad nacional. En el artículo 6o. del Acuerdo se señala que el banco de datos será estrictamente confidencial en términos de las disposiciones legales aplicables y que los servidores públi-

cos que tengan acceso a la información y documentación que integre dicho banco deberán custodiarla y cuidarla de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

- Proponer al Presidente de la República proyectos de iniciativas de reformas o adiciones al marco jurídico en esta materia. El Consejero designado por el presidente Vicente Fox ha expresado que se elaboraría una iniciativa de ley que regule dicha información relacionada con la seguridad nacional.
- Asesorar al Presidente de la República sobre la celebración de acuerdos y convenios internacionales relativos a la seguridad nacional, así como recibir la información sobre las acciones realizadas en el marco de dichos acuerdos y convenios. Esto viene a ser una invasión de las expresas atribuciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Presentar periódicamente al Presidente de la República un reporte sobre seguridad nacional. En el Acuerdo falta definir la periodicidad de dicho reporte.

D. Consejos de la Presidencia de la República

Con apoyo legal en el artículo 8 de la LOAPF, se crearon el Consejo Nacional Consultivo para la integración de las Personas con Discapacidad y el Consejo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

El primer consejo es instituido como un órgano de consulta e instancia de coordinación para las políticas, estrategias y acciones en materia de discapacidad, que será presidido por el titular de la Oficina de Representación para la Promoción e Integración de las Personas con Discapacidad.²³

El Consejo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas es un órgano de asesoría y de apoyo técnico al Presidente, entre otras disposiciones. El Presidente de la República encabezaría este Consejo y en sus ausencias será suplido por el Titular de la Oficina de Repre-

²³ Acuerdo que crea el Consejo Nacional Consultivo para la integración de las Personas con Discapacidad, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de febrero de 2001.

sentación para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, quien también forma parte de este Consejo.²⁴

E. Agrupaciones de gabinete y un órgano de la Presidencia de la República de formalidad lenta

a) Los gabinetes

En noviembre de 2000, todavía como Presidente electo, Vicente Fox Quesada presentó a los miembros de lo que tradicionalmente se ha dado en llamar el gabinete presidencial y lo hizo en tres agrupamientos que a la fecha se han mantenido: a) crecimiento con calidad, b) desarrollo humano y c) orden y respeto.²⁵ Mas esta organización administrativa carece de una disposición de carácter general que la formalice y la haga obligatoria al interior de la administración y comprensible para la sociedad, aunque ya se formalizaron en el PND.

Estos agrupamientos tratan de continuar la organización por gabinetes, instaurada desde 1983, que presentó variantes en tres gestiones presidenciales, aunque apoyadas en instrumentos jurídicos publicados en el *Diario Oficial de la Federación*. El acuerdo mediante el cual se crea la Oficina Ejecutiva de la Presidencia de la República sólo señala que el Secretariado Técnico de la Presidencia convocará a las reuniones de Secretarios de Estado y demás servidores públicos de la administración pública federal que el Presidente le indique.

²⁴ Acuerdo por el que se crea el Consejo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas como un órgano de asesoría y de apoyo técnico al Presidente de la República, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de marzo de 2001.

²⁵ Durante la discusión en la Cámara de Senadores de la minuta del decreto de reformas a la LOAPF y a otros ordenamientos legales para la asunción de Vicente Fox Quesada, se generó un punto de acuerdo por el que se hacía un extrañamiento al Presidente electo "por haber dado a conocer la integración de su Gabinete, en donde se incluyen diferentes cargos públicos que no están autorizados actualmente en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sin haber respetado la aprobación por parte del Senado de la República, de la minuta enviada por la Cámara de Diputados, en donde de aprobarse, se autorizará la creación de dichos puestos. La nueva etapa democrática que une al país, exige un trato respetuoso ante los tres Poderes de la Unión, para poder avanzar juntos en los cambios que requiere México" (versión estenográfica de la sesión vespertina del Senado de la República de 28 de noviembre de 2000). Dicho punto de acuerdo fue objeto de una apasionada discusión después de ser aprobada la reforma legal, que al ser votado obtuvo 70 votos a favor y 42 en contra.

Aunque la práctica político-administrativa indica que sobreviven esos gabinetes en la figura de las Comisiones enunciadas por el PND, se relega la formalidad que el caso amerita, sobre todo cómo se darán las relaciones de quienes tienen un papel jurídicamente relevante, por su especial estatuto constitucional (Secretarios de Estado y el Procurador General de la República), con un conjunto de servidores públicos de apoyo al Presidente, pero no encargados del ejercicio directo de la función administrativa, del cumplimiento de las leyes, ni responsables ante los otros Poderes de la Unión o interlocutores con los niveles de gobierno del sistema federal mexicano.

b) La Coordinación General del Plan Puebla-Panamá

Desde la presentación de sus colaboradores inmediatos, el presidente electo señaló la existencia de un Coordinador General del Plan Puebla-Panamá. Este "Plan Puebla-Panamá" es una estrategia presidencial a la sociedad en general y a los gobiernos locales para juntos mejorar la calidad de vida en la región sur-sureste del país y de la región de Centroamérica. El inicio de los trabajos de la Coordinación General de dicho Plan fue el 12 de marzo de 2001 por el Presidente en su residencia oficial. Aun cuando es inexistente un instrumento jurídico de origen presidencial que le proporcione fundamento a dicho Coordinador General, se ha justificado su actuación en una instrucción presidencial, sin fecha determinada de emisión o publicación, fundamentada a su vez en los artículos 20 y 25 de la Ley de Planeación para que dicha Coordinación General realice una consulta pública en la que los diversos grupos sociales expresen sus opiniones para la elaboración del contenido del "Plan".

La invocación de la Ley de Planeación como asidero jurídico de las actividades para la elaboración del citado "Plan" resulta precaria. Dicho ordenamiento legal reserva la categoría de plan al Plan Nacional de Desarrollo (párrafo tercero del artículo 21 de la Ley de Planeación), y que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al sustituir a la Secretaría de Programación y Presupuesto en 1992, es la dependencia encargada de elaborar el Plan Nacional y de coordinar las actividades de la Planeación Nacional de Desarrollo (fracciones I y II del artículo 14 de la Ley de Planeación). Así que la convocatoria para recoger las propuestas destinadas a formular el Plan

Puebla-Panamá (26 y 27 de abril de 2001) se superpone con la de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, el que debe darse a conocer en los primeros seis meses desde el día de la toma de posesión.

En el anexo del PND se enumeran los temas que serán objeto de los programas sectoriales, regionales, institucionales y especiales derivados de dicho Plan, donde aparece el "programa Puebla-Panamá".

La incertidumbre sigue sin superarse cuando aparece el Acuerdo por el que se crea la Coordinación General Plan Puebla-Panamá (*sic*), emitido el 31 de mayo de 2001.²⁶ En el artículo primero de este nuevo instrumento se señala el objeto de la dependencia, que consistirá en:

...coordinar y coadyuvar en acciones para fomentar, fortalecer y dar seguimiento a las políticas, estrategias y programas que en el ámbito de la administración pública se emprendan para contribuir a elevar el nivel de vida de los habitantes y lograr el desarrollo integral sustentable de la región Sur-Sureste del país, comprendida por los estados de Campeche, Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Tabasco, Veracruz y Yucatán; así como proponer y promover la participación de las naciones de la región centroamericana, comprendida por los países de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, en la realización de acciones que contribuyan al desarrollo integral sustentable en dicha región, con estricto apego al marco jurídico nacional e internacional.

El acuerdo presidencial que crea esta Coordinación General enumera ampliamente las atribuciones de dicha unidad administrativa (artículo segundo), señala que su titular será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República y que la Coordinación quedará adscrita a la Oficina Ejecutiva de la Presidencia de la República (artículo tercero). Es definido que la Coordinación General contará con las unidades administrativas necesarias para el cumplimiento de su objeto (artículo cuarto) y con un Consejo Consultivo que estará dedicado a analizar la problemática de desarrollo integral sustentable de la región Sur-Sureste del país y proponer acciones para su solución (artículo quinto).

²⁶ *Diario Oficial de la Federación* de 5 de junio de 2001. De acuerdo con el primer transitorio se establece que entraría en vigor al día siguiente de su publicación oficial.

Resalta cómo esta unidad de la Presidencia apareció con un dudoso fundamento, fue encaminada por la vía del PND para el nuevo sexenio y descarrila al sostenerse un término que la Ley de Planeación radica únicamente para el PND. De igual forma se abulta el aparato de la Presidencia con un número amplio de unidades de asesoría, apoyo técnico y coordinación.

2. Secretaría de Gobernación

Uno de los puntos centrales de la reforma de la administración pública federal para la gestión que iniciaría el 1 de diciembre de 2000 era definir los espacios de competencia de la Secretaría de Gobernación, tanto para redefinir su papel en la vida política nacional, crear la Secretaría de Seguridad Pública, como encomendar algunas de sus atribuciones a otras dependencias del Ejecutivo de la Unión.

En la iniciativa de la diputación panista se destacó que la Secretaría de Gobernación debería ser un instrumento de la "nueva gobernabilidad democrática", basado en la construcción de consensos, mediante el "diálogo y la negociación como vías privilegiadas para alcanzar convergencias y acuerdos, la contribución al reestablecimiento del Estado de derecho (*sic*); la promoción de una interacción intensa entre los poderes federales; el impulso al trabajo permanente con autoridades de entidades federativas y municipios; el fomento a la participación ciudadana en la toma de decisiones; el transparentar (*sic*) las instituciones...; el mantener una relación abierta y transparente del Ejecutivo con los medios de comunicación y el promover el respeto al derecho a la información".²⁷

A partir de estas consideraciones, se decidió reformular el artículo 27 de la LOAPF para trasladar la competencia que correspondería a la nueva Secretaría de Seguridad Pública y otras atribuciones a otras Secretarías de Estado. La competencia de la nueva Secretaría será tratada más adelante en apartado específico, mientras la movilidad de facultades y deberes de Gobernación será parte del presente.

²⁷ *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados, *cit. supra* nota 2, p. 26.

A. Atribuciones de Gobernación

En el nuevo artículo 27 de la LOAPF se conservaron las facultades de esta dependencia en lo tocante: *a)* a ser enlace del Ejecutivo Federal con los otros Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos, con los gobiernos locales y municipales;²⁸ *b)* la administración y publicación del *Diario Oficial de la Federación*; *c)* formular y conducir la política de población; *d)* vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales en materia de culto público, iglesias, agrupaciones y asociaciones religiosas, publicaciones impresas, transmisiones de radio y televisión, películas cinematográficas, juego, apuestas, loterías y rifas, y *e)* básicamente, conducir la política interior que compete al Ejecutivo.

En la nueva disposición legal destacan las siguientes atribuciones, dirigidas a tratar de generar una posición política a esta dependencia:

- La Secretaría de Gobernación conducirá, en el ámbito de su competencia, las relaciones políticas del Poder Ejecutivo federal con los partidos y agrupaciones políticos nacionales, con las organizaciones sociales, con las asociaciones religiosas y demás instituciones sociales (fracción XVI). Esta disposición afianza la posición del titular de esta dependencia como el principal interlocutor político presidencial.
- La Secretaría que nos ocupa deberá fomentar el desarrollo político, contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas; promover la activa participación ciudadana y favorecer las condiciones que permitan la construcción de acuerdos políticos y consensos sociales para que, en los términos de la Constitución y de las leyes, se mantengan las condiciones de gobernabilidad democrática (fracción XVII). Consecuente con la

²⁸ Sobre el particular, el Secretario de Gobernación dio a conocer a los Secretarios del Despacho, el Procurador General de la República, directores y administradores de los organismos descentralizados federales y empresas de participación estatal mayoritaria, un "Oficio mediante el cual se comunican los lineamientos que regirán la coordinación con el H. Congreso de la Unión en lo relativo a la agenda legislativa, presentación de iniciativas del Ejecutivo Federal, atención a solicitudes de comparecencias, entrevistas y reuniones de trabajo con servidores públicos de la administración pública federal y demás peticiones que formulen los órganos legislativos federales", publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de mayo de 2001.

fracción anterior, la presente procura iniciar una política de interlocución, sin descuidar el mantenimiento del orden jurídico.

- A raíz de la reforma constitucional en la materia y de la expedición de la Ley de Protección Civil, se introduce un conjunto de atribuciones de la Secretaría de Gobernación para conducir y poner en ejecución, de forma coordinada con las autoridades de los gobiernos de los estados, Distrito Federal y municipios, y con las dependencias y entidades de la administración pública federal, las políticas y programas de protección civil del Ejecutivo, en el marco del Sistema Nacional de Protección Civil, para la prevención, auxilio, recuperación y apoyo a la población en situaciones de desastre y concertar con instituciones y organismos de los sectores privado y social, las acciones conducentes al mismo objetivo (fracción XXIV).²⁹
- Es recuperada una función nacida en el Consejo Nacional de Población, órgano desconcentrado de esta Secretaría, y desenvuelta posteriormente en la Comisión Nacional de la Mujer, y que quedó como la atribución de la Secretaría de Gobernación de formular, normar, coordinar y vigilar las políticas de apoyo a la participación de la mujer en los diversos ámbitos del desarrollo, así como propiciar la coordinación interinstitucional para la realización de programas específicos (fracción XXV). De manera especial, el artículo noveno transitorio del propio decreto de reformas a la LOAPF y otros ordenamientos legales que nos ocupa, señaló una vigencia precaria de esta fracción hasta en tanto surgiese un órgano *ad hoc* para la participación de la mujer en el país.³⁰

²⁹ La adición de la fracción XXIX-1 al artículo 73 de la Constitución Federal (*Diario Oficial de la Federación* de 28 de junio de 1999) significó la erección de una facultad concurrente en materia de protección civil, que se tradujo en la expedición de la Ley General de Protección Civil (*Diario Oficial de la Federación* de 12 de mayo de 2000). Sobre las facultades concurrentes, cf. DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "México en la vía del federalismo cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias" en Barra Mexicana-Colegio de Abogados, *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, Ed. Themis, 1996, pp. 129 a 173.

³⁰ Dicho transitorio dispuso que: "La facultad prevista en la fracción XXV del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal subsistirá hasta en tanto se cree una entidad pública encargada de promover el desarrollo del potencial de las mujeres, su participación en la vida política, social y cultural del país y el ejercicio pleno de

- En la materia de comunicación social señalada a la Secretaría de Gobernación se tuvo el cuidado de precisar que le es encomendada la operación de la agencia noticiosa del ejecutivo federal. Se conservaron sus facultades de formular, regular y conducir la política de comunicación social del gobierno federal y las relaciones con los medios masivos de información, así como orientar, autorizar, coordinar, supervisar y evaluar los programas de comunicación social de las dependencias del sector público federal (fracciones XXVII y XXVIII). Aunque se consideró desde la iniciativa que la coordinación y administración de las estaciones de radio del Ejecutivo Federal debería trasladarse al ámbito competencial de la Secretaría de Educación Pública, como se verá más adelante.
- Uno de los aspectos oscuros de la política mexicana ha sido el desempeño de la Secretaría de Gobernación respecto al establecimiento y operación de sistemas de información política. Aun cuando se juzgaron socialmente esas tareas en la recopilación de datos de individuos y organizaciones de todo tipo como atentatorias a su privacidad e intimidad, fue asumida resignadamente dicha función, que desempeñaron, en distintos momentos de la historia contemporánea de México, entes tales como la Dirección Federal de Seguridad, la Dirección General de Investigaciones Políticas y Sociales, la Dirección General de Investigación y Seguridad Nacional y el Centro Nacional de Investigación y Seguridad Nacional, dependencias de la Secretaría de Gobernación. La reforma trata de darle asidero legal a una función básica del Estado actual, pero que debe ser circunscrita por el ordenamiento jurídico y con pleno respeto de los derechos individuales y sociales de la población. Por ello la fracción XXIX

todos sus derechos." En el mismo periodo ordinario de sesiones del Congreso en que se llevó a cabo la reforma de la administración pública federal, fue aprobada la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres (*Diario Oficial de la Federación* de 12 de enero de 2001, entrando en vigor al día siguiente de su publicación). Dicho Instituto es un organismo descentralizado de la administración pública federal, cuyo objeto general es promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país (artículo 4 de la Ley). En consecuencia, la fracción XXV en cuestión ha quedado derogada implícitamente.

del artículo 27 señala que la Secretaría de Gobernación establecerá y operará un sistema de investigación e información, que contribuya a preservar la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano. Es obvio que debe existir una ley que regule esta función.³¹

- La fracción XXX del artículo 27 de la LOAPF, bajo la idea de establecer una nueva gobernabilidad democrática, prevé que Gobernación deberá contribuir en lo que corresponda al Ejecutivo de la Unión, a dar sustento a la unidad nacional, a preservar la cohesión social y a fortalecer las instituciones de gobierno.
- Lo dispuesto en la fracción XXXI es una modernización necesaria e impuesta por los avances tecnológicos ineludibles en materia de compilar y sistematizar las leyes, tratados internacionales, reglamentos, decretos, acuerdos y disposiciones federales, estatales y municipales, así como establecer el banco de datos correspondiente, con objeto de proporcionar información a través de los sistemas electrónicos de datos.

B. Traslado de atribuciones de Gobernación a otras dependencias

Del contenido de los asuntos del despacho de Gobernación anterior a la reforma de 2000, se decidió remitir atribuciones que resultaban más apropiadas para otras Secretarías del Ejecutivo federal. Veamos cuáles fueron esos movimientos:

³¹ En el dictamen de la Cámara de Diputados sobre esta fracción y otras de igual relevancia se expuso que: "...respecto a las fracciones XIV, XVI, XVII, XXX y XXXI, [del artículo 27] del proyecto de decreto de la iniciativa consideramos pertinente subrayar que en ellas se encuentra plasmado el propósito tendiente a hacer de la Secretaría de Gobernación una institución cuyas funciones se desarrollen en el marco de la legalidad, y queden comprendidas y enunciadas de manera explícita y transparente en la Ley, como son la de política interior, la de conducir las relaciones entre el Ejecutivo con los demás poderes de la Unión, la de instaurar un sistema de información y de investigación así como la de fortalecer las instituciones de gobierno. La Comisión quiere subrayar la importancia que tiene, para lograr un verdadero avance en la gobernabilidad democrática, el respeto a los principios constitucionales de legalidad y de democracia, por lo que consideran plausible la inclusión de las fracciones mencionadas y propugnan para que las disposiciones reglamentarias que en su caso se lleguen a expedir, se hagan conforme a los mismos principios constitucionales" (cursivas mías) en *Gaceta parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 21 de noviembre de 2000, p. 10.

- La reivindicación de los bienes propiedad de la nación, por conducto del Procurador General de la República, ahora corresponde al despacho de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (fracción XXIV bis del artículo 37 de la LOAPF). Como se expresó en el dictamen de la Cámara de Diputados sobre esta reforma, resultaba congruente, en virtud de que es a dicha Secretaría a la que corresponde, en forma genérica, la administración de los bienes nacionales, “por ende, debe ser ésta la que inicie, a través de las autoridades competentes, la reivindicación de la propiedad de la nación, sean éstos muebles o inmuebles.” En la Cámara de origen se considero agregar que la reivindicación sería realizada a través de la Procuraduría General de la República, en virtud de su carácter como representante del Ejecutivo Federal en los juicios que forma parte.³²
- Ahora corresponderá a la Secretaría de Educación Pública la promoción de la producción cinematográfica, de radio y televisión y de la industria editorial, además de enfatizarse que dicha actividad la realizará con apego a lo dispuesto por el artículo 3o. constitucional cuando se trate de cuestiones educativas. Dicha dependencia también dirigirá y coordinará la administración de las estaciones radiodifusoras y televisoras pertenecientes al ejecutivo federal, con exclusión de las que dependan de otras Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos (fracción XXX bis del artículo 38 de la LOAPF). Para dar coherencia a este cambio legal, se reformó al mismo tiempo la Ley Federal de Radio y Televisión.³³

La idea dominante para realizar esta movilización de atribuciones, así como las que dan origen a la Secretaría de Seguridad Pública consiste en concentrar la función de la Secretaría de Gobernación en funciones de interlocución política, para superar su connotación anterior: de control político.

³² *Ibid.*, p. 14.

³³ Se derogó la fracción III del artículo 10 de la Ley Federal de Radio y Televisión y se reformó adicionando la fracción VIII del artículo 11 de dicho ordenamiento legal para fijar la atribución de la Secretaría de Educación Pública de coordinar el funcionamiento de las estaciones de radio y televisión pertenecientes al gobierno federal, con apego al artículo 3o. constitucional cuando se trate de cuestiones educativas.

3. Secretaría de Seguridad Pública

En la iniciativa panista destacaba la necesidad de separar de la Secretaría de Gobernación todo el conjunto de atribuciones de lo que podría denominarse como la materia de “seguridad pública” y erigir una secretaría dedicada al despacho de esa materia. Es lógica la iniciativa desde la perspectiva de cambiar el cariz de la Secretaría de Gobernación como un órgano cuya función esencial ha sido el control político de la sociedad.

Veamos el ámbito de competencia de la nueva dependencia previsto en el artículo 30 bis de la LOAPF, en un intento por tratar de formular una clasificación de sus atribuciones, independientemente de otras que provengan de otras leyes y reglamentos (fracción XXVI).

A. Atribuciones de definición de políticas públicas y de concertación de acciones

En este conjunto de atribuciones encontramos aquellas que le dan a la Secretaría de Seguridad Pública un papel de rector y principal ejecutor de la política federal en materia de seguridad pública, como serían:

- Desarrollar las políticas de seguridad pública y proponer la política criminal en el ámbito federal, que comprenda las normas, instrumentos y acciones para prevenir de manera eficaz la comisión de delitos (fracción I).
- Proponer al Ejecutivo Federal las medidas que garanticen la congruencia de la política criminal entre las dependencias de la administración pública federal (fracción II).
- Dentro de una idea de un federalismo cooperativo y considerando que la materia de seguridad pública pertenece a las llamadas facultades concurrentes, celebrará convenios de colaboración, en el ámbito de su competencia y en el marco del Sistema Nacional de Seguridad Pública, con otras autoridades federales, estatales, municipales y del Distrito Federal, así como establecer acuerdos de colaboración con instituciones similares, en los términos de los tratados internacionales, conforme a la legislación (fracción XX).

- Auxiliar, cuando así lo requieran, al Poder Judicial de la Federación, lo que viene a ser un reflejo particularizado de lo que dispone la fracción XII del artículo 89 constitucional, y a la Procuraduría General de la República, en cumplimiento del principio de coordinación que debe imperar en el ámbito administrativo, para el debido ejercicio de sus funciones (fracción XXII).

B. Atribuciones de organización

En este ámbito encontramos atribuciones relativas a la estructura administrativa interna y externa de la Secretaría, así como lo concerniente a nombramientos de servidores públicos. El ámbito externo comprende al Consejo Nacional de Seguridad Pública:

- Presidir el Consejo Nacional de Seguridad Pública (fracción III) y representar al Poder Ejecutivo federal en el Sistema Nacional de Seguridad Pública (fracción IV). Concomitante a la reforma de la LOAPF, se reformaron disposiciones de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en el sentido de sustituir a la Secretaría de Gobernación y su titular por la nueva dependencia.
- Proponer al Consejo Nacional de Seguridad Pública la designación del secretario ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y, en su caso, removerlo libremente (fracción V).
- Organizar, dirigir, administrar y supervisar la Policía Federal Preventiva, así como garantizar el desempeño honesto de su personal y aplicar su régimen disciplinario (fracción X). En el decreto de reforma legal de 30 de noviembre de 2000, aparece la reforma del artículo 2 de la Ley de la Policía Federal Preventiva, a fin de precisar la adscripción de dicho cuerpo a la nueva Secretaría de Estado. Sin embargo, no se reforman los artículos 5, 6, 9 y 10 de ese ordenamiento legal, que hacen referencia a la Secretaría de Gobernación en su anterior calidad de superioridad de la Policía Federal Preventiva.
- Proponer al Presidente de la República el nombramiento del comisionado de la Policía Federal Preventiva (fracción XI).
- Organizar, dirigir y administrar el servicio civil de carrera de la policía a su cargo (fracción XVII).

C. Atribuciones de participación social en la seguridad pública

Este conjunto de facultades y deberes de la nueva Secretaría abarcan un aspecto de realización difícil: el acercamiento del aparato del Estado encargado de la seguridad pública con la sociedad, sobre todo si consideramos la amplia desconfianza y desazón hacia ese aparato:

- Proponer en el seno del Consejo Nacional de Seguridad Pública, políticas, acciones y estrategias de coordinación en materia de prevención del delito y política criminal para todo el territorio nacional (fracción VI).
- Fomentar la participación ciudadana en la formulación de planes y programas de prevención en materia de delitos federales y, por conducto del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en los delitos del fuero común (fracción VII).
- Promover y facilitar la participación social para el desarrollo de actividades de vigilancia sobre el ejercicio de sus atribuciones (fracción VIII).
- Atender de manera expedita las denuncias y quejas ciudadanas con relación al ejercicio de sus atribuciones (fracción IX).

D. Atribuciones operativas y de protección

Aquí encontramos la función eminentemente sustantiva de la Secretaría:

- Salvaguardar la integridad y el patrimonio de las personas, prevenir la comisión de delitos del orden federal, así como preservar la libertad, el orden y la paz públicos (fracción XII).
- Establecer un sistema destinado a obtener, analizar, estudiar y procesar información para la prevención de delitos, mediante métodos que garanticen el estricto respeto a los derechos humanos (fracción XIII).
- Elaborar y difundir estudios multidisciplinarios y estadísticas sobre el fenómeno delictivo (fracción XIV).
- Efectuar, en coordinación con la Procuraduría General de la República, estudios sobre los actos delictivos no denunciados e

incorporar esta variable en el diseño de las políticas en materia de prevención del delito (fracción XV).

- Organizar, dirigir y administrar un servicio para la atención a las víctimas del delito y celebrar acuerdos de colaboración con otras instituciones del sector público y privado para el mejor cumplimiento de esta atribución (fracción XVI). Esta función se vincula con la reforma constitucional en materia de garantías para las víctimas del delito (apartado B del artículo 20 de la Ley Suprema).
- Colaborar, en el marco del sistema nacional de seguridad pública, cuando así lo soliciten otras autoridades federales, estatales, municipales o del Distrito Federal competentes, en la protección de la integridad física de las personas y en la preservación de sus bienes, en situaciones de peligro cuando se vean amenazadas por disturbios u otras situaciones que impliquen violencia o riesgo inminente (fracción XXI).

E. Atribuciones de control administrativo

La Secretaría de Seguridad Pública asume una función de control al interior de la administración como hacia los particulares dedicados al desempeño de actividades de seguridad privada:

- Regular y autorizar la aportación de armas para empleados federales, para lo cual se coordinará con la Secretaría de la Defensa Nacional (fracción XVIII). Consecuente con esta disposición se adecuó la fracción XVI del artículo 29 de la LOAPF, dedicado a la competencia de la Secretaría de la Defensa Nacional, para hacer la debida concordancia.
- Otorgar las autorizaciones a empresas que presten servicios privados de seguridad en dos o más entidades federativas, así como supervisar su funcionamiento (fracción XIX). En el misma materia de este tipo de atribuciones, la reforma a la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública precisa la facultad de la Secretaría que nos ocupa de autorizar a los particulares que presten servicios de seguridad, protección, vigilancia o custodia de personas, lugares o establecimientos, de bienes o valores, incluido su trasla-

do, independientemente de lo que disponga la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, cuando los servicios comprendan dos o más entidades federativas; o de la autoridad administrativa que establezcan las leyes locales, cuando los servicios se presten sólo en el territorio de una entidad (artículo 52 de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública).

F. Atribuciones de ejecución de sanciones

Una tarea que la Secretaría de Gobernación desempeñó largo tiempo fue la readaptación social de los delincuentes y, en especial, la aplicación de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados:

- Ejecutar las penas por delitos del orden federal y administrar el sistema federal penitenciario; así como organizar y dirigir las actividades de apoyo a liberados (fracción XXIII).
- Participar, conforme a los tratados respectivos, en el traslado de los reos a que se refiere el quinto párrafo del artículo 18 constitucional (fracción XXIV).
- Administrar el sistema federal para el tratamiento de menores infractores, en términos de la política especial correspondiente y con estricto apego a los derechos humanos (fracción XXV).

4. Secretaría de Desarrollo Social

Sin haber convencido a la Comisión dictaminadora de la Cámara Baja sobre el cambio de denominación de la Secretaría de Desarrollo Social por Desarrollo Humano, sólo se realizaron cambios menores a las fracciones VIII, X, XIII y XVII del artículo 32 de la LOAPF, a efecto de actualizar las denominaciones introducidas en la reforma de la LOAPF que nos ocupa. La fracción VIII es derogada, cuyo contenido era coordinar y ejecutar la política nacional para crear y apoyar empresas que asocien a grupos de escasos recursos en áreas urbanas, pues esta atribución pasa a la Secretaría de Economía.

Realmente se puede decir que una atribución novedosa para la Secretaría de Desarrollo Social es la de rendir su opinión previa a la

Secretaría de Reforma Agraria, cuando ésta proyecte los programas generales y concretos de colonización ejidal, para realizarlos, promoviendo el mejoramiento de la población rural y, en especial, de la población ejidal excedente (fracción X del artículo 41 de la LOAPF).

5. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales

A la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca le fue separada la materia pesquera para remitirla a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, por lo que se dio un cambio de su denominación oficial y se eliminaron las atribuciones en dicha materia del artículo 32 bis de la LOAPF.³⁴ También se procedió a actualizar las denominaciones de las dependencias, según la reforma de noviembre de 2000.³⁵

6. Secretaría de Economía

Estamos ante el caso de recuperación de la primera de las tantas denominaciones que tuvo esta dependencia (1946-1964), que fue conocida como Secretaría de Industria y Comercio; de Comercio, y de Comercio y Fomento Industrial. En la reforma a la LOAPF se le otorgó como nueva competencia lo siguiente:

- Coordinar y ejecutar la política nacional para crear y apoyar empresas que asocien a grupos de escasos recursos en áreas urbanas a través de las acciones de planeación, programación, concertación, coordinación, evaluación; de aplicación, recuperación y revolvencia de recursos para ser destinados a los mismos fines; así como de asistencia técnica y de otros medios que se requieran para ese propósito, previa calificación, con la intervención de las dependencias y entidades de la administración pública federal correspondientes y de los gobiernos estatales y municipales, y con la participación de los sectores social y

³⁴ Se eliminó la referencia a la materia pesquera en las fracciones II y XXXIX, y fueron derogadas las fracciones XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXVI, XXXVII y XXXVIII del artículo 32 bis de la LOAPF.

³⁵ Fueron los casos de las fracciones XIII, XX, XXV y XXIX del artículo 32 bis de la LOAPF.

privado. Como se vio, es el traslado de una atribución de la Secretaría de Desarrollo Social (fracción X bis del artículo 34 de la LOAPF).

- Coordinar y dirigir, con la colaboración de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, el Sistema Nacional para el Abasto, con el fin de asegurar la adecuada distribución y comercialización de productos y el abastecimiento de los consumos básicos de la población (fracción XI del artículo 34 de la LOAPF).

También se dieron adecuaciones nominativas (fracciones IX y XV del artículo 34 de la LOAPF).

7. Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación

Además de la ahora larga denominación de lo que fue la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, lo auténticamente novedoso es la adición de la fracción XXI al artículo 35 de la LOAPF, que viene a ser la facultad de esta dependencia para fomentar la actividad pesquera, proveniente de lo que fue la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, y mediante la entidad pública que será competente para:

- Realizar directamente y autorizar conforme a la ley, lo referente a acuicultura; así como establecer viveros, criaderos y reservas de especies acuáticas.
- Promover, fomentar y asesorar técnicamente la producción, industrialización y comercialización de los productos pesqueros en todos sus aspectos, en coordinación con las dependencias competentes.
- Estudiar, proyectar, construir y conservar las obras de infraestructura pesquera y de acuicultura que requiere el desarrollo del sector pesquero, con la participación de las autoridades estatales, municipales o de particulares.
- Proponer a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación la expedición de las normas oficiales mexicanas que correspondan al sector pesquero.

- Regular la formación y organización de la flota pesquera, así como las artes de pesca, proponiendo al efecto, a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, las normas oficiales mexicanas que correspondan.
- Promover la creación de las zonas portuarias, así como su conservación y mantenimiento.
- Promover, en coordinación con la Secretaría de Economía, el consumo humano de productos pesqueros, asegurar el abasto y la distribución de dichos productos y de materia prima a la industria nacional.

Igualmente se dieron reformas a las fracciones del citado artículo 35 a fin de considerar las denominaciones nuevas (fracciones XII, XIX y XX). Durante el debate, el diputado del Partido del Trabajo, José Narro Céspedes, propuso al pleno de su Cámara que se mantuviese en la denominación de la dependencia el término "Desarrollo Rural", lo que fue aceptado.

La entidad pública a la que hace referencia la fracción XXI del artículo 35 de la LOAPF vino a ser la Comisión Nacional de Acuicultura y Pesca, instituida por decreto presidencial como órgano desconcentrado de la Secretaría de Agricultura y dotada de una crecida cantidad de atribuciones en los ramos pesquero y acuícola y de un considerable número de unidades administrativas, que en realidad se conformarán a partir de la Subsecretaría de Pesca y sus direcciones generales adscritas, por lo que no habrá aumento sustancial del aparato burocrático.³⁶

8. Modificaciones nominativas

Se reformaron algunas fracciones correspondientes a los preceptos competenciales de las Secretarías de Educación Pública; Trabajo y Previsión Social y de Turismo, para tomar en cuenta las denominaciones reformadas (artículos 38, fracción I, inciso d; 40, fracción III, y 42, fracciones II y IX, de la LOAPF, respectivamente).

9. Transitorios

En cuanto a las disposiciones transitorias tenemos que la reforma entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* (artículo primero). El segundo transitorio preveía los traspasos financieros (modificaciones de la estructura financiera y programática, calendarios financieros y de metas) y de activos patrimoniales (bienes inmuebles, mobiliario, vehículos, instrumentos, aparatos, maquinaria, archivos y, en general, el equipo de la dependencia empleado para los asuntos a su cargo) entre dependencias. Es criticable que en el decreto de reformas a la LOAPF se emplease una terminología tecnocrática al referirse al "traspaso de recursos humanos", aunque se plantea indubitablemente el respeto de los derechos laborales del personal que pase de una dependencia a otra. De acuerdo con el cuarto transitorio, se estableció que en un año el Presidente de la República, por conducto de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y Contraloría y Desarrollo Administrativo, con la participación de las Secretarías correspondientes, deberán concluir aquellas adecuaciones presupuestarias y traspasos de personas, recursos materiales y financieros, así como de activos patrimoniales.

En la reforma que nos ocupa se establecen disposiciones de repetición constante en las modificaciones a la LOAPF, en cuanto al trámite de asuntos de las dependencias afectadas:

- Los asuntos que deban pasar de una Secretaría a otra, permanecerán en el último trámite que hubieren alcanzado hasta que las unidades administrativas que los despachen se incorporen a la dependencia que señale el mismo, a excepción de aquellos urgentes o sujetos a término los cuales se atenderán por las dependencias que las venían despachando (artículo tercero transitorio).
- Las menciones contenidas en otras leyes, reglamentos y en general en cualquier disposición, respecto de las Secretarías cuyas funciones se reforman por virtud de este Decreto, se entenderán referidas a las dependencias que, respectivamente, asuman tales funciones (artículo quinto transitorio).
- La expedición del Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública y de las adecuaciones correspondientes a los reglamentos interiores de las Secretarías, en un plazo no mayor

³⁶ *Diario Oficial de la Federación* de 5 de junio de 2001.

de seis meses, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto. Se han expedido en dicho plazo el reglamento interior de la nueva dependencia y las reformas a los reglamentos de la Secretarías de Gobernación y de Economía, únicamente (artículo sexto transitorio). Fuera del plazo fue expedido el reglamento interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.³⁷

- La derogación de las disposiciones que se opongán a la reforma (artículo décimo transitorio).

Especialmente, por lo que hace a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, se previó en el artículo séptimo del decreto de reformas la creación de la entidad pública de fomento pesquero en un plazo no mayor de seis meses, a partir de la entrada en vigor de la reforma, lo que no ocurrió en dicho plazo, aunque su creación posterior no acarrea sanción alguna, y en el artículo octavo transitorio se señaló que cuando la Ley de Pesca se mencionase a la desaparecida Secretaría de Pesca debería entenderse la referencia a la nueva dependencia.

10. Deficiencias de la técnica legislativa seguida en la reforma y omisión de una política definida de organización administrativa

A. La técnica legislativa

En el decreto del 30 de noviembre de 2000 resulta notoria la falta de una tendencia depuradora en la LOAPF y, al contrario, es mantenida una política legislativa dominante en el derecho administrativo mexicano, de conservar denominaciones de dependencias que han cambiado, desaparecido o cuyas atribuciones fueron transferidas a otra o de plano han sido derogadas.

Fue desaprovechada la oportunidad de mejorar el contenido de la LOAPF para cambiar las denominaciones de dependencias que han cambiado de nombre en gestiones presidenciales pasadas (v. gr.: los artículos 25 y 50 hacen referencia a la Secretaría de la Contraloría

³⁷ *Diario Oficial de la Federación* de 4 de junio de 2001. En la misma fecha apareció el Reglamento Interior de la Secretaría de Energía.

General de la Federación, ahora de Contraloría y Desarrollo Administrativo) e inclusive en otras disposiciones se mantienen denominaciones que la reforma de noviembre de 2000 cambió. Tal es el caso de la fracción X del artículo 31 de la LOAPF, que maneja la denominación de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

También se omitió depurar atribuciones que ya han dejado de ser negocios administrativos federales para ser de carácter local, con motivo de reformas constitucionales, como las atribuciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público respecto de las finanzas públicas del extinto Departamento del Distrito Federal, que encontramos en las fracciones II, III, V y XV del artículo 31 de la LOAPF, o la referencia a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, cuya nueva denominación originada en la reforma política de agosto de 1996 es de Asamblea Legislativa.

Es notable la variabilidad del legislador para reformar los preceptos de la LOAPF dedicados a la competencia de las Secretarías. En lugar de uniformar la secuencia de las fracciones en todos los casos de reforma radical, sólo en los casos de Gobernación, Economía y Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación se dio esa uniformidad, mientras que en Medio Ambiente y Recursos Naturales se optó por dejar testimonio de la desaparición de la materia pesquera con un conjunto de fracciones derogadas.

Finalmente, un conjunto no menor de ordenamientos legales se mantuvieron incólumes en cuanto a referencias de Secretarías de Estado desaparecidas o cuyas atribuciones han transitado a otra u otras dependencias, sin que se haya tenido el cuidado por actualizarlas, y emplear transitorios derogatorios de disposiciones que se opongán a los nuevos ordenamientos o, como el quinto transitorio del decreto publicado el 30 de noviembre de 2000 al señalar:

Las menciones contenidas en otras leyes, reglamentos y en general en cualquier disposición, respecto de las Secretarías cuyas funciones se reforman por virtud de este Decreto, se entenderán referidas a las dependencias que, respectivamente, asuman tales funciones.

Ejemplos de incuria legislativa anterior a la reforma de 2000 abundan: la Ley de Planeación; la Ley General de Bienes Nacionales, y la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, donde

aparecen referencias a las Secretarías de Programación y Presupuesto o de Desarrollo Urbano y Ecología. En cuanto a los ordenamientos que permanecen sin cambios nominales con la reforma tendríamos, por lo menos: la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente; la Ley de Comercio Exterior; y la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados.

En el futuro sería conveniente, además de hacer una previa depuración nominativa, que en los transitorios sea impuesto expresamente el cambio de denominación en las leyes que hiciesen referencia a una dependencia.

B. La reforma administrativa

La forma de adaptar la administración pública al cambio presidencial respondió a la fuerte presencia del Ejecutivo que inauguraba su gestión y que la reforma de 2000 formalmente abandonó. Sin embargo, el largo periodo de transición de una administración a otra (julio-noviembre de dicho año) careció de una discusión pública de las reformas y emprender una evaluación del estado que guarda la administración pública mexicana.

Por otra parte, tenemos que lo esperado no ocurrió: la desaparición de Secretarías de Estado, que el Partido Acción Nacional y su primer candidato presidencial triunfante habían propuesto, por lo menos en lo que toca a las Secretarías de Contraloría y Desarrollo Administrativo y de Reforma Agraria. En la iniciativa y en los dictámenes parlamentarios nunca se tocó la cuestión de desaparición, transformación y asimilación en otra Secretaría de Estado de dichas dependencias. Igualmente, en nombre de la austeridad del gasto público, bien se pudo proponer la transformación de algunas Secretarías de Estado en Departamentos Administrativos, en los términos originalmente planteados por el Constituyente de 1916-1917.

La emisión del programa de modernización del gobierno propuesto en el PND 2001-2006 deberá llevar a la reflexión de estas cuestiones.

Habrà una observación detenida de la operatividad de las unidades de la Presidencia, sus peculiares relaciones con las dependencias

y entidades de la administración federal y si es alcanzada la eficiencia administrativa, hoy calificada de calidad, que siempre se la ha reclamado por una sociedad cada vez más participativa y reclamante de un cabal Estado de derecho.

IV. CONCLUSIONES

De este estudio desprendo las siguientes conclusiones:

Primera. Cada asunción presidencial implica cambios en el aparato administrativo por medio del cual cumplirá con sus principales cometidos constitucionales y legales, además de la plataforma política del partido del presidente y las propuestas desenvueltas en la campaña electoral. Son momentos de transformación jurídica y administrativa a partir de una lectura de la realidad social.

Segunda. La elección de un candidato presidencial de un partido distinto al PRI ha despertado interrogantes en cuanto a las costumbres políticas y a la modificación del entramado que conforma al ordenamiento jurídico mexicano, en especial, en lo hace al derecho administrativo.

Tercera. La reforma de la LOAPF y a otras leyes administrativas se inició por diputados del PAN, antes de la toma de posesión, con lo que se rompió una de esas costumbres políticas, además de que la reforma sufrió importantes cambios en el procedimiento legislativo, en especial en la Cámara de Diputados.

Cuarta. En la reforma de la administración pública federal destacaron las siguientes materias: el régimen de la Presidencia de la República, la creación de la Secretaría de Seguridad Pública, el cambio denominativo de dependencias y la movilidad y actualización de las atribuciones secretariales.

Quinta. La Presidencia de la República, a partir del nuevo contenido del artículo 8 de la LOAPF, aumentó considerablemente su composición orgánica, en comparación con gestiones presidenciales anteriores, al integrarse la Oficina Ejecutiva (con 13 unidades), la Coordinación General de Comunicación Social, la Coordinación General de Opinión Pública e Imagen, el Consejero Presidencial de Seguridad Nacional, el Consejo Nacional Consultivo para la integración de las Personas con discapacidad y el Consejo para el Desarrollo

llo de los Pueblos Indígenas. La creación de estos entes administrativos se dio mediante acuerdos presidenciales, lo que debería ser sustituido por un reglamento interior de la Presidencia de la República, como las dependencias de la administración central federal, con independencia del número de unidades de asesoría, apoyo y coordinación.

Sexta. La Secretaría de Gobernación abandona su posición de órgano de control político y rector en materia de seguridad pública para asumirse como interlocutor político del Ejecutivo hacia los otros Poderes federales, los estados, el Distrito Federal, los municipios, los órganos constitucionales autónomos, las asociaciones religiosas, los medios de comunicación y la sociedad. Será indispensable que esta dependencia y el Consejero Presidencial de Seguridad Nacional redefinan las tareas de captura de datos para lo que se ha conocido como seguridad nacional.

Séptima. Aparece en la enumeración de Secretarías de Estado la de Seguridad Pública que viene a constituirse en un desprendimiento importante de funciones que la Secretaría de Gobernación poseyó largo tiempo. La nueva dependencia tiene a su cargo una importante cuerpo de atribuciones en lo que hace a definición de políticas públicas, concertación de acciones, organización del Sistema Nacional de Seguridad Pública, participación social en la seguridad pública, atribuciones operativas y de protección de personas e instituciones, funciones de control administrativo y de ejecución de sanciones.

Octava. La reforma de la LOAPF de 2000 se significó por el cambio denominativo de Secretarías de Estado (ahora de Economía; Medio Ambiente y Recursos Naturales, y Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación) y por la movilidad de atribuciones a efecto de tratar de hacer compatibles funciones de las dependencias del Ejecutivo federal.

Novena. Sustantivamente se dio un importante movimiento de atribuciones de una dependencia a otra. En el caso de la antigua Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca se trasladó la materia pesquera a la Secretaría de Agricultura y en lo que hace a los apoyos a la pequeñas empresas urbanas, esta materia pasó de la Secretaría de Desarrollo Social a la de Economía.

Décima. El legislador federal cometió errores de técnica legislativa, al no depurar el cuerpo de la LOAPF y de otros ordenamientos de la legislación administrativa federal, que ya es urgente dejar clara-

dos en nombre de la certeza y seguridad jurídica, pues hacen referencias a dependencias desaparecidas, con nueva denominación o incompetentes, pues la atribución pudo haber pasado a otra. La calidad también debe verse en el terreno de las leyes.

Décima primera. El PND 2001-2006 realza el papel de los Comisionados de Crecimiento con Calidad, Orden y Respeto y para el Desarrollo Social y Humano, integrados en la Presidencia de la República, al señalarse a dichas comisiones como agrupaciones de las dependencias y entidades de la administración pública, lo que delega el trato directo que el Presidente debería tener con los titulares de las Secretarías de Estado, por lo menos. Si bien operativamente significa que una fórmula de conjunción de acciones y dispersión de recursos e información, también tiene sus inconvenientes de orden constitucional, pues los Secretarios de Estado y el Procurador General de la República tienen una responsabilidad de tipo constitucional, administrativa y penal, superior a la de los Comisionados, además de poder ser requeridos por el Congreso de la Unión en los términos del artículo 93 constitucional o de ser sujetos de los procesos constitucionales sustanciados por el Poder Judicial de la Federación, situaciones a la que son ajenos los Comisionados presidenciales.

HOMENAJE A RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL

Emiliano ZUBIRÍA MAQUEO

Imaginemos, si es que no estamos convencidos de ello, que existe un Ser Supremo, Dios. Imaginemos que al llegar nuestra muerte, existe un Juicio Final. Imaginemos que ese Juicio Final lo realizamos nosotros mismos sobre nuestras personas, y que en tal caso, no podemos mentir, que no podemos mentirnos a nosotros mismos. Imaginemos a Ramón SÁNCHEZ MEDAL en su propio Juicio Final.

- Lic. Mario Alberto BECERRA POCOROBA, Rector de la Escuela Libre de Derecho; Familia y familiares Sánchez Medal Urquiza; Señores profesores y ex-alumnos de la Escuela Libre de Derecho; Alumnas y alumnos; Señoras y señores:

Nos relata Mateo en el capítulo 13, versículos 10 a 17: "Los discípulos se acercaron y preguntaron a Jesús: ¿Por qué les hablas en parábolas? Jesús les respondió: A ustedes se les ha concedido conocer los misterios del reino de los cielos, pero a ellos, no. Porque al que tiene se le dará más y tendrá en abundancia, pero al que no tiene, se le quitará aun lo que tiene. Por eso les hablo en parábolas, porque miran, y no ven; oyen, pero no escuchan ni entienden..."

De esta forma Lucas nos relata en el capítulo 19, versículos 11 a 28, la parábola de las monedas: "Cuando volvió, había sido nombrado rey. Mandó, pues, llamar a aquellos servidores a quienes les había entregado el dinero, para ver cuánto había ganado cada uno. Se presentó el primero y dijo: Señor, tu moneda ha producido diez más. Le

contestó: Está bien, servidor bueno; ya que fuiste fiel en cosas muy pequeñas, ahora te confío el gobierno de diez ciudades. Vino el segundo y le dijo: Señor, tu moneda ha producido otras cinco más. El rey le contestó: Tú también gobernarás cinco ciudades. Llegó el tercero y dijo: Señor, aquí tienes tu moneda, la he guardado envuelta en un pañuelo porque tuve miedo de ti. Yo sabía que eres un hombre muy exigente; reclamas lo que no has depositado y cosechas lo que no has sembrado. Le contestó el rey: Por tus propias palabras te juzgo, servidor inútil ¿Por qué no pusiste mi dinero en el Banco? Así, a mi regreso lo habría cobrado con los intereses. Y dijo el rey a los presentes: Quítenle la moneda y dénsela a quien tiene diez”.

Seguramente el Juicio Final a que se sometió Ramón Sánchez Medal el pasado quince de marzo, al momento de su fallecimiento, le sirvió para informar al Señor la multiplicación de las monedas por él recibidas, e incluso recibir otras de servidores inútiles que no quisieron arriesgarlas.

Ramón Sánchez Medal recibió monedas, potencia, de sus padres, quienes en sus años infantiles lo moldearon para darse y dar algebraicamente lo recibido; recibió monedas de sus educadores primarios, quienes le imprimieron el sello de la necesidad del saber y de entender dicho saber; recibió monedas en el seminario en el que estudió sus estudios secundarios y preparatorianos, quienes seguramente lo terminaron de forjar como hombre de bien; recibió monedas de la Escuela Libre de Derecho, al cursar sus estudios profesionales, en donde consolidó su respeto a los demás y a la libertad; recibió monedas de su esposa, quien lo enriqueció, no obstante múltiples problemas por embarazos no logrados, con tres hijos, con lo que seguramente le iluminó aún más su espíritu; recibió monedas de sus hijos, nietos, bisnieta, compañeros de escuela, amigos, etcétera, y de quienes lo rodearon, pero tuvo el valor en todo momento de entender que esas monedas eran prestadas y debía multiplicarlas, convertirlas en Acto, y Ramón Sánchez Medal murió siendo Acto, multiplicador de monedas, servidor fiel del Señor.

Como estudiante en la Escuela Libre de Derecho destacó por su alto rendimiento, y posteriormente le dedicó, como profesor, medio siglo, siendo su sello su profundo conocimiento del derecho, su inflexible vocación a la libertad y su tenacidad en el ejercicio de su profesión.

Como maestro, allanó y despejó el camino de medio centenar de generaciones, transmitiendo no solamente sus conocimientos sino sus experiencias, a efecto de evitar que errores del pasado fueran repetidos en lo futuro, matizando lo anterior con el perfil ético que aprendió de san Alfonso María de Ligorio, abogado italiano que renunció al ejercicio de su profesión por horizontes más elevados, como son los ideales de la rectitud de conciencia de acuerdo con la teología moral, según relata el propio Sánchez Medal en “Un abogado postulante”, relato inédito de algunas de sus experiencias como litigante.

Con gran sencillez y una muy clara pedagogía nos alumbró a muchas generaciones de egresados de la Escuela Libre de Derecho y de otras facultades de derecho, y nos hizo conocer el torrente sanguíneo del derecho, la materia que en las últimas décadas impartió: Contratos.

En un justo homenaje a don Ramón Sánchez Medal tiene que analizarse su persona como humanista, como abogado y como profesor, y resaltar que a dichos tres aspectos los caracterizó su pensar de cristiano: católico, apostólico y romano.

Como humanista Ramón Sánchez Medal destacó en diversas áreas, como pueden ser la defensa del derecho de los padres a la libre educación de los hijos; la defensa de los derechos humanos, y la defensa de la libertad religiosa.

Indudablemente Ramón Sánchez Medal fue hombre de su época, nació el 20 de septiembre de 1917, al término de la Revolución Mexicana, de la que le tocó vivir los agitados cambios que produjo, y dentro de ellos luchar en contra de dogmas de Estado, para lograr el equilibrio que ofrece la libertad, valiéndose en su lucha de su profesión como abogado, título que obtuvo el 14 de octubre de 1942 en nuestra Escuela Libre de Derecho, por cierto, con mención especial por su carrera, por la tesis presentada y por el examen sustentado.

Desde el año de 1959 y hasta 1964 se desempeñó como Presidente de la Unión Nacional de Padres de Familia, sitio desde el cual y hasta su muerte, defendió el natural e inalienable derecho de los padres de familia de educar libremente a sus hijos, basándose para ello en el artículo vigésimo sexto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, por lo tanto, oponiéndose a que sea el Estado quien imponga dogmas al respecto, fundando el derecho de los padres de familia en su propia paternidad, tanto para formar la vida de sus hijos, como para elegir el tipo de educación que ha de dárselos. “La

libertad de enseñanza, afirmaba, no consiste en la imposición del laicismo, ni en la imposición de un dogma religioso, sino en dejar en libertad a los padres para que a sus hijos menores se les dé la educación que ellos elijan”.

Al respecto escribió varios libros, a los que él humildemente denominaba opúsculos: *El derecho de educar en la escuela*, en 1963, publicado por Editorial Jus; *En defensa del derecho de los padres de familia*, publicado en 1964, por la misma editorial; *Hacia la reforma de las leyes sobre educación*, publicado en 1966; *La educación y el Concilio*, publicado en 1966 por Editorial Jus, y diversos artículos, entre otros: “El nuevo artículo tercero y los derechos humanos”, publicado en el número dieciséis de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, y “El derecho de los padres de la educación religiosa de sus hijos”, estudio que presentó ante el Quinto Congreso Internacional de Juristas Católicos sobre “El derecho y la libertad religiosa”, en Salamanca, España, en septiembre de 1965, época en que impartía Filosofía del derecho en nuestra Escuela Libre de Derecho.

Bastaría lo anterior para calificar como hombre de bien y de saber prudencial a Ramón Sánchez Medal, pero al parecer las monedas por él recibidas, la potencia que tenía, era mucho mayor, y en 1988 presidió y fundó con distinguidas personalidades la “Comisión Mexicana de Derechos Humanos”, A. C., de la que posteriormente fue su Presidente Honorario, lo que sucedió casi tres años antes de que surgiera la Comisión Nacional de Derechos Humanos como órgano gubernamental, de la que afirmaba debía de ser precisamente una entidad no gubernamental, y sus miembros personas de alta autoridad moral y reconocida versación en derechos humanos, sin incompatibilidad derivada de otras preocupaciones que afecten su independencia e imparcialidad, y cuya tarea primordial sea el analizar y promover, desde fuera del Estado, al margen de los partidos políticos, y de una manera institucional, la adecuación de las leyes a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Desde este foro señaló las incongruencias que existen en algunas de nuestras leyes, con el texto consignado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y publicó diversos artículos al respecto, entre ellos, en 1988, en el número doce de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, “Los derechos humanos

y la legislación mexicana” y, posteriormente, en publicaciones de la propia Comisión Mexicana de Derechos Humanos, A. C., “Las reformas constitucionales en materia religiosa”, y la “Ley de Asociaciones Religiosas y culto público”, tema que dio pie para que, más adelante, en la colección Diálogo y Autocrítica del Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, publicara en 1992 “La libertad religiosa en la nueva legislación de México”, y después, en 1997, en Editorial Porrúa, *La nueva legislación sobre libertad religiosa. Textos, antecedentes y comentarios*.

Sin duda el campo en el que Ramón Sánchez Medal recibió más monedas, más potencia, fue en el de la abogacía, sitio en el cual destacó desde estudiante y hasta el momento de su muerte.

Como abogado postulante Ramón Sánchez Medal sobresalió patrocinando incontables e interesantes litigios, aprovechando su participación en algunos de ellos y sus inquietudes como profesional en activo, para publicar diversos libros y artículos. Ejemplo de ello es su tesis profesional: “Bienes de la esposa en la quiebra del marido. La presunción muciana en el derecho mexicano”, influida indudablemente por el hecho de haber sido auxiliar, junto con Jorge Barrera Graf, de don Joaquín Rodríguez y Rodríguez, en la elaboración de la “Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos”, recién abrogada, y a partir de dicha publicación se caracterizó por su gran capacidad de estudio, reflexión y su constante esfuerzo por participar sus inquietudes, por lo que con mucha frecuencia realizaba estudios jurídicos, fundamentalmente de derecho civil, como “El Pacto de Anatocismo y los daños y perjuicios moratorios en las deudas de dinero” (1948), en la que llegó, con 51 años de anticipación, prácticamente a las mismas conclusiones a las que arribó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1999; “Dos Códigos Civiles y una Escuela de Derecho”, publicado en 1972 con motivo del sexagésimo aniversario de la Escuela Libre de Derecho y como homenaje a dos grandes civilistas mexicanos, ambos ex-rectores de la Escuela Libre de Derecho, don Luis Méndez y don Miguel S. Macedo, partícipes en la elaboración de los Códigos Civiles de 1870 y 1884; “Una nueva legislación sobre contratos y sobre propiedad urbana”, en 1976, en la que señalaba virtudes y defectos de las leyes de protección al consumidor y de asentamientos humanos; “El nuevo Registro Público de la Propiedad”, en 1979, con un muy acertado análisis del Folio Real y su

problemática: "La nueva Ley sobre arrendamientos para habitación", en 1985, reforma a la que calificó como contradictoria y contrastante, que por tratar de beneficiar lo más posible a los inquilinos, perjudicó también lo más posible a los mismos inquilinos, señalando al final: "El señor don Juan de Robles, con caridad sin igual, hizo este santo hospital, más primero hizo a los pobres"; "La responsabilidad civil por los actos ilícitos de los funcionarios públicos", publicada en el número 9 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho; "Los contratos de las llamadas compañías arrendadoras", en el que hizo una comparación de la compraventa en abonos y el arrendamiento financiero, para concluir que éste es una compraventa en abonos; "El fideicomiso mexicano como acto sobre el patrimonio ajeno", publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, núm. 51 en 1953, y su obra clásica, que como apuntes vio la luz en 1972, *De los contratos civiles*, obra que a partir de dicho año y hasta la fecha, se ha convertido en clásico obligado de los estudiantes de derecho de la República Mexicana y fuente de consulta de quienes ejercemos tan noble profesión, y de tratadistas extranjeros que se interesan por nuestro derecho o que hacen estudios de derecho comparado.

Es ésta la obra por la que comúnmente se conoce a Ramón Sánchez Medal, indudablemente la más difundida, mas no la única.

Su obra se vio enriquecida con sus artículos relacionados con el derecho de familia, como: "La libertad en el matrimonio y en el divorcio"; "Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal en México"; "La reforma de 1975 al derecho de familia"; "El nuevo matrimonio civil y el pacto de indisolubilidad"; "Los grandes cambios en el derecho de familia en México"; "Acerca del nuevo matrimonio civil de los católicos divorciados", publicado en el número 36 de la colección *Diálogo y Autocrítica del Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana*; "El divorcio opcional", y "Reformas y no abrogación del Código Civil", que contiene su tesis respecto al proyecto de un nuevo Código Civil para el Distrito Federal, tesis que sustentó el 5 de marzo de este año en este auditorio, diez días antes de morir.

En las últimas décadas, Ramón Sánchez Medal patrocinó, en plenitud de madurez, litigios de gran resonancia, como los derivados de la mal llamada nacionalización de la Banca, que lo único que no hizo fue nacionalizar, y que propició que a iniciativa presidencial se modificara el artículo 28 constitucional para agregar como limitación a

la libertad comercial el monopolio de la Banca, con su posterior modificación constitucional para permitir la privatización de la Banca; la demanda de amparo contra una reforma demolitoria de la constitución, y la derivada de la aplicación de un decreto provisional de 1943, en tiempos de guerra, sobre futbolistas extranjeros, mismas que aprovechó para continuar con su labor docente y de escritor, publicando en 1984, en el número 8 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, "Las reformas demolitorias de la Constitución"; en 1988, en Editorial Porrúa, *El fraude a la Constitución*, y en 1996, utilizando las tristes palabras que hicieron célebre al presidente González, "contra razones, votos en la Suprema Corte de Justicia".

Estoy consciente que en la reseña de la obra jurídica de Ramón Sánchez Medal, soy omiso en algunos de los temas por él tratados, para lo cual basta leer en su obra, *Los contratos civiles*, "otros estudios jurídicos del autor", mas no es el caso ni el objeto de mi presencia el señalar toda su obra, para lo cual en este acto invito al señor Rector y a los miembros de la Junta Directiva, a efecto de, si lo consideran prudente, se convoque a ex-alumnos de don Ramón Sánchez Medal, profesores de esta Escuela y miembros del foro mexicano, para que, como un reconocimiento a quien encarnó cabalmente la figura del abogado postulante, con virtudes de hombre íntegro, bueno, leal, estudioso, prudente y honrado, escribamos artículos que analicen la obra de tan ilustre mexicano, y como un homenaje póstumo se publiquen uno o varios libros con ellos.

Por último, el tercer gran análisis a realizarse sobre Ramón Sánchez Medal, es como profesor. Profesor es quien ejerce o enseña una ciencia o un arte.

Ramón Sánchez Medal vivió el derecho y lo ejerció y enseñó a partir de su recepción profesional de 1942, y hasta su muerte, y la Escuela Libre de Derecho se privilegió al tenerlo como maestro por medio siglo.

Sus enseñanzas, su ejemplo y su rectitud seguramente han sido parte de nuestra formación, y su obra le permitirá seguir siendo profesor de muchas generaciones más, ya que en la misma se contienen tesis, que si bien avanzaron en el transcurso de su vida, faltan por completarse, y es a nosotros, sus alumnos, a quienes nos corresponde el hacerlo.

Ramón Sánchez Medal recibió muchas monedas, las multiplicó y las convirtió en Acto.

Seguramente en su juicio final Ramón Sánchez Medal tuvo la satisfacción de darse cuenta que había multiplicado lo recibido, y aún más, ayudado a que otros realizaran y realicen su potencia, por lo que seguramente, a partir de ese momento, goza de la presencia de Dios, y poco menos de mes y medio después de su muerte, de la presencia de su esposa, quien en todo momento lo apoyó y coadyuvó en su realización, en su conversión de potencia a Acto.

Ramón Sánchez Medal multiplicó las monedas recibidas de Dios, murió siendo acto y seguramente en la generosidad del Señor hoy goza de su presencia, y nosotros de la de él a través de su obra como humanista, como abogado y como profesor.

Ramón Sánchez Medal simplemente se nos adelantó. Descansa en la paz del Señor.

IN MEMORIAM

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ (1956-2001)

Fue una de las inteligencias más lúcidas y libres que hayan pasado por las aulas de la Escuela Libre de Derecho, y aunque la brevedad de su vida le impidió culminar una obra que anunciaba ser excepcional dentro de la cultura jurídica contemporánea, alcanzó a proponer los trazos y vislumbrar las rutas que otros habrán por fuerza conocer, continuar y superar si, como él, verdaderamente pretenden comprometerse con el destino del derecho y con el establecimiento de una sociedad más justa. Escribió bien y con profundidad una valiosa obra dispersa que sólo en mínima parte alcanzó a recoger en *Derecho y orden: cuatro ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos* (México, Fontamara, 1998), fruto sobre todo de su labor como investigador en la Escuela, donde año tras año su pluma dio lustre a la *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Su nombre comenzaba a ser conocido como uno de los más rigurosos y honestos conocedores de nuestro derecho constitucional, no como quien medra con el conocimiento formal y detallado de los artículos constitucionales para pretensiones políticas, sino como el que resulta del estudio y de la reflexión exigentes, de la crítica ponderada, de la lectura inteligente de las instituciones políticas y de su historia, de la comprensión del pensamiento de los grandes juristas —nacionales o extranjeros—, y del análisis sociológico que necesariamente siempre explica y rodea a ese derecho. Martín Díaz lo aprendió (y admiró) en la obra de Emilio Rabasa, al cual dedicaría el primero de sus libros (*Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria*. México, Escuela Libre de Derecho, 1991), y en diversos autores europeos a quienes, en un plan académico perfectamente diseñado, fue escudriñando año tras año: Jellinek, Larenz, Carré de Malberg, García de Enterría, Kelsen, Ross, Hart, Bobbio, Loewenstein, Zagrebelsky y, sobre

todos, Carl Schmitt, a quienes dedicó estudios específicos, publicados o no.

A sus preocupaciones por los derechos constitucional y económico sumó el estudio escrupuloso de diversas instituciones y temas como la propiedad, la expropiación, el estudio del derecho, el arbitraje, el federalismo, el dominio público, los derechos subjetivos, los recursos naturales y, desde luego, Tlahualilo, el más entrañable de sus trabajos para quienes fuimos sus compañeros investigadores en la Libre de Derecho. Consciente de la importancia de la historia del derecho para la completa formación de un jurista impartió esta disciplina en su alma mater entre 1982 y 1985, entendiéndola como historia de la ciencia jurídica occidental, conforme a la orientación de Wieacker y de Viehweg, y sin descuidar la influencia de García Pelayo. Paralelamente, en las aulas de la Universidad Autónoma Metropolitana se encargó por años de enseñar el curso de Régimen de la propiedad. Sin embargo, desde de su nombramiento como profesor de sociología en la Escuela Libre de Derecho en 1992, sus últimas preocupaciones giraron en torno al pensamiento sociológico moderno, a partir de las cuales diseñó un original programa docente a largo plazo que no alcanzó a completar y que le permitió la lectura detenida y escrupulosa de Spencer, de Stuart Mill, de Durkheim, y de Ihering; de Weber, de Molina Enríquez, de Ross, de Kelsen, de Olivecrona, de Raz, y de Treves y, al final, la de Freud, Parson, Touraine, Habermas, Luhmann, Norbert Elias, y Pierre Vilar; y alrededor de la teoría contemporánea del derecho desde una perspectiva realista y conforme a la filosofía analítica. Lector incansable de los clásicos políticos, antiguos y modernos, formó una espléndida biblioteca donde guardó ese otro objeto de sus grandes pasiones que fueron los libros, jurídicos, políticos y poéticos.

Discípulo de los hermanos lasallistas, participó activa y comprometidamente en el Movimiento de Acción Social durante sus estudios preparatorios. Más tarde, ya en la Escuela Libre, fue perfilando su actividad profesional hacia el campo del derecho laboral, que tan bien se avenía a su permanente y sincero inconformismo social, como lo hizo el derecho económico cuyo conocimiento le permitió alcanzar el grado de maestro en la Universidad Autónoma Metropolitana. Después fueron las instituciones culturales las que reclamaron su asistencia jurídica y fue director jurídico de Bellas Artes, director de

Acción Cultural del Departamento del Distrito Federal, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, y coordinador general del Centro Nacional de las Artes. También fue asesor de las secretarías de Relaciones Exteriores, de Turismo, y de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca. Su ejemplar labor docente la comenzó desde muy joven en la preparatoria de la Universidad La Salle; posteriormente fue profesor por oposición en la Universidad Autónoma Metropolitana, donde también formó parte del consejo editorial y fue coordinador general de la revista *Alegatos*, en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, y en El Colegio de México. En la Libre, además, fue Coordinador de Seminarios por breve tiempo, y miembro fundador del Consejo de Posgrado, donde participó puntual y activamente y al que asistió siempre con su lucidez intelectual, su mesura y su indeclinable compromiso por la superación y la exigencia académicas. A él se debe el diseño del "Perfil académico del doctorado para la Escuela Libre de Derecho", suscrito en septiembre del 2000.

Con su enfermedad no quiso provocar incomodidad ni tristeza alguna para quienes amó, de aquí que su muerte, ocurrida el 4 de mayo de 2001, fuera silenciosa y discreta, lo que no evitó ni el intenso dolor ni la sorpresa. Había nacido en Jalapa el 19 de mayo de 1956 y recibido su título de abogado el 26 de noviembre de 1981. Descansa ya en paz, por fin, el amigo, el poeta, el jurista y el maestro humanista que tanta sed de justicia y tanto anhelo de plenitud tuvo.

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

DISCURSOS

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON MARIO A. BECERRA POCOROBA, RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2001-2002

Señores miembros de la Junta Directiva:
Profesores y alumnos de nuestra escuela:
Señoras y señores:

En primer lugar, quisiera decirles a los alumnos de nuevo ingreso que me siento muy honrado de darles la bienvenida a nuestra querida Escuela Libre de Derecho y desde este momento quiero desearles el mayor de los éxitos en el largo camino que tienen por recorrer en esta casa de estudio.

A partir de hoy, forman parte de una comunidad que se ha distinguido en 89 años por la excelencia y la dedicación en el estudio del derecho. Además, es una comunidad que integra, sin lugar a dudas, a lo más selecto de la abogacía de nuestro país y que imprime su prestigio en cada ámbito en el que se desarrolla.

Estoy seguro que de alguna manera casi todos ustedes tienen idea de lo que les he mencionado y en gran parte por eso decidieron estudiar en esta escuela. Sin embargo, debo decirles que tal prestigio y excelencia académica no son gratuitos, sino que son producto del esfuerzo de muchas generaciones de grandes hombres quienes, cobijados por esta noble institución han desarrollado al máximo sus capacidades y habilidades bajo premisas insustituibles: dedicación, disciplina, compromiso, honestidad. Por ello, estudiar en la Escuela Libre de Derecho significa no sólo un reto personal o familiar, significa un verdadero compromiso con una institución llena de historia y ejemplo, plena de valores y de enseñanzas a los que el estudiante no pue-

de sustraerse. La escuela imprime su sello en cada vocación y es ese rasgo el que quizá la distinga sustancialmente de las demás.

Como alumnos de nuevo ingreso, deben asumir que esta escuela se caracteriza por la férrea disciplina que los profesores imponen en sus cátedras, por su sistema estricto de evaluación, por su único compromiso con la excelencia y exclusividad en la enseñanza del derecho, y por diseñar un sistema escolarizado que permite a sus alumnos trabajar y acercarse a la realidad del derecho.

No pierdan de vista que el derecho no es un conjunto aislado de normas jurídicas o de engorrosas teorías que son creadas por meros especuladores, no. El derecho es un arte por medio del cual el jurista encuentra, mediante principios y su propia sensibilidad, el camino de lo justo; pero el derecho también es ciencia, porque su conocimiento y enseñanza están dotados de un método y de unas reglas que encauzan esa prudencia en su conocimiento y aplicación práctica.

Así, jóvenes alumnos, tendrán las mejores herramientas para destacar en un ámbito profesional competido como pocos, difícil y muchas veces áspero, pero que al mismo tiempo está lleno de satisfacciones y de alegría. Emprendan su carrera con orgullo pero al mismo tiempo con la humildad que exige la profesión de abogado. Al abogado se le confieren los valores más preciados por el hombre, su patrimonio, su familia, su libertad. Cualquiera que sea el lugar en que se desempeñe, el abogado debe cuidar tales valores como si fueran propios. Debe, por esa razón, formar parte de su código de valores, acometer desde ahora, con toda responsabilidad, esa tarea y nunca pretender lucrar, en modo alguno, con la necesidad ajena. Quien se ciega con los laureles del éxito personal, pierde la sencillez que requiere el deber de servicio.

Debemos ser humildes en el estudio y en el ejercicio intelectual, la soberbia de los dogmas o las posiciones irreductibles, oscurecen la realidad. Ejercen la audacia del pensamiento, les será muy reductible en la construcción de su criterio.

Por otra parte, con este acto iniciamos formalmente el año lectivo que culminará con el 90 aniversario de la fundación de nuestra escuela, año en el que tenemos previsto realizar diversos festejos para celebrar tan significativa fecha para la educación superior en México.

En efecto, compañeros, este año lectivo la Escuela Libre de Derecho cumple 90 años de forjar alumnos comprometidos con nuestra sociedad y con la justicia, 90 años de renovación y de consolidación

de un ideal concebido por un puñado de alumnos que se rebelaron ante el autoritarismo sin razón de las autoridades de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Así, la escuela nació fundamentalmente como una escuela de alumnos, por ellos se fundó, ha marcado su camino y ha forjado su prestigio. Son sus alumnos los que, en el quehacer del estudio cotidiano, la hacen vivir y la hacen crecer. Son sus alumnos quienes, por cariño a ella, vuelven a sus aulas una vez concluidos sus estudios para retribuirle, a través de la enseñanza a las nuevas generaciones, el tesoro que nos lega.

En fin, este año del nonagésimo aniversario de nuestra escuela emprendamos con mayor y renovado ahínco las tareas que a cada uno nos corresponden. Autoridades, profesores y alumnos estamos unidos por un objetivo común y estoy seguro que, como siempre, todos estaremos comprometidos por ello y daremos lo mejor de nosotros mismos en aras de seguir incrementando el prestigio, pero, sobre todo, la calidad y la excelencia de la enseñanza del derecho que aquí se imparte.

Hemos celebrado 89 años de forjar una entrañable historia en la enseñanza del derecho en México y hoy, señores, podemos válidamente decir que nuestra escuela emprende un nuevo camino. Debemos estar dispuestos a renovar y hacer vivir a nuestra escuela día con día, tal como lo quisieron nuestros predecesores. Hagámoslo con humildad y vocación de servicio, conscientes de que la nuestra no debe ser una gloria heredada sino construida día a día por todos los que formamos parte de nuestra escuela, conscientes de que sólo desde esa perspectiva serviremos a nuestro país en la construcción y consolidación del Estado de derecho que tanto anhelamos y necesitamos. Como rector de la escuela, he tenido la oportunidad de crecer académica y profesionalmente al amparo de lo que la escuela me enseñó, quizá por eso me siento cada día más motivado a estimular las iniciativas de sus alumnos, profesores y exalumnos y a trabajar por resolver los problemas cotidianos que se presentan en el seno de nuestra comunidad.

Tengan la seguridad de que sólo ese ánimo me mueve, el del inmenso cariño por la más noble institución que yo jamás haya conocido: la Escuela Libre de Derecho.

Muchas gracias.

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON FRANCISCO JOSÉ
SIMÓN CONEJOS, PROFESOR DE LA ESCUELA
LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA
DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2001-2002

Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Señores exrectores,
Señores miembros de la Mesa Directiva,
Señores profesores,
Compañeros alumnos,
Señoras y señores:

Qué equivocado estaba don Luis Méndez, quien a la postre rectificó su dicho, cuando en el ya lejano mes de julio de 1912 manifestó que la Escuela Libre de Derecho duraría menos que la temporada de lluvias de aquel verano, y cuánta razón tenía don Manuel Herrera y Lasso, alumno fundador, maestro emérito y Rector Honorario de esta institución, al expresar que la Escuela Libre de Derecho es una gran asamblea de vivos y muertos.

Me es muy grato, jóvenes estudiantes de nuevo ingreso, darles, en nombre del señor Rector, de los señores miembros de la Mesa Directiva, y del Claustro de Profesores de la Escuela Libre de Derecho, que a partir del día de hoy será su casa, la más cordial bienvenida.

El prestigio y la tradición de la Libre, como le llamamos cariñosamente los que formamos parte de ella, y ahora ustedes también, es una simbiosis entre maestros y alumnos, cuyo resultado es la formación de abogados con un alto grado de honestidad, responsabilidad y criterio, pero, sobre todo, con un espíritu de fortaleza y prudencia, cualidades esenciales que son necesarias e indispensables para demostrar el conocimiento adquirido. Parte importante y fundamental de esta Es-

cuela es el sistema bajo el cual se constituyó, que ha conservado a través del tiempo y que a la fecha sigue vigente, guardando celosamente sus principios, pero a la vez actualizándose a la época moderna, proporcionando a sus alumnos los instrumentos necesarios y la enseñanza de la ciencia del derecho de cara al nuevo milenio, ya que tanto los maestros como los alumnos que formamos la Libre nos hemos dado a la tarea de que sea no sólo la mejor escuela de derecho en esta ciudad, sino de todo el país, logrando lo anterior con el trabajo y esfuerzo de muchas personas a lo largo de las nueve décadas de vida de la Escuela, que están por completarse, estando satisfechos de haber cumplido con los fines e ideales de quienes la fundaron e hicieron posible que viera su primera luz.

Hagamos un poco de historia sobre la Escuela Libre de Derecho. Fue fundada el 24 de julio de 1912. En esa época no se concebía que la educación profesional pudiera ser impartida por particulares, es decir, que existiera una escuela que funcionara independientemente del Estado, ya que estaba a cargo de éste la educación superior. Sin embargo, y a pesar de la problemática por la que atravesaba nuestro país en aquellos aciagos años y gracias a los hombres valientes que tuvieron confianza en constituir una institución que fuera diferente a lo existente en materia de educación respecto a la ciencia jurídica, es que nace nuestra escuela, teniendo como objetivo primordial la enseñanza de esta ciencia, creando una institución independiente de cualquier factor ajeno que en ese momento pudiera contaminar sus principios fundamentales.

Ahora bien, podemos decir que el nacimiento de nuestra querida Libre fue el clamor de un grupo de estudiantes que necesitaban una escuela nueva, libre e independiente respecto al poder público, ajena a todo fin político o credo religioso; pero se enfrentaban al problema de quién o quiénes formarían el cuerpo docente; con buena fortuna, en poco tiempo lograron integrarlo con los abogados más connotados de ese tiempo.

El primer Rector Honorario fue el licenciado don Luis Méndez, quien, por supuesto, rectificando su pensamiento inicial, al que ya nos hemos referido, manifestó: Dios, autor de las buenas leyes e inspirador de las buenas obras, conforte vuestros alientos y dé a la Escuela largos años de vida en honra vuestra y para bien de nuestra querida patria. La Junta Directiva de la Escuela la formaron los li-

enciados: Agustín Rodríguez, Francisco León de la Barra y Emilio Rabasa. Por primera vez vio la luz nuestra Escuela en la calle de Donceles. Pasando por diversas vicisitudes desde su fundación, no sucumbió ante las adversidades que se le presentaron, al contrario, siempre y gracias al esfuerzo y empeño de sus maestros y alumnos salió avante, y así fue que en el año de 1930, siendo Rector don Emilio Rabasa, se logró el reconocimiento oficial de validez a los estudios realizados en la Escuela Libre de Derecho, siendo a la sazón Presidente Interino de la República don Emilio Portes Gil y Secretario de Educación Pública, don Ezequiel Padilla, ambos exalumnos de la Escuela. Sin embargo, y ya obtenido el reconocimiento, se pretendió, por parte del Estado, que la Escuela, en cuanto a su funcionamiento, planes de estudio, exámenes, libros de actas y títulos profesionales, pasara a depender de la Secretaría de Educación Pública, situación que no ocurrió debido a la gran entereza, valentía y, ante todo, a los principios que siempre prevalecieron en las personas que ocuparon el puesto de Rector, quienes dieron una lucha frontal, la cual se ganó una vez más, quedando para siempre garantizados la validez e independencia de los estudios realizados en la Libre. Con lo anterior queda demostrado que los hombres y mujeres —hago mención especial al género—, que se han formado en la escuela son personas de una gran valía, cualidades que mencionamos con anterioridad, destacando que todo el cuerpo docente tiene como finalidad inculcar en sus alumnos, por su historia y trascendencia en nuestro país, que esta escuela no es una más, sino que es una institución que cada uno de ustedes hará día a día más grande y prestigiada.

Actualmente el espacio donde se encuentra la Libre y que será testigo de sus días y noches de estudio, se obtuvo de una donación del gobierno federal, en reconocimiento del prestigio y altos méritos académicos propios de la institución.

Cabe hacer notar que a través de los años la Escuela Libre de Derecho ha guardado la mística y la tradición con la que se constituyó y ahora que nos encontramos en el umbral del noventa aniversario de su fundación, nos damos cuenta que igualmente se ha sabido mantener a la vanguardia de los requerimientos de la época moderna.

Quiero desearles a todos los alumnos el mejor de los éxitos en el desempeño de sus estudios y recordarles que para lograrlo deberán estudiar con toda asiduidad y constancia, como lo han hecho los alum-

nos que los anteceden, siendo menester que siempre tengan presente en su actuación como estudiantes, el lema de esta institución: "El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de los alumnos".

Finalmente, debemos estar ciertos que entre las ciencias, la del derecho es la más hermosa de todas, ya que da al hombre los dones más preciados enalteciéndolo con el título de abogado.

DISCURSO DEL ALUMNO AGUSTÍN TORRES
IBARROLA, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD
DE ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE
DE DERECHO, EN LA CEREMONIA
DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2001-2002

Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho, Lic. don Mario Alberto Becerra Pocaroba,
Señores miembros de la Junta Directiva,
Señor Lic. don Pedro Barrera Ardura, Secretario General,
Estimados maestros,
Compañeros, especialmente los de nuevo ingreso:

Cada año la Escuela Libre de Derecho repite esta solemne ceremonia de inauguración de cursos. El rito tiene un profundo significado. Por un lado se recuerda a los fundadores y a los que han dado vida a nuestra escuela. Se reconoce también el saber y la aplicación de los alumnos en los últimos exámenes. Pero, sobre todo, se da la bienvenida a los alumnos de nuevo ingreso.

Todos esos actos tienen su específica dimensión. El recuerdo de nuestros predecesores es un acto de gratitud hacia los que nos han heredado esta gran institución, hombres de talla magna, entre los que destacan Emilio Rabasa, Agustín Rodríguez, Miguel Macedo y Manuel Herrera y Lasso, por mencionar sólo algunos.

El reconocimiento a la aplicación de los alumnos manifiesta la vocación de nuestra escuela por la excelencia académica y la sólida formación jurídica.

La bienvenida a los alumnos de nuevo ingreso simboliza la esperanza depositada en las nuevas generaciones, sin las cuales la Libre no podría seguir viviendo.

Sin duda alguna, nuestros fundadores se sentirían orgullosos de lo que hoy es nuestra escuela. Se sentirían muy satisfechos de ver este auditorio lleno de jóvenes ilusionados que se integran a nuestra comunidad.

También estarían complacidos por nuestros maestros, quienes hoy continúan con la labor de formar a los mejores abogados de México. A nombre de los alumnos de la Libre, expreso mi profunda gratitud hacia nuestros profesores, que día a día y sin recibir estipendio alguno, entregan su tiempo y sus conocimientos a las nuevas generaciones. Gracias a todos, a los que están y a los que se han ido. Entre estos últimos recuerdo especialmente a mi querido maestro, Martín Díaz y Díaz, quien nos infundió el espíritu crítico, y logró demostrarnos que en la Libre se puede pensar diferente y se es respetado.

Compañeros de nuevo ingreso: ¡Bienvenidos a la Escuela Libre de Derecho! Están aquí porque quieren lo mejor, y afortunadamente lo van a encontrar.

Pero deberán luchar por ello. Nadie estará tras ustedes vigilando si estudian o no. En nuestra escuela la libertad es uno de los principales valores. Ustedes están aquí por voluntad propia, en un acto de libertad. Pero para tener éxito en la Libre, la libertad no es suficiente por sí misma, deberá ir acompañada de la responsabilidad.

Todos somos libres por el hecho de ser personas. Pero también todos vamos ganando la libertad en la medida en que nuestros horizontes de vida están puestos en los valores más altos del espíritu.

En el siglo XIX, grandes mexicanos lucharon por la libertad y la justicia de nuestra nación, y lograron con su vida, nuestra independencia. Ese momento fue una luz de esperanza para un futuro mejor.

Pero 180 años después, debemos enfrentar la trágica realidad de que la libertad y, sobre todo, la justicia, siguen sin existir plenamente. Ciento ochenta años después, la vida de millones de mexicanos está marcada por la desigualdad, la segregación y la pobreza. Ciento ochenta años después, millones de mexicanos siguen desde una esquina contemplando el desarrollo y la riqueza como algo imposible de alcanzar. Ciento ochenta años después, millones de mexicanos sufren día a día las injusticias inferidas por sus propias autoridades.

Ciertamente no podemos estar satisfechos con esta realidad. No podemos estar satisfechos mientras sabemos que seis de cada diez mexicanos no tienen servicios de salud pública. No podemos estar

satisfechos mientras sabemos que tres de cada cinco niños de la calle han sufrido alguna clase de abuso sexual. No podemos estar satisfechos mientras 50,000 niños en México mueren antes de los cinco años por cuestiones de desnutrición. No podemos estar satisfechos mientras una de cada veinte madres muere durante el embarazo por no ser atendida adecuadamente. No, no podemos estar satisfechos y no debemos estarlo hasta que la justicia y la igualdad sean plenamente existentes en nuestro país.

Compañeros de nuevo ingreso: ustedes pertenecen a ese escaso 4% de los jóvenes que tienen el privilegio de poder estudiar una profesión.

Que su compromiso hoy sea con el estudio, pero, sobre todo, con la justicia. La Libre les exigirá mucha dedicación, mucho estudio, mucha entrega y mucho tesón. Serán muy largas las noches de desvelo y de esfuerzo. Habrá muchos momentos en los que ya no puedan más, en los que el estudio y el cansancio los abrume y, sin embargo, tendrán que seguir y seguir hasta el último de los exámenes.

Ese esfuerzo tendrá su recompensa. La sensación de haber aprobado un examen, o la de haber terminado satisfactoriamente un año escolar, no tiene precio. La satisfacción de sus padres de saber que ustedes cumplen con sus estudios y que renuncian a muchas cosas para poder prepararse mejor y lograr ser excelentes profesionistas, tampoco tiene precio.

Pero el sentido de su vocación debe ir mucho más lejos. No se puede quedar en cumplir las aspiraciones propias o el deseo de sus padres. Nunca olviden por qué eligieron ser abogados, nunca jamás.

Recuerdo las palabras que un distinguido maestro de nuestra escuela pronunciara en esta misma ceremonia hace cuatro años. Nos decía don Jaime del Arenal a los alumnos de nuevo ingreso: "¿Tendremos la capacidad para sensibilizar y responsabilizar a nuestros estudiantes ante el terrible drama de la desigualdad social y económica que padecemos los mexicanos? O, por el contrario, ¿sólo habremos de ver, con equivocada satisfacción, egresar de nuestras aulas a abogados soberbios, sin la mínima responsabilidad social, cada vez más especializados en una determinada disciplina jurídica pero cada vez más carentes de aquella humildad y de aquellos conocimientos, cualidades y valores que por siempre han definido la profesión del auténtico jurista?"

Y la misma pregunta sigue vigente hoy y yo se las hago a los alumnos de nuestra escuela: ¿tendremos nosotros la capacidad de entender el mensaje de nuestros profesores y de nuestra lacerante

realidad social? O, por el contrario, ¿nos dejaremos llevar por el apetito de poder y la inclinación por la riqueza material, olvidando nuestra verdadera vocación por la justicia?

Yo les digo hoy, compañeros, que a pesar de la grave corrupción que existe en nuestros tribunales; que a pesar de la abrumadora presencia del derecho legislado; que a pesar de la falta de conciencia ética de miles de abogados, jueces y ministerios públicos, yo todavía sueño con un país distinto. Sueño con un país como el que imaginaron los padres de nuestra patria.

Sueño con que los abogados y los alumnos de la Libre se distingan por su compromiso con la justicia, la ética y la verdad.

Sueño con un México en el que todos tengan una adecuada defensa y en el que las personas no terminen en la cárcel por falta de recursos y los criminales en las calles porque pudieron comprar la justicia.

Sueño con una Escuela Libre de Derecho que incremente su prestigio debido a las aportaciones sociales de sus egresados. Una Escuela Libre de Derecho capaz de tomar las riendas del diálogo por la justicia en México.

Sueño con un México en el que sus políticos destacados sean abogados de la Libre que utilicen sus conocimientos y sus relaciones para mejorar la vida de los que menos tienen.

Sueño con un México en el que alguno de ustedes, compañeros de nuevo ingreso, sea recordado como un excelente alumno de la Libre, un magnífico abogado y un auténtico jurista.

Sueño con el día en el que la profesión de abogado vuelva a ser reconocida por la sociedad como una de las más nobles y prestigias de las profesiones.

Sueño con un México en el que nuestros jóvenes no tengan que morir ahogados en un intento fallido por buscar un futuro mejor en un país extraño.

Ésta es mi esperanza y anhelo que también sea la suya. Es la esperanza de saber que las cosas pueden y deben ser diferentes. Es la esperanza de que algún día serán así.

Pido a Dios que ese día no esté muy lejano y que las futuras generaciones puedan decirle orgullosas a nuestros fundadores: ¡misión cumplida!

Muchas gracias

Revista de Investigaciones Jurídicas, núm. 25, editada por el Fondo para la Difusión del Derecho, de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir en el mes de septiembre de 2001, en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, Tels. 55-39-51-08. La edición consta de 1 000 ejemplares.